

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXCIV

MICHELE ANGELO LUPOI

TRA FLESSIBILITÀ
E SEMPLIFICAZIONE

Un embrione di *case management* all'italiana?





Bononia University Press
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2018 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISSN 2283-916X
ISBN 978-88-6923-322-7

Impaginazione: DoppioClickArt (San Lazzaro, Bologna)

Prima edizione: marzo 2018

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Paolo Biavati (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/15 Diritto Processuale Civile

Marina Timoteo (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/02 Diritto Privato Comparato

Elena Zucconi Galli Fonseca (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/15 Diritto Processuale Civile





CAPITOLO PRIMO

DOVE VA IL MONDO? UN VOLO D'UCCELLO SU ALCUNE RECENTI RIFORME PROCESSUALI STRANIERE

SOMMARIO: 1. Introduzione all'oggetto dello studio. – 2. Linee di tendenza a livello internazionale. – 3. L'esperienza inglese. – 4. Il modello francese. – 5. Le soluzioni tedesche. – 6. Semplificazione e flessibilità nel diritto processuale di formazione europea: il procedimento per gli “small claims”. – 7. Una prospettiva extraeuropea: esperienze canadesi di *case management* in Québec. – 8. (Segue): e in Ontario e British Columbia.

1. *Introduzione all'oggetto dello studio*

L'efficienza e la funzionalità di un sistema di giustizia civile non dipendono necessariamente dalla qualità delle norme che ne disciplinano il funzionamento. Non esiste, in effetti, un modello processuale “perfetto”, soprattutto non esiste un modello processuale che, per quanto ben congegnato, possa operare, con gli stessi risultati, da un ordinamento all'altro o da un'epoca all'altra.

Le regole del processo non sono tanto e soltanto l'espressione di scelte tecniche più o meno neutre, ma il precipitato di tradizioni, storia, cultura di una società. In ogni caso, poi, qualsiasi meccanismo processuale è destinato a operare in un contesto istituzionale, organizzativo e umano che ne condiziona inevitabilmente il funzionamento.

Da questo punto di vista, la ricerca del modello processuale “migliore” per un dato ordinamento processuale rischia di essere un esercizio in futilità se si riduce all'elaborazione di schemi procedi-

mentali scollegati da interventi organizzativi, culturali e soprattutto finanziari. Lo studio delle norme esistenti, a sua volta, espone il ricercatore, soprattutto in un paese come l'Italia, alla frustrazione della transitorietà e al cambiamento dello scenario di riferimento nel volgere di archi temporali spesso brevissimi, fuori da ogni progetto sistematico, travolti da interventi normativi in rapida successione, all'inseguimento dell'emergenza.

E però, anche con queste consapevolezze, lo "stato" del procedimento civile resta un imprescindibile oggetto di osservazione e speculazione scientifica, così come conserva attrattiva il tentativo di dare risposta alla domanda "dove va il diritto processuale civile in Italia in questo scorcio di terzo millennio?", magari cercando di formulare proposte *de iure condendo*, nell'illusione di dare un contributo all'evoluzione del sistema della giustizia civile del nostro paese.

Un'analisi anche superficiale della situazione nei principali ordinamenti processuali "occidentali" dimostra l'esistenza di una comune esigenza, con una comune contraddizione: l'esigenza è quella di amministrare giustizia in modo rapido¹, efficiente ed efficace; la contraddizione è che tale esigenza deve essere soddisfatta in un contesto uscito (se pur ancora uscito...) da una devastante crisi economica globale e comunque con risorse sempre più scarse anche negli ordinamenti che tale crisi hanno subito in modo meno doloroso o alla quale hanno saputo reagire meglio.

In un panorama in cui le esigenze di bilancio riducono i *budget* a disposizione dell'amministrazione della cosa pubblica in generale e del settore giustizia, per quanto più ci interessa qui, l'obiettivo di fornire un sistema efficiente di soluzione giudiziaria delle controversie rischia di non essere conciliabile con risorse finanziarie (e dunque organizzative e umane) sempre più scarse.

A fianco di queste considerazioni, un'analisi ancora una volta superficiale delle principali riforme processuali contemporanee documenta la ricerca della semplificazione delle regole processuali, considerate troppo spesso complesse e di difficile comprensione per il non addetto ai lavori e a volte anche gli stessi operatori forensi.

¹ V. BIAVATI, *Tendenze recenti della giustizia civile in Europa*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 526.

Anche da questo punto di vista, ci si trova di fronte a un dilemma di non agevole soluzione: la complessità delle regole processuali non deriva (o non dovrebbe derivare) dalla fantasia perversa di un legislatore che voglia masochisticamente impedire al meccanismo processuale da lui stesso creato di funzionare. Più spesso, è la conseguenza dell'incapacità di dettare regole chiare o di interpretare tali regole in modo univoco e omogeneo. E, ancora più spesso, ci si deve arrendere alla constatazione che le regole processuali sono complesse perché è complesso il diritto sostanziale che nel processo viene attuato e protetto e perché la tutela dei diritti fondamentali delle parti che l'applicazione di tali regole deve sempre garantire esige un livello di "formalismo" non fine a se stesso e irrinunciabile nella disciplina di una delle principali funzioni dello Stato².

In uno scenario caratterizzato da tali dilemmi e contraddizioni, la situazione italiana appare connotata, in negativo, dall'assenza di un progetto innovativo che non sia l'inseguimento dell'emergenza e il tentativo di nascondere, in senso metaforico, la polvere sotto al tappeto a beneficio degli osservatori internazionali.

Ciò appare particolarmente vero con riferimento al procedimento di cognizione di primo grado, il cui ruolo, nell'ambito del sistema della soluzione giudiziaria delle controversie, è da un lato valorizzato (a fronte dei tentativi del legislatore di limitare l'accesso all'appello e alla cassazione e, comunque, delle recenti innovazioni che hanno ridotto l'ambito del riesame che, in sede di impugnazione, la parte soccombente può sperare di ottenere)³, dall'altro sottoposto a interventi di riforma estemporanei e apparentemente poco meditati, che, allo stato, non sembrano averne aumentato la funzionalità e l'efficacia.

² Su questi profili v. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarola, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 410, che evidenzia come, storicamente, l'affermazione del principio di legalità nella disciplina del processo appaia funzionale al superamento del principio di autotutela, in ottica che colloca tale disciplina all'interno dello *ius publicum*.

³ Il riferimento è, in particolare, alla riforma dell'art. 345 c.p.c., che ha sostanzialmente azzerato la possibilità di introdurre nuove prove in fase di appello, e a quella dell'art. 360, n. 5 c.p.c. che ha mortificato la possibilità di sottoporre a controllo da parte della Cassazione la motivazione dei provvedimenti del giudice di merito.

Sull'orizzonte, peraltro, si prospettano ulteriori innovazioni rispetto alle quali l'osservatore ha più di un motivo per essere preoccupato.

Sebbene il cantiere delle riforme processuali in Italia sia aperto ormai da decenni, quella che stiamo vivendo in questo momento storico appare una cruciale fase di passaggio, rispetto alla quale è importante verificare quali principi e modelli il legislatore italiano stia cercando di attuare e formulare proposte per innovazioni che combinino l'esigenza di accelerare i tempi di definizione dei processi con le garanzie dei diritti processuali fondamentali.

In particolare, è rilevante verificare come le più recenti riforme processuali italiane si collochino rispetto alle tendenze evolutive dei principali ordinamenti processuali, per trarre da tale analisi stimoli e spunti di riflessione.

E proprio da un'analisi comparata di alcune recenti riforme processuali prende avvio il presente studio.

2. *Linee di tendenza a livello internazionale*

Come si è visto nel paragrafo precedente, una tra le parole d'ordine ricorrenti, quando si parla di riforme della giustizia civile, è "semplificazione".

In un'ottica in cui la funzione giurisdizionale viene ormai comunemente considerata non più un'espressione della sovranità dello Stato ma, piuttosto, come un "servizio" a favore dell'individuo e della collettività, da tempo, a livello internazionale, è, in effetti, avvertita l'esigenza di semplificare le regole processuali, sovente percepite come troppo complesse, e renderle più accessibili all'utente di tale servizio⁴, anche come riflesso del fatto che, in numerosi ordinamenti, la possibilità per la parte di agire o difendersi senza il necessario patrocinio di un difensore è molto ampia.

⁴ A questo riguardo, BIAVATI, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 757, rileva: "Semplificazione significa che, dato un percorso ordinario del processo, si cerca di eliminare tutte le attività ripetitive o comunque non indispensabili a un'adeguata trattazione".

“[C]ivil procedure should be simplified and more more flexible and expeditious”⁵: così si esprimeva il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa già nel 1984, nel contesto di una raccomandazione relativa al miglioramento nel funzionamento della giustizia civile.

In tale contesto, la semplificazione non era peraltro intesa come rinuncia alle garanzie fondamentali, evidenziandosi anzi la necessità di mantenere: “*the guarantees provided for litigants by the traditional rules of procedure*” e “*the high level of justice required in a democratic society*”⁶.

Al centro di questo movimento di semplificazione, funzionale al miglior funzionamento della giustizia, nella raccomandazione del 1984 veniva posta l’attribuzione al giudice del potere: “*to direct the proceedings more efficiently*”⁷.

In particolare, nel principio n. 3 della raccomandazione si affermava, al riguardo: “*The court, should, at least during the preliminary hearing but if possible throughout the proceedings, play an active role in ensuring the rapid progress of the proceedings while respecting the rights of the parties*”. Un ruolo attivo del giudice, dunque, nel rispetto dei diritti delle parti, per cercare di assicurare l’accelerazione dell’*iter* procedimentale.

Al principio 4, inoltre, si arrivava a dire: “*The court should, at least at first instance, be empowered to decide, having regard to the nature of the case, whether written or oral proceedings, or a combination of the two, should be used except in cases expressly*

⁵ Raccomandazione n. R(84)5 del 28 febbraio 1984 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa *On the principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice*.

⁶ Raccomandazione n. R(84)5, cit.

⁷ Raccomandazione n. R(84)5, cit. V. anche CHIARLONI, *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 15, che, sul piano storico-comparatistico, rileva: “Il vessillo che fin da metà ottocento ha sventolato sulle opere dei grandi riformatori continentali porta scritto, oltre alla già ricordata parola simbolo dell’oralità, quelle della concentrazione, dell’immediatezza, della semplificazione, dell’aumento dei poteri di direzione del giudice su tutte le fasi della procedura. Un movimento evolutivo che si contrapponeva ai formalismi del processo scritto o finamente misto, nel senso che la discussione orale della causa davanti al giudice si riduceva a una vuota formalità: un’eredità trasmessa alle prime codificazioni ottocentesche, che non avevano sentito alcun bisogno di rinnovamento del processo di diritto comune”.

prescribed by the law”: in altre parole, si prospettava la possibilità per il giudice di scegliere le modalità delle trattazioni, in base alle caratteristiche della lite, configurando tale potere come parte integrante del processo di semplificazione delle regole processuali, valorizzando il ruolo del giudice come “amministratore” della procedura e del suo sviluppo armonioso e celere.

Sviluppando questi temi, al principio 8 si stabiliva espressamente la possibilità di prevedere regole particolari per le cause urgenti o per certe tipologie di controversie, individuando alcuni aspetti di *case management*⁸.

Negli anni successivi, peraltro, le esortazioni contenute nella raccomandazione del 1984 non trovarono estesa attuazione. Di questo si lamentava il parere n. 6 (del 24 novembre 2004) del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje), che, nel parlare della “*simplification of procedure*” nel contesto di un’evoluzione volta a dare maggiore considerazione agli interessi degli utenti delle corti, osservava come i nove principi enucleati nella raccomandazione di vent’anni prima fossero rimasti “*still in practice often unimplemented*”.

Il parere del 2004, dal canto suo, riprende e sviluppa quei principi, di cui ribadisce la centralità. Con riferimento al principio n. 3 (v. *supra*), in particolare, si osserva che esso “*reflects the essence of modern case management*” e che il principio n. 4 ne costituisce un corollario.

Nell’opinione del 2004, il Ccje osservava inoltre: “*The general rationale of all these principles is that civil litigation threatens to become complex and lengthy to the point where it is not possible to comply with the requirements of article 6 (1) of the ECHR either in any particular case(s) or in any other cases, the speedy and efficient conduct of which is indirectly affected by the time and resources occupied by the former case(s)*”. In altre parole, la complessità proces-

⁸ Si legge, in particolare, nel principio n. 8, in merito ai risvolti pratici dell’enunciazione di principio ivi formulata: “*simplified methods of commencing litigation; no hearing or the convening of only one hearing, or (...) of a preliminary preparatory hearing; exclusively written or oral proceedings (...); prohibition or restriction of certain exceptions and defences; more flexible rules of evidence; no adjournments or only brief adjournments; the appointment of a court expert (...); an active role for the court in conducting the case and in calling for and taking evidence*”.

suale veniva espressamente considerata un ostacolo alla tutela dei diritti e al concetto stesso di giusto processo enucleato dalle carte internazionali sui diritti fondamentali.

In quest'ottica, viene evidenziato il collegamento tra semplificazione del processo e principio di proporzionalità, osservando, al punto 103: *“States have to provide adequate – but not infinite – resources and funding for civil as well as criminal litigation. Because neither the state nor parties have infinite resources, courts must control litigation, in the interests both of individual litigants and litigants in other cases”*: un approccio molto (e forse, per alcuni, troppo) pragmatico, in cui il diritto viene filtrato attraverso le regole dell'economia, che afferma un interesse pubblico al “controllo del contenzioso”, sia nell'accesso alla giustizia (e, infatti, il parere del 2004 si occupa contestualmente anche di A.D.R.) che nella gestione dei singoli processi.

A tale ultimo riguardo, ai punti n. 104 e 105, nel parere in esame si afferma: *“Individual cases need to be conducted “proportionately”, meaning both in a manner that enables the parties thereto to obtain justice at a cost commensurate with the issues involved and the amounts at stake, and in a manner that enables other litigants to obtain their fair share of the court’s time for their disputes. (...) In short, parties are entitled to an appropriate share of the court’s time and attention, but in deciding what is appropriate it is the judge’s duty to take into account the burden on and needs of others, including the State which is itself funding the court system and other parties who wish to use it”*.

Anche in questo contesto, il *case management*, con l'attribuzione al giudice di poteri di direzione del processo, viene inteso come strumento per giungere a un uso proporzionale delle risorse giudiziarie⁹⁻¹⁰.

⁹ “(i) General case management powers: 126. These are important at every stage of civil proceedings, to enable cases to be managed appropriately and proportionately. Judges should be able to exercise them by giving directions on paper, without the parties necessarily having any right to an oral hearing. They should be exercisable as contemplated by Recommendation No. R (84) 5 both in relation to pre-trial preparation and in relation to any trial”.

¹⁰ Sulla base delle considerazioni riassunte nel testo, nell'opinione del 2004 vengono formulate, per quanto ci interessa qui, le seguenti proposte: “Civil cases. C.12. To comply with their duties under article 6 of the ECHR to ensure “a fair and public hearing within a reasonable time”, states should provide adequate resources

Di *case management*, come strumento idoneo a incidere sulla qualità della decisione, si parla pure nel parere n. 11 (2008) del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje)¹¹, ove, al punto n. 25, si legge: “*Il CCJE è del parere che il giudice debba avere la possibilità di organizzare e condurre il processo in maniera attiva e diligente. L'adeguato svolgimento del procedimento è infatti tale da condurre alla qualità del prodotto finale che sarà la decisione*”. E, ancora, al punto n. 27: “*Alcuni paesi hanno stabilito modelli standard di buone prassi di case management e di conduzione delle udienze. Tali iniziative debbono essere incoraggiate al fine di promuovere buone procedure di gestione del contenzioso da parte di ciascun giudice*”.

Nel parere n. 16 del 15 novembre 2013, sui rapporti tra giudici e avvocati, il Ccje affronta, invece, il ruolo, ritenuto fondamentale, della “*co-operation among the various parties involved in the proper functioning of justice and the interaction between these actors*”, osservando, al punto n. 4: “*Judges and lawyers have different roles to play in the legal process, but the contribution of both professions is necessary in order to arrive at a fair and efficient solution to all legal processes according to law*”.

and courts should conduct individual cases in a manner which is fair and proportionate as between the particular parties and takes into account the interests of other litigants and the public generally; that means conducting such litigation in a manner that enables the parties thereto to obtain justice at a cost commensurate with the issues involved, the amounts at stake and (without prejudice to the state's duty to provide appropriate resources) the court's own resources and that enables other litigants to obtain their fair share of the court's time for their own disputes (see paragraphs 103-104 above). C.13. The key to conducting litigation proportionately is active case management by judges, the core principles of which are stated in Recommendation No. R (84) 5. The most important point is that judges should from the outset and throughout legal proceedings control the timetable and duration of proceedings, setting firm dates and having power to refuse adjournments, even against the parties' wishes (see paragraphs 90-102 above). C.14. Parties should be required to define and commit themselves to their cases and evidence at an early stage, and judges should have power, both at first instance and on any appeal, to exclude amendments and/or new material after that stage (see paragraphs 122-125 above)”.

¹¹ V. pure DE CRISTOFARO, *Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 287.

Come già nel parere del 2008, si evidenzia che “*the standard of quality of judicial decisions will clearly be the result of interactions between the numerous actors in the judicial system*” e si sottolinea l’esigenza di un “*mutual respect for the roles played by each side and a constructive dialogue between judges and lawyers*”, concludendo: “*The CCJE is of the opinion that constructive relations between judges and lawyers will improve the quality and efficiency of proceedings. They will also help in meeting the parties’ needs: litigants expect that they and their lawyers will be heard and also expect judges and lawyers to contribute together to a fair resolution of their case according to law and within a reasonable time. (...) Judges and lawyers must co-operate in meeting the needs of the parties. To this end, the CCJE considers it important to develop planning hearings and procedural calendars, to facilitate, in the interests of the parties, an effective co-operation between judges and lawyers. Further, judges and lawyers must cooperate in facilitating the friendly settlements in the interests of the parties*”.

In tale ottica, nelle raccomandazioni finali del parere si afferma, al primo punto: “*The CCJE recommends that states establish appropriate procedural provisions, which must define the activities of judges and lawyers and empower judges to implement effectively the principles of a fair trial and to prevent illegitimate delaying tactics of the parties*”¹².

Sullo sfondo e sulla scia delle enunciazioni internazionali appena passate in rassegna, lo studio comparato del diritto processuale mette in evidenza che, in molti ordinamenti, anche di tradizioni notevolmente diverse tra loro, si stanno da tempo adottando strategie comuni per abbreviare la durata del processo e garantire una più efficiente tutela dei diritti in contesa, anche per quanto riguarda la riduzione dei relativi costi¹³.

¹² “It also recommends that judges, lawyers and court users be consulted in the drafting of these provisions and that these procedural frameworks be regularly evaluated”: prospettando così un dialogo anche a livello normativo.

¹³ V. pure DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 282; sulle più significative riforme in ambito europeo v. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 308 ss.

In particolare, tra le principali direttrici comuni di questi movimenti di riforma, si segnala appunto l'attribuzione al giudice di un ruolo centrale nella direzione del procedimento, nell'organizzazione delle attività delle parti, nella preparazione della causa per la decisione, con l'ampliamento dei poteri discrezionali anche in contesti tradizionalmente caratterizzati dalla natura marcatamente *adversarial* del procedimento¹⁴, sovente con la previsione di un'udienza preliminare destinata a mettere in evidenza le questioni controverse tra le parti, gli aspetti meritevoli di istruttoria e così via¹⁵.

¹⁴ Sulla svolta "toward increased judicial discretion" negli Usa v. MARCUS, *Slouching toward discretion*, in 78 *Notre Dame law rev.*, 2003, p. 1561 ss., ove l'a., p. 1564, osserva: "increased judicial supervision of litigation (...) appears to be an international phenomenon, and not just an American one"; per una prospettiva greca, v. MAKRIDOU, *Greek case management in light of other European civil justice systems*, in *Jour. comp. law*, 2012, p. 227 ss.

¹⁵ V. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, *passim*. Sull'esperienza spagnola v. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *The principal innovation of Spain's recent civil procedure reform*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker, Varano, Torino, 2005, p. 42 ss.; ID., *Civil justice in Spain: present and future. Access, cost, and duration*, in *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di Zuckerman, Oxford, 1999, p. 385; ESPLUGUES-MOTA, BARONA-VILAR, *Civil justice in Spain*, Nagoya, 2009, p. 82 ss. Rispetto al diffondersi del *case management* in Australia, v. EPSTEIN, *The quiet revolution in Australia – the changing role of the judge in civil proceedings*, in *The reforms of civil procedure*, cit., p. 192 ss.; ANSANELLI, in *Processi civili in evoluzione*, a cura di Dondi, Ansanelli, Comoglio, Milano, 2015, p. 157, evidenzia come "l'attribuzione al giudice di rilevanti poteri di management (...) viene realizzata senza comportare un totale sconvolgimento dei canoni dell'*adversary system of litigation*". VERKIJK, *Beyond winning: judicial case management and the role of lawyers in the principles of transnational civil procedure*, in *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, a cura di van Rhee, Anversa, 2008, p. 64 ss., afferma, p. 66: "At present, there seems to be far more trust in judges than in attorneys", mettendo in evidenza, p. 67, per converso: "Judges have more opportunities to use their power, have more discretion, act more informally and their actions are beyond appellate review". Per l'a., peraltro, il ruolo degli avvocati nel procedimento non dovrebbe essere svilito (p. 69); d'altro canto, "in order for lawyers to play a leading part in the procedural stage, they will have no choice but to cooperate, together and with the judge. Otherwise, the judge will rule". Per un'analisi della questione, anche in prospettiva storica, L. P. COMOGGIO, "Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 134 ss., il quale rileva, p. 155, come il ruolo "forte" del giudice risulti, quasi sempre, strumentalmente finalizzato, proprio nella prospettiva del processo "equo" o "giusto" (...) a un'efficace "moralizzazione" della condotta dei soggetti processuali".

In tal contesto, ruolo centrale assumono le tecniche di organizzazione del processo, comunemente denominate *case management*, ovvero “amministrazione (o gestione) della controversia”¹⁶.

Proprio in quanto “tecnica”, il *case management*, di per sé, non incide né attenua il principio dispositivo e non amplia i poteri del giudice di rilievo officioso delle questioni sostanziali o processuali rilevanti ai fini della decisione¹⁷, anche se si può accompagnare a una tendenza volta a valorizzare il ruolo del giudice anche nell’acquisizione delle prove¹⁸.

Uno degli elementi che caratterizzano il *case management* nelle sue interpretazioni più avanzate è la valorizzazione della collaborazione (o, meglio, del confronto) tra giudice e parti, in un’ottica cooperativa e non antagonistica¹⁹, con quello che è stato definito “*il graduale declino del principio ‘nemo tenetur edere contra se’*”²⁰.

Al contempo, si registrano la tendenza a ridurre l’importanza degli aspetti meramente procedimentali, in un contesto teso alla

¹⁶ V. DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 282 ss.; TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 324.

¹⁷ DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 283, evidenzia che il *case management*: “si concreta in sostanza nell’attribuzione al giudice di poteri relativi all’iter di svolgimento del processo, e così alla articolazione degli snodi in senso stretto procedimentali del progredire dello (...); ma resta invece estraneo alle tematiche dei poteri/doveri del giudice quanto all’approfondimento officioso di questioni insorte nel corso del processo o alla tematica dei poteri istruttori o addirittura all’onere di segnalazione alle parti della necessità di integrare/modificare le proprie allegazioni”.

¹⁸ Con riferimento all’esperienza francese e spagnola, v. TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 144.

¹⁹ Sugli accordi “istruttori” tra giudice e parti in Olanda v. G. R. RUTGERS, J. W. RUTGERS, *Reform of the code of civil procedure in the Netherlands*, in *The reforms of civil procedure*, cit., p. 138. ANSANELLI, in *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 155, afferma: “Appare prevalente l’istanza di contemperare tali prospettive all’interno di una nuova cultura di coordinamento del judicial management con una cooperazione qualificata degli avvocati. Del resto, risultano ampi e diffusi gli spazi di collaborazione giudice-parti presenti e perseguibili in particolare ove la scansione della fase preparatoria non risulti rigidamente predeterminata, la sia anzi modulata in maniera variabile a seconda della tipologia di controversia”.

²⁰ TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 144 ss., con particolare riferimento all’art. 10 c.p.c. francese e al § 140 Z.P.O. tedesco.

deformalizzazione del rito²¹, e la predisposizione di “ritmi” e calendari differenziati e flessibili²² per la preparazione, la trattazione e la decisione in base alla loro complessità individuale²³. Come è stato osservato, in effetti, l’obiettivo di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale, senza sacrificare l’esigenza di una adeguata trattazione delle cause, esige strutture elastiche al cui interno vi sia spazio per la differenziazione dei modelli di trattazione delle cause in funzione dei loro caratteri peculiari²⁴.

Deformalizzazione, gestione collaborativa e semplificazione del rito sono, in effetti, le parole d’ordine delle più recenti riforme processuali in alcuni importanti ordinamenti europei²⁵, cui vale la pena, in questo capitolo introduttivo, dedicare qualche approfondimento.

3. *L’esperienza inglese*

La (probabilmente) più innovativa riforma in ambito processuale civile dell’epoca contemporanea è quella avvenuta in Inghilterra sul finire dello scorso millennio²⁶.

²¹ Per una prospettiva olandese, v. G. R. RUTGERS, J. W. RUTGERS, *op. cit.*, p. 136 ss.

²² V. TROCKER, VARANO, *Concluding remarks*, in *The reforms of civil procedure*, cit., p. 247.

²³ Per un’analisi dei recenti sviluppi in Giappone v. TANIGUCHI, *Japan’s recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, in *The reforms of civil procedure*, cit., p. 107, ove si fa riferimento a un “planning of proceedings” obbligatorio per i casi “complessi”, come quelli relativi alla responsabilità medica, all’inquinamento ambientale, a grandi progetti edilizi e così via.

²⁴ Così TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 131.

²⁵ Per un quadro ricostruttivo delle più recenti tendenze nelle riforme processuali europee, v. TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 128.

²⁶ FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile*, cit., p. 91 ss.; ANDREWS, *Fundamental principles of civil procedure: order out of chaos*, in *Civil litigation in a globalising world*, a cura di Kramer, van Rhee, L’Aia, 2012, p. 19 ss. Per una descrizione del sistema previgente in Inghilterra v. MICHALIK, *Justice in crisis: England and Wales*, in *Civil justice in crisis*, a cura di Zuckerman, Oxford, 1999, p. 117; DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di case management giudiziale*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 517 ss.

Come noto, nel marzo 1994, il *Lord Chancellor* del tempo nominò *Lord Woolf* per proporre delle raccomandazioni sulla riforma del diritto processuale civile inglese, nell'ottica dell'accesso alla giustizia, della semplificazione delle norme, della modernizzazione della terminologia²⁷.

Lord Woolf pose al centro della sua attività riformatrice il principio di proporzionalità²⁸. Tale impostazione venne inizialmente prospettata nell'*Access to Justice Report* del 1996 sullo stato della giustizia civile britannica²⁹, ove *Lord Woolf* affermava: “*to preserve access to justice to all users of the system it is necessary to ensure that individual users do not use more of the system's resources than their case requires*”. In altre parole, nell'ottica del *Lord* inglese, l'interesse collettivo avrebbe giustificato una compressione dell'interesse privato, al fine di addivenire a una più razionale e adeguata distribuzione delle risorse tra gli utenti del sistema giudiziario, con riferimento alle caratteristiche della controversia individuale. Gli echi di questa enunciazione sui successivi pareri del Ccje in ambito processuale (v. *supra*) appaiono molto evidenti.

Dal *report* del 1996 ebbe poi origine la recente riforma del sistema processuale inglese, con l'introduzione delle *Civil procedure rules* (C.P.R.)³⁰ universalmente riconosciuta come uno degli eventi più importanti, dal punto di vista processuale, degli ultimi decenni, per il suo impatto innovativo e per la sua capacità di rappresentare un modello anche per altri ordinamenti.

²⁷ V. ANDREWS, *Fundamental principles of civil procedure*, cit., p. 27. Sull'analisi dell'*Interim report* di *Lord Woolf* del 1995, v. *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995. Il progetto di riforma ebbe, come ovvio, degli oppositori: v., per esempio, ZANDER, *Why Lord Woolf's proposed reforms of civil litigation should be rejected*, in *The reform of civil procedure*, cit., p. 79.

²⁸ Sulle radici benthamiane della riforma inglese v., con toni critici, PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la "proportionate justice"*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1478 ss.

²⁹ In generale, sull'argomento, v. PASSANANTE, *Processo civile inglese*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, p. 969 ss.

³⁰ Sul cammino della riforma inglese v. ANDREWS, *Fundamental principles of civil procedure*, cit., p. 27 ss.; VORRASI, *England's reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Note*, in *30 Journal of legislation*, fasc. 2, p. 365 ss.

In effetti, le *Civil Procedural Rules*, entrate in vigore nel 1999, costituiscono un vero e proprio codice di rito³¹ e hanno profondamente trasformato il diritto processuale d'oltre Manica³², all'insegna della semplificazione delle regole procedimentali³³.

Rispetto all'esperienza precedente, in cui le parti avevano, in qualche modo, il monopolio dell'attività processuale, con il giudice relegato a una posizione passiva³⁴, la riforma del 1999 ha rivoluzionato il ruolo del giudice stesso, il quale si è visto attribuire una nuova funzione nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti³⁵,

³¹ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, Butterworths, 2003, p. 1.

³² TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 173, le definisce "l'evento più spettacolare" del movimento di riforme a cavallo del nuovo millennio.

³³ V. CRANSTON, "The rational study of law": social research and access to justice, in *The reform of civil procedure*, cit., p. 50 ss. ANDREWS, *Civil justice's 'songs of innocence and experience'. The gap between expectation and experience*, in *Int. jour. proc. law*, 2016, fasc. 1, p. 106 ss. osserva però: "some topics have become heavily criss-crossed with complex regulations".

³⁴ V. VORRASI, *England's reform to alleviate the problems of civil process*, cit., p. 364. Sull'impatto delle riforme rispetto al sistema precedente v. ANDREWS, *The adversarial principle: fairness and efficiency: reflections on the recommendations of the Woolf Report*, in *The reform of civil procedure*, cit., p. 169 ss.

³⁵ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 34, osserva: "Control over litigation has been transferred from the parties to the court, thereby enabling the court to determine the best way of utilising its resources in order to dispose fairly of disputes". E ancora: "The CPR aim to avoid the excesses and inefficiencies of the old system by ensuring that the process followed for the resolution of a particular case is adapted to the needs of the dispute. Before the CPR the court was essentially reactive, it merely responded to parties' applications in the course of the litigation. Now the court is proactive. Court control is exercisable by a wide range of discretionary powers."); sul "managerial judging", con riferimento all'*Interim report* del 1995, v. CRANSTON, "The rational study of law", cit., p. 38 ss.; per ANDREWS, *Case management in the English Commercial Court, in International contract litigation, arbitration and judicial responsibility in transnational disputes*, a cura di Stürner, Kawano, Tubinga, 2011, p. 293, il nuovo "codice" "took away from parties' lawyers their traditional control of pre-trial development and pace"; ANDREWS, *Fundamental principles of civil procedure*, cit., p. 28, osserva: "The CPR created a general framework for active involvement of judges in the pre-trial development of moderately or extremely complex litigation"; TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 311. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile*, cit., p. 93, rileva: "L'idea che l'interesse delle parti sia l'unico "motore" in grado di fare

insieme ad ampi poteri discrezionali per implementarla³⁶, in particolare, per controllare il progresso della causa e garantire la rapidità nella decisione³⁷.

Il segno del mutamento di rotta si riscontra sin dalla *Rule 1.1*, la quale ha introdotto quello che è stato definito “*un cambiamento radicale nella procedura civile e nella cultura del contenzioso*”³⁸. Tale norma individua, infatti, un *overriding objective*³⁹ (obiettivo dominante) per le nuove regole processuali inglesi. Essa recitava, nella sua formulazione originaria: “(1) *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly*”⁴⁰.

procedere efficacemente la macchina del processo è entrata in crisi”. V. pure DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese*, cit., p. 531 ss.

³⁶ Peraltro, il modello processuale inglese è tradizionalmente caratterizzato dal riconoscimento di ampi poteri discrezionali in capo al giudice per disciplinare lo svolgimento del processo. Si parla, al riguardo, di “*inherent jurisdiction of the court*”: v. in materia DOCKRAY, *The inherent jurisdiction to regulate civil proceedings*, in *Law quar. rev.*, 1997, p. 120.

³⁷ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 11; TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, cit., p. 186; VORRASI, *England's reform*, cit., p. 361 ss.

³⁸ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 1.

³⁹ Sull’*overriding objective*, v. le osservazioni di TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 313, per cui, in tale enunciazione si colgono, come valori di riferimento, dare attuazione al ruolo costituzionale della giustizia e della tutela giurisdizionale in una società civile moderna, garantire la effettività della tutela giurisdizionale per fare pieno valore alle situazioni soggettive riconosciute sul piano sostanziale e attribuire a tutti i cittadini gli strumenti per ottenere una giusta composizione delle controversie; DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese*, cit., p. 541 ss. Sulle difficoltà riscontrate nella pratica di dare contenuto concreto a tale *objective* enunciato in via generale e astratta v. ZUCKERMAN, *Court control and party compliance – the quest for effective litigation management*, in *The reforms of civil procedure*, cit., p. 159 ss., per il quale: “It is one thing for CPR 1.1.(2) to dictate that dealing with a case justly includes ‘allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking account the need to allot resources to other cases’. It is quite another matter for a court to know what to make of this in any given case”. Per ulteriori approfondimenti, DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 289; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile*, cit., p. 111. Sulle ricadute in materia della riforma del 2013, ZUCKERMAN, *The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 123 ss.

⁴⁰ V. FICCARELLI, *op. cit.*, p. 130; v. pure le osservazioni di L. P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 600.

L'obiettivo dominante, ovvero il paradigma che deve guidare la corte nella gestione delle controversie individuali⁴¹, in altre parole, consiste nel mettere la corte stessa in condizione di trattare le controversie secondo giustizia: un'enunciazione che potrebbe apparire scontata, ma che, invece, collocata nella prima norma di un nuovo codice di procedura civile, evidenzia che la funzione ultima di un sistema processuale è dare giustizia ai litiganti e che tale realizzazione deve costituire il canone ermeneutico fondamentale dell'intero sistema.

Il nuovo ordinamento processuale inglese si basa su tre imperativi: raggiungere decisioni sostanzialmente corrette, utilizzando risorse in modo proporzionato e in un tempo ragionevole⁴². Uno dei componenti fondamentali dell'*overriding objective*, inoltre, è la "procedural fairness", ovvero l'equità processuale⁴³.

La *Rule 1*, al punto (2)⁴⁴, si preoccupa di elencare le modalità concrete con cui tale obiettivo deve essere perseguito, per quanto possibile⁴⁵. Rispetto a quanto ci interessa qui, in particolare, si fa

⁴¹ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 3.

⁴² ZUCKERMAN, *op. ult. cit.*, p. 2, il quale aggiunge: "The system established by the CPR (...) reflects a three-dimensional concept of procedural justice"; e, a p. 6: "Dealing with cases justly is a composite process principle that consists of all three imperatives just mentioned, each of which forms part of the whole". Si prospetta a questo riguardo un concetto tridimensionale fondato "on criteria of truth, of time and of resources", rispetto al quale, l'a., p. 14, prospetta un compromesso necessario tra le tre componenti dell'*overriding objective*. Su questa visione tridimensionale, in chiave comparatistica, ZUCKERMAN, *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, in *Civil justice in crisis*, cit.

⁴³ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 2.

⁴⁴ Che, dopo la riforma del 2013, recita: "(2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate – (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders". V. al riguardo L. P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo*, cit., p. 600.

⁴⁵ Per ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 4: "the novelty of the overriding objective consists in turning the temporal and resource dimensions of justice from abstract notions into working principles of practical consequence"; e, a p. 7: "Practical constraints of resource are bound to impinge on the litigation process. There is no escaping the fact that court resources are limited".

riferimento a un utilizzo proporzionato delle risorse giudiziarie rispetto alle caratteristiche del caso concreto e dei litiganti, tenendo in considerazione il bisogno di attribuire risorse anche alle altre controversie. In altre parole, la norma chiarisce che il bisogno individuale di giustizia deve fare i conti con l'analogo bisogno dell'intera collettività⁴⁶; e poiché le corti forniscono un servizio pubblico, è evidente che a ciascun litigante non possa che essere attribuita la "giusta" quota individuale di tempo, attività e risorse giudiziarie, per garantire che il servizio in questione possa essere erogato anche nei confronti degli altri consociati⁴⁷.

Significativamente, nella riforma del 2013 delle *Rules*, al par. 1 della *Rule* 1.1 sono state aggiunte le parole "*and at proportionate cost*", così formalizzando che il principio di proporzionalità è parte integrante dell'*overriding objective*.

Tale proporzionalità non considera solo i profili economici della lite ma è anche funzionale al raggiungimento di risultati "giusti", sul presupposto che una corte che esamina i casi in base alla loro complessità sia più in grado di raggiungere decisioni corrette rispetto a una corte che dia la stessa attenzione a ogni controversia⁴⁸. Si mette

⁴⁶ ZUCKERMAN, *op. ult. cit.*, p. 36, osserva: "the majority of cases will be relatively simple or modest. It makes no sense to give all cases equal court attention. Differentiation in allocating procedural resources is therefore a demand of justice"; in materia, anche ID., *Reform in the shadow of lawyers' interests*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, cit., p. 67 ss. V. pure BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1305, per cui: "La nozione di economia processuale, invalsa e talvolta fin troppo utilizzata, assume qui una valenza diversa, nel senso che esce da una visione atomistica dei processi e conduce a una considerazione della globalità del carico di lavoro". Per ANDREWS, *Case management in the English Commercial Court*, cit., p. 293: "The notion of 'proportionality' requires the court and parties to consider the competing demands of other litigants within the system. These other litigants also wish to gain access to judges, the court's 'scarce resources'. FICCARELLI, *op. cit.*, p. 112, aggiunge: "Una gestione efficiente della lite consiste (...), prima di tutto, nell'economica ed efficiente allocazione delle risorse processuali".

⁴⁷ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 7: "All that litigants are entitled to expect is a reasonable allocation of resources needed to achieve a reasonable protection and enforcement of their rights"; a p. 9: "When dealing with an individual dispute, the court must keep an eye on the general picture and bear in mind the consequences that individual decisions on matters of procedure may have for the litigation system as a whole".

⁴⁸ ZUCKERMAN, *op. ult. cit.*, p. 10.

così in rilievo che, poiché le cause non sono tutte ugualmente complesse, è irrazionale distribuire indiscriminatamente le non infinite risorse del sistema processuale, senza apprezzare le caratteristiche individuali di ogni singola lite⁴⁹.

In questo contesto, inoltre, rileva anche la dimensione temporale: la decisione finale, infatti, deve essere raggiunta con una tempistica proporzionale alla sua complessità⁵⁰.

È interessante osservare come l'*overriding objective* si indirizzi non solo alla corte, ma anche alle parti, che hanno il dovere di assistere il giudice nel conseguimento di tale obiettivo collaborando tra loro e con il giudice stesso, come espressamente stabilito dalla *Rule 1.3* ("the parties are required to help the court to further the overriding objective")⁵¹.

Come si è detto, l'*overriding objective* è la linea guida nella gestione dei casi⁵², da attuare, appunto, con un *case management* attivo. Al riguardo, la *Rule 1.4*⁵³ recita: 1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.*

(2) *Active case management includes –*

⁴⁹ V. anche PASSANANTE, *op. cit.*, p. 971.

⁵⁰ V. anche ZUCKERMAN, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁵¹ ZUCKERMAN, *op. ult. cit.*, p. 6, p. 43; FICCARELLI, *op. cit.*, p. 95: "Il processo deve essere l'attuazione di un progetto razionale basato sulla condivisione di responsabilità di tutti gli operatori della giustizia in riferimento alla efficienza del servizio".

⁵² ANDREWS, *English civil justice and remedies. Progress and challenges*, Nagoia, 2007, p. 34 ss. A p. 43, l'a sottolinea: "The case management process (...) operates at three levels: first, as a means of encouraging the parties, by use of ADR 'orders', to pursue mediation, where this is practicable; secondly, to prevent the case from progressing too slowly and inefficiently; finally, to give practical force to Part 1 of the CPR, which demands that judicial resources be allocated in a proportionate manner". V. pure DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese*, cit., p. 545. Sulla "streamlined procedure" introdotta dalla *Patents Court* inglese, per ridurre i costi di gestione delle liti brevettuali e la loro complessità, v. RADCLIFFE, *The new English fast track patent litigation procedure*, in *IP litigator*, maggio/giugno 2006, p. 16 ss.

⁵³ Al riguardo, DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 290 afferma: "il *case management* viene configurato come vero e proprio dovere gravante in capo al giudice, destinato a specificarsi nella serie di attività esemplificativamente elencate nella *Rule 1.4*". Sul *case management* nell'esperienza della *Commercial Court*, v. ANDREWS, *Case management in the English Commercial Court*, cit., p. 293. V. pure FICCARELLI, *op. cit.*, p. 108; VORRASI, *op. cit.*, p. 368 ss.

- (a) *encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;*
- (b) *identifying the issues at an early stage;*
- (c) *deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;*
- (d) *deciding the order in which issues are to be resolved;*
- (e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;*
- (f) *helping the parties to settle the whole or part of the case;*
- (g) *fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;*
- (h) *considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;*
- (i) *dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;*
- (j) *dealing with the case without the parties needing to attend at court;*
- (k) *making use of technology; and*
- (l) *giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.*

Come si può vedere, la direzione della lite si sviluppa su più direttrici, all'insegna della collaborazione e della cooperazione tra parti e giudice⁵⁴, dell'adattamento delle tempistiche procedurali alle caratteristiche del caso concreto, della pronta definizione delle singole questioni e della lite nella sua complessità.

Come la dottrina inglese mette in evidenza, è impossibile pre-determinare la quantità di risorse che possa essere dedicata a una singola lite: ogni decisione al riguardo va presa sulla base delle circostanze del caso specifico⁵⁵. Nell'ambito di tale gestione delle

⁵⁴ Come evidenzia PASSANANTE, *op. cit.*, p. 972, l'introduzione del *case management* "ha comportato una deviazione dal modello classico di processo *adversarial* e un avvicinamento del processo civile inglese ai modelli processuali europei continentali"; ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 43.

⁵⁵ Per ZUCKERMAN, *op. ult. cit.*, p. 4: "The ascertainment of truth necessitates the adoption of practical fact-dependent means. Truth is an end that can only be obtained by means which are adapted to the particular circumstances of the dispute and which are therefore case dependent".

liti, il giudice gode di una discrezionalità ampia ma non illimitata⁵⁶.

A corollario dell'*overriding principle* e come articolazione del *case management*, le C.P.R. hanno previsto che il procedimento di primo grado, dopo una fase introduttiva uguale per ogni controversia, si possa sviluppare su tre binari (*tracks*) diversi, in ragione delle caratteristiche della singola lite, a partire (ma senza efficacia vincolante) dal suo valore economico⁵⁷. All'interno di ciascun binario, poi, le modalità di trattazione sono soggette a variazioni in ragione delle esigenze che emergono durante il procedimento⁵⁸. Si attua così il principio di proporzionalità sotteso all'*overriding principle*⁵⁹ e si persegue l'elasticità dei modelli di trattazione⁶⁰.

La scelta del binario su cui collocare la causa è rimessa al giudice, sulla base degli atti di parte. Dal 2013, d'altro canto, è possibile collocare una controversia su un binario "inferiore" rispetto al normale, anche senza il consenso delle parti.

Dopo lo scambio del *claim form* e della *defence* tra attore e convenuto, la corte invia a questi ultimi, dall'aprile 2013, un *directions questionnaire* (in precedenza, un "*allocation questionnaire*"), per determinare la *track* su cui posizionare la controversia e nel quale le parti indicano, per esempio, il numero di testimoni, la eventuale

⁵⁶ "The court is free to implement the o. o. by any means that it considers appropriate": ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 4; a p. 15, l'a. evidenzia pure come "different judges may come to different case specific conclusions", ma questo non significa che le corti godano di un discrezione illimitata, dovendosi individuare "developing patterns of case management".

⁵⁷ Per maggiori approfondimenti sulle "procedural tracks" v. ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 422 ss.; ARMSTRONG, *Making tracks*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, cit., p. 97; v. pure TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., pp. 314-5; FICCARELLI, *op. cit.*, p. 31 ss., in merito ai criteri in base al quale viene individuato il binario più appropriato nel caso concreto, osserva che esistono notevoli margini di discrezionalità in capo al giudice, che può prendere in considerazione "un ampio numero di circostanze particolari"; v. anche p. 112; DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese*, cit., p. 558 ss.

⁵⁸ TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 315.

⁵⁹ ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 40: "In order to resolve a dispute expeditiously and with proportionate investment of procedural resources the court must take early control of the litigation and develop an appropriate structure for its resolution".

⁶⁰ V. TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, cit., p. 178.

richiesta di esperti, la lunghezza stimata dell'udienza finale e così via⁶¹. È pure prevista la possibilità di fissare un'apposita udienza per stimolare il contraddittorio sul punto⁶².

In particolare, la scelta si pone tra⁶³:

– *small claims track* (Rule 27): in questo “binario” vengono posti limiti ai rimedi ottenibili e alle prove utilizzabili: si tratta, in effetti, di un rito notevolmente semplificato e informale, per le cause di minore valore economico (dal 2013, sino a 10.000 sterline)⁶⁴ e comunque per quelle meno complesse (tipicamente controversie individuali e che riguardano consumatori);

– *fast track* (Rule 28): riservato alle cause di valore “intermedio” (dal 2013, tra 10.000 e 25.000 sterline), questo binario prevede lo svolgimento di un processo che complessivamente, nella fase *pre-trial*, non duri più di trenta settimane e, nel *trial*, si risolva in un'unica udienza⁶⁵;

– *multy track* (Rule 29): è il binario residuale, previsto per le cause di maggior valore o per quelle più complesse dal punto di vista soggettivo e oggettivo. Il ruolo manageriale del giudice in questo contesto è più intenso e mira a garantire la più sollecita preparazione del caso per il *trial*, con la predisposizione di un calendario e l'impartizione di direttive. È pure prevista la possibilità di organizzare una *case management conference*⁶⁶.

⁶¹ Così STEWART, BOUCHÉ, *Civil court case management in England and Wales and Belgium: philosophy and efficiency*, in *Civ. just. quar.*, 2009, p. 209 ss.; v. pure VORRASI, *op. cit.*, p. 371: “at the preliminary stage, judicial management involves allocating cases to the appropriate case management track”.

⁶² V. PASSANANTE, *op. cit.*, p. 980; TORQUATO, D'AGOSTINI, *Spunti di raffronto comparato sulla recente riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 258.

⁶³ Maggiori dettagli in PASSANANTE, *op. cit.*, p. 980 ss.; v. pure DE CRISTOFARO, *Case Management*, *cit.*, p. 292 ss.

⁶⁴ TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, *cit.*, p. 132; STEWART, BOUCHÉ, *op. cit.*, p. 210; VORRASI, *op. cit.*, p. 369; DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo*, *cit.*, p. 561; sulla proposta di riforma della *small claims jurisdiction* v. BALDWIN, *Raising the small claims limit*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, *cit.*, p. 185.

⁶⁵ TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, *cit.*, p. 132; v. anche anche ZUCKERMAN, *Reform in the shadow of lawyers' interests*, *cit.*, p. 61 ss.; DONZELLI, *La fase preliminare*, *cit.*, p. 562; STEWART, BOUCHÉ, *op. cit.*, p. 211.

⁶⁶ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 120; DONZELLI, *op. cit.*, p. 565; STEWART, BOUCHÉ, *op. cit.*, p. 211; VORRASI, *op. cit.*, p. 373.

L'esperienza applicativa, a ormai più di quindici anni dall'entrata in vigore del nuovo sistema, sembra documentarne il successo⁶⁷. A quanto pare, i tempi per la definizione delle liti si sono davvero ridotti⁶⁸ anche se alcuni evidenziano come l'applicazione della proporzionalità sia andata a discapito dell'accuratezza delle decisioni⁶⁹. D'altro canto, non sembra che il *case management* abbia portato a una riduzione dei costi complessivi del processo⁷⁰, tanto da rendere necessaria una riforma delle *Rules*, curata da Sir Ruper Jackson, entrata in vigore l'1 aprile 2013⁷¹.

4. Il modello francese

Anche in Francia il sistema processuale⁷² ha abbracciato i principi della proporzionalità e della flessibilità, nel prisma del principio

⁶⁷ V. per esempio VORRASI, *op. cit.*, p. 373.

⁶⁸ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 155; STEWART, BOUCHÉ, *op. cit.*, p. 216. RADCLIFFE, *op. cit.*, p. 16 ss., con riferimento al contenzioso avanti alla *Patents Court* inglese, osserva: “[The English Patents Court] in recent years (...) has also deliberately managed cases actively so that, on average, they take about a year from beginning to end”.

⁶⁹ V. SORABJI, *Prospects for proportionality: Jackson implementation*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 222 ss., il quale, p. 224 osserva: “rather than seeking to achieve justice the courts, consistently with the need to deal with cases justly, will be seeking to achieve proportionate justice”.

⁷⁰ Il problema era stato in qualche modo anticipato da CRANSTON, “*The rational study of law*”, cit., p. 42, che aveva osservato come l'impatto del *court control* “on the private cost of litigation is, however, speculation”. Sui costi eccessivi del processo inglese (anche dopo la riforma), v. STEWART, BOUCHÉ, *op. cit.*, p. 217; VORRASI, *op. cit.*, p. 374. Sulla riforma delle CPR in materia di costi del processo, v. RAMSEY, *Implementation of the costs reform*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 112 ss.; HURST, *The new costs rules and practice directions*, *ivi*, p. 153 ss.; SORABJI, *Prospects for proportionality: Jackson implementation*, *ivi*, p. 213 ss.

⁷¹ Per un primo approccio alla riforma, si possono consultare i seguenti link: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/262/pdfs/uksi_20130262_en.pdf; <http://thestudentlawyer.com/2013/04/18/the-jackson-reforms-explained/>; <http://www.out-law.com/topics/dispute-resolution-and-litigation/court-procedure/changes-to-civil-procedure-rules-and-court-costs-made-in-april-2013/>; <https://www.walkermorris.co.uk/publications/changes-civil-procedure-rules-overview-house-lawyers/>. V. anche JACKSON, *Foreword*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 109.

⁷² Su cui CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 549; FICCARELLI, *op. cit.*, p. 34 ss., p. 45 ss.

di collaborazione, in un quadro generale di semplificazione delle regole processuali⁷³.

Nel paese d'oltralpe, il punto di riferimento è costituito dal nuovo codice di procedura civile del 1975⁷⁴, oggetto di successive riforme sino al 1981. Quello che inizialmente era chiamato *NCPC* (ma che, dal 2007, ha ufficialmente assunto il nome di "Codice di procedura civile")⁷⁵ ha, in effetti, stabilito un principio di cooperazione tra le parti e il giudice, rafforzato con il *décret* del 18 dicembre 1998⁷⁶.

In attuazione di tale principio, il giudice dispone di poteri di controllo sul progresso del procedimento⁷⁷: tali poteri, anzi, nel corso degli anni sono stati ampliati⁷⁸.

Il nuovo codice ha cercato di attuare i principi di semplificazione e di flessibilità⁷⁹, attribuendo al giudice quella che viene chiamata una "direzione elastica del processo", adeguata alle caratteristiche (e alle difficoltà) del caso concreto⁸⁰. Sono così stati introdotti meccanismi speciali per la preparazione della causa avanti al *Tribunal de grande instance* e alla *Cour d'appel*.

In tale contesto, si può menzionare la conferenza del Presidente (artt. 758-759 c.p.c.): si tratta dell'incontro tra il presidente di sezione e gli avvocati per chiarire le necessità della preparazione del caso

⁷³ CADIET, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1305.

⁷⁴ V. in material CADIET, *Civil justice reform: access, cost, and delay. The French perspective*, in *Civil justice in crisis*, cit., p. 315 ss.; TROCKER, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 130.

⁷⁵ A seguito dell'abrogazione degli ultimi due articoli sopravvissuti del vecchio codice di rito, a opera della legge n. 2007-1787: SCHMIDT, *Civil justice in France*, Nagoya, 2010, p. 29.

⁷⁶ FERRAND, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, cit., p. 9; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 28; CADIET, *Civil justice reform*, cit., p. 315, il quale osserva che nei primi 24 articoli del codice è possibile leggere "an intended balance between the prerogatives of the parties and the powers of the judge in the unfolding of the trial and the resolution of the dispute".

⁷⁷ CADIET, *Civil justice reform*, cit., p. 316, che mette in risalto il compromesso sotteso al nuovo codice: "The trial is still to 'belong to' the parties, but the judge is given extended powers, and the responsibility to promote the public interest in the justice of the case, by reaching the fairest possible solution to the dispute".

⁷⁸ FERRAND, *The respective role*, cit., p. 15; FICCARELLI, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹ CADIET, *Civil justice reform*, cit., p. 317; TROCKER, *Poteri del giudice*, cit., p. 178.

⁸⁰ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 68.

e la scelta del binario su cui instradare la lite⁸¹. I procedimenti, in effetti, possono essere avviati su tre possibili circuiti procedurali⁸², in base alla complessità della causa⁸³, in un'ottica di bilanciamento tra l'iniziativa delle parti e la direzione del giudice⁸⁴.

I "circuiti" in questione sono i seguenti:

– *circuit court* (art. 760 c.p.c.), nel quale il caso viene deciso all'esito dell'udienza tra il Presidente di sezione e gli avvocati. Esso è usato normalmente per i casi semplici, pronti per la decisione (contumaciali o documentali)⁸⁵;

– *circuit moyen* (art. 761 c.p.c.), che viene scelto se, dopo la prima udienza, sono necessari chiarimenti sulle istanze o nuove richieste istruttorie. In tal caso, si fissa una seconda udienza e, all'esito, è sempre possibile passare al *circuit long*;

– *circuit long*: dopo la prima udienza, il presidente nomina il *juge de la mise en état – conseiller*, in Corte d'appello – avanti al quale si svolge una fase istruttoria (*mise en état*)⁸⁶, nella quale il giudice sovrintende e dirige le attività, fissando i termini per le parti di volta in volta necessari (nel processo francese mancano infatti termini prefissati per legge). Si parla a tale riguardo di "*personnalisation du rythme des affaires*"⁸⁷.

In questo modello processuale, si segnala il ruolo centrale del giudice *de la mise en état*, che ha poteri di direzione del processo e anche di stimolo nei confronti delle parti per la presa di posizione o la precisazione di questioni, ai sensi dell'art. 765 c.p.c.⁸⁸

⁸¹ FERRAND, *op. cit.*, p. 16; CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 408; TROCKER, *Poteri del giudice*, cit., p. 178; ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 315; FICCARELLI, *op. cit.*, p. 73; ANSANELLI, in *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 180.

⁸² V. anche DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 298 ss.; CADIET, *Civil justice reform*, cit., p. 317.

⁸³ FERRAND, *op. cit.*, p. 18 ss.; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 115.

⁸⁴ Così TROCKER, VARANO, *Concluding remarks*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, cit., p. 250.

⁸⁵ Maggiori dettagli in CANELLA, *Gli accordi processuali francesi*, cit., p. 408; CADIET, *Complessità e riforme*, cit., p. 1314 ss.

⁸⁶ V. FICCARELLI, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁷ FERRAND, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁸ TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 142; MATTA, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 171; BONATO, *I poteri e i provvedimenti del juge*

In particolare, nell'ambito della regolamentazione del *circuit long*, si collocano il *calendrier du procès*⁸⁹ e il *contrat de procédure* tra corti e avvocati, per concordare tempi e scansione delle attività⁹⁰⁻⁹¹.

In effetti, si tratta di innovazioni che il legislatore ha recepito dalla prassi. Per garantire maggiore uniformità applicativa, in un sistema caratterizzato dall'assenza di preclusioni⁹² e di fasi procedurali ben demarcate⁹³, presso le corti parigine e altre corti "provinciali" si era, infatti, diffuso l'utilizzo di accordi processuali a carattere collettivo, stipulati tra i Presidenti delle corti e quelli degli Ordini forensi locali⁹⁴.

L'esperienza di tali accordi collettivi è stata poi in parte recepita dal legislatore francese in alcune recenti riforme⁹⁵. In particolare, è stato riformulato l'art. 764 c.p.c.⁹⁶ (in vigore dal marzo 2006), su

de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli, 2012, p. 286 ss.

⁸⁹ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 69 ss.; GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 169 ss.

⁹⁰ In realtà, come mette in evidenza, CANELLA, *Gli accordi processuali francesi*, cit., p. 423, vi è anche un altro tipo di *contrat de procédure*, per l'applicazione delle norme sull'informatizzazione del processo. Nell'ambito di tali contratti-quadro, la volontà dei "contraenti" assume un ruolo "assolutamente secondario" (p. 425). V. anche TROCKER, *Poteri del giudice*, cit., p. 182; ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 319; CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, numero speciale *Accordi di parte e processo*, p. 112.

⁹¹ Il fenomeno degli accordi processuali non è ovviamente un'esclusiva del sistema francese: per un'analisi della situazione negli Usa. v. FABBÌ, *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarola, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 1003 ss. Per una prospettiva di diritto brasiliano (con particolare riferimento all'art. 190 del nuovo codice di procedura civile), v. DIDIER JR., *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño*, in *Int. jour. proc. law*, 2017, fasc. 1, p. 39 ss., il quale, p. 48 ammette la possibilità che negozi processuali possano essere celebrati anche tra le parti e il giudice, pur nel silenzio al riguardo dell'art. 190 stesso; CABRAL, *Accordi processuali nel diritto brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 773.

⁹² V. al riguardo TROCKER, *Poteri del giudice*, cit., p. 181.

⁹³ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 68.

⁹⁴ In argomento, CANELLA, *Gli accordi processuali francesi*, cit., p. 399 ss., 413 ss.: l'a., a p. 423, mette in evidenza che in ambito francese possono trovare spazio le pratiche consensuali poiché la Costituzione, all'art. 34, non include, tra le materie ivi tassativamente elencate per la regolamentazione da parte della legge la procedura civile.

⁹⁵ CANELLA, *op. ult. cit.*, p. 402, p. 423.

⁹⁶ V. FICCARELLI, *op. cit.*, p. 70; GHIRGA, *op. cit.*, p. 170 ss.; CAPONI, *Per una sostenibile diversità del processo a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 201; ANSANELLI, in *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 179; TROCKER, *Le riforme del processo civile in*

ispirazione del *Rapport Magendie I*⁹⁷, con l'introduzione del calendario dell'istruzione, redatto dal giudice con l'accordo degli avvocati⁹⁸ e vincolante sia per la parti sia per il giudice⁹⁹.

Tale calendario determina il numero prevedibile delle udienze, le date per lo scambio di memorie, e quella per la pronuncia della decisione. In questo modo, riducendo il "fattore sorpresa", si mira a conseguire un risparmio di tempo e un miglior impiego di energie¹⁰⁰.

Al riguardo, si rileva come la riforma francese, pur mettendo al centro il ruolo direttivo del giudice, tramite lo strumento della contrattualizzazione, cerchi di fare condividere alle parti "la responsabilità dell'iter processuale", per il miglior funzionamento del sistema giustiziale. Da questo punto di vista, si osserva che l'accordo processuale non riguarda soltanto gli oneri delle parti, ma anche i doveri del giudice¹⁰¹.

A questo proposito, si evidenzia che, in un ordinamento che non conosce preclusioni, il negozio processuale diviene "uno strumento persino suscettibile di incidere sull'essenza e sulla struttura stessa della procedura"¹⁰². In effetti, proprio attraverso l'accordo delle parti i termini così concordati diventano perentori e possono essere prorogati solo in caso di gravi e documentati motivi¹⁰³.

Nell'ottobre 2010, è poi stato promulgato il decreto 1165, di riforma della procedura orale (art. 446-2), nel cui ambito si inserisce una forma di "calendarizzazione" delle attività difensive delle parti¹⁰⁴.

Come emerge dalla breve analisi che precede, il processo francese contemporaneo può, dunque, essere qualificato come "elastico",

Europa, cit., p. 139; sull'incidenza della complessità della causa rispetto alla disciplina del processo v. CADIER, *Complessità e riforme del processo civile francese*, cit., p. 1312.

⁹⁷ Come rileva GHIRGA, *op. cit.*, p. 171, tale rapporto "prendendo le mosse dalla constatazione che la giustizia è un servizio pubblico, che coinvolge nello stesso tempo interessi pubblici e privati, ha cercato di proporre un più equilibrato rapporto tra poteri delle parti e del giudice, ponendo la lealtà processuale al centro del sistema".

⁹⁸ V. DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 300; CANELLA, *Gli accordi processuali francesi*, cit., p. 409; TROCKER, *Poteri del giudice*, cit., p. 181-2; FICCARELLI, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁹ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁰ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰¹ Così GHIRGA, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰² DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 300.

¹⁰³ Così CANELLA, *Gli accordi processuali francesi*, cit., p. 409.

¹⁰⁴ Maggiori dettagli in GHIRGA, *op. cit.*, p. 174, ove si evidenzia la mancanza di sanzioni per il mancato rispetto di tale calendario.

privo di cadenze rigide e astratte, in grado di adeguarsi alle caratteristiche del caso individuale¹⁰⁵.

5. Le soluzioni tedesche

Il legislatore tedesco¹⁰⁶, sin dalla riforma del 1977, ha forgiato un modello processuale flessibile¹⁰⁷ e tali caratteristiche sono ancora più evidenti dopo la riforma del 2001¹⁰⁸. Anche nel diritto processuale tedesco, inoltre, sono previste modalità di *case management*, per calibrare, sin dalle battute iniziali del processo, lo svolgimento dello stesso in base alla complessità della singola controversia¹⁰⁹, con l'attribuzione, al giudice tedesco, di un ruolo forte ma non "prepotente"¹¹⁰.

Anche il codice di procedura civile tedesco¹¹¹ prevede la possibilità di determinare il modo di svolgimento del processo in modo elastico, in base alle caratteristiche della singola controversia.

Il punto di riferimento è il § 139 ZPO, che prevede l'obbligo per il giudice di discutere la controversia con le parti, ponendo quesiti e chiedendo chiarimenti e, in generale, il compito del giudice di garantire la correttezza sostanziale negli esiti della decisione¹¹².

¹⁰⁵ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁶ Sulle prospettive di riforma in Germania in termini di accesso, costi e speditezza, v. GOTTWALD, *Civil justice reform: access, cost, and expedition. The German perspective*, in *Civil justice in crisis*, cit., p. 207. V. anche VON HASE, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 178 ss.

¹⁰⁷ Così TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, cit., p. 179; ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 316; CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 527.

¹⁰⁸ Su cui v. CAPONI, *op. ult. cit.*, p. 524.

¹⁰⁹ V. TROCKER, *Poteri del giudice*, cit., p. 179. Sul *case management* nelle controversie transnazionali nell'esperienza delle Corti d'appello di Stoccarda e Karlsruhe, v. STÜRNER, *Special case management by judges for foreign parties*, in *International contract litigation*, cit., p. 253 ss.

¹¹⁰ Così CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti*, cit., p. 529 ss.

¹¹¹ V. *Codice di procedura civile tedesco*, a cura di Patti, Milano, 2010.

¹¹² Per un primo approccio al c.d. obbligo giudiziale di indirizzo e chiarificazione nel diritto processuale tedesco v. DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 283 ss.; TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 142.

Il procedimento nasce, in effetti, con modalità unitarie e viene definito nell'ambito di un'udienza principale, dedicata alla trattazione orale (§ 272(1) ZPO). Per la preparazione di tale udienza, però, il Presidente, come previsto dal § 272(2) ZPO, può scegliere tra due opzioni¹¹³:

– in primo luogo, può fissare la prima udienza immediata per la trattazione (§ 275), cui può fare eventualmente seguito la fissazione dell'udienza principale;

– in alternativa, può disporre un procedimento preliminare scritto (§ 276): si tratta di una strada di regola preferita per i casi di maggiore complessità¹¹⁴. Qui, dopo il deposito dell'atto introduttivo e la fissazione dell'udienza, il convenuto è invitato dal Presidente a informare il Tribunale, per iscritto ed entro due settimane dalla notifica del ricorso, se intende difendersi, con la possibilità, a quel punto, di depositare una comparsa di risposta scritta entro un successivo termine non inferiore ad altre due settimane¹¹⁵.

Molta flessibilità si riscontra anche rispetto alle attività preparatorie dell'udienza principale, elencate dal § 273 ZPO¹¹⁶, per quanto in via non tassativa, potendo il giudice assumere misure preparatorie non menzionate dalla legge, purché funzionali a un'effettiva preparazione della causa¹¹⁷. Per esempio, si prevedono la fissazione di termini alle parti per la spiegazione di determinati punti da chiarire, la richiesta ad autorità o a soggetti investiti di cariche pubbliche per l'invio di documenti o la comunicazione di informa-

¹¹³ V. pure CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno nazionale, Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 272; TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 133.

¹¹⁴ TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 316; CAPO- NI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 528.

¹¹⁵ V. TROCKER, *Poteri del giudice*, cit., p. 179.

¹¹⁶ Che CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti*, cit., p. 526, individua come il principale fattore, sul piano normativo, dell'efficienza del processo civile tedesco.

¹¹⁷ Così CAPONI, *op. loc. ultt. citt.*

zioni ufficiali, la convocazione personale delle parti¹¹⁸, l'audizione informale di testi¹¹⁹.

Nell'espletamento di tali attività, il giudice gode di notevole autonomia e libertà¹²⁰.

6. *Semplificazione e flessibilità nel diritto processuale di formazione europea: il procedimento per gli "small claims"*

Anche in ambito europeo si elaborano modelli procedurali ispirati alla semplificazione e alla flessibilità, nel prisma del controllo giudiziario del giudizio¹²¹.

A livello di politica legislativa, in effetti, almeno dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, è stata evidenziata una tendenza europea alla semplificazione e all'accelerazione dei procedimenti espressa come obiettivo per un migliore accesso alla giustizia¹²², manifestata, per esempio, dal procedimento che si svolge davanti alle corti europee di Strasburgo¹²³.

L'esempio più evidente è rappresentato dal regolamento CE n. 861 dell'11 luglio 2007 (recentemente modificato dal Regolamento UE n. 2421 del 16 dicembre 2015), che, come noto, ha introdotto

¹¹⁸ V. pure ANSANELLI, in *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 183.

¹¹⁹ V. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori*, cit., p. 527.

¹²⁰ V. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Le prove nel processo civile*, cit., p. 270: "Il § 273 ZPO non detta un elenco tassativo di misure: il giudice può assumere misure preparatorie non menzionate dalla legge, purché funzionali a un'effettiva preparazione della causa".

¹²¹ Per alcune osservazioni sul livello di "judicial control over proceedings" nella legislazione europea v. lo studio del Parlamento europeo su *Common minimum standards of civil procedure*, del giugno 2016, p. 47, appunto con riferimento al regolamento sugli *small claims*.

¹²² Così BIAVATI, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 752; l'a., p. 766, aggiunge che la preferenza del legislatore europeo "va a soluzioni processuali accelerate e semplificate, ma destinate a ottenere un accertamento stabile".

¹²³ BIAVATI, *Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile, la prospettiva italiana*, in *I Coloquio Brasil - Italia de direito processual civil*, a cura di Zufelato, Bonato, Mendonça Sica, Batista Cintra, Salvador de Bahia, 2016, p. 211.

un nuovo procedimento “alternativo”¹²⁴ per le controversie di modesta entità a carattere transfrontaliero¹²⁵⁻¹²⁶.

¹²⁴ DELLA PIETRA, *Paupertas et simplicitas: spunti di semplificazione dalle controversie di modesta entità*, in *Tutele e procedure giudiziarie europee. Principi fondamentali e applicazioni pratiche*, Rimini, 2011, p. 315, peraltro, la considera una ipotesi di “alternatività sminuente” e, *de iure condendo*, p. 317 ss., propone che il procedimento sia nazionalizzato e reso obbligatorio.

¹²⁵ In *Guida dir., Dir. com. int.*, 2007, fasc. 5, p. 32, con commenti e in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2007, p. 1166. In arg. v. A.A.V.V., *Tutela judicial del crédito en la Unión europea*, in *Derecho procesal civil europeo*, dir. De La Oliva Santos, vol. III, Pamplona, 2011, p. 259; A.A.V.V., *La e-Justicia en la Union Europea. Desarrollo en el ambito europeo y en los ordinamientos nacionales*, a cura di de la Oliva Santo, Gascón Inchausti, Aguilera Morales, 2012; BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modeste entità*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2008, p. 395; BINA, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità (reg. CE n. 861/2007)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1629; CORTÉS DIÉGUEZ, *Does the proposed European procedure enhance the resolution of small claims?*, in *Civ. just. quar.*, 2008, p. 83; D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Torino, 2008; ID., *Choosing among the three regulations creating a European Enforcement Order (EEO Regulation, EOP Regulation, ESCP Regulation): practical guidelines*, in *Int'lis*, 2010, fasc. 1, p. 39; DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 321; DOMINGUEZ RUIZ, *Reclamación de deudas transfronterizas*, Aranzadi, 2013; HAI-BACH, *The Commission proposal for a regulation establishing a European small claims procedure: an analysis*, in *Eur. rev. priv. law*, 2005, p. 593; HILL, *Cross-border consumer contracts*, Oxford, 2008; KRAMER, *Harmonisation of procedures in Europe: the proposal for a European small claims procedure*, in *Int'l lis*, 2006, p. 109; ID., *Small claim, simple recovery? The European small claims procedure and its implementation in the member states*, in *ERA Forum*, 2011, fasc. 12, pp. 119–133; LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 65; MARCHAL ESCALONA, *Towards a new European litigation consumer protection?: a new European initiative on resolution of litigation small amount*, in *28 Rev. electr. est. intern.*, 2014, p. 1 ss.; MILAN, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di Bonomi, Torino, 2009, p. 321; NOVIELLO, *I moduli standard di domanda e di replica nel regolamento small claims*, in *Tutele e procedure giudiziarie europee*, cit., p. 329; NUNNER-KRAUTSGASSER, ANZENBERGER, *General principles in European small claims procedure – How far can simplification go?*, in *LeXonomica – Journal of law and economics*, 2012, n. 2, p. 133; ONTANU, PANNEBAKKER, *Tackling language obstacles in cross-border litigation: the European order for payment and the European small claims procedure approach*, in *Erasmus law rev.*, 2012, fasc. 3, p. 169; V. POZZI, *Il rito bagattellare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 611; SCARAFONI, *Il regolamento n. 861/2007 sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Il processo civile e la normativa europea*, a cura di Scarafoni, Torino, 2012, p. 601; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 100 ss.

¹²⁶ Per causa a carattere transfrontaliero si intende quella in cui almeno una delle parti non sia domiciliata nello Stato del foro. In effetti, i c.d. *small claims* so-

In questa sede, non è possibile entrare in un'analisi dettagliata di tale regolamento, che, peraltro, sino a questo momento, ha avuto ben poca fortuna sul piano applicativo, almeno in Italia¹²⁷, tanto da renderne appunto opportuna una modifica (che, in particolare, innalza a 5000,00 € la soglia di valore delle controversie in cui tale provvedimento è utilizzabile).

Il nuovo rito uniforme introdotto dal legislatore europeo, almeno sul piano teorico, assume interesse nella presente trattazione sotto almeno due profili.

In primo luogo, si tratta di un rito semplificato, in attuazione del principio di proporzionalità, nel quale si fa un uso estensivo di “formulari” allegati al regolamento stesso¹²⁸, anche per agevolare gli utenti sul piano linguistico¹²⁹. Per le cause di minor valore, in altre parole, si è ritenuto opportuno introdurre una disciplina processuale meno articolata e complessa. Non si tratta, peraltro, di un approccio innovativo, come dimostra l'esperienza italiana che, tradizionalmente, affida le cause di minor valore economico a un giudice onorario

no un terreno di elezione per la semplificazione delle regole processuali, come dimostrano le regole italiane sul procedimento avanti al Giudice di pace. Per una prospettiva britannica, v. CRANSTON, “*The rational study of law*”: *social research and access to justice*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, cit., p. 50 ss. Per una fattispecie, Trib. Milano, 26 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*.

¹²⁷ Nella relazione di accompagnamento alla proposta di modifica del regolamento del 19 novembre 2013, la Commissione, p. 3, ammetteva: “the procedure is still little known and remains under-used several years after the entry into application of the Regulation”. In alcuni Stati membri, il nuovo procedimento sembra avere goduto di migliore fortuna, almeno nelle zone “di confine” con altri Stati membri e in specifiche materie: v. per esempio, sulla situazione olandese, KRAMER, ONTANU, *The Dutch perspective on cross-border small claims litigation: guarded optimism and pragmatism. A normative and empirical approach*, in *The European small claims procedure and the philosophy of small change*, a cura di Neuwahl, Hammamoun, Montreal, 2014, p. 7 ss., con riferimento, in particolare, alle controversie in materia di risarcimento per il ritardo di voli aerei.

¹²⁸ V. anche NUNNER-KRAUTSGASSER, ANZENBERGER, *op. cit.*, p. 137 ss.; NOVIELLO, *op. cit.*, p. 329 ss.; KRAMER, *Small claim, simple recovery? The European small claims procedure and its implementation in the member states*, in *ERA Forum*, 2011, fasc. 12, p. 122. Per KRAMER, ONTANU, *The Dutch perspective*, cit., p. 29, peraltro, l'esperienza pratica in Olanda dà conto di alcune difficoltà nella gestione del procedimento solo attraverso *formulary standard*.

¹²⁹ Su questi profili, v. ONTANU, PANNEBAKKER, *op. cit.*, p. 169 ss.

(prima il conciliatore, poi il giudice di pace) e a un procedimento speciale di cognizione *ad hoc*.

In secondo luogo, e in particolare, il procedimento europeo per i c.d. *small claims* si caratterizza per la sua struttura (ed è questo aspetto che più ci interessa qui). In sostanza, è stato adottato un modello semplificato a struttura flessibile, nella consapevolezza che anche le cause di minore rilievo patrimoniale possano proporre livelli di complessità diversificata.

Il modello per così dire “*basic*” di questo rito prevede una istruttoria solo scritta (art. 5), tramite l’utilizzo di moduli per la domanda dell’attore (art. 4) e per la replica del convenuto (art. 5, par. 2 ss.), con la possibilità per l’attore di rispondere, sempre per iscritto, alle eventuali domande riconvenzionali (art. 5, par. 6). All’esito di tali scambi, il giudice emette sentenza (salva la possibilità per il giudice di chiedere alle parti ulteriori dettagli entro un termine all’uopo fissato (art. 7, par. 1, lett. a)¹⁵⁰.

Alcuni, a questo riguardo, evidenziano peraltro come tale schema possa non essere adeguato ai casi nei quali, dopo la replica del convenuto, sia necessario un altro “*round of arguments*”: in tali casi, per esempio, nell’esperienza olandese, i giudici hanno fatto riferimento alle norme interne, consentendo il deposito di ulteriori difese scritte¹⁵¹.

Il modello più “accessoriato” del procedimento, per contro, prevede (su istanza di una delle parti o per iniziativa del giudice) la fissazione di un’udienza (art. 5, par. 1)¹⁵²: con la precisazione che l’istanza in tal senso di una delle parti può essere (motivatamente) respinta se l’udienza sia ritenuta “manifestamente superflua per l’equa trattazione del procedimento)¹⁵³. L’art. 5, par. 1, si premura

¹⁵⁰ V. anche D’ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme*, cit., p. 85. Sulla compatibilità tra tale modello e le garanzie della convenzione europea sui diritti dell’uomo, NUNNER-KRAUTSGASSER, ANZENBERGER, *op. cit.*, p. 141; KRAMER, *Small claim, simple recovery?*, cit., p. 123.

¹⁵¹ KRAMER, ONTANU, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵² Tale udienza, ai sensi dell’art. 8, può avvenire tramite videoconferenza o altri mezzi tecnologici di comunicazione se disponibili.

¹⁵³ Per NUNNER-KRAUTSGASSER, ANZENBERGER, *General principles in European small claims procedure – How far can simplification go?*, in *LeXonomica – Journal of law and economics*, 2012, fasc. 2, p. 143, con riguardo al diritto all’udienza

di precisare che tale decisione di rigetto non può essere appellata autonomamente.

L'udienza può essere dedicata alla comparizione delle parti, su ordine del giudice (art. 7, par. 1, lett. c)¹⁵⁴ oppure all'esperimento delle attività istruttorie.

In materia di istruttoria, il rito qui in esame propone un ulteriore esempio di semplificazione delle forme processuali. In linea generale, il giudice "ricorre al metodo di assunzione delle prove più semplice e meno oneroso" (art. 9, par. 3). La legge, d'altro canto (art. 9, par. 1), specifica che, di norma, il giudice debba preferire l'assunzione di prova tramite dichiarazioni scritte di testimoni, esperti o parti (senza peraltro disciplinare le modalità di tale assunzione), potendo anche ammettere l'assunzione di prove tramite videoconferenza o altri mezzi tecnologici di comunicazione se disponibili. Soltanto se "necessario" ai fini della sentenza, il giudice potrà acquisire elementi di prova tramite perizie o audizione di testimoni, tenendo conto delle relative spese (art. 9, par. 2).

Anche sul piano dell'istruttoria in senso stretto, dunque, all'oralità viene attribuito un ruolo secondario.

Nel regolamento di modifica n. 2421, applicato dal 14 luglio 2017, lo scenario che precede ha subito qualche modifica, nell'ottica di una ulteriore riduzione delle attività procedurali e della facilitazione dell'accesso alla giustizia per i litiganti stranieri.

Per quanto riguarda il ruolo dell'udienza, la procedura resta, di base, scritta. Il giudice però è tenuto a fissare un'udienza se ritiene impossibile decidere sulla base della sola documentazione prodotta dalle parti oppure se una delle parti lo richiede. La richiesta può sempre essere respinta per le medesime ragioni previste in precedenza. E, però (realisticamente per superare problemi di compatibilità con le garanzie stabilite dalla c.e.d.u.), la richiesta dell'udienza

pubblica stabilito dall'art. 6 della c.e.d.u., "it is very doubtful that such an omission of an oral hearing can be justified with the mere reference to the general necessity of efficient proceedings". Per gli autori, dunque, tale omissione dovrebbe essere considerata "straordinaria", con una interpretazione restrittiva dell'art. 5, par. 1 del regolamento.

¹⁵⁴ Per D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme*, cit., p. 86, si tratta di un'ipotesi residuale.

non può essere rifiutata se la controversia ha un valore superiore ai 2.000,00 € ovvero se entrambe le parti si dichiarano disponibili a concludere una conciliazione giudiziale e richiedono a tal fine la fissazione dell'udienza stessa.

In ogni caso, per evitare alla parte (che non ha, in questo rito, l'obbligo di difesa tecnica)¹⁵⁵ spese di trasferta per partecipare all'udienza, l'art. 8 è stato modificato. E così, salva la possibilità per la parte di chiedere di comparire in persona di fronte al giudice, di regola, quando la parte che deve essere sentita è domiciliata in uno Stato membro diverso di quello del foro, l'udienza si dovrà tenere utilizzando video o teleconferenze o altre appropriate tecnologie di comunicazione a distanza¹⁵⁶.

Qualche modifica è stata infine apportata anche all'art. 9, con l'ampliamento della possibilità di svolgere attività istruttoria "a distanza".

Il regolamento sui c.d. *small claims*, come si è detto, nella maggioranza dei paesi, allo stato, non ha sostanzialmente trovato applicazione concreta: esso dunque non ha fornito alcun contributo all'effettivo snellimento dell'*iter* processuale delle cause semplici. Nonostante questo, resta un interessante esperimento di implementazione dei principi processuali in esame in queste pagine, che si auspica possa godere, nella sua versione rivisitata, di maggiore popolarità e visibilità.

7. *Una prospettiva extraeuropea: esperienze canadesi di case management in Québec*

Spunti di riflessione sui principi ispiratori delle più recenti riforme processuali provengono anche da ordinamenti extra-europei.

¹⁵⁵ Favorevole a questa opzione DELLA PIETRA, *op. cit.*, p. 322. KRAMER, *op. cit.*, p. 132 ss. dal canto suo, rileva che la compilazione dei moduli non è necessariamente *consumer-friendly* (per esempio, per quanto riguarda la giurisdizione della corte adita).

¹⁵⁶ Tale udienza è organizzata avvalendosi delle procedure di cui al regolamento (CE) n. 1206/2001.

Rispetto ai più conosciuti Stati Uniti¹³⁷, ho preferito rivolgere la mia attenzione a un sistema meno noto, ma dal quale emergono emergenze di “ibridazione giuridica” di notevole interesse. Il riferimento è al Canada, e in particolare, alla provincia del Quebec, in cui, come è noto, un sistema basato sul modello francese si innesta su un contesto di *common law*.

Con riferimento a tale ordinamento, appare, dunque, di interesse porre, inizialmente, attenzione a una riforma del c.p.c. del 2002¹³⁸, finalizzata a rendere il processo più rapido, più efficiente e meno costoso, migliorare l’accesso alla giustizia e incrementare la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario civile¹³⁹, con un ridimensionamento della cultura “adversariale”¹⁴⁰.

L’art. 4.1 del nuovo codice, dunque, stabilisce: “*Les parties à une instance sont maîtres de leur dossier dans le respect des règles de procédure et des délais prévus au présent code et elles sont tenues de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d’une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l’encontre des exigences de la bonne foi. Le tribunal veille au bon déroulement de l’instance et intervient pour en assurer la saine gestion*”.

Soprattutto, all’art. 4.2¹⁴¹ si afferma: “*Dans toute instance, les parties doivent s’assurer que les actes de procédure choisis sont,*

¹³⁷ Su cui, a titolo introduttivo, v. VORRASI, *England’s reform*, cit., p. 375.

¹³⁸ Sulla storia recente delle riforme processuali in Québec v. BRIAND, CLOUTIER, *Bonne foi et proportionnalité : les nouvelles balises fondamentales de l’exercice des droits civils*, in 320 *Développements récents et tendances en procédure civile*, 2010, p. 169 ss. Per un confronto tra le riforme di Inghilterra e Québec, MORISSETTE, *Gestion d’instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions*, in 50 *Cahiers de droit*, 2009, a p. 381, p. 388. In Québec, peraltro, nel gennaio 2016 è entrato in vigore un nuovo codice di procedura civile.

¹³⁹ PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, in *Int. jour. proc. law.*, 2012, fasc. 1, p. 154; CHAMBERLAND, *La règle de proportionnalité: à la recherche de l’équilibre entre les parties?*, in *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, Cowansville, 2006, p. 3.

¹⁴⁰ MORISSETTE, *op. cit.*, p. 395.

¹⁴¹ Su cui v. BRIAND, CLOUTIER, *op. cit.*, p. 168 ss., per i quali, p. 171, la scelta del legislatore di non inserire i nuovi art. 4.1 e 4.2 nella sezione “Pouvoirs généraux! o nel capitolo “Des pouvoirs des tribunaux et des juges” confermerebbe che tali disposizioni costituiscano un “metanorma” che si impone a tutti i protagonisti del sistema giudiziario; CHAMBERLAND, *op. cit.*, p. 4 ss.; MORISSETTE, *op. cit.*, p. 389 ss.

eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne”.

La proporzionalità è, in effetti, definita la pietra angolare della riforma procedurale del Quebec, trasformandosi da mera *policy* a principio fondamentale del diritto processuale civile¹⁴². Al riguardo, si afferma che la ragione profonda dell'affermarsi di tale principio sta nella sempre più diffusa consapevolezza che la giustizia costituisca un servizio pubblico, finanziato dallo Stato e dai costi elevati, non solo per il contribuente ma anche per le stesse parti¹⁴³. E, in effetti, l'art. 4.2 individua, come condizioni di applicazione del principio di proporzionalità, il fattore tempo e il fattore costi, con riferimento alla natura, alla finalità e alla complessità della lite¹⁴⁴.

Gli interpreti mettono in evidenza l'unicità del principio di proporzionalità applicato nel Quebec e diventato “*une sorte de filtre procédural universel*”¹⁴⁵.

¹⁴² PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, in *Int. jour. proc. law.*, 2012, fasc. 1, p. 154; PICHÉ, *La disposition préliminaire du Code de procédure civile*, in *75 Rev. du Barreau*, 2014, p. 164. Il giudice LeBel, in *Supreme Court*, 8 ottobre 2009, c. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, in *3 R.C.S.*, 2009, p. 65 ss., a p. 92, afferma: “This principle means that litigation must be consistent with the principles of good faith and of balance between litigants and must not result in an abuse of the public service provided by the institution of the civil justice system”. Sul ruolo del principio di proporzionalità come ulteriore condizione da soddisfare per autorizzare una *class action* v., nella medesima sentenza, il giudice Deschamps, p. 99 ss., il quale, p. 101, afferma: “the purpose of art. 4.2. C.C.P. is to reinforce the authority of the judge as case manager”, per concludere, p. 104 ss., che la proporzionalità non rappresenta una nuova condizione, preferendo (punto 84) un'interpretazione “that emphasizes the management role of the judge in reviewing the four conditions of art. 1003 (...). Thus, in Quebec law, the effect of the principle of proportionality on art. 1003 C.C.P. is to give concrete expression to and to reinforce the discretion judges are already recognized as having when reviewing each of the four conditions for authorizing a class action”.

¹⁴³ BRIAND, CLOUTIER, *op. cit.*, p. 172.

¹⁴⁴ CHAMBERLAND, *La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties?*, in *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, Cowansville, 2006, p. 5.

¹⁴⁵ V. BRIAND, CLOUTIER, *Bonne foi et proportionnalité*, *cit.*, p. 177.

In primo luogo, esso deve essere promosso dalle parti e dal giudice, i quali debbono agire e decidere in modo da semplificare o accelerare il procedimento e in ogni caso ridurre i ritardi della corte; le parti possono, peraltro, anche agire di propria iniziativa. Si applica a tutte le fasi del procedimento e anche in fase di appello: alle parti e ai loro difensori, dunque, si richiede di giustificare ogni decisione, strategia e scelta nella gestione del proprio fascicolo.

Tale principio, inoltre, è interpretato in senso estensivo dalla giurisprudenza¹⁴⁶, con riferimento a una proporzionalità collettiva, riferita all'uso delle risorse giudiziarie, di là dal caso individuale in esame, ed è inserito saldamente all'interno del codice, che fornisce sanzioni per l'uso di procedure sproporzionate.

In particolare, il codice contiene (a seguito di una riforma del 2009) una *Section III* rubricata "*Power to impose sanctions for improper use of procedure*"¹⁴⁷.

L'art. 54.1, in particolare, stabilisce: "*A court may, at any time, on request or even on its own initiative after having heard the parties on the point, declare an action or other pleading improper and impose a sanction on the party concerned. The procedural impropriety may consist in a claim or pleading that is clearly unfounded, frivolous or dilatory or in conduct that is vexatious or quarrelsome. It may also consist in bad faith, in a use of procedure that is excessive or unreasonable or causes prejudice to another person, or in an attempt to defeat the ends of justice, in particular if it restricts freedom of expression in public debate*"¹⁴⁸.

L'art. 54.2 si preoccupa di precisare l'onere della prova in questo contesto, prevedendo: "*If a party summarily establishes that an action or pleading may be an improper use of procedure, the onus is on the initiator of the action or pleading to show that it is not excessive or unreasonable and is justified in law*"¹⁴⁹. In sostanza, si con-

¹⁴⁶ Per un'analisi della giurisprudenza applicativa di tale principio, v. CHAMBERLAND, *op. cit.*, p. 12 ss.

¹⁴⁷ V. PICHÉ, *La disposition préliminaire du Code de procédure civile*, cit., p. 165.

¹⁴⁸ Sottolineato dell'autore.

¹⁴⁹ sottolineato dell'autore.

figura un'ipotesi di inversione dell'onere della prova, dal momento che l'uso non eccessivo o irragionevole dello strumento processuale deve essere dimostrato dal soggetto cui viene imputato il comportamento "improper"¹⁵⁰.

L'art. 54.3, dal canto suo, disciplina il ruolo del giudice, il quale ha il potere di garantire la proporzionalità procedurale anche in via preventiva¹⁵¹. In questo contesto, per esempio, il giudice, *inter alia*, può assoggettare la prosecuzione dell'azione a determinate condizioni o richiedere alla parte di impegnarsi per una condotta "ordinata" del procedimento, raccomandando al *chief judge* o al *chief justice* "*that special case management be ordered*"¹⁵².

Si nega, peraltro, che il principio di proporzionalità stabilito dall'art. 4.2 possa giustificare la deroga di altre disposizioni del codice di rito¹⁵³.

Questo scenario è stato ulteriormente implementato nel 2014, dal *Bill 28, Chapter 1*, che ha introdotto un nuovo *Code of Civil Procedure*¹⁵⁴ in Quebec, entrato in vigore all'inizio del 2016.

Per la dottrina, la nuova riforma propone una versione rivisitata e migliorata della proporzionalità processuale, applicabile ben oltre la mera procedura¹⁵⁵.

¹⁵⁰ PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, cit., p. 158.

¹⁵¹ PICHÉ, *op. ult. cit.*, p. 155 ss.

¹⁵² Sulla "tendance croissante" dei tribunali a imporre alle parti la loro visione della direzione da imprimere al fascicolo o a intervenire d'ufficio per la "saine administration de la justice", v. BRIAND, CLOUTIER, *op. cit.*, p. 191. Gli aa. fanno l'esempio della imposizione alle parti di "conciliare" le perizie prodotte da ciascuna di esse, tramite un incontro tra periti oppure dell'iniziativa di rifiutare un atto processuale a cui, altrimenti, la parte avrebbe avuto diritto.

¹⁵³ CHAMBERLAND, *op. cit.*, p. 10 ss.; COWPER, GILBERT, HARRISON, KOTKAS, *Proportionality: economics comes to the Courtroom*, reperibile sul sito <http://www.fasken.com/files/Publication/5e3ed3cb-3af6-41b8-b52b-242fae55d33c/Presentation/PublicationAttachment/0416e182-ffc0-40ba-b133-2aa714a1b347/Article%20re%20Proportionality.pdf>, p. 4.

¹⁵⁴ Approvato nella versione finale il 21 febbraio 2014: v. MILLAN, *Bill 28 expands proportionality, encourages collaboration in bid to improve system access*, in 33 *The lawyers weekly*, 2013, n. 9; PICHÉ, *La disposition préliminaire du Code de procedure civile*, cit., p. 135 ss.

¹⁵⁵ PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, cit., p. 160 ss.

Sin dalle note esplicative, si evidenzia che uno dei principali obiettivi del nuovo codice è assicurare un'applicazione “*fair, simple, proportionate and economical*” delle regole processuali¹⁵⁶.

Le *notes* chiariscono che gli obiettivi del nuovo codice saranno raggiunti, in particolare con la codificazione di “*certain principles that are to guide the courts, the parties and their lawyers throughout a proceeding, including the principle of proportionality, which dictates that the actions taken, pleadings filed and means of proof used must be proportionate, in terms of the cost and time involved, to the nature and complexity of the matter and the purpose of the demand*”.

Si afferma, inoltre, che la missione delle corti include “*not only facilitating conciliation but also ensuring proper case management in keeping with the principles and objectives of procedure, and adopting rules to that effect, requiring that the parties file a case protocol in which they have set out their agreements and undertakings and the issues in dispute and determined how the proceeding will unfold, and providing for case management conferences presided over by a judge*”.

Il concetto è ripreso nella disposizione preliminare del codice ove, *inter alia*, si legge: “*This Code is designed to provide, in the public interest, means to prevent and resolve disputes and avoid litigation through appropriate, efficient and fair-minded processes that encourage the persons involved to play an active role. It is also designed to ensure the accessibility, quality and promptness of civil justice, the fair, simple, proportionate and economical application of procedural rules, the exercise of the parties’ rights in a spirit of co-operation and balance, and respect for those involved in the administration of justice*”.

In questo scenario, un ruolo fondamentale per la realizzazione degli obiettivi del nuovo codice viene attribuito direttamente alle

¹⁵⁶ “This Act establishes the new Code of Civil Procedure, whose main objectives are to ensure the accessibility, quality and promptness of civil justice, the fair, simple, proportionate and economical application of procedural rules, the exercise of the parties’ rights in a spirit of co-operation and balance, and respect for those involved in the administration of justice”.

parti. All'art. 2 si prevede, infatti: “*Parties (...) are required to participate in the process in good faith, to be transparent with each other, including as regards the information in their possession, and to co-operate actively in searching for a solution and, if applicable, in preparing and implementing a pre-court protocol; they are also required to share the costs of the process. They must, as must any third person assisting them, ensure that any steps they take are proportionate, in terms of the cost and time involved, to the nature and complexity of the dispute*”.

Il concetto è ribadito e approfondito dall'art. 18, alla cui stregua: “*The parties to a proceeding must observe the principle of proportionality and ensure that their actions, their pleadings, including their choice of an oral or a written defence, and the means of proof they use are proportionate, in terms of the cost and time involved, to the nature and complexity of the matter and the purpose of the demand or the application*”¹⁵⁷.

Tale norma, d'altronde, estende le sue previsioni anche al giudice, il quale, a sua volta, deve osservare “*the principle of proportionality in managing the proceedings they are assigned, regardless of the stage at which they intervene. They must ensure that the measures and acts they order or authorize are in keeping with the same principle, while having regard to the proper administration of justice*”.

L'art. 632, dal canto suo, estende il principio di proporzionalità all'arbitrato: “*Arbitrators conduct the arbitration according to the procedure they determine; they are required, however, to see that the adversarial principle and the principle of proportionality are observed*”. La rilevanza del principio di proporzionalità anche in tale contesto è confermata dall'art. 622 che, tra le questioni ritenute inderogabili per accordo delle parti include, appunto, “*the principle of proportionality*”.

¹⁵⁷ Il principio di proporzionalità governa anche la ricerca della modalità più appropriata (giudiziale o stragiudiziale) di soluzione di una controversia: v. GUILLEMERD, PLAMONDON, *L'alinéa 3 de l'article premier du code de procédure civile du Québec: une formule de style?*, in *Int. jour. proc. law*, 2017, fasc. 1, p. 80 ss.

Il procedimento civile è affidato a una sorta di co-gestione tra giudice e parti¹⁵⁸. Come afferma l'art. 19, infatti: *“Subject to the duty of the courts to ensure proper case management and the orderly progress of proceedings, the parties control the course of their case insofar as they comply with the principles, objectives and rules of procedure and the prescribed time limits. They must be careful to confine the case to what is necessary to resolve the dispute, and must refrain from acting with the intent to cause prejudice to another person or behaving in an excessive or unreasonable manner, contrary to the requirements of good faith”*.

Il principio di cooperazione è ribadito e rinforzato dall'art. 20, che dispone: *“The parties are duty-bound to co-operate and, in particular, to keep one another informed at all times of the facts and particulars conducive to a fair debate and make sure that relevant evidence is preserved. They must, among other things, at the time prescribed by this Code or determined in the case protocol, inform one another of the facts on which their contentions are based and of the evidence they intend to produce”*.

Il ruolo collaborativo delle parti nella conduzione del processo è reso evidente dall'utilizzo del *“case protocol”*¹⁵⁹. Ai sensi dell'art. 148, infatti: *“The parties are required to co-operate to either arrive at a settlement or establish a case protocol. In the case protocol, the parties set out their agreements and undertakings and the issues in dispute, indicate the consideration given to private dispute prevention and resolution processes, describe the steps to be taken to ensure the orderly progress of the proceeding, assess the time completing these steps could require and the foreseeable legal costs, and set the deadlines to be met within the strict time limit for trial readiness”*.

La caratteristica di questo sistema (in cui, va ricordato, è presente una fase *pre-trial* che, nella tradizione di *common law*, è governata dai litiganti), dunque, è di mettere in primo piano il ruolo delle parti

¹⁵⁸ V. PICHÉ, *La disposition préliminaire du Code de procédure civile*, cit., p. 169 ss.

¹⁵⁹ Il cui uso è qualificato come “mandatory” nelle controversie civili e di famiglia dalla *Directive on case management* della *Superior Court of Québec*, in vigore dal primo gennaio 2016.

nel predisporre una sorta di “calendario” concordato, per coprire aspetti quali: “(1) *preliminary exceptions and safeguard measures*; (2) *the advisability of holding a settlement conference*; (3) *pre-trial written or oral examinations, their necessity and, if any are to be conducted, their anticipated number and length*; (4) *the advisability of seeking one or more expert opinions, the nature of the opinion or opinions to be sought and the reasons why the parties do not intend to jointly seek expert opinion, if that is the case*; (5) *the defence, whether it will be oral or written and, if written, the time limit for filing it*; (6) *the procedure and time limit for pre-trial discovery and disclosure*; (7) *foreseeable incidental applications*; (8) *the extension of the time limit for trial readiness, if an extension proves necessary*; and (9) *the methods of notification the parties intend to use*”. Nei casi molto complessi o in caso di *special circumstances*, le parti possono accordarsi anche rispetto a un “*complementary protocol*” per integrare il *case protocol* iniziale.

Come stabilito dall’art. 149, il “*case protocol*”, concordato tra gli avvocati, deve essere notificato alle parti che non lo abbiano già firmato. Esso deve poi essere depositato presso la corte entro 45 giorni dalla notifica dei *summons* (tre mesi, nel contenzioso familiare).

Nei successivi 20 giorni, la corte esamina il *case protocol* alla luce delle direttive del *chief justice* o del *chief judge* per assicurare il rispetto dei principi processuali fondamentali: vi è una presunzione di accoglimento del *case protocol*, salvo che le parti siano chiamate, entro il termine di venti giorni sopra indicato, a partecipare a una *case management conference*, nei 30 giorni successivi.

Sulla scia di quanto si è visto rispetto all’esperienza francese, anche in Quebec si prevede (art. 150)¹⁶⁰ che il “*case protocol ac-*

¹⁶⁰ Ai sensi dell’art. 150 c.p.c., la *Superior Court* del Quebec ha stabilito, nelle sue *directives on case management* in vigore dal primo gennaio 2016, dei *Triage indicators*, per determinare quali casi debbano essere esaminati dalla corte ai fini del *case management*. Il primo *triage* ha natura telematica e viene effettuato al momento del deposito del primo *case propocol* (o della proposta di modifica di un protocollo già depositato). Un ulteriore *triage* è poi effettuato “manualmente” dal segretario della corte. La *directive* può essere scaricata dal sito della *Superior Court* del Québec.

*cepted by or established in conjunction with the court is binding on the parties, who are each required to comply with it under pain, among other sanctions, of paying the legal costs incurred by any of the parties or by third persons as a result of their failure to comply*¹⁶¹.

L'art. 151 completa lo scenario, prevedendo le modalità di adesione al *case protocol* da parte di terzi chiamati in causa o intervenuti volontariamente¹⁶².

La normativa in esame prende anche in considerazione le ipotesi patologiche: all'art. 152, in particolare, si stabilisce che, se una parte non collabora nella redazione del *case protocol*, "*the other party files a proposal within the time limit for filing*". Qualora, invece, i contrasti tra le parti siano tali da rendere impossibile un accordo sul *case protocol*: "*one of the parties or each of them files a proposal within the time limit for filing, stating the points on which the parties differ. In such circumstances, the court may either convene the parties to establish the case protocol or establish the case protocol, even on its own initiative*".

Almeno sulla carta, si tratta di un'applicazione molto avanzata del principio di collaborazione.

Anche nel nuovo codice di procedura civile del Québec, inoltre, si prevede il *case management*, configurato come lo strumento più adatto a perseguire i principi e gli obiettivi della procedura (v. art. 9). Di tale aspetto del procedimento si occupano gli artt. 153 ss., a cominciare dalla disciplina di una *case management conference*, de-

¹⁶¹ "The parties cannot amend the case protocol without the approval of the court unless the amendment pertains to the agreed time limits or facilitates the conduct of the proceeding, and is not inconsistent with specific decisions of the court; the parties are required to file all amendments to the case protocol with the court office".

¹⁶² "151. A person impleaded by the demand may participate in the establishment of the case protocol. To do so, the person must inform the parties within 15 days after notification. Otherwise, the person is presumed to accept the case protocol established by the parties. A person who becomes a party in the course of a proceeding must, within 15 days, propose terms for their participation in the proceeding, taking into account the existing case protocol. Failing agreement with the other parties, the person may ask the court to set those terms and amend the case protocol accordingly".

dicata, *inter alia*, all'esame del *case protocol*, sulla cui base vengono prese le “*appropriate case management measures*”¹⁶³.

Le opzioni procedurali, a questo punto, sono sostanzialmente tre: “*The court may try the case immediately*”¹⁶⁴ *if the defence is to be oral and the parties are ready to proceed, postpone the hearing to a specified later date or leave it to the court clerk to set the case down for trial*”¹⁶⁵.

La *Division III* si occupa poi dello “*special case management*”.

Ai sensi dell'art. 157, dunque: “*In order to ensure the orderly progress of a proceeding, the chief justice or chief judge may, on their own initiative, given the nature, character or complexity of the case, order that it be examined and, if warranted, casemanaged as soon as the demand is instituted and even before the case protocol is filed. The chief justice or chief judge may also, for the same reasons, on their own initiative or on request, order special case management at any time and assign a judge as special case management judge. The special case management judge is responsible for deciding all incidental applications, convening a case management conference and a pre-trial conference if warranted, and issuing such orders as are appropriate, unless another judge is temporarily assigned because the special case management judge is unable to act. The special case*

¹⁶³ “153. At the case management conference convened on the court's own initiative or on request, the court acquaints itself with the issues of fact or law in dispute, examines the case protocol, discusses it with the parties and takes the appropriate case management measures. If it considers it useful, the court may require undertakings from the parties as to the further conduct of the proceeding, or subject the proceeding to certain conditions. If a party is absent without valid reason, the court may hear the party that is present if the latter is ready to proceed on case management measures. If the parties have agreed on a complementary protocol, the court may also schedule another case management conference”.

¹⁶⁴ “155. If the court tries the demand on the same day as the case management conference, the parties prove their cases by means of sworn statements if the law so requires or permit”.

¹⁶⁵ “154. At the case management conference, the court may decide to hear the parties, in open court, on the preliminary exceptions, or to hear the defendant on the grounds of defence, which are recorded in the minutes of the hearing or in a brief statement. The court may try the case immediately if the defence is to be oral and the parties are ready to proceed, postpone the hearing to a specified later date or leave it to the court clerk to set the case down for trial. Preliminary exceptions are presented and contested orally, but the court may authorize the parties to submit the relevant evidence”.

management judge may also be assigned to preside over the trial and render judgment on the merits of the principal demand”.

Le misure di *case management* che il giudice può prendere, *at any stage of a proceeding* e anche *on its own initiative*, sono elencate dall'art. 158¹⁶⁶.

Le decisioni di *case management* della corte sono registrate nel verbale dell'udienza e *“are considered to be part of the case protocol. Unless revised by the court, they govern the conduct of the proceeding together with the case protocol”*. Si conferma, così, la co-gestione del processo tra parti e giudice.

8. (Segue): *e in Ontario e British Columbia*

Per restare in ambito canadese, il principio di proporzionalità in ambito processuale è stato codificato, per esempio, anche in On-

¹⁶⁶ “(1) take measures to simplify or expedite the proceeding and shorten the trial by ruling, among other things, on the advisability of ordering the consolidation or separation of proceedings or the splitting of the proceeding, of better defining the issues in dispute, of amending the pleadings, of limiting the length of the trial, of admitting facts or documents, of authorizing sworn statements in lieu of oral evidence or of determining the procedure and time limit for the disclosure of exhibits and other evidence between the parties, or by convening the parties to a case management conference or a settlement conference, or encouraging them to use mediation; (2) assess the purpose and usefulness of seeking expert opinion, whether joint or not, determine the mechanics of that process as well as the anticipated costs, and set a time limit for submission of the expert report; if the parties failed to agree on joint expert evidence, assess the merits of their reasons and impose joint expert evidence if it is necessary to do so to uphold the principle of proportionality and if, in light of the steps already taken, doing so is conducive to the efficient resolution of the dispute without, however, jeopardizing the parties’ right to assert their contentions; (3) determine terms for the conduct of pre-trial examinations, if such examinations are required, including their number and their length when it appears necessary to exceed the time prescribed by this Code; (4) order notification of the demand to persons whose rights or interests may be affected by the judgment, or invite the parties to bring a third person in as an intervenor or to implead a third person if the court considers that that person’s participation is necessary in order to resolve the dispute and, in family or personal status or capacity matters, order the production of additional evidence; (5) rule on any special requests made by the parties, modify the case protocol or authorize or order provisional measures or safeguard measures as it considers appropriate; (6) determine whether the defence is to be oral or written; (7) extend the time limit for trial readiness; or (8) issue a safeguard order, effective for not more than six months”.

tario, provincia di *common law*, in cui, dal primo gennaio 2010, la *rule* (1.1) stabilisce: “*In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues, and to the amount involved, in the proceeding*”¹⁶⁷.

A tale principio appaiono ispirate le disposizioni della *rule* 31.05.1 (1) che determina i limiti temporali della *discovery*, prevedendo: “*No party shall, in conducting oral examinations for discovery, exceed a total of seven hours of examination, regardless of the number of parties or other persons to be examined, except with the consent of the parties or with leave of the court*”¹⁶⁸.

Di proporzionalità nell’ambito dell’attività istruttoria si parla ancora a proposito del “*discovery plan*” che, ai sensi della *rule* 29.1.03, deve contenere, tra gli altri elementi, ogni altra informazione intesa a portare a un rapido e *cost-effective* completamento della *discovery*, in modo proporzionato all’importanza e alla complessità dell’azione¹⁶⁹. In generale, l’ammissione delle richieste istruttorie è subordinata a valutazioni collegate alla (ir)ragionevolezza del tempo e dei costi necessari per la relativa acquisizione¹⁷⁰.

¹⁶⁷ V. COWPER, GILBERT, HARRISON, KOTKAS, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁸ Tale termine può essere prorogato, valutando in particolare: “*Considerations for Leave. (2) In determining whether leave should be granted under subrule (1), the court shall consider; (a) the amount of money in issue; (b) the complexity of the issues of fact or law; (c) the amount of time that ought reasonably to be required in the action for oral examinations; (d) the financial position of each party; (e) the conduct of any party, including a party’s unresponsiveness in any examinations for discovery held previously in the action, such as failure to answer questions on grounds other than privilege or the questions being obviously irrelevant, failure to provide complete answers to questions, or providing answers that are evasive, irrelevant, unresponsive or unduly lengthy; (f) a party’s denial or refusal to admit anything that should have been admitted; and (g) any other reason that should be considered in the interest of justice*”. V. COWPER, GILBERT, HARRISON, KOTKAS, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁹ “*DISCOVERY PLAN. Requirement for Plan. 29.1.03 (1) (...). Contents. (3) The discovery plan shall be in writing, and shall include, (e) any other information intended to result in the expeditious and cost-effective completion of the discovery process in a manner that is proportionate to the importance and complexity of the action*”.

¹⁷⁰ “*Rule 29.2.03 (1): In making a determination as to whether a party or other person must answer a question or produce a document, the court shall consider whether, (a) the time required for the party or other person to answer the question or produce the document would be unreasonable; (b) the expense associated with*

Per contro, in British Columbia, le *rules* processuali riecheggiano quelle inglesi esaminate nel secondo paragrafo¹⁷¹. Anche in questa provincia canadese, in effetti, dal luglio 2010, esiste una disposizione che specifica che l'obiettivo della *Supreme Court Civil Rules* è di assicurare che ogni procedimento sia deciso nel merito in modo giusto, rapido ed economico¹⁷². La *rule* 1.3 della *Supreme Court*, in particolare, enuncia, al paragrafo 1 “*The object of these Supreme Court Civil Rules is to secure the just, speedy and inexpensive determination of every proceeding on its merits*”. Al paragrafo 2 (che reca la rubrica “Proportionality”), specifica poi che tale obiettivo può essere assicurato “*(...) conducting the proceeding in ways that are proportionate to (a) the amount involved in the proceeding, (b) the importance of the issues in dispute, and (c) the complexity of the proceeding*”.

Tale obiettivo può essere conseguito, tra l'altro, attraverso una direzione del procedimento in modo proporzionato al valore della lite, all'importanza delle questioni controverse e alla complessità del procedimento¹⁷³, con un approccio *case by case*¹⁷⁴.

answering the question or producing the document would be unjustified (...); (d) requiring the party or other person to answer the question or produce the document would unduly interfere with the orderly progress of the action (...). Overall Volume of Documents: (2) In addition to the considerations listed in subrule (1), in determining whether to order a party or other person to produce one or more documents, the court shall consider whether such an order would result in an excessive volume of documents required to be produced by the party or other person”.

¹⁷¹ Sulle riforme processuali in British Columbia v. BRANCH, *Precious, Intervention: the need for aggressive case management, Civil litigation conference – 2007, Paper 4.1*. Sulla recente riforma delle *Supreme Court Rules* v. NATHANSON, CAMERON, DuMOULIN, *Complex litigation under B.C.'s new Supreme Court Civil Rules*, reperibile sul link http://www.fasken.com/files/Publication/5d925aa7-fe2b-4679-b70e-5bca57a3858f/Presentation/PublicationAttachment/fff45f9f-d9b0-4120-b65c-19756f767d40/Insight_Conference_-_Civil_Rules_paper.pdf.

¹⁷² *Rule 1-3 (Object of Rules)*: “Object. (1) The object of these Supreme Court Civil Rules is to secure the just, speedy and inexpensive determination of every proceeding on its merits”.

¹⁷³ “Proportionality: (2) Securing the just, speedy and inexpensive determination of a proceeding on its merits includes, so far as is practicable, conducting the proceeding in ways that are proportionate to (a) the amount involved in the proceeding, (b) the importance of the issues in dispute, and (c) the complexity of the proceeding”. V. NATHANSON, CAMERON, DuMOULIN, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁴ NATHANSON, CAMERON, DuMOULIN, *op. cit.*, p. 7 ss.

Dopo la proposizione della domanda (tramite un *civil claim* – Part. 3) e di una *response* (art. 3.3), la *Rule 5* prevede la predisposizione di un *case plan*¹⁷⁵.

Per una migliore organizzazione del procedimento, che viene così reso più veloce e meno costoso¹⁷⁶, ai sensi della *Part 5*, è possibile organizzare delle *case planning conferences*, nell'ambito delle quali il giudice ha ampia discrezionalità nel dare ordini¹⁷⁷ per la con-

¹⁷⁵ V. in merito BRANCH, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷⁶ NATHANSON, CAMERON, DU MOULIN, *op. cit.*, p. 14 ss., che, a p. 16, evidenziano come la previsione di questi nuovi meccanismi procedurali (con le incognite collegate al ruolo più o meno attivo del giudice...) possa avere l'effetto indiretto di stimolare le parti a soluzioni stragiudiziali in una fase iniziale della lite.

¹⁷⁷ *Rule 5-3 (Case Planning Conference Orders)*: "Orders. (1) At a case planning conference, the case planning conference judge or master may make one or more of the following orders in respect of the action, whether or not on the application of a party: (a) setting a timetable for the steps to be taken; (b) amending a previous case plan order; (c) any order referred to in Rule 22-4 (2); (d) requiring amendment of a pleading to provide details of (i) the facts, (ii) the relief sought, or (iii) the legal basis on which relief is sought or opposed set out in that pleading; (e) respecting the length and content of pleadings; (f) respecting discovery, listing, production, preservation, exchange or examination of documents or exhibits, including, without limitation, orders (i) respecting electronically stored information, and (ii) that discovery, listing, production, exchange or examination be limited or otherwise conducted as ordered; (g) respecting discovery of parties or the examination or inspection of persons or property, including, without limitation, that discovery, examination or inspection be limited, expanded or otherwise conducted in the manner ordered; (h) respecting interrogatories; (i) respecting third party claims, including imposing terms on any third party procedure to limit or avoid any prejudice or unnecessary delay that might otherwise be suffered by the plaintiff as a result of that third party procedure; (j) respecting witness lists; (k) respecting experts, including, without limitation, orders (i) that the expert evidence on any one or more issues be given by one jointly-instructed expert, (ii) respecting the number of experts a party may call, (iii) that the parties' experts must confer before the service of their respective reports, (iv) setting a date by which an expert's report must be served on the other parties of record, and (v) respecting the issues on which an expert may be called; (l) respecting admissions; (m) respecting offers to settle; (n) respecting the conduct of any application, including, without limitation, that an application may be made by written submissions under Rule 8-6; (o) requiring the parties of record to attend one or more of a mediation, a settlement conference or any other dispute resolution process, and giving directions for the conduct of the mediation, settlement conference or other dispute resolution process; (p) authorizing or directing the parties of record to try one or more issues in the action independently of others; (q) fixing the length of trial; (r) respecting the place at which any step in the action is to be conducted; (s) setting the action for trial on a particular date or on a par-

duzione del procedimento, anche di propria iniziativa (per esempio, rinviando le parti in mediazione o stabilendo un calendario istruttorio). Lo scopo di una *case planning conference* è mettere le parti a confronto sin dalla fase iniziale del giudizio: tale conferenza non è obbligatoria, ma può essere disposta dal giudice o richiesta da una delle parti dopo il completamento dei *pleadings*¹⁷⁸.

Anche qui, inoltre, si prevede una “*Fast track litigation*”¹⁷⁹, per controversie su somme di denaro e in materia di diritti di proprietà per un valore sino a 100.000,00 \$, ovvero rispetto alle quali il *trial* può richiedere non più di tre giorni¹⁸⁰. In tale ambito non viene uti-

tical trial list; (s.1) striking out a counterclaim or directing that a counterclaim be tried separately; (t) adjourning the case planning conference; (u) directing the parties to attend a further case planning conference at a specified date and time; (v) any orders the judge or master considers will further the object of these Supreme Court Civil Rules.

Prohibited orders: (2) A case planning conference judge or master must not, at a case planning conference, (a) hear any application supported by affidavit evidence, except under subrule (6), or (b) make an order for final judgment, except by consent or under subrule (6)”.

¹⁷⁸ *Rule 5-1 (Requesting a Case Planning Conference)*: “Case planning conference may be requested. (1) A party of record to an action may, at any time after the pleading period has expired, request a case planning conference by (a) obtaining a date and time for the case planning conference from the registry, and (b) filing a notice of case planning conference in Form 19.

Case planning conference may be directed (2) Without limiting subrule (1), at any stage of an action after the pleading period has expired, the court (a) may direct that a case planning conference take place, and (b) in that case, must direct that a party request a case planning conference in accordance with subrule (1)”.

¹⁷⁹ *Part 15 (Fast Track Litigation Proceedings), Rule 15-1 (Fast Track Litigation)*:

“When rule applies: (1) Subject to subrule (4) and unless the court otherwise orders, this rule applies to an action if (a) the only claims in the action are for one or more of money, real property, a builder’s lien and personal property and the total of the following amounts is \$100,000 or less, exclusive of interest and costs: (i) the amount of any money claimed in the action by the plaintiff for pecuniary loss; (ii) the amount of any money to be claimed in the action by the plaintiff for non-pecuniary loss; (iii) the fair market value, as at the date the action is commenced, of (A) all real property and all interests in real property, and (B) all personal property and all interests in personal property claimed in the action by the plaintiff, (b) the trial of the action can be completed within 3 days, (c) the parties to the action consent, or (d) the court, on its own motion or on the application of any party, so orders”.

¹⁸⁰ V. NATHANSON, CAMERON, DuMOULIN, *op. cit.*, p. 26.

lizzata la giuria¹⁸¹ e sono previsti tempi massimi per l'espletamento dell'attività di *discovery*¹⁸² e una concentrazione dei tempi del trial¹⁸³. Vi è pure una contingentazione dei costi¹⁸⁴.

In dottrina, peraltro, si osserva che quella della British Columbia sia una formulazione poco vincolante del principio di proporzionalità rispetto al suo concreto utilizzo¹⁸⁵.

Le esperienze appena passate in rassegna¹⁸⁶ presentano, come si è visto, notevoli punti in comune, confermando che, a livello mondiale, le linee evolutive in ambito processuale valorizzano l'i-

¹⁸¹ "Trial to be without jury. (10) A trial of a fast track action must be heard by the court without a jury".

¹⁸² "Oral discovery. (11) Unless the court otherwise orders, in a fast track action the examinations for discovery of a party of record, including any person referred to in Rule 7-2 (1) (b) who is examined in relation to that party of record, by all parties of record who are adverse in interest must not, in total, exceed in duration (a) 2 hours, or (b) any greater period to which the person to be examined consents. - When discoveries must be completed: (12) Unless the court otherwise orders or the parties to the examination consent, all examinations for discovery in a fast track action must be completed at least 14 days before the scheduled trial date". In materia, v. NATHANSON, CAMERON, DUMOULIN, *op. cit.*, p. 17 ss.

¹⁸³ "Setting of trial date: (13) If a party to a fast track action applies for a trial date within 4 months after the date on which this rule becomes applicable to the action, the registrar must set a date for the trial that is not later than 4 months after the application for the trial date".

¹⁸⁴ "Costs. (15) Unless the court otherwise orders or the parties consent, and subject to Rule 14-1 (10), the amount of costs, exclusive of disbursements, to which a party to a fast track action is entitled is as follows: (a) if the time spent on the hearing of the trial is one day or less, \$8 000; (b) if the time spent on the hearing of the trial is 2 days or less but more than one day, \$9 500; (c) if the time spent on the hearing of the trial is more than 2 days, \$11 000".

¹⁸⁵ PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, cit., p. 162. NATHANSON, CAMERON, DUMOULIN, *op. cit.*, p. 8, peraltro, osservano "The imposition of positive duties on counsel and the judiciary are notably absent from British Columbia Rule 1-3(2). However, these obligations form part of the Canadian common law".

¹⁸⁶ E che rappresentano solo un campione ritenuto significativo. Esperienze analoghe sono sperimentate in molti altri ordinamenti europei e non. V. per esempio, sulla posizione della Grecia, MAKRIDOU, *Civil justice reforms in Greece: case management, single-judge proceedings and alternative dispute resolution procedure*, in 28 Z.Z.Z., 2011/2012, p. 257 ss.

dea di un modello procedimentale improntato all'iniziativa gestionale del giudice e alla collaborazione tra quest'ultimo e le parti nell'organizzazione dei tempi del processo¹⁸⁷. In questo scenario, in numerose discipline processuali sono stati esplicitamente recepiti i principi di flessibilità e di proporzionalità come linee guida fondamentali per garantire una tutela giurisdizionale più efficiente ed efficace¹⁸⁸.

Nel prossimo capitolo, dunque, cercherò di ricostruire, sul piano teorico, la natura e la portata dei principali principi ordinatori del processo civile distillabili dall'analisi comparatistica che precede.



¹⁸⁷ BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 724. Per una prospettiva belga v. ALLEMEERSCH, *The Belgian perspective on case management in civil litigation*, in *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, cit., p. 79; sull'Olanda, JONGBLOED, *Judicial case management and efficiency in the Netherlands*, *ivi*, p. 93.

¹⁸⁸ Per una panoramica sulle più recenti riforme processuali in Europa, TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 35 ss. V. anche CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, cit., p. 421 che afferma: "si conferma che la tendenza prevalente a livello europeo è quella di una disciplina piuttosto flessibile del processo a cognizione piena, in grado di aderire al carattere semplice o complesso della controversia grazie all' incisivo esercizio di poteri di case management da parte del giudice".



CAPITOLO SECONDO

FLESSIBILITÀ E PROPORZIONALITÀ NEL PRISMA DEL PRINCIPIO DI COLLABORAZIONE

SOMMARIO: 1. – Il principio di flessibilità. – 2. Il principio di proporzionalità. – 3. Il principio di collaborazione. – 4. Spunti per procedere nell'esame della questione.

1. *Il principio di flessibilità*

Nel capitolo precedente, di taglio comparatistico, si è visto come alcune tra le più significative riforme del processo civile dei tempi recenti siano animate dagli stessi principi-guida.

In particolare, uno di tali principi è quello di flessibilità, alla cui stregua l'ordinamento rinuncia a dettare regole generali e astratte da applicare rigidamente a ogni controversia, preferendo un approccio elastico, nel quale l'*iter* del processo viene adattato e adeguato alle caratteristiche del caso concreto¹.

A livello teorico, in effetti, vi è diffusa consapevolezza che l'effettività della tutela giurisdizionale non possa essere perseguita con uno schema rigido di processo concepito come universalmente valido per tutti i tipi di controversie, esigendo essa, piuttosto “*strut-*

¹ Per BIAVATI, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 757, in forza del concetto di flessibilità, “la regola processuale deve consentire l'adattamento del rito alle esigenze di una buona trattazione del caso concreto”.

ture elastiche al cui interno ci sia spazio per la differenziazione dei modelli di trattazione delle cause in funzione dei loro caratteri peculiari”².

Le più recenti riforme processuali in ambito europeo (e non solo) si basano, appunto, sul presupposto che l’obiettivo di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale attraverso un processo destinato a svolgersi in tempi ragionevoli, senza sacrificare l’esigenza di un’adeguata trattazione della causa, non possa essere efficacemente perseguito disegnando uno schema “ingessato” di processo, concepito come universalmente valido per tutti i tipi di controversie: tale obiettivo esige, piuttosto, strutture elastiche, con modelli di trattazione differenziati in funzione dei caratteri peculiari delle cause³.

In questo scenario, come si è visto nel capitolo precedente, la caratteristica dei più recenti modelli processuali elastici europei (e non solo) è la scansione dei ritmi del procedimento in base a termini previsti dalla legge ma la cui durata è fissata in concreto dal giudice oppure a determinazioni temporali del tutto flessibili⁴.

2. *Il principio di proporzionalità*

Dall’analisi comparatistica emerge pure che al principio di flessibilità sia associato il principio di proporzionalità, ormai considerato, come si è visto, sia a livello internazionale sia nei singoli ordinamenti, come immanente a un sistema efficiente di amministrazione della giustizia.

² Così TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 314, che afferma altresì: “L’elasticità dunque come strategia (o scelta) fondamentale per avere un processo che funzioni”. V. pure ID., *La concezione del processo di Franz Klein e l’attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 41 ss.

³ Così TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 25-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 177-8, che individua l’elasticità come strategia (o scelta) fondamentale per avere un processo che funzioni.

⁴ Così Trocker, *op. ult. cit.*, p. 181.

L'idea di base è che l'impegno (pubblico e privato) dedicato alla singola controversia, in termini di costi e tempo, non debba essere omogeneo, bensì proporzionale alla tipologia, all'oggetto e alle caratteristiche della controversia stessa e del caso specifico⁵.

Nell'ambito di una nuova visione della giurisdizione, intesa come "servizio pubblico" per l'attuazione dei diritti soggettivi dei privati⁶, si ritiene che non si possa continuare a pensare alla singola causa come paradigma di riferimento del modello del giusto processo, senza considerare il panorama complessivo di riferimento: ovvero la molteplicità delle cause civili contemporaneamente pendenti in corti più o meno sovraccariche e prive di mezzi e personale⁷.

La recente crisi economica globale ha dato un forte impulso a politiche volte a razionalizzare l'utilizzo delle risorse nella gestione della giustizia in senso lato e dei singoli processi⁸.

In un mondo di risorse (sempre più) limitate, in effetti, l'ordinamento giudiziario non può permettersi sprechi e deve riservare e garantire a ogni controversia individuale un apporto adeguato di mezzi e attività pubbliche, nel contesto del carico di lavoro complessivo delle corti⁹.

⁵ Scrive al riguardo PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, in *Int. jour. proc. law.*, 2012, fasc. 1, p. 149: "[Legal proportionality] involves a fragile equilibrium between the means chosen by the parties, lawyers and judges, to implement a fair and reasonable outcome to the case. An equilibrium largely dependent upon language". V. anche CRUZ ARENHART, OSNA, *Complexity, proportionality and the "pan procedural approach"*, in *Int. jour. proc. law*, 2014, fasc. 2, p. 177 ss.; RANA, *La governance della giustizia civile. Processo, organizzazione, diritti*, Ariccia, 2014, p. 327.

⁶ CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 392.

⁷ Per una presa di posizione più critica v. però PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la "proportionate justice"*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1481, per il quale, quando si maneggia un concetto come quello di utilità collettiva, facilmente gli altri valori o aspirazioni recedono e la dimensione "quantitativa" dell'interesse generale può fagocitare, per sua natura, i profili "qualitativi" della tutela giudiziaria individuale.

⁸ Sulla relazione tra "economia processuale" e crisi economica v. AMRANI MEKIKI, *L'économie procédurale*, in *Int. jour. proc. law*, 2016, fasc. 1, p. 7 ss.

⁹ "The notion of 'proportionality' requires the court and parties to consider the competing demands of other litigants within the system. These other litigants also wish to gain access to judges, the court's 'scarce resources'": ANDREWS, *English civil justice and remedies. Progress and challenges*, Nagoya, 2007, p. 43.

In tale ottica, il principio di proporzionalità, come è stato evidenziato, porta al bilanciamento tra il diritto individuale al giusto processo e la concreta possibilità dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Si afferma, in sostanza, con riferimento al principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 Cost., che il bilanciamento con le risorse dello Stato dovrebbe garantire *“non a tutti lo stesso ma a ciascuno il suo”*¹⁰. In altre parole, in quest'ottica, la proporzionalità viene intesa come modalità per attuare l'efficienza¹¹.

A livello internazionale, per esempio, i Principi di procedura transnazionale redatti dall'American Law Institute e dall'Unidroit, enucleano l'idea che *“11.2 The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding. The parties must refrain from procedural abuse, such as interference with witnesses or destruction of evidence”*.

Nella relazione di commento a tali Principi, riguardo all'enunciazione sopra riportata, si legge: *“It is a universal rule that the lawyer has professional and ethical responsibilities for fair dealing with all parties, their lawyers, witnesses, and the court”*.

In questo contesto, in effetti, non si parla espressamente di “proporzionalità”, ma si valorizza l'aspetto “deontologico” della correttezza professionale dei difensori delle parti, coniugata con la responsabilità del giudice di stimolare la rapida ed efficiente soluzione della lite: in tale prospettiva di collaborazione tra i soggetti del processo, la “proporzionalità” delle attività procedurali necessarie alla *“fair and efficient resolution of the proceeding”* appare immanente.

Corollario di quanto precede è la diffusa tendenza a rafforzare i poteri del giudice nella direzione formale e materiale del processo, inteso come strumento meglio indicato per l'attuazione del principio di proporzionalità nel caso concreto, nel prisma della flessibilità processuale: e proprio con questo obiettivo, infatti, le esperienze comparatistiche analizzate nel capitolo precedente denotano una tendenza ad attribuire al giudice un ruolo sempre più incisivo nella direzione del procedimento¹².

¹⁰ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 18.

¹¹ V. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*, cit., p. 392, con riferimento al progetto di riforma del codice di rito di Proto Pisani.

¹² TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein*, cit., p. 44 ss.

L'attuazione del principio di proporzionalità può avvenire con modalità diverse. In ogni caso, la proporzionalità appare strettamente collegata alla flessibilità: in effetti, non si può prevedere e predeterminare in via generale e astratta il modo in cui le risorse processuali possano essere utilizzate in modo proporzionale rispetto alle caratteristiche del caso generale.

In quest'ottica, le norme processuali possono stabilire principi e regole generali, a livello di "modello operativo", lasciando poi ai soggetti coinvolti nel singolo processo il ruolo di riempire di contenuti tale schema generale.

3. *Il principio di collaborazione*

Come si è visto nel capitolo precedente, nelle più recenti riforme processuali di molti Stati stranieri, il principio di proporzionalità, inteso come adattamento degli schemi processuali alle caratteristiche della fattispecie individuale, non è mai attuato semplicemente attribuendo poteri impositivi al giudice in merito alla scansione delle tempistiche del processo. Piuttosto, esso è di norma inserito in un contesto in cui le scelte in merito all'*iter* della causa si basano sul dialogo tra i soggetti coinvolti nel processo, ovvero, giudice, parti e avvocati difensori.

In quest'ottica, dunque, il principio di proporzionalità si allaccia inscindibilmente al c.d. principio di collaborazione che del primo non è una conseguenza quanto il presupposto e la condizione di operatività.

In effetti, nell'ordinamento italiano, si parla del principio di collaborazione da tempi ben più remoti rispetto alle prime concettualizzazioni del principio di proporzionalità¹⁵.

¹⁵ Con riferimento al codice del 1865, ANDOLINA, *Il rapporto "parte-giudice" nella evoluzione del processo civile italiano*, in *Dir. fall.*, 1982, III, p. 387, afferma che esso, come espressione della società liberale del tempo, delineasse un giudizio al servizio delle parti e soggetto alla loro sovranità, in cui il ruolo del giudice era essenzialmente quello di terzo-arbitro: suo compito, infatti, non era ricercare la verità ma apprezzare le prove e fondare su di esse il suo convincimento. L'a., a p. 388-89, indica, come esempi dell'assunto che precede, il rapporto tra giudice e prova

Già negli anni Sessanta del secolo scorso, in particolare, Grasso¹⁴ riferiva come la dottrina parlasse di “collaborazione” (e, meno frequentemente, di cooperazione) con naturale riferimento a un qualche criterio organizzativo delle forze operanti nel processo.

In particolare, secondo una visione più risalente, attribuita a Carnelutti, la collaborazione era intesa sul piano del rapporto temporale che passa tra le varie operazioni processuali. In quest’ottica, la regola della collaborazione fra privato e autorità veniva riferita al fatto che la parte non può vedere applicata la legge senza il giudizio, ma il giudice non può applicare la legge senza l’istanza della parte¹⁵.

In realtà, già Grasso evidenziava come la collaborazione, nel linguaggio comune, fosse qualcosa di diverso dalla combinazione di più attività ordinate secondo un criterio di presupposizione o dalla correlazione necessaria fra le attività stesse. Per tale studioso, l’idea della collaborazione, infatti, è essenzialmente positiva e da intendere con riferimento a una pluralità di persone operanti contemporaneamente e di concerto per conseguire un risultato di sintesi quale non può essere raggiunto da un solo individuo: pertanto, se l’intera materia del contendere, prima della decisione, subisce gli effetti delle forze esercitate da tutti i soggetti in concorso, nei limiti delle rispettive attribuzioni, il risultato sarà il prodotto di una collaborazione processuale totale. Si affermava così che lo strumento che rende

e il ruolo ridotto del p. m. nel codice di rito post-unitario. A p. 390, l’a. conclude affermando che l’ordinamento del tempo riconosceva alle parti private una spiccata posizione di vantaggio, che si traduceva non soltanto nel potere di disporre del diritto ma anche – entro limiti assai ampi – nel potere di disporre del processo. L’a. osserva come ruolo diverso avessero il pretore e il conciliatore, non più spettatori quasi passivi del gioco processuale delle parti, ma partecipi essi stessi stesso di quel gioco, e con poteri incisivi in ordine alla direzione del processo e al governo della fase istruttoria. Quello che Andolina definisce come “rito dei poveri (p. 391), sarebbe poi stato elevato, dalla codificazione del 1942, al rango di rito comune all’intera nuova esperienza del processo civile italiano.

¹⁴ GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 584 ss.; VERKIJK, *Beyond winning: judicial case management and the role of lawyers in the principles of transnational civil procedure*, in *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, a cura di van Rhee, Anversa, 2008, p. 67, peraltro, sul piano comparatistico, evidenzia che le radici del principio di cooperazione tra parti e giudice risale almeno alla fine del XIX secolo, con le esperienze austro-tedesche.

¹⁵ GRASSO, *op. cit.*, p. 585.

possibile l'incontro degli operatori sul piano psicologico è il dialogo, la comunicazione delle idee¹⁶.

Grasso prospettava due diverse visioni della collaborazione: la prima intesa come mera possibilità, destinata a realizzarsi spontaneamente nel caso concreto, la seconda vista come un onere, in quanto agevolata e per certi versi imposta ("collaborazione favorita").

La prima visione si basa sul principio del contraddittorio che, però, per Grasso, non può che realizzare una "sfumata immagine di un sistema di collaborazione"¹⁷. In effetti, partendo da una visione individualistica del processo, si organizza il processo stesso come retto dal principio di eguaglianza delle parti e al suo interno si trasferiscono le posizioni processuali delle persone che gli danno vita, con un incontro di forze inteso in una prospettiva di competizione. Il problema, però, dal punto di vista che ci interessa qui, come si metteva in rilievo, non è constatare che le parti agiscono per superarsi a vicenda, quanto stabilire se un processo di parti debba necessariamente governarsi come un combattimento o se possa invece tradursi in un dialogo in cui i litiganti, da posizioni contrapposte e mantenendo la libertà di azione, debbano sottostare a regole appropriate per offrire al giudice elementi di giudizio compiutamente elaborati¹⁸. Nel corso del processo, prima della decisione, secondo la tesi qui in esame, il giudice non eserciterebbe un potere di imperio, se non nei limiti della direzione delle operazioni processuali¹⁹: i rap-

¹⁶ GRASSO, *op. cit.*, p. 586 ss.

¹⁷ Le norme in cui, nel diritto positivo, si traduceva il principio del contraddittorio non erano, infatti, ritenute idonee a garantirne l'effettivo sviluppo. L'aspetto positivo e dinamico del contraddittorio (inteso come serie di azioni/reazioni che raffinanano la materia di cui si nutrirà la sentenza), per la dottrina qui analizzata, avrebbe trovato poco sviluppo: GRASSO, *op. cit.*, p. 589 ss. Anche per CARPI, *Il dovere di collaborazione delle parti nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 545, dopo l'introduzione del c.p.c. del 1942, la realtà avrebbe confinato il principio di collaborazione in soffitta. L'a., peraltro, p. 546 ss., riponeva la speranza che il processo del lavoro, di nuova introduzione, avrebbe potuto offrire gli strumenti per la realizzazione di quel dovere di collaborazione delle parti per la formazione di una decisione il più possibile giusta.

¹⁸ GRASSO, *op. cit.*, p. 593.

¹⁹ Rispetto ai poteri del giudice di direzione del processo v. ANDOLINA, *op. cit.*, p. 391 ss., per il quale il c.p.c. 1942 avrebbe realizzato una "felice sintesi" tra l'autonomia delle parti e l'autorità dello Stato, come riflesso del trapasso dalla vecchia

porti tra giudice e parti, dunque, sarebbero improntati alla libertà, alla responsabilità individuale, all'eguaglianza²⁰.

Nella storica contrapposizione tra principio dispositivo e principio inquisitorio, lo studioso di cui si sta analizzando il pensiero collocava la collaborazione a metà strada. Da un lato, si riteneva necessario attribuire al giudice poteri sufficientemente determinati che gli consentissero di promuovere l'attività necessaria per la preparazione dei dati della decisione; dall'altro, l'esercizio di quei poteri era ritenuto idoneo a dar vita a una comunione di lavoro soltanto se fosse assicurata l'effettiva, simultanea partecipazione dei soggetti privati²¹.

Grasso, peraltro, riteneva che già rispetto alle norme tradizionali del codice di rito all'epoca vigente (tra cui venivano citati gli artt. 88 e 116 c.p.c.) emergesse il principio che l'organizzazione delle attività processuali fosse nel senso di una collaborazione tendenzialmente integrale²². Osservava pure che il sistema vigente disponesse di più di uno strumento idoneo a frenare gli egoismi della parte e a favorire la collaborazione²³, giungendo a concludere che già la normativa del tempo esprimesse l'immanenza nel nostro ordinamento

cultura liberale alle nuove istanze di giustizia sociale. In questo contesto, il giudice istruttore, nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del processo, avrebbe dovuto attuare i principi di oralità, concentrazione, immediatezza, utilizzando, tra gli altri, lo strumento dell'interrogatorio libero e il controllo sulla ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova. Sull'art. 88 c.p.c. v. anche le osservazioni di CARPI, *op. cit.*, p. 544-5.

²⁰ GRASSO, *op. cit.*, p. 595.

²¹ GRASSO, *op. cit.*, p. 597, per cui in un sistema legislativo in cui il dirigismo giudiziario si esprime soltanto coi comandi del giudice l'idea della collaborazione è cancellata.

²² GRASSO, *op. cit.*, p. 599. Sulla funzione dell'art. 88 c.p.c., stimolante la posizione di CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, p. 493-4, per il quale, nel contesto del principio dispositivo, entro i confini stabiliti dal diritto processuale, alle parti è lasciato un largo campo discrezionale entro il quale ciascuna di esse è libera di scegliere le mosse che le sembrano più adatte a superare l'avversario. La lealtà prescritta dall'art. 88 sarebbe, in tale prospettiva, la lealtà nel giuoco: "il giuoco, cioè la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare". Il processo, in questa prospettiva è, infatti, anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale.

²³ GRASSO, *op. cit.*, p. 601.

della regola della collaborazione, non solo quale criterio informativo di singole manifestazioni di attività combinate, ma quale principio caratterizzante tutta l'organizzazione del processo, come diretto strumento di originale edificazione del processo: il principio, però, avrebbe postulato nei confronti delle parti l'onere (e non il mero potere) e nei confronti del giudice l'obiettiva necessità di adeguare ogni sua attività al principio stesso²⁴.

4. *Spunti per procedere nell'esame della questione*

Le conclusioni cui giungeva Grasso e di cui si è cercato di dare conto nel paragrafo precedente erano senz'altro molto avanzate ma forse pure troppo ottimistiche: realisticamente, infatti, esse, all'epoca in cui venivano espresse, non trovavano adeguato riscontro nel concreto operare delle norme generali e astratte.

In effetti, l'approccio tradizionale guarda alla collaborazione nel prisma della regolamentazione dei rapporti processuali delle parti, come *ratio* ispiratrice della lealtà e correttezza che devono caratterizzarne le condotte nel giudizio; oppure al dialogo tra parti e giudice nell'ambito della definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, come strumento per arrivare a un migliore accertamento della verità dei fatti.

L'idea che la collaborazione tra le parti e il giudice possa invece riguardare la regolamentazione concreta del dipanarsi delle fasi e dei passaggi processuali, diventando così presupposto e modalità di attuazione del principio di proporzionalità, appare il frutto di un più moderno approccio alle problematiche della giustizia civile e al ruolo del giudice, di cui gli ordinamenti stranieri analizzati nel capitolo precedente hanno cercato di proporre una interpretazione.

²⁴ GRASSO, *op. cit.*, p. 605. L'a., p. 608 ss., riferiva al principio di collaborazione l'obbligo per il giudice oggi sancito espressamente dall'art. 101 c.p.c., come riformato a opera della legge n. 69 del 2009, affermando che il magistrato, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti e sostituendo, alla tradizionale costruzione triangolare una prospettiva di posizioni parallele, in cui le attività dei tre soggetti tenderebbe a identificarsi risolvendosi in unica forza operosa che penetra nella materia alla ricerca della verità.

Flessibilità, collaborazione, proporzionalità sono dunque le parole d'ordine sottese alle esperienze riformatrici dei sistemi civili di amministrazione della giustizia in alcuni importanti ordinamenti, con linee evolutive che, nel rispetto delle differenti tradizioni, presentano rilevanti profili di assonanza.

Dove si colloca l'Italia rispetto a tali linee di politica legislativa?

In quale direzione sta andando il processo civile italiano di cognizione?

A queste domande si cercherà di dare risposta nelle pagine che seguono, attraverso l'analisi della situazione esistente per poi giungere, nelle conclusioni, a formulare valutazioni sulle riforme in cantiere e proposte *de iure condendo*.



CAPITOLO TERZO

FLESSIBILITÀ, PROPORZIONALITÀ E COLLABORAZIONE “ALL’ITALIANA”, TRA CALENDARIO DEL PROCESSO E ATTI CHIARI E SINTETICI

SOMMARIO: 1. Un ordinamento processuale “inflessibile”? – 2. L’elusivo obiettivo della proporzionalità processuale. – 3. Il principio di collaborazione nell’ordinamento processuale italiano. – 4. Il calendario del processo. – 5. (Segue): sanzioni per la mancata predisposizione del calendario e per la sua inosservanza. – 6. (Segue): valutazioni conclusive. – 7. Nuove tecniche di redazione degli atti processuali.

1. *Un ordinamento processuale “inflessibile”?*

Rispetto alle esperienze degli ordinamenti stranieri analizzati nel primo capitolo, la situazione italiana sembra caratterizzata da un certo ritardo per quanto attiene la valorizzazione nel processo dei principi di flessibilità, proporzionalità e collaborazione.

Tali principi, in effetti, non sono espressamente menzionati in nessuna norma a livello di enunciazione generale e l’impressione è che l’ordinamento processuale italiano sia stato a lungo (e per larga parte ancora sia) caratterizzato da notevole rigidità¹.

¹ V. anche le osservazioni di FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 29 ss.; CAPONI, *Per una sostenibile diversità del processo a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 202; TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 133 ss.

Tale affermazione va peraltro qualificata, visto che la nostra tradizione processuale si muove, a ben vedere, tra due estremi opposti.

Da un lato, per quanto riguarda il procedimento di cognizione, il legislatore (come meglio si vedrà nei capitoli quinto e sesto) detta (o tenta di dettare) discipline procedurali tendenzialmente esaustive (ancorché tramite tecniche di rinvio ad altre discipline di riferimento “in quanto compatibili”), ma anche improntate a un’impostazione rigida, offrendo all’operatore un modello unico per la trattazione delle controversie, a prescindere dall’oggetto e dal valore della causa nonché della qualità delle parti².

Il modello ordinario di cognizione avanti al Tribunale è stato a lungo l’esempio più evidente di tale impostazione rigida. Le attività delle parti, le scansioni del procedimento, gli interventi del giudice, in tale contesto, sono disciplinate in modo completo, secondo un modello unitario che prevede sì possibili varianti, ma sempre sulla base di criteri predeterminati in modo rigido, generale e astratto (l’idoneità della questione preliminare a definire la decisione sul merito, la natura documentale dell’istruttoria e così via).

Tale approccio, d’altro canto, è tuttora considerato, da molti, come l’unico idoneo a soddisfare le garanzie costituzionali del giusto processo, sul rilievo che solo un procedimento analiticamente disciplinato dalla legge e che non lasci margini di discrezionalità al giudice sia compatibile con i principi fondamentali racchiusi nelle norme costituzionali con riferimento alla tutela dei diritti con effetti decisori.

² Va peraltro ricordato che CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, p. 493, scriveva che, in realtà le norme del diritto processuale segnano soltanto certe direttive assai elastiche, che lasciano ampio margine alla iniziativa e alla scelta individuale. Le regole propriamente giuridiche costituiscono nel processo una sorta di cornice, entro la quale può spaziare il potere dispositivo delle parti: solo nell’osservanza di queste regole marginali l’attività delle parti è giuridicamente vincolata; ma nello spazio bianco è attività essenzialmente libera. Tale autorevole affermazione, peraltro, non sembra riferita alla questione che stiamo analizzando qui, quanto a una dimensione psicologica delle dinamiche del processo, nell’ambito delle quale le parti sono effettivamente libere di disporre delle proprie domande ed eccezioni, nell’ambito delle rispettive strategie processuali. Strategie che nascono dalla libera determinazione della parte ma poi devono essere incanalate all’interno dei canali formali predisposti dalla disciplina processuale per essere attuate.

Sin dagli anni Settanta, in effetti, alla flessibilità di un modello procedimentale unitario si è preferita la tecnica della tutela giurisdizionale differenziata³, che, come si vedrà anche nelle prossime pagine, propone modelli processuali alternativi in ragione della materia del contendere, ma che sostanzialmente affianca al rigido procedimento di cognizione ordinario procedimenti alternativi altrettanto rigidi⁴.

In effetti, come noto, il nostro sistema è connotato dalla proliferazione di riti e sotto-riti applicabili in base alla natura del diritto controverso o dalla qualità di una delle parti, nell'ambito di una ormai ingovernabile tutela diversificata delle posizioni soggettive, fuori da ogni progettualità sistematica.

Tali riti speciali, d'altro canto, sono di norma caratterizzati da un elevato tasso di formalità predeterminate dal legislatore.

Per converso, come si vedrà nel capitolo sesto, in particolare nel paragrafo decimo, con quella che può apparire come una reazione a tale eccesso di rigidità, il legislatore, da alcuni decenni, ha usato e forse abusato del modello camerale (tipicamente destrutturato) per la disciplina di una miriade di procedimenti o sub-procedimenti nelle materie più disparate.

L'uso indiscriminato del rito camerale, peraltro, non risponde a criteri di uso proporzionale delle risorse giudiziarie né alla valorizzazione del principio di collaborazione. Al contrario, esso appare ispirato all'idea che i tempi del processo possano essere accelerati rimettendo al giudice ogni valutazione sulla regolamentazione del procedimento, fuori da una logica di *case management* e sollevando,

³ TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 43.

⁴ Coglie dunque nel segno Nicolò Trocker quando afferma che la differenziazione delle scansioni procedurali basata sul principio di elasticità è cosa ben diversa dalla tutela differenziata dei diritti così diffusa da noi e che ha, di norma, come caratteristica proprio la rigidità: TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 317, che aggiunge: "l'obiettivo di adattare il processo alle diverse caratteristiche della controversia avviene unicamente in riferimento alla particolare tipologia di diritto sostanziale che verrà a costituire l'oggetto del procedimento, con l'inevitabile conseguenza che la differenziazione del rito avviene prima del processo, secondo un modello di tecnica legislativa tipicamente anelastico, poiché indifferente alle circostanze del caso concreto".

come si vedrà, non pochi dubbi circa la rispondenza di tale modello procedimentale ai principi costituzionali del giusto processo.

Nel nostro sistema processuale, in effetti, l'idea che le forme del rito costituiscano una garanzia è stata portata da alcuni alle sue estreme conseguenze, sino a concettualizzare che un modello procedimentale i cui ritmi non siano predefiniti dalla legge sia strutturalmente inidoneo alla tutela giurisdizionale dei diritti con i caratteri della definitività.

Per quanto mi interessa qui, d'altro canto, non mi pare che il processo camerale, per come è stato utilizzato dal legislatore e "interpretato" nella prassi, possa costituire un esempio di "flessibilità" processuale nel senso che si cerca di enucleare in queste pagine.

In effetti, sia nel rito ordinario che in quello camerale, a livello normativo, i rapporti tra giudice e parti, pure formalmente improntati alla lealtà e alla correttezza, sono di norma governati in modo inflessibile, con l'attribuzione al giudice di un ruolo direttivo-impositivo, pur se necessariamente ispirato al principio fondamentale del contraddittorio.

2. *L'elusivo obiettivo della proporzionalità processuale*

I principi di proporzionalità e flessibilità, alla luce delle considerazioni che precedono, non possono tuttora definirsi affermati come valori generali nel nostro sistema processuale⁵: in effetti, la predisposizione di modelli processuali tendenzialmente rigidi e vincolati, indipendentemente dal carattere semplice o complesso delle controversie, si colloca agli antipodi rispetto alla ripartizione proporzionale delle risorse giudiziali e all'organizzazione del per-

⁵ Per una posizione difforme v. però PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la "proportionate justice"*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1479, il quale ritiene, alla luce della recente giurisprudenza di cassazione volta a dare una lettura "utilitaristica" delle norme processuali, che il principio di proporzionalità, "per quanto non espressamente richiamato", sarebbe stato "nei fatti recepito". L'a., p. 1480, afferma, in particolare che "nella fondazione giurisprudenziale della nozione (...) di "abuso del processo", ha un posto di rilievo il riferimento alla attuazione di un programma con finalità collettive di una risorsa scarsa (come è quella giudiziaria)".

corso processuale in base alle caratteristiche e alle esigenze della lite individuale.

Il legislatore italiano, se mai, tende ad attuare il principio di proporzionalità in via generale e astratta, prevedendo un trattamento processuale differenziato per determinate categorie di controversie che possono essere ritenute di rapida definizione, in base all'*id quod plerumque accidit*⁶. È emblematico, al riguardo, il caso delle controversie rientranti nella competenza del giudice di pace.

D'altro canto, da qualche tempo, come più nel dettaglio si argomenterà nel prosieguo della trattazione, si registrano segnali di cambiamento rispetto allo scenario tradizionale appena tratteggiato.

Si può, per esempio, argomentare che l'introduzione di filtri di vario tipo per l'accesso al giudice di secondo grado (artt. 342 e 348-*bis* c.p.c.) e a quello di legittimità (art. 360-*bis* c.p.c.) possano costituire forme di attuazione del principio di proporzionalità: in effetti, è coerente con tale principio ritenere che un'impugnazione *prima facie* destituita di fondamento possa essere respinta in *limine litis*, senza un'approfondita decisione di merito.

A conferma di quanto precede, proprio con riferimento ai filtri introdotti al giudizio di legittimità, la Cassazione ha di recente affermato che si deve attuare, in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale, un adeguato bilanciamento tra il diritto delle parti al ricorso per cassazione per violazione di legge *ex art.* 111 Cost. e concreta possibilità di esercizio della funzione di giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di eguaglianza del cittadino di fronte alla legge (art. 3 Cost). Per la Cassazione, tale adeguato bilanciamento sarebbe conseguibile solo con un impiego economico della risorsa di questa articolazione della giurisdizione che, per ragioni intrinseche alla funzione, richiede d'essere esercita-

⁶ In generale, va condivisa l'osservazione di TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 180, per cui la differenziazione nei modelli di trattazione dovuta a ragioni di razionalità processuale, che caratterizza le più recenti riforme europee, va tenuta distinta dalla tutela differenziata scelta dal legislatore italiano a favore di determinati diritti o interessi sostanziali dedotti in giudizio (v. anche nota 4).

ta da un numero di giudici tale da consentire e non impedire la formazione di indirizzi interpretativi dotati, oltre che di persuasività, di tendenziale stabilità⁷.

Si tratta, però, di una tendenza ancora embrionale e che appare “contaminata” da considerazioni sin troppo pratiche di smaltimento dell’arretrato per poterne intendere in senso troppo entusiastico, almeno allo stato, il significato e le implicazioni.

Per quanto ci interessa qui, ben più rilevanti appaiono l’introduzione del procedimento sommario *ex art. 702-bis c.p.c.*, prima, e la previsione dello *switch* istruttorio nel procedimento di cognizione ai sensi del nuovo art. 183-*bis c.p.c.*, poi. All’analisi di tali innovazioni, che recepiscono lo spirito dei principi direttivi qui analizzati senza mai farne espressa menzione, è appunto dedicata ampia parte del presente studio.

Se, a livello di razionalizzazione e di “amministrazione” del processo, per più di vent’anni, il legislatore non ha saputo individuare nulla di più efficiente della predisposizione di rigide barriere preclusive, collegate alla fissazione (e normalmente predeterminazione) di termini perentori, le recenti novità sulla “semplificazione” dell’istruttoria possono essere interpretate come il segnale di una (forse non del tutto consapevole) acerba svolta verso sentieri tracciati da altri ordinamenti e di cui si è dato conto nel primo capitolo.

3. *Il principio di collaborazione nell’ordinamento processuale italiano*

Anche per quanto riguarda l’attuazione del principio di collaborazione tra giudice e parti nel nostro ordinamento, si tende a ritenere insufficiente il potere di direzione del processo da parte del magistrato (anche laddove attuato in concreto)⁸.

⁷ Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3333.

⁸ COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 108, il quale afferma che l’esercizio dei poteri discrezionali del giudice di direzione del processo, pur invocati per reagire ai formalismi del processo comune, o non vengono esercitati oppure non offrono garanzie.

D'altra parte, il nostro sistema è caratterizzato da una tradizionale riluttanza dottrinarica nei confronti dei poteri “discrezionali” del giudice, per timore di una perdita di garanzie processuali⁹ nonché da una visione pubblicistica del processo, inteso come mezzo di attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto¹⁰.

In uno scenario di questo tipo, non sorprendentemente, il ruolo dei c.d. contratti processuali è marginalizzato¹¹, in un contesto in cui, tradizionalmente, “i requisiti di contenuto-forma dell’atto processuale portano con sé la sublimazione delle forme”¹², tanto da fare affermare a uno studioso sensibile alla prospettiva comparatistica come Remo Caponi, con tono sconsolato, che, in Italia, “*sulla categoria degli accordi processuali, in sé e per sé considerata, è calato sostanzialmente l’oblio*”¹³.

A questo riguardo, d’altro canto, in tempi recenti, si sta diffondendo nei Tribunali l’utilizzo dei c.d. protocolli, per dettare regole generali di condotta nonché previsioni procedurali più analitiche, nell’ambito di un percorso di concertazione e confronto tra magistrati, avvocati, personale di cancelleria, accademici¹⁴.

Dai diversi fori italiani emergono così esperienze diversificate che convergono nell’affrontare le questioni connesse ai tempi e

⁹ COSTANTINO, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰ V. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, numero speciale *Accordi di parte e processo*, p. 107.

¹¹ Per una ricostruzione storica, CAPONI, *op. ult. cit.*, p. 108.

¹² Così CANELLA, *Contrattualizzazione del processo civile: prospettive italiane nel solco francese*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 173, per cui “il principio della rispondenza della forma alla sostanza esalta la regola processuale dettata dalla legge e le affida addirittura la descrizione del contenuto dell’atto”.

¹³ CAPONI, *Autonomia privata e processo civile*, cit., p. 105.

¹⁴ In *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d’udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 53; BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 728 ss., per cui la pratica collaborativa avviata con i protocolli di udienza “ci ha portato a vedere nella decisione non più l’atto finale ma un percorso collaborativo costruito attraverso una serie di discussioni che permettono il superamento di questioni senza decisione, oppure danno vita a “decisioni provvisorie”; CAPONI, *Autonomia privata e processo civile*, cit., p. 113; v. i rilievi critici di DELLA PIETRA, *La second life dei protocolli sul processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 895 ss.

all'organizzazione delle udienze, con l'individuazione di regole condivise per il sollecito e ordinato svolgimento del processo.¹⁵

In quest'ottica, i protocolli sono considerati utili strumenti per garantire trasparenza ed efficienza nella gestione del procedimento¹⁶, anche se alcuni ne evidenziano il ruolo *ultra legem*, che a volte forza il dettato normativo e, in alcuni casi, avalla prassi non condivisibili, spesso scaricando sui difensori le disfunzioni proprie degli uffici¹⁷. In effetti, in alcuni casi questi aspetti critici sono riscontrabili.

D'altro canto, l'utilizzo di protocolli appare incoraggiato anche in ambito internazionale.

Nel parere n. 16 del 15 novembre 2013, sui rapporti tra giudici e avvocati, il Ccje, per esempio, nel p. 14 evidenzia: “*Guidelines agreed upon at an institutional level can also be useful to encourage co-operation and dialogue. The Ccje considers that courts should encourage the establishment of good practices resulting from agreements between the courts and the Bar. Agreements concerning the management and conduct of proceedings have been established in many judicial systems, taking a variety of forms. The CCJE reaffirms that such procedural agreements should comply with procedural law and should be made public in order to ensure transparency for lawyers and litigants*”. E, al termine di tale parere, viene enunciata la seguente raccomandazione: “*III. The CCJE recommends that judges organise case management hearings within the framework of the relevant procedural laws, and establish, in consultation with the parties, procedural calendars, e.g. by specifying the procedural stages, setting out reasonable and appropriate timeframes and structuring the manner and timing of the presentation of written and oral submissions and evidence*”.

¹⁵ Per una prima disamina v. CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 571 ss., che osserva, p. 574: “il contenuto dei protocolli italiani, oltre a essere variegato a seconda della giurisdizione cui afferisce, è estremamente composito anche in relazione al tenore delle norme”; BREGGIA, *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli: l'autoriforma possibile*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile*, cit., p. 47 ss. Per una lista di protocolli, BERTI ARNOALDI VELLI, *Introduzione*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile*, cit., p. 34 ss.

¹⁶ V. *Gli Osservatori sulla giustizia civile*, cit., p. 52 ss.

¹⁷ DELLA PIETRA, *op. cit.*, p. 897 ss.

In uno scenario favorevole all'utilizzo di tali strumenti, si evidenzia come ammettere la regolamentazione convenzionale di aspetti relativi al potere organizzativo attribuito al giudice (per esempio, in merito ai termini processuali) non ponga problemi di costituzionalità, in quanto non influisce sull'esercizio vero e proprio del potere giurisdizionale¹⁸. Per alcuni, anzi, nel nostro sistema giudiziario, vi sarebbe spazio anche per veri e propri contratti processuali rispetto a norme volte all'organizzazione del processo, menzionando la c.d. agenda del giudice¹⁹. Tale contrattualizzazione, in effetti, si sta certamente attuando dal basso, attraverso le buone pratiche, che mirano a rendere il processo civile di durata ragionevole²⁰.

Sino a oggi, peraltro, il legislatore italiano, a differenza da quello francese, non ha ancora tradotto tale esperienza pratica in norme procedurali specifiche.

Il procedimento sommario, di cui in questa trattazione ci si occuperà ampiamente, potrebbe essere un buon banco di prova per i protocolli²¹, anche se non manca di pregio l'opinione di chi ritiene inopportuno codificare tale rito in protocolli, irreggimentando la libertà fornita dal legislatore al giudice²².

L'utilizzo dei protocolli, d'altro canto, non può rappresentare un'adequata soluzione rispetto alla mancanza di una disciplina di *case management* nel nostro sistema processuale che vada oltre la timida affermazione di principi generali e regole deontologiche.

¹⁸ CANELLA, *Gli accordi processuali francesi*, cit., p. 577; l'a., peraltro, p. 578, osserva che "la volontà delle parti può influire sulla regolazione del processo solo ove non si sia in presenza di una dettagliata disciplina legislativa che regoli le scansioni processuali"; CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 160; PASSANANTE, in *Istruzione probatoria*, a cura di Taruffo, Bologna, 2014, p. 109.

¹⁹ CANELLA, *Contrattualizzazione del processo civile*, cit., p. 177.

²⁰ CANELLA, *op. ult. cit.*, p. 182.

²¹ V. DELLA PIETRA, *op. cit.*, p. 903, con riferimento al modello sommario introdotto dal decreto legislativo n. 150 del 2011.

²² Così G. FINOCCHIARO, *Il protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Roma*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile*, cit., p. 580, il quale, d'altro canto, evidenzia il ruolo promozionale di tali protocolli.

4. Il calendario del processo

Rispetto alle recenti innovazioni cui si è accennato, assume in primo luogo rilevanza il c.d. calendario del processo²³ di cui all'art. 81-*bis* delle disposizioni di attuazione al c.p.c., introdotto a opera dalla legge n. 69 del 2009²⁴.

La norma in questione è stata definita “*diretta emanazione dell'art. 175 c.p.c.*” e la sua *ratio* è stata individuata nel perseguimento dell'esigenza di rendere conoscibili alle parti i tempi del processo, con la necessità di evitare inutili rinvii e con la possibilità di realizzare il principio di ragionevole durata del processo²⁵.

Essa, in sostanza, cerca di colmare quella che è stata definita la lacuna “conoscitiva” che si crea dopo la fase introduttiva del processo, quando il codice di rito non riesce a dare più punti di riferimento precisi in termini temporali sullo svolgimento dell'attività istruttoria²⁶.

²³ Per CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1300, il calendario previsto dall'art.81-*bis* disp. att. c.p.c. è ben lontano dalle prospettive di *case management* di altri ordinamenti; v. anche GUGLIELMINO, *Il calendario del processo, in Trasformazione e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, a cura di Besso, Frus, Rampazzi, Ronco, Bologna, 2015, p. 210. FICcarelli, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 27, osserva che la fissazione del calendario del processo viene a rientrare tra i poteri del giudice di direzione formale del procedimento, come contrapposti a quelli di direzione materiale, che incidono sul rapporto giuridico processuale o sostanziale. Per RANA, *La governance della giustizia civile. Processo, organizzazione, diritti*, Ariccia, 2014, p. 63, l'art. 81-*bis* att. c.p.c. sarebbe il frutto di una “grosso-lana ideologia aziendalista”.

²⁴ CEA, *Il calendario del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 158. La calendarizzazione, nella versione iniziale, riguardava le cause pendenti dal 6 luglio 2009. Le modifiche introdotte nel 2011, si applicano invece solo alle controversie instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto del 2011 (e quindi dal 17 settembre 2011).

²⁵ In questi termini Corte cost., 18 luglio 2013, n. 216, in *Giur. it.*, 2013, p. 2587. Per GUGLIELMINO, *Brevi osservazioni sulla costituzionalità dell'obbligo di fissazione del calendario del processo*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2588, il calendario è diretto alla formulazione di un progetto complessivo di svolgimento del giudizio.

²⁶ PICOZZA, *Le modifiche relative al modello “ordinario” di cognizione di primo grado*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di Punzi, Torino, 2013, p. 137.

Si tratta di uno strumento di organizzazione e gestione del processo civile in modo più efficiente²⁷, anche se la collocazione della norma che lo disciplina ha sollevato critiche. Essa, in effetti, avrebbe dovuto essere, piuttosto, collocata nel corpo del codice di rito, tra le norme di carattere generale, per essere applicata a tutti i procedimenti e non solo a quelli avanti al tribunale²⁸.

Nella sua formulazione iniziale, l'art. 81-*bis* prevedeva che il giudice, al momento di provvedere sulle istanze istruttorie, stabilisse il calendario delle udienze successive e delle attività da svolgere, sentite le parti e tenuto conto della natura della causa²⁹.

In sostanza, si è prevista, per la prima volta, la programmazione delle fasi successive del processo³⁰, per renderne più prevedibili le scansioni³¹ e cercare di garantire la concentrazione dello svolgimento dell'istruttoria, accelerandone così i tempi³².

Il calendario del processo, in realtà, non ha finalità dirette di accelerazione del processo, dal momento che la calendarizzazione

²⁷ V. pure PICOZZA, *op. cit.*, p. 137.

²⁸ PICOZZA, *op. cit.*, p. 138.

²⁹ In questa vena organizzatrice, sempre con la legge n. 69 del 2009, si sono riformati gli artt. 191 e 195 c.p.c., introducendo quello che può essere definito il calendario delle attività peritali. Con l'ordinanza che ammette la consulenza tecnica d'ufficio, dunque, il giudice oggi formula direttamente i quesiti. All'udienza in cui il perito presta l'impegno di rito, poi, si stabilisce il calendario delle attività successive. In particolare, viene fissato un termine entro il quale il perito deve inviare la bozza della propria consulenza ai consulenti di parte, i quali, a loro volta, potranno presentare le loro osservazioni entro un termine specifico. Entro un terzo e ultimo termine, infine, deve essere depositato l'elaborato finale, completo delle osservazioni dei periti di parte e delle relative sintetiche valutazioni del consulente d'ufficio. Quello appena esaminato non può essere considerato un esempio di *case management*: è in effetti un semplice meccanismo per ottimizzare i tempi per l'esercizio del contraddittorio nell'ambito della consulenza tecnica. D'altro canto, tale novità sta producendo risultati positivi nella prassi, in termini di chiarezza dei vari passaggi e contrazione dei tempi della fase procedimentale.

³⁰ Proprio questo per TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 139, è il limite principale della "contrattualizzazione" all'italiana rispetto all'esempio francese: essa è infatti limitata alle sole attività istruttorie, mentre l'intera fase introduttiva del giudizio resta analiticamente disciplinata dalla legge.

³¹ TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 157.

³² V. pure ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il calendario del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1395.

delle attività da espletare non modifica il tipo e la forma degli atti da compiere nelle scadenze così determinate. E, però, almeno in via indiretta, esso può aspirare ad abbreviare la durata del procedimento, dal momento che, quando viene redatto, il giudice, rispetto a una serie coordinata di attività successive, ha maggiore libertà di manovra sulla propria agenda, in particolare con riferimento agli adempimenti finali come la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni: intuitivamente, infatti, la predeterminazione dei tempi consente al giudice di fissare, all'esito della prima udienza, un'udienza di precisazione delle conclusioni con notevole anticipo rispetto all'analogo incombenza compiuto, in futuro, all'udienza in cui si chiude l'attività istruttoria³⁵.

Nella sua iniziale formulazione, d'altro canto, l'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c., pur costituendo una norma abbastanza innovativa per lo scenario italiano, sembrava avere un contenuto programmatico più che imperativo. Esso stabiliva, infatti, che i termini del calendario fossero da ritenere prorogabili, sulla base di gravi motivi sopravvenuti.

Per rendere tale disposizione più incisiva, pertanto, a distanza di un paio di anni, il legislatore l'ha profondamente riformulata, tramite l'art. 1-*ter* del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138³⁴, convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011 n. 148 (c.d. *Manovra bis*) "ai fini della riduzione della spesa pubblica e per ragioni di migliore organizzazione del servizio di giustizia".

La norma, dunque, oggi prevede, in primo luogo, che la predisposizione del calendario sia obbligatoria³⁵, come si desume dall'utilizzo del verbo "fissa". Per la rigidità di tale formulazione, anzi, del-

³⁵ PICOZZA, *op. cit.*, p. 138. L'agenda del ruolo del giudice diviene una funzione indispensabile per una buona programmazione del calendario per ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1396, che mette in rilievo l'importanza degli aspetti organizzativi all'interno dell'ufficio e della sezione.

³⁴ In *Gazz. Uff.*, 13 agosto 2011, n. 188.

³⁵ Come implicitamente confermato dalla sentenza della Corte cost.: PASSANANTE, in *Istruzione probatoria*, a cura di Taruffo, Bologna, 2014, p. 111. V. pure GUGLIELMINO, *Brevi osservazioni sulla costituzionalità*, cit., p. 2588; *Id.*, *Il calendario del processo*, cit., p. 198; PICOZZA, *op. cit.*, p. 141, che rileva la contraddittorietà della previsione di sanzioni rispetto a un comportamento ritenuto discrezionale; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1397.

la nuova norma si è prospettata l'incostituzionalità, sul piano della sua asserita irragionevolezza³⁶: secondo il giudice remittente, infatti, l'obbligo di provvedere sempre e comunque al calendario del processo avrebbe prodotto effetti di pregiudizio per il singolo procedimento e per gli altri processi chiamati alla stessa udienza, in termini di “paradossale allungamento” dei tempi³⁷. La Corte costituzionale, peraltro, ha considerato queste contestazioni infondate, ritenendo che le lamentate difficoltà non discendano in via diretta e immediata dalla norma censurata, bensì siano da ricollegare a inconvenienti di mero fatto, in quanto tali irrilevanti³⁸. D'altro canto, la redazione del calendario non è sempre obbligatoria, potendo essere omessa nelle controversie in cui le parti non formulino richieste istruttorie ovvero in cui tutte tali istanze siano ritenute inammissibili o irrilevanti, con immediata rimessione della causa in decisione³⁹.

Il giudice, inoltre, nel fissare le scadenze del calendario istruttorio, non deve più limitarsi a tenere conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, ma deve pure rispettare il principio di ragionevole durata del processo: in altre parole, egli deve sforzarsi di contenere la calendarizzazione delle proprie future attività entro tempi che, per alla luce delle disposizioni della legge Pinto, possano ritenersi “ragionevoli”.

Al riguardo, si deve oggi tenere conto che l'art. 55 del decreto legge del 22 giugno 2012 n. 83 (convertito nella legge n. 134 del 7 agosto 2012) ha introdotto modifiche (anche) alla legge 24 marzo 2001, n. 89 (la c.d. legge Pinto). In particolare, ai sensi del nuovo art. 2-*bis* della legge Pinto “versione 2.0”, il termine ragionevole per la definizione del giudizio di primo grado non può eccedere i tre anni, calcolati dal deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero dalla notificazione dell'atto di citazione. Nel redigere il proprio

³⁶ Trib. Varese, 28 giugno 2012, ord., in *www.ilcaso.it*; v. PASSANANTE, *op. cit.*, p. 110.

³⁷ Scrive al riguardo il Tribunale di Varese: “il giudice, temendo di non poterlo rispettare, tende a stabilire scansioni temporali ben più lunghe di quelle che, fisiologicamente, e senza la minaccia di legge (di illecito disciplinare) avrebbe invece pianificato”.

³⁸ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 216, in *Giur. it.*, 2013, p. 2587.

³⁹ CEa, *Il calendario del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 155.

calendario istruttorio, dunque, il giudice dovrà sforzarsi di rispettare tale termine, tenendo anche in considerazione il tempo già trascorso per arrivare alla fase di ammissione delle istanze istruttorie. Non rispettare tale parametro implica una violazione della norma in esame⁴⁰ ed espone il giudice a responsabilità e a sanzioni (v. *infra*).

D'altra parte, il calendario non esclude che le prove vengano assunte in più udienze e non fissa un termine massimo tra un'udienza e l'altra, ciò che è stato oggetto di critiche⁴¹.

Il fatto di dovere tener conto della complessità della causa, d'altro canto, porta alcuni ad affermare che il calendario possa anche essere "parziale", per valutare le risultanze della prima fase dell'istruttoria sulle domande principali ai fini dell'ammissione (e calendarizzazione) delle istanze istruttorie relative a domande dipendenti, come nel caso di una causa di risarcimento danni in cui sia controverso non solo il *quantum* ma anche l'*an* della responsabilità⁴².

La calendarizzazione, inoltre, è stata estesa agli incumbenti di cui all'articolo 189, comma 1° c.p.c., ovvero la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni: in sostanza, al momento di ammettere le prove, il giudice deve già indicare la data in cui prevede di essere in grado di prendere la causa in decisione. L'obiettivo di questa disposizione, che si ritiene valga tanto per le cause collegiali che per quelle monocratiche⁴³, è, in tutta evidenza, dare ulteriore impulso alla concentrazione dell'attività di istruzione e trattazione della causa, riducendo i tempi complessivi del processo.

Come si è anticipato, i termini del calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, ma solo quando sussistano gravi motivi (e prima che siano scaduti). A me pare che la disposizione si riferisca alla possibilità di prorogare sia i termini legati a incombenze istruttorie il cui mancato rispetto sia imputabile alla parte, come nel caso di ordine di esibizione o di assunzione della prova delegata⁴⁴, sia le

⁴⁰ GUGLIELMINO, *Il calendario del processo*, cit., p. 205

⁴¹ TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, cit., p. 157.

⁴² Così CEA, *Il calendario del processo*, cit., c. 156, per cui il calendario potrebbe configurarsi come un vero *work in progress*.

⁴³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1394.

⁴⁴ CEA, *op. cit.*, c. 157.

date fissate per le udienze e i relativi incombenti⁴⁵. Il riferimento è alla proroga di ogni singolo termine e non solo di quello finale, per la rimessione della causa in decisione⁴⁶. Può così capitare che sia modificata la data per l'assunzione di una testimonianza, lasciando ferma quella dell'udienza di precisazione delle conclusioni. In quest'ottica, in caso di proroga di termini, non è sempre necessario ricalendarizzare il processo, come ritengono alcuni⁴⁷.

I gravi motivi che giustificano la proroga dei termini potrebbero riguardare sia esigenze soggettive del giudice, delle parti o degli ausiliari ma anche le evoluzioni degli accertamenti istruttori⁴⁸.

Il calendario va predisposto dopo il decorso dei termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c.⁴⁹, nella stessa ordinanza in cui vengono ammessi i mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti⁵⁰.

La necessità per il giudice di sentire le parti prima di predisporre il calendario colloca l'istituto nel contesto di quel principio di collaborazione di cui si è parlato nel terzo capitolo⁵¹.

Le parti, ovviamente, non possono vincolare le determinazioni del giudice: la redazione del calendario da parte del giudice, in effetti, non presuppone il consenso delle parti. Queste ultime, comunque, possono rappresentare le ragioni che consiglierebbero un'accelerazione dei tempi processuali⁵², fare proposte sulla successione delle attività istruttorie, esporre esigenze di coordinamento tra il procedimento ed eventuali altri procedimenti tra le stesse parti o comunque connessi e così via. E proprio nel prisma del principio di collaborazione, il giudice dovrebbe essere pronto a recepire e condividere le legittime proposte dei difensori (in particolare, se congiunte) e cercare di avvalersi in modo penetrante del loro contributo, per esempio rispetto al coordinamento tra le attività istruttorie ammesse.

⁴⁵ V. anche GUGLIELMINO, *op. ult. cit.*, p. 204.

⁴⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1399 ss.

⁴⁷ CEA, *op. cit.*, c. 157.

⁴⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1400.

⁴⁹ V. anche GUGLIELMINO, *op. ult. cit.*, p. 199.

⁵⁰ GUGLIELMINO, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ Sottolinea questo aspetto ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1396, affermando che l'approccio collaborativo incide su quell'elemento culturale che va visto come fattore decisivo per il mutamento del processo in termini di efficienza.

⁵² CEA, *op. cit.*, c. 155.

Dal punto di vista logico-pratico, il contraddittorio su tale profilo può avere luogo solo dopo l'ammissione delle prove. Nessun problema si pone in caso di ammissione delle prove direttamente in udienza (sempre si ritenga – come invero chi scrive – che, dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c., debba di norma essere fissata un'udienza per l'ammissione delle prove nel contraddittorio delle parti)⁵³. Ma ove tale udienza non sia fissata (e il giudice si riservi di provvedere nell'ordinanza con cui concede i termini per le memorie istruttorie) ovvero quando il giudice si riservi di provvedere sulle istanze delle parti all'udienza fissata dopo la scadenza di tali termini, si pongono problemi di non agevole soluzione⁵⁴.

Se, come sarebbe razionale, la decisione sul calendario va presa dopo che il giudice abbia reso nota la sua decisione sulle istanze istruttorie, il principio del contraddittorio sembrerebbe richiedere la fissazione di una udienza *ad hoc*⁵⁵. Si tratta di una soluzione chiaramente inopportuna (in quanto allunga i tempi di definizione del giudizio) e comunque impraticabile per ovvie ragioni operative.

Pure impraticabile (e scarsamente razionale) appare l'alternativa di compiere una valutazione preventiva tra giudice e parti all'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, ovvero un contraddittorio formale scritto, nel contesto delle memorie e delle repliche istruttorie depositate tra le parti, prima di sapere quali prove saranno ritenute ammissibile e rilevanti⁵⁶: una tale valutazione "a carte coperte", infatti, rischia di essere un esercizio in vacuità e comunque si presenta come macchinosa.

Nella prassi, in caso di riserva, sembra che i giudici trascurino di svolgere un contraddittorio con le parti e, nello sciogliere la riserva

⁵³ *Contra* GUGLIELMINO, *op. ult. cit.*, p. 200, per il quale l'art. 183 c.p.c. richiederebbe al giudice di trattenerne la causa in riserva per provvedere sulle prove fuori udienza.

⁵⁴ V. i dubbi di PASSANANTE, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁵ Ipotesi scartata anche da GUGLIELMINO, *op. cit.*, p. 200.

⁵⁶ GUGLIELMINO, *op. cit.*, p. 201. Per PICOZZA, *op. cit.*, p. 139, il contraddittorio dovrebbe avere luogo nell'ultimo momento utile prima della pronuncia del provvedimento sull'ammissione delle richieste istruttorie; per ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1399, ciò potrebbe avvenire nella terza memoria dell'art. 183 c.p.c.

in merito alle prove, nella stessa ordinanza provvedano anche sul calendario istruttorio in via autonoma. Si tratta di una soluzione pragmatica, rispetto alla quale non appaiono esperibili rimedi, non configurando una nullità procedurale ma una mera irregolarità⁵⁷: non si può comunque tacere che tale prassi non rispetta la lettera e lo spirito del nuovo istituto.

La soluzione preferibile è che il giudice decida sulle istanze istruttorie direttamente in udienza, confrontandosi seduta stante con le parti in merito alla calendarizzazione delle attività così ammesse: solo in questo modo, infatti, il principio di collaborazione che anima il calendario istruttorio e lo rende qualcosa di più di un semplice atto burocratico, può ritenersi effettivamente attuato. Una tale soluzione, ovviamente, richiede al giudice di presentarsi preparato in udienza: una prospettiva forse irrealistica nella realtà quotidiana dei nostri tribunali, fatte salve alcune lodevoli eccezioni. D'altra parte, l'efficienza di qualsiasi meccanismo processuale presuppone che il giudice arrivi in udienza in grado di entrare con le parti nel merito delle questioni. Se tale obiettivo non viene conseguito, ogni discorso di riforma del processo civile rischia di restare a livello di enunciazione generale e astratta.

Va detto che con l'istituzione, almeno embrionale, dell'ufficio per il processo, il giudice dispone di collaboratori in grado di assisterlo in questa importante attività preparatoria: penso in particolare ai tirocinanti che sempre più numerosi svolgono attività di formazione *post-lauream* nei nostri uffici giudiziari.

5. *(Segue): sanzioni per la mancata predisposizione del calendario e per la sua inosservanza*

Come si è anticipato, la redazione del calendario del processo non è un *optional* discrezionale. Con la riforma del 2011, infatti, si è aggiunto un nuovo comma 2° all'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c., alla cui stregua: “*Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario*

⁵⁷ CEA, *op. cit.*, c. 155; v. pure PICOZZA, *op. cit.*, p. 139.

*di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi*⁵⁸.

In sostanza, si è esplicitato che la predisposizione e il rispetto del calendario istruttorio non sono rimessi alla buona volontà dei soggetti che interagiscono nello svolgimento del processo, i quali, anzi, sono esposti a sanzioni disciplinari e alle altre conseguenze negative sopra riportate qualora siano colpevolmente inadempimenti o ostacolino il rispetto dei termini calendarizzati⁵⁹.

Il tentativo di responsabilizzare i protagonisti del processo rispetto alla ragionevole durata del giudizio va senz'altro apprezzato, anche se il meccanismo operativo della sanzione appare poco efficace⁶⁰.

Come è stato osservato, in effetti, la norma non precisa quali siano i presupposti e la condotta rilevante rilevanti per fattispecie sanzionatoria qui in esame⁶¹. La formulazione della disposizione in esame, inoltre, appare incompleta, dal momento che non considera l'ipotesi della mancata calendarizzazione che, dunque, per alcuni non avrebbe sanzione⁶². A parere di chi scrive, comunque, tale ultima situazione può essere inserita *a fortiori* nell'ambito delle fat-

⁵⁸ V. GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 179, la quale sottolinea che la norma non prevede conseguenze sulle spese del processo. Per approfondimenti rispetto alle sanzioni disciplinari per il magistrato, v. p. 180 ss., ove si afferma che la norma ha introdotto una nuova fattispecie di illecito disciplinare, costituita dal mancato rispetto del calendario del processo, cui dovrebbe fare seguito l'ammonimento. SASSANI, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 114, ritiene che il calendario verrà redatto "solo quale sorta di calcolo preventivo della futura responsabilità del giudicante".

⁵⁹ Maggiori approfondimenti in GHIRGA, *op. cit.*, p. 166 ss. L'a., in particolare, individua come sanzione per il magistrato l'avvertimento (p. 182) e, per l'avvocato, sussume la fattispecie prevista dalla norma al dovere di lealtà e probità posto dall'art. 88 c.p.c.

⁶⁰ GHIRGA, *op. cit.*, p. 180. CEA, *op. cit.*, c. 154 definisce la disposizione in esame "intimidatoria"; GUGLIELMINO, *Il calendario del processo*, cit., p. 207.

⁶¹ GUGLIELMINO, *op. loc. ultt. citt.*

⁶² PASSANANTE, *op. cit.*, p. 114; GUGLIELMINO, *op. ult. cit.*, p. 198; ZUCCONI GALI FONSECA, *op. cit.*, p. 1398.

tispecie sanzionate dal legislatore. Si ritiene, peraltro, che, in caso di omessa calendarizzazione, il relativo adempimento possa essere compiuto anche in seguito, in via integrativa, ai sensi dell’art. 175, comma 3° c.p.c.⁶⁵.

Al riguardo, d’altro canto, la Corte costituzionale ha evidenziato la natura meramente eventuale dell’iniziativa disciplinare prevista dalla norma, osservando che “*l’inosservanza deve essere quanto meno colposa*”⁶⁴. In dottrina si osserva, inoltre, che si possa ipotizzare una sanzione solo in caso di superamento del tempo complessivamente preventivato nel calendario del processo per l’istruzione⁶⁵ e non per il mancato rispetto di un singolo termine. D’altro, ove si contesti l’irritualità della eventuale proroga dei termini, l’organo incaricato della sanzione potrebbe entrare nel merito della sussistenza dei motivi gravi sopravvenuti⁶⁶.

Per gli avvocati, l’art. 59 del nuovo codice deontologico (rubricato “Calendario del processo”), qualifica come illecito disciplinare il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario, ove determinato esclusivamente dal comportamento dell’avvocato, con la sanzione dell’avvertimento.

Quanto al consulente d’ufficio, il mancato rispetto dei termini calendarizzati, oltre a costituire illecito disciplinare, potrà portare alla sostituzione del perito nonché alla riduzione del suo compenso⁶⁷.

6. (Segue): valutazioni conclusive

Con il calendario istruttorio, il legislatore ha cercato di collocarsi nella scia delle esperienze straniere che hanno introdotto meccanismi di gestione dell’*iter* processuale. Lo ha fatto, peraltro, con il tradizionale approccio “generale e astratto”, introducendo uno stru-

⁶⁵ Così PASSANANTE, *op. cit.*, p. 111; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1398.

⁶⁴ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 216, cit.

⁶⁵ PASSANANTE, *op. cit.*, p. 112; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1401.

⁶⁶ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. loc. ultt. citt.*

⁶⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1402.

mento poco flessibile, per ogni tipo di controversia, a prescindere dalla sua natura e dalla sua complessità.

Inoltre, il calendario istruttorio si limita alla disciplina dei tempi del processo ma non delle modalità con cui le attività devono essere svolte. Il contesto di riferimento, infatti, resta improntato alla rigida predeterminazione delle forme procedimentali, almeno per quanto riguarda il processo ordinario.

Esso, poi, ha una portata limitata, in quando deve essere predisposto solo dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c.⁶⁸, molti mesi dopo l'introduzione della domanda, senza svolgere alcuna funzione nell'ambito della precisazione delle domande e delle eccezioni delle parti ai fini della definizione del *thema decidendum*. Il calendario, inoltre, non esclude che le prove vengano assunte in più udienze e non fissa un termine massimo (anche solo programmatico) tra un'udienza e l'altra, non riuscendo dunque a garantire la concentrazione istruttoria⁶⁹.

La funzione del calendario, in effetti, appare più statica che dinamica, nella misura in cui si limita a organizzare i tempi del processo, senza potere, di per sé, incidere sulle modalità di svolgimento del giudizio sul piano formale.

Anche alla luce di prassi a volte non particolarmente attente al nuovo istituto, in dottrina è ampiamente diffusa una valutazione di sostanziale inutilità del calendario istruttorio⁷⁰. La mia valutazione, per contro, è più ottimistica.

Anche se, come si è visto, il calendario istruttorio può avere effetti solo indiretti sull'accelerazione dei tempi del processo⁷¹, esso resta uno strumento di organizzazione dell'*iter* istruttorio da valorizzare, sia per la "personalizzazione" che esso può apportare alla singola controversia⁷², sia per i suoi risvolti metaprocessuali.

⁶⁸ GHIRGA, *op. cit.*, p. 175 ss.

⁶⁹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 157.

⁷⁰ CARPI, *La semplificazione dei modelli*, cit., p. 1300, per cui il calendario del processo serve "a nulla, o ben poco". Per PASSANANTE, *op. cit.*, p. 113, l'istituto, pur importante sul piano sistemico, sarebbe destinato all'insuccesso.

⁷¹ V. anche PICOZZA, *op. cit.*, p. 138

⁷² Per ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 1394, il calendario del processo consente di tagliare su misura l'abito del processo sulla lite.

Nei rapporti tra cliente e avvocato, per esempio, esso consente di predeterminare, almeno a livello di pronostico, la fine del processo, eliminando (o riducendo l’impatto negativo di) uno dei fattori di incertezza che costituiscono motivo di ansia e apprensione per le parti coinvolte.

D’altro canto, il calendario istruttorio, nell’attuale assetto ordinamentale, rappresenta una delle poche occasioni di valorizzare, nel processo ordinario, il principio di collaborazione tra giudice e parti in un’ottica contemporanea, nel senso di rapporto dinamico di contributo reciproco nell’organizzazione concordata dello svolgimento dell’*iter* processuale.

A ben vedere, peraltro, dopo la modifica dell’art. 81-*bis* nel 2011, il calendario istruttorio può potenzialmente svolgere un ruolo molto più diretto sulla riduzione dei tempi processuali, attraverso la riduzione delle questioni controverse su cui sia necessario svolgere l’istruttoria.

Come si è visto, infatti, oggi, il giudice, nell’adempiere all’obbligo di redazione del calendario, è tenuto al rispetto dei termini di durata del processo previsti dall’art. 2-*bis* della legge Pinto, il cui mancato rispetto può essere considerato motivo di sanzione disciplinare.

In quest’ottica, il giudice (in realtà, anche prima di redigere materialmente il calendario e, dunque, sin dalla prima udienza *ex* art. 183 c.p.c.) è incentivato a dialogare e a “pungolare” le parti in merito all’individuazione delle questioni tra loro realmente controverse, chiedendo chiarimenti e cercando di restringere il campo degli accertamenti da compiere (e dunque riducendo i tempi necessari al relativo espletamento).

Anche da questo punto di vista, dunque, il calendario rappresenta una sfida, per l’affermazione di un nuovo modo di pensare il processo, maggiormente in linea con le linee evolutive di altri ordinamenti simili al nostro, di cui si è dato conto nel primo capitolo.

7. *Nuove tecniche di redazione degli atti processuali*

La valorizzazione del principio di proporzionalità nel nostro sistema processuale sta avvenendo anche in via indiretta e forse

imprevista. Il riferimento è al recente diffondersi, a vari livelli, di una tecnica di redazione degli atti processuali improntata ai principi della chiarezza⁷⁵ e della sinteticità, intesa, quest'ultima come un "concetto di relazione", che "esprime una corretta proporzione tra la complessità delle questioni da esaminare e l'estensione espositiva degli atti"⁷⁴.

Si tratta di una reazione ad atti e provvedimenti⁷⁵ eccessivamente prolissi⁷⁶, ripetitivi e sovente non chiari⁷⁷, percepiti come un intralcio al sollecito esame delle questioni da parte dei difensori e, soprattutto, del giudicante.

In un sistema congestionato, il "tempo" è un bene prezioso, da utilizzare in modo efficiente e soprattutto tenendo in considerazione il complesso delle attività che un giudice è chiamato a svolgere. Il "tempo" utilizzato per leggere un atto inutilmente voluminoso non implica solo un ritardo nella decisione della fattispecie di riferimento ma si traduce in un ritardo a catena di tutti gli altri procedimenti, messi necessariamente in *standby*.

⁷⁵ Il Protocollo sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali di parte e dei provvedimenti del giudice nel giudizio di primo grado del Tribunale di Roma del 12 dicembre 2017, all'art. 2, ritiene che la chiarezza attenga "al conseguimento di un'agevole comprensione del testo, raggiungibile offrendo soprattutto un lineare ed esauriente ordine argomentativo".

⁷⁴ Così l'art. 3 del Protocollo sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali di parte e dei provvedimenti del giudice nel giudizio di primo grado del Tribunale di Roma, cit. La relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, a p. 3, chiarisce che la sinteticità è il mezzo per raggiungere il fine della chiarezza.

⁷⁵ Con particolare all'attenzione della sinteticità della motivazione della sentenza v. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, p. 200 ss.

⁷⁶ Anche se coglie nel segno TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 455, là dove afferma che il contrario di "sintetico" non è "prolisso", bensì "analitico".

⁷⁷ V. le osservazioni di GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 486. Per una presa di posizione critica rispetto a questo movimento di pensiero, v. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, cit., p. 453 ss., il quale parla di un "mantra" riferito, appunto al "principio di sinteticità", ritenendo, p. 454, che ci si trovi di fronte "a un chiaro esempio di enfaticizzazione della banalità". Per contro, BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 475, osserva che "un testo sintetico è un testo che dice tutto nel minor numero possibile di parole".

Sovente poi la mancanza di chiarezza, la “fumosità” di alcune prese di posizione, il carattere torrenziale delle esposizioni sono a tutti gli effetti strumenti consapevolmente utilizzati per confondere le acque, creare confusione e incertezze, distogliere l’attenzione dalle questioni davvero importanti⁷⁸.

Il collegamento tra quanto precede e il principio di proporzionalità è sin troppo evidente.

La redazione di atti chiari, succinti e strutturati in modo razionale consente alle parti e al giudice di dedicare meno tempo all’esame degli atti stessi e di essere maggiormente “raggiunti” dal loro contenuto, nel rispetto del canone costituzionale della ragionevole durata del processo⁷⁹.

L’evoluzione di una tendenza a incoraggiare (se non a imporre) la redazione di atti “chiari e succinti” è ben riscontrabile nel nostro ordinamento processuale, come uno dei principali elementi di novità degli ultimi anni⁸⁰. Tale tendenza è emersa in primo luogo nella giurisprudenza⁸¹ e si è poi tradotta in direttive del Presidente della

⁷⁸ Nella relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, a p. 3, si evidenzia come la trattazione prolissa indebolisca l’efficacia dell’atto. F. DE SANTIS, *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 751, mette in risalto che l’atto “oscuro” possa “indisporre” il lettore.

⁷⁹ V. pure F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 751.

⁸⁰ Per un primo approccio alla questione v., tra gli altri, STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 1193; COMMANDATORE, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 853, che osserva che la sinteticità di un testo non è necessariamente sinonimo di brevità. Per l’a., dopo la riforma dell’art. 111 Cost., chiarezza e sinteticità sarebbero assurti a canoni fondamentali per l’attuazione dei principi del giusto processo, in quanto funzionali al contraddittorio, alla ragionevole durata del processo e a rendere immediatamente evincibile l’*iter* logico-giuridico della decisione.

⁸¹ V., di recente, Cass., 20 luglio 2016, n. 14966, in *La nuova proc. civ.*, 2016, fasc. 5, del 10 ottobre 2016; Cass. 4 luglio 2012, n. 11199; Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, in *Foro it.*, 2017, I, c. 509; Trib. Milano, 20 marzo 2014, g. Buffone, che contiene un invito del giudice alle parti a rispettare il principio di sobrietà e sinteticità degli atti, “in quanto la particolare ampiezza degli atti certamente non pone un problema di violazione di prescrizioni formali ma non giova alla chiarezza degli atti stessi e concorre ad allontanare l’obiettivo di un processo celere che esige da parte di tutti atti sintetici, redatti con stile asciutto e sobrio”. Il giudice osserva altresì che un atto eccessivamente prolisso costringe il giudice a leggere tutto, an-

Cassazione⁸², protocolli e raccomandazioni tra avvocati e giudici⁸³ nonché in specifiche disposizioni normative⁸⁴.

In particolare, nel nuovo codice del processo amministrativo, l'art. 3, comma 2°, approvato con il decreto legislativo n. 104/110, afferma: “*Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica*”⁸⁵. A tale disposizione hanno fatto seguito interventi volti a definire la dimensione “quantitativa” degli atti, dapprima in materia

che quello che non gli occorre conoscere. In Trib. Milano, 26 giugno 2015, ord., in *www.ilcaso.it*, il giudice lamenta che, nelle memorie ex art. 183 c.p.c., processualmente destinate a ben altri scopi, le parti avessero introdotto valutazioni e giudizi estranei alla funzione processuale delle stesse.

⁸² V. F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 758. Come noto, è ormai frequente sentire la Cassazione affermare che il principio di autosufficienza del ricorso imponga, a pena di inammissibilità, che i motivi di ricorso e l'esposizione delle argomentazioni giuridiche avvengano in modo chiaro ed esauriente: v., per esempio Cass., 30 settembre 2014, n. 17698, in *Giur. it.*, 2015, p. 851.

⁸³ Il 17 dicembre 2015, per esempio, è stato sottoscritto un Protocollo di intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria, nel quale, in particolare, per quanto riguarda i motivi di impugnazione, si stabilisce che “L'esposizione deve rispondere al criterio di specificità e di concentrazione dei motivi e deve essere contenuta nel limite massimo di 30 pagine”. Nelle note esplicative, si chiarisce che il mancato rispetto dei limiti dimensionali indicati nel modulo non comporta inammissibilità o improcedibilità del ricorso, se non espressamente previsto dalla legge, ma è valutabile ai fini della liquidazione delle spese del giudizio”. È fatta comunque salva la possibilità di eccedere i limiti indicati, nei casi particolarmente complessi, dandone motivate ragioni. In arg. v. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 471; FRASCA, *Glosse e commenti sul protocollo per la redazione dei ricorsi civili convenuto fra Corte di cassazione e Consiglio nazionale forense*, in *www.judicium.it*; PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il “protocollo d'intesa” sul ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 585; F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 759; PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2782. Con riferimento alle raccomandazioni in relazione alla redazione degli atti processuali approvate dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano il 15 maggio 2014, v. Trib. Milano, 26 giugno 2015, ord., in *www.ilcaso.it*, che mette in relazione la sinteticità degli atti rispetto alla funzione loro propria con l'obiettivo del giusto processo. V. anche BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., p. 491 ss., con un'analisi, p. 499 ss., di alcuni protocolli locali.

⁸⁴ V. STORTO, *op. cit.*, p. 1201.

⁸⁵ V. in materia RASIA, *op. cit.*, p. 202; TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, cit., p. 461; F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 755, con riferimento anche al disposto dell'art. 26, comma 1° c.p.a., che impone al giudice di tenere conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità nella liquidazione delle spese di lite.

di appalti⁸⁶ poi con riferimento a tutti i riti amministrativi (art. 13-ter disp. att. c.p.amm.)⁸⁷.

Pur in mancanza di analoghe norme nel codice di rito⁸⁸, la nostra Cassazione, al riguardo, ha significativamente affermato che tale norma, pur riferita al processo amministrativo, “*esprime un principio generale del diritto processuale, destinato a operare anche nel processo civile, in quanto funzionale a garantire, per un verso, il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell’art. 111 Cost. e, per altro verso, il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste e il giudice*”⁸⁹.

Per la Cassazione, in effetti, “*La smodata sovrabbondanza espositiva degli atti di parte, infatti, non soltanto grava l’amministrazione della giustizia e le controparti processuali di oneri superflui, ma, lungi dall’illuminare i temi del decidere, avvolge gli stessi in una cortina che ne confonde i contorni e ne impedisce la chiara intelligenza, risolvendosi, in definitiva, in un impedimento al pieno e proficuo svolgimento del contraddittorio processuale*”⁹⁰.

Questa evoluzione risponde altresì a stimoli provenienti dal legislatore processuale europeo (che ha imposto un nuovo modo di concepire l’atto processuale attraverso l’uso dei c.d. formulari allegati a tutti i regolamenti procedurali di ultima generazione)⁹¹.

⁸⁶ V. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., p. 471.

⁸⁷ V. SCARSELLI, *Sulla sinteticità degli atti nel processo civile*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 324. Con riferimento al decreto del presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016, che stabilisce i criteri e i limiti dimensionali degli atti di parte nel procedimento, v. F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 756.

⁸⁸ L’art. 16-bis, comma 9° d. l. 18 ottobre 2012, n. 179 (aggiunto dal d. l. n. 83 del 2015) dispone invero che “gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica”. La norma non prevede peraltro sanzioni per la sua violazione. In arg., v. F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 757.

⁸⁹ Cass., 20 ottobre 2016, n. 21297, in *La nuova proc. civ.*, 2016, n. 6; Cass., sez. un. 17 gennaio 2017, n. 964, in *Foro it.*, 2017, I, c. 509.

⁹⁰ Cass., 20 ottobre 2016, n. 21297, cit.

⁹¹ Al riguardo, BIAVATI, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 773, osserva che, sulla spinta delle riforme europee, “dai polverosi atti pieni di locuzioni involute, si passa alla compilazione di formulari, nei quali le difese sono comprese entro schemi predeterminati (...). Il tempo non è più una variabile indipendente nel modo di esporre le tesi difensive”.

In particolare, assume qui rilievo il regolamento di procedura della Corte di giustizia dell'Unione europea, il cui art. 58 recita: *“Lunghezza degli atti processuali. Salvo quanto disposto da norme specifiche del presente regolamento, la Corte, mediante decisione, può stabilire la lunghezza massima delle memorie o delle osservazioni depositate dinanzi a essa. Tale decisione è pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea”*⁹².

Che il tema abbia assunto un ruolo centrale a livello di elaborazione normativa è dimostrato dal fatto che, nel corso del 2016, sia stato formato, su iniziativa del Ministero di Giustizia⁹³ un gruppo di lavoro proprio sul tema della sinteticità degli atti processuali. Tale gruppo di lavoro ha depositato (in composizioni invero diversificate) una prima relazione il 16 maggio 2016 e una successiva il 1° dicembre 2016. Quest'ultima, in particolare, contiene molteplici osservazioni, valutazioni e proposte di interesse per la materia qui esaminata.

In tale relazione, l'eccessiva lunghezza degli atti processuali è espressamente considerata un danno non solo per la parte che abbia ragione (la quale, nel ritardo, vede leso il proprio diritto di difesa) ma anche – indirettamente – per la collettività, *“poiché la giurisdizione è risorsa limitata della quale occorre razionalizzare l'impiego”*. Il principio di proporzionalità, pur non espressamente evocato, appare essere stato tenuto debitamente in considerazione dal gruppo di lavoro.

Alla luce di quanto precede, nel processo civile del ventunesimo secolo (anche alla luce della sua ormai estesa “telematizzazione” che di per sé impone un cambiamento di approccio alla redazione degli atti processuali)⁹⁴, un certo modo di scrivere di diritto appare destinato a diventare un retaggio del passato.

Si può dubitare che si tratti di un effettivo progresso.

⁹² Cass., sez. un. 17 gennaio 2017, n. 964, in *Foro it.*, 2017, I, c. 509. Sulla dimensione europea in questo contesto BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., p. 490. V. anche F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 753.

⁹³ Inizialmente, con decreto ministeriale del 9 febbraio 2016 e poi con un successivo decreto del 28 luglio 2016, che ha attribuito un nuovo mandato al gruppo di lavoro di cui ha integrato la composizione.

⁹⁴ V. anche BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., p. 470.

Per certi versi, a leggere alcuni dei documenti elaborati in questo ambito, sorge la triste impressione che si tratti di una resa al tendenziale impoverimento del linguaggio che caratterizza i nostri tempi. Da questo punto di vista, la “chiarezza” degli atti rischia di essere la conseguenza della minore abilità argomentativa e della ridotta capacità di comprensione di interlocutori sempre meno avvezzi a scrivere e a leggere. Appaiono in effetti in qualche modo avviliti alcune delle proposte attualmente circolanti, come l’invito a non utilizzare forme verbali passive⁹⁵, a circoscrivere la lunghezza delle frasi a 20/25 parole, a evitare modi verbali come participio e gerundio⁹⁶.

D’altro canto, da tempo, il processo civile non è più la sede per l’esercizio di erudite abilità retoriche ed è opportuno che il suo linguaggio tecnico si “semplifichi” per agevolare e rendere più fluida e rapida la “comunicazione” tra gli operatori forensi. Nell’esperienza pratica, in effetti, a fianco di atti “corposi”, ma eleganti nelle forme, dotti e nei quali si fa un uso sofisticato delle figure retoriche, se ne riscontrano molti altri inutilmente ripetitivi, ampollosi, involuti e imprecisi, che impegnano l’attenzione (e il tempo) del lettore senza alcuna utilità “operativa”⁹⁷. Se, dunque, la nuova tendenza evolutiva indurrà gli avvocati a scrivere meno, possibilmente in un italiano decente e in modo chiaro e “diretto”, l’amministrazione della giustizia non potrà che risentirne positivamente⁹⁸. Semplificare non deve necessariamente essere sinonimo di banalizzare.

I principi che ispirano questa nuova tecnica di redazione degli atti processuali, d’altra parte, non dovrebbero essere intesi in senso

⁹⁵ In questo senso il Protocollo sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali di parte e dei provvedimenti del giudice nel giudizio di primo grado del Tribunale di Roma del 12 dicembre 2017, all’art. 2.

⁹⁶ V. relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, a p. 11.

⁹⁷ Come osserva COMMANDATORE, *op. cit.*, p. 853: “il troppo discutere fa perdere di vista la verità”.

⁹⁸ D’altra parte, come mette in evidenza BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., p. 476, scrivere in modo succinto “richiede chiarezza di idee, riflessione preventiva e rigorosa selezione degli argomenti”.

rigido, come se le “dimensioni” dell’atto processuale ne potessero costituire un requisito di validità o di ammissibilità formale, anche alla luce della vaghezza dello stesso concetto di “sinteticità”⁹⁹ e della sua potenziale relazione conflittuale con la nozione di “chiarezza”¹⁰⁰. Appaiono dunque condivisibili le prese di posizione che ritengono che il problema non possa essere risolto in termini meramente quantitativi¹⁰¹ e che respingono l’idea che la violazione dei principi qui in esame possa essere sanzionata con l’inammissibilità dell’atto, anche per la difficile compatibilità di tale sanzione con il diritto d’azione costituzionalmente garantito¹⁰².

⁹⁹ Che, come messo in evidenza nella relazione del Gruppo di lavoro istituito dal Ministero di Giustizia, può riguardare sia i “contenuti” di un atto sia le “forme” di tali contenuti: v. anche F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 752.

¹⁰⁰ Vi è, in effetti, consapevolezza che “sinteticità e chiarezza non siano termini complementari ma possano addirittura essere antitetici”: RASIA, *op. cit.*, p. 214. V. BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 508, per il quale “la maggiore e più immediata leggibilità richiama l’attenzione e la concentrazione sulle argomentazioni essenziali per le parti e per il giudice, comporta la minore possibilità di errore o di omissione *ex art.* 112 c.p.c., promuove la leale collaborazione e “smaschera” i dati effettivamente rilevanti”. Per una prospettiva di diritto di famiglia, DANOVÌ, *op. cit.*, p. 597. Al riguardo, F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 750, evidenzia come un testo troppo sintetico potrebbe difettare di chiarezza, così come un testo chiaro potrebbe non essere sintetico.

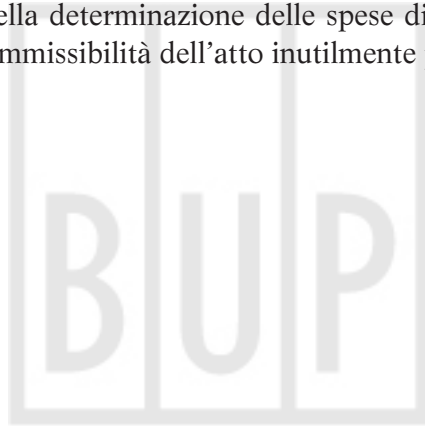
¹⁰¹ V. le osservazioni di TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, cit., p. 456 ss.; l’a., p. 464, acutamente osserva “un testo lungo può essere sintetico, se tratta di numerosi argomenti complessi”.

¹⁰² V. per esempio F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 771. Rispetto alle sanzioni per l’inosservanza dei principi di chiarezza e sinteticità degli atti processuali non si registra, in effetti, identità di opinioni. In particolare, la Cassazione, in alcune pronunce, ha espresso una posizione più severa, rilevando l’inammissibilità di atti inutilmente prolissi e oscuri. In questo senso, per esempio, Cass., 20 luglio 2016, n. 14966, in *La nuova proc. civ.*, 2016, fasc. 5, del 10 ottobre 2016, che sanziona appunto con l’inammissibilità del ricorso l’eccesso di esposizione, consistente nella pedissequa riproduzione degli atti di lite. Per la Corte, per evitare tale epilogo, è necessario un equilibrio nell’esposizione, che sia esauriente ma non prolissa e in grado di prospettare tutte, ma solo, le questioni rilevanti e il contenuto degli atti processuali a tal fine indispensabili. In precedenza, Cass., 30 settembre 2014, n. 17698, in *Giur. it.*, 2015, p. 851, aveva affermato che “il rispetto del canone della chiarezza e della sinteticità espositiva rappresenta l’adempimento di un preciso dovere processuale il cui mancato rispetto, da parte del ricorrente per cassazione, lo espone al rischio di una declaratoria d’inammissibilità dell’impugnazione, principalmente in quanto esso collide con l’obiettivo di attribuire maggiore rilevanza allo scopo del processo costituito dalla tendente finalizzazione a una decisione di merito, al duplice fine di assicurare un’effettiva tutela del diritto di difesa, nell’ambito del rispetto dei principi del giusto processo nonché di evitare di gravare sia lo Sta-

to sia le parti di oneri processuali superflui” (nella fattispecie, peraltro, la suprema Corte rileva che il ricorso è comunque inammissibile per mancato rispetto dell’art. 366-bis c.p.c. applicabile *ratione temporis*). La posizione prevalente di dottrina e giurisprudenza si colloca peraltro su posizioni meno rigide ed esclude l’inammissibilità dell’atto come sanzione alla violazione dei principi qui in esame. così, per esempio, il Protocollo sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali di parte e dei provvedimenti del giudice nel giudizio di primo grado del Tribunale di Roma del 12 dicembre 2017, all’art. 1. La stessa Cassazione sembra avere adottato un approccio più attenuato. Per esempio, con riferimento alla sentenza 30 settembre 2014, n. 17698, Cass., 20 ottobre 2016, n. 21297, in *La nuova proc. civ.*, 2016, n. 6, precisa che la violazione del principio di sinteticità, se non determina di per se stessa l’inammissibilità del ricorso per cassazione, “espone al rischio” di una declaratoria d’inammissibilità dell’impugnazione. Detta violazione, infatti, rischia di pregiudicare la intelligibilità delle questioni sottoposte all’esame della Corte, rendendo oscura l’esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata e quindi, in definitiva, ridondando nella violazione delle prescrizioni, queste sì assistite da una sanzione testuale di inammissibilità, di cui ai nn. 3 e 4 dell’art. 366 c.p.c. In questa sentenza, in effetti, la Cassazione osserva che nel nostro ordinamento manca una esplicita sanzione normativa della prolissità e oscurità degli atti di parte, sia in generale sia con specifico riferimento al ricorso per cassazione; così come manca la previsione di un potere della Corte di cassazione di fissare essa stessa i limiti dimensionali degli atti di parte nel giudizio di legittimità. Per la Corte, non può quindi ritenersi praticabile, in assenza di una previsione normativa espressa, la sanzione dalla inammissibilità per l’irragionevole estensione del ricorso per cassazione, dovendosi per contro ritenere che l’auspicabile obiettivo di un processo (anche) di legittimità introdotto da atti chiari e sintetici, che deducano con immediatezza e nitore concettuale tutto quello che serve per decidere e solo quello che serve per decidere, non possa esser raggiunto, a legislazione invariata, senza il volontario coinvolgimento dell’Avvocatura, perseguibile con tecniche di *soft law* e fondato sull’utilità che ciascun attore del processo può trarre dalla modifica delle proprie abitudini professionali (in tale prospettiva si muove, del resto, il protocollo Cassazione/CNF del 17 dicembre 2015, cit., che, nell’indicare i limiti dimensionali degli atti defensionali davanti alla Suprema Corte, si preoccupa opportunamente di esplicitare, nella nota n. 2, che il loro superamento “non comporta l’inammissibilità o l’improcedibilità del ricorso (e degli altri atti difensivi or ora citati), salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge). V. le osservazioni al riguardo di TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, cit., p. 458. COMMANDATORE, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 853, ritiene, in particolare, che la violazione dei canoni di brevità e intelligibilità degli atti processuali non potrebbe essere ascritta ai comportamenti tradizionalmente afferenti all’*abuse of process*, poiché le modalità di redazione degli atti processuali riguardano il *quomodo* del processo e non l’*an* degli strumenti di azione e difesa. A tal fine (p. 857), servirebbe che il difetto di chiarezza e sinteticità fosse evidente sintomo di un comportamento contrario al dovere di buona fede processuale e di collaborazione tra le parti nella ricostruzione dei fatti e nell’interpretazione delle norme. Quanto alla sanzione ipoteticamente derivante da tale situazione, per l’a., p. 858, prima di chiudere il processo in rito, il giudice dovrebbe chiedere alla parte

Le necessità argomentative e di pieno esercizio del diritto di difesa (che si possono tradurre anche in un sapiente utilizzo del linguaggio e della costruzione del ragionamento giuridico) non possono essere mortificate, all'interno di schemi o caselle predefinite, trasformando l'atto giudiziario in un modulo burocratico.

Al contrario, i principi di chiarezza e sinteticità debbono essere intesi come valori direttivi, espressione di una nuova "cultura" del processo¹⁰³, da interpretare appunto alla luce dei principi di flessibilità e proporzionalità, valorizzando la brevità degli atti delle cause semplici e tollerando una loro maggiore corposità nelle controversie più complesse, in particolare quelle che coinvolgono più parti e nelle quali siano proposte più domande, spostando le conseguenze negative di un mancato rispetto di tali principi sul piano della distribuzione e della determinazione delle spese di lite piuttosto che su quello dell'ammissibilità dell'atto inutilmente prolisso e confuso¹⁰⁴.



di chiarire e sintetizzare i suoi atti, in quanto l'unico fondamento a una chiusura in rito del processo potrebbe fondarsi su una reiterata violazione dei doveri di collaborazione opportunamente sollecitati dall'organo giudicante. Sulle sanzioni contro gli atti troppo prolissi e confusi v. anche le note successive.

¹⁰³ Su questi profili, collegati anche alla formazione universitaria e professionale di avvocati e magistrati v. la relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, a p. 12 ss. V. anche F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 766. Per SCARSELLI, *op. cit.*, c. 326, peraltro, "più che discorrere di sinteticità degli atti, si dovrebbero rimuovere le ragioni per le quali oggi gli atti di parte sono sovente lunghi".

¹⁰⁴ DANOVÌ, *op. cit.*, p. 599, collega la redazione di atti inutilmente abbondanti alla violazione del dovere di lealtà *ex art. 88 c.p.c.* Così pure F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 773.

CAPITOLO QUARTO

GESTIONE E DIREZIONE DEL PROCESSO E RICORSO AGLI STRUMENTI ALTERNATIVI DI SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle A.D.R. nelle recenti riforme processuali italiane. – 2. Il trasferimento delle cause civili ad arbitri: un cenno. – 3. La mediazione delegata: evoluzione del testo normativo. – 4. La decisione del giudice di rimettere le parti avanti al mediatore. – 5. Rapporti tra giudice e mediatori: una delegazione “invadente”? – 6. Lo svolgimento effettivo dell’incontro di mediazione. – 7. La partecipazione personale della parte alla mediazione. – 8. Valutazioni conclusive.

1. *Il ruolo delle A.D.R. nelle recenti riforme processuali italiane*

Nel primo capitolo, si è visto come, in molti ordinamenti stranieri, il criterio di proporzionalità sia implementato anche attraverso strumenti di soluzione alternativa delle controversie, che consentano di fare arrivare davanti al giudice solo le liti che non sia stato possibile risolvere in via conciliata. In quest’ottica, il ricorso all’autorità giurisdizionale è inteso come l’*extrema ratio*.

Inoltre, in alcune recenti riforme processuali, tra le attività in cui si concretizza la gestione manageriale della lite si prevede anche il ricorso alle c.d. A.D.R., normalmente nella fase iniziale della lite ma anche nel corso della stessa.

L’esperienza comparatistica dimostra, in effetti, come la dimensione contemporanea del processo civile proponga uno stretto rapporto tra attività *lato sensu* conciliative e tradizionale ruolo aggiudicatorio del giudice. La soluzione in via transattiva della lite è sempre

incoraggiata, anche attribuendo al giudice il ruolo di stimolare tale esito, sia direttamente che indirettamente.

A questa visione del processo, il nostro ordinamento non è rimasto insensibile. Anzi, una delle linee evolutive più marcate delle recenti riforme processuali italiane è proprio quella tesa a “marginalizzare” l’intervento decisorio del giudice, a favore di strumenti alternativi per la soluzione della lite.

E così, negli ultimi anni, sono state introdotte la mediazione in materia civile e commerciale (a opera del d. lgs. n. 28 del 2010)¹, la possibilità di trasferire in sede arbitrale i procedimenti civili pendenti e la negoziazione assistita (d. legge n. 132 del 2014), il potere del giudice di formulare proposte transattive o conciliative (art. 185-*bis* c.p.c.), procedimenti speciali per agevolare la soluzione conciliativa delle controversie previdenziali (art. 445-*bis* c.p.c.) e di quelle in materia di responsabilità sanitaria (legge Gelli/Bianco). Si tratta di istituti di natura diversa e con meccanismi non omogenei, accumulati dalla medesima finalità di deflazionare il contenzioso, che in questa sede non è possibile né di interesse analizzare individualmente.

La mia attenzione, infatti, intende concentrarsi su quegli istituti che possano essere utilizzati dal giudice, nel caso concreto, nell’ambito di una attività gestoria del processo, intesa in senso lato, nel prisma del principio di proporzionalità, che induce a concentrarsi sulle liti per le quali non si configuri altro esito se non la decisione appunto giudiziale.

In effetti, le recenti riforme (anche) italiane, caratterizzate da un sempre più marcato utilizzo di strumenti di A.D.R. nel contenzioso civile, appaiono ispirate proprio dal principio di proporzionalità. In un contesto in cui si impone la necessità di razionalizzare l’utilizzo delle risorse del sistema giudiziario, anche sotto la spinta della crisi economica, il legislatore italiano (come anche quello di molti ordinamenti stranieri) ha imboccato la (controversa) strada della “esternalizzazione” di alcune delle attività che caratterizzano

¹ Per una recente opera monografica in argomento, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016.

la funzione giurisdizionale². A ben vedere, infatti, elevando, per un ampio novero di controversie, la mediazione e la negoziazione assistita a condizione di procedibilità della domanda ovvero prevedendo la possibilità di trasferire una lite pendente avanti a un arbitro, il legislatore ha configurato forme di “outsourcing” della funzione giurisdizionale (latamente intesa), nel tentativo di alleviare il carico sulle corti, inseguendo gli obiettivi del rapporto *Doing Business* che mette la giustizia civile al servizio della crescita economica (v. *infra*)³.

L'esperienza pratica dimostra come l'utilizzo delle A.D.R. come strumento di riduzione del carico di lavoro non sia necessariamente efficiente, in mancanza di un contesto professionale e culturale pronto a valorizzare l'accordo come strumento di migliore soluzione delle controversie.

In particolare, la mia impressione è che non si siano ancora interiorizzate le potenzialità delle A.D.R. nel contesto delle dinamiche processuali, come strumento di organizzazione e gestione manageriale del procedimento da parte del giudice, nel confronto dialettico con le parti. Proprio per questo appare di interesse approfondirne in questo studio l'analisi.

2. Il trasferimento delle cause civili ad arbitri: un cenno

Sulla carta, il trasferimento ad arbitri delle cause civili pendenti, introdotto dall'art. 1. del decreto legge n. 132 del 2014⁴ si presenta interessante rispetto agli ambiti toccati da questo studio.

² V. anche AMRANI MEKKI, *L'économie procédurale*, in *Int. jour. proc. law*, 2016, fasc. 1, p. 25.

³ Per una critica a tale impostazione v. CAPONI, *Doing business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 10 ss., ove, in particolare, l'a. osserva: “Si fomenta il ricorso alla mediazione, all'arbitrato e ad altri modi negoziali di composizione delle controversie, poiché confermano l'impiego dell'autonomia privata anche in funzione di composizione delle controversie”.

⁴ CERRI, *Vedi alla voce: “Degiurisdizionalizzazione” (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti)*, in www.judicium.it; SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la Legge 162/2014*, Santarcangelo di Romagna, 2015; VIGORITI, *Il “trasferimento” in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza*, in www.judicium.it.

La norma, infatti, rispetto a controversie civili su diritti disponibili (escluse le liti in materia di lavoro e di previdenza sociale), pendenti in primo grado avanti al Tribunale o, in secondo grado, avanti alla Corte d'appello, le parti, di comune accordo, possono chiedere al giudice di trasferire il caso ad arbitri, nel rispetto delle norme del codice di rito. A quel punto, il giudice, verificata la sussistenza dei presupposti di legge per tale trasferimento⁵, rimette il caso avanti al Presidente del locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati il quale provvede alla nomina di un collegio di tre arbitri (se la causa ha un valore di almeno 100.000 €) o a un giudice singolo, su indicazione delle parti, se il valore della lite è inferiore⁶. Il Presidente, peraltro, è vincolato a nominare come arbitri avvocati iscritti all'Ordine locale da almeno 5 anni e che abbiano dato il loro previo consenso, ciò che ha sollevato condivisibili critiche⁷.

Il nuovo istituto è stato oggetto di molta attenzione a livello scientifico⁸ per le complesse problematiche da esso sollevate, a partire dall'efficacia del lodo, espressamente parificata a quella della sentenza, per passare al "destino" del procedimento giudiziale nell'am-

⁵ BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma a iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in www.giustiziacivile.com, p. 9.

⁶ Per maggiori dettagli, BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 10; VIGORITI, *Il "trasferimento" in arbitrato*, cit., p. 7.

⁷ VIGORITI, *op. cit.*, p. 7.

⁸ Tra gli altri, v. A.A.V.V., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 1 ss.; BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in www.judicium.it; BOVE, *Sul c.d. arbitrato forense*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 205; CAPPONI, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1277; CHIARLONI, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1257; CONSOLO, *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e ADR?*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1263; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1173; CONSOLO, *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1061; DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1264; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo". Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina, 2014; IZZO, *L'arbitrato endoprocessuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 99.

bito del quale sia avvenuto il trasferimento della lite agli arbitri⁹, per giungere al rapporto tra lodo arbitrale e sentenza di primo grado, in caso di trasferimento disposto in fase di gravame.

Si tratta, peraltro, di un meccanismo di smaltimento del contenzioso che, realisticamente, non ha trovato alcuna applicazione concreta e che appare destinato a restare tra le “curiosità” giuridiche. A esso, dunque, non appare utile dedicare ulteriori considerazioni nel nostro studio. D’altro canto, qui non si può parlare di un potere di gestione manageriale da parte del giudice, dal momento che il trasferimento della lite agli arbitri presuppone la richiesta congiunta delle parti, rispetto alla quale il giudice stesso può solo limitarsi a verificare la sussistenza dei relativi presupposti.

3. *La mediazione delegata: evoluzione del testo normativo*

Ben più interessante nell’economia di questo studio è l’istituto della mediazione c.d. delegata, disciplinata dall’art. 5, comma 2° del decreto n. 28 del 2010, con il quale si attua un coordinamento tra tentativo alternativo di soluzione della controversia e processo civile.

Al momento dell’entrata in vigore della nuova normativa sulla mediazione civile e commerciale, l’attenzione degli operatori pratici e della comunità scientifica si è invero concentrata sul comma 1° (e ora 1-bis) dell’art. 5, che impone la mediazione (o il relativo tentativo) come condizione di procedibilità in una articolata serie di controversie. Ma è la mediazione che il giudice può “invitare” le parti a tentare dopo l’instaurazione del processo che assume maggiore rilevanza sistematica nell’ambito del presente studio, anche alla luce dei delicati problemi applicativi da essa sollevati e in considerazione delle maggiori probabilità di fare addivenire le parti a un accordo che essa prospetta¹⁰.

⁹ V. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 11; D’AGOSTO, CRISCUOLO, *Prime note sulle “misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile”*, in www.ilcaso.it, p. 9.

¹⁰ Interessanti osservazioni al riguardo in Trib. Roma, ord., 5 dicembre 2013, in *La nuova proc. civ.*, 2014, fasc. 1, che evidenzia come la mediazione delegata permetta al giudice di scegliere, con oculatezza “il momento migliore per dispor-

Il testo originario della norma prevedeva la possibilità che il giudice, anche in sede di giudizio di appello¹¹, potesse “invitare” le parti a dar corso alla mediazione, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti stesse. La riforma dell’estate del 2013 ha molto innovato in questo ambito, con un notevole potenziamento del ruolo del giudice. Questi, infatti, oggi, può direttamente disporre l’esperimento del procedimento di mediazione, senza chiedere alcun consenso alle parti e anche contro la loro volontà¹². Si è pure specificato che tale tipo di mediazione deve essere considerata a sua volta condizione di procedibilità, dopo che il giudice l’abbia disposta¹³.

La nuova norma pone un notevole potere in capo al giudice¹⁴: in effetti, il magistrato può, a sua discrezione, rinviare le parti in mediazione per ogni controversia relativa a diritti disponibili, anche (e soprattutto) nei casi in cui la mediazione non sia già condizione

ne l’avvio”. Trib. Milano, ord., 15 luglio 2015, precisa che, anche laddove il procedimento abbia a oggetto diritti non disponibili, è possibile disporre la mediazione laddove vi sia co-presenza di diritti del tutto disponibili e quindi negoziabili. Per il giudice milanese, in effetti, l’eventuale accordo sulla parte disponibile del processo può, infatti, avere ricadute sul procedimento in generale, spegnendo l’interesse delle parti per la procedura giudiziale che può a quel punto essere oggetto di atti dispositivi anche indiretti.

¹¹ Per una fattispecie, v. App. Firenze, 1° ottobre 2015, ord., in *www.mondoadr.it*; App. Milano, 13 settembre 2016, ord., *ivi*. La possibilità che anche il giudice d’appello mandi le parti in mediazione è stata ritenuta compatibile con il principio della ragionevole durata del processo: T.a.r. Lazio, 23 gennaio 2015, n. 1351, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 7, p. 15.

¹² Per Trib. Milano, ord., 15 luglio 2015, peraltro, questa innovazione non avrebbe fatto venire meno la facoltà del giudicante di invitare le parti a rivolgersi spontaneamente a un organismo di mediazione, nell’ambito dei normali poteri di *governance* giudiziale, ai sensi dell’art. 175 c.p.c. V. in arg. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016, p. 293 ss.

¹³ V. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 317. Per una fattispecie, v. App. Milano, 10 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

¹⁴ Trib. Milano, ord., 14 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*, si esprime in termini di “addentellato normativo che inscrive, in seno ai poteri discrezionali del magistrato, una nuova facoltà squisitamente processuale”. Sulla natura discrezionale del potere del giudice v. anche BENIGNI, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta dal giudice*, in *Giur. it.*, 2015, p. 644; Trib. Firenze, 4 giugno 2015, in *www.ilcaso.it*.

di procedibilità della domanda¹⁵. *A fortiori*, dunque, la mediazione può essere demandata¹⁶ dal giudice su domande non soggette a mediazione obbligatoria per consentire una trattativa sull'intero oggetto del contendere laddove in prima udienza il giudice debba fare svolgere, su una delle domande, il tentativo obbligatorio non previamente esperito¹⁷.

La nuova formulazione della norma, applicabile anche ai procedimenti pendenti¹⁸, sembra avere rivitalizzato questa tipologia di mediazione¹⁹, anche in ragione delle conseguenze negative che possono derivare alla parte che non partecipi al procedimento, come indicato dal giudice, per esempio sul piano della responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3° c.p.c.²⁰

¹⁵ Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 29 settembre 2014, in *www.101mediatori.it*, ritiene esperibile la mediazione delegata anche con riferimento a una querela di falso; Trib. Pavia, 20 gennaio 2017, in *www.101mediatori.it*; Trib. Torino, 7 novembre 2016, ord., in *www.101mediatori.it*.

¹⁶ Alcuni dicono "imposta": v. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione, profili applicativi*, Bologna, 2013, p. 219.

¹⁷ Per una fattispecie, v. Trib. Verona, 25 giugno 2015, ord., in *www.ilcaso.it*.

¹⁸ Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639; Trib. Firenze, ord., 14 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, ord., 19 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 641; Trib. Firenze, 4 giugno 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Brescia, ord., 28 novembre 2013, *ivi*.

¹⁹ Per un esempio v. Trib. Firenze, ord., 27 novembre 2013, in *Guida dir.*, 2014, fasc. 2, *Inserto speciale*, p. XII, che "invita" le parti a tentare la conciliazione della lite (in materia di locazione) nonostante fosse stata accettata la presenza nel contratto di una clausola arbitrale.

²⁰ Per una fattispecie emblematica v. Trib. Roma, 28 settembre 2017, in *www.mondoadr.it*, ove il giudice rileva: "Nel caso di specie è indubbia la sussistenza della gravità della colpa (se non del dolo, inteso come volontaria e consapevole volontà di disattendere l'ordine del Giudice) della spa Assicurazioni M. che non ha aderito alla convocazione in mediazione. La giurisprudenza richiede la sussistenza del dolo o della colpa grave poiché non è ragionevole che possa essere sanzionata la semplice soccombenza, che è un fatto fisiologico alla contesa giudiziale, ed è necessario che esista qualcosa di più rispetto a essa, esattamente come nel caso di specie. La sussistenza di tali elementi soggettivi può essere riscontrata ricavandola da qualsiasi indicatore sintomatico. Nel caso in esame, in presenza di chiare circostanze che imponevano a tutta evidenza di dismettere una posizione processuale di ostinata pregiudiziale e pervicace resistenza, la condotta dell'Assicurazione M. che ha scelto deliberatamente quanto ingiustificatamente di non aderire alla mediazione demandata dal Giudice, integra certamente colpa grave se non dolo. Che il mancato rispetto dell'ordine impartito dal Giudice ai sensi dell'art. 5 co. II° della legge

4. *La decisione del giudice di rimettere le parti avanti al mediatore*

L'istituto in esame si presenta come un perfetto banco di prova rispetto alla implementazione nel processo dei principi analizzati in questo studio.

Una corretta applicazione del principio di proporzionalità impone di riconoscere che non ogni controversia su diritti disponibili si presti a essere mandata in mediazione e che dunque il potere del giudice debba essere esercitato nei casi in cui la mediazione presenti maggiori possibilità di successo, per non trasformarsi in uno strumento di appesantimento dell'*iter* processuale²¹.

Al contempo, la decisione del giudice, per quanto discrezionale, dovrebbe essere presa dopo avere almeno sondato la disponibilità delle parti e la sussistenza dei requisiti minimi per l'apertura di una trattativa avanti al mediatore.

Solo con un utilizzo meditato e collaborativo dell'istituto, in altre parole, se ne possono sfruttare al meglio le potenzialità.

In base al testo dell'art. 5, comma 2° del decreto n. 28 del 2010, la decisione del giudice di rimettere le parti avanti al mediatore presuppone, in effetti, l'analisi di tre parametri.

Viene in primo luogo in rilievo "lo stato dell'istruzione"²²: qui, la norma prende atto del fatto che non ci sono regole fisse rispetto

integrì colpa grave (se non dolo) è indiscutibile, ampiamente motivato e confermato dalla giurisprudenza, che si richiama, anche ai sensi dell'art. 118 att. c.p.c., alle note cinque e sei".

²¹ Per una fattispecie, v. Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, cit., ove il giudicante osserva che "la controversia involge due parti legate da pregresso rapporto affettivo", aggiungendo che il mediatore ben potrebbe estendere la "trattativa" agli ulteriori crediti maturati tra le parti e non oggetto del procedimento di riferimento. Sulla ponderazione del giudice in merito alla scelta della mediazione v. anche le osservazioni di Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi e opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 76 ss.

²² Il Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice, dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, sottoscritto il 19 novembre 2015, evidenzia che l'invio in mediazione dovrebbe essere formulato "preferibilmente" nella fase iniziale del giudizio, con la specificazione che, in caso di chiamate di terzi in causa, il giudice possa disporre la mediazione delegata "di regola dopo avere provveduto sulla richiesta di chiamata".

al “tempo di maturazione” di una definizione transattiva della lite. A volte, è la fase iniziale del processo quella più propizia (soprattutto nelle controversie di valore più basso, in cui la prosecuzione del procedimento rischia di causare costi superiori al valore del bene della vita in contesa), in altri casi è necessario il decorso di un certo periodo di tempo per smussare gli angoli della conflittualità tra le parti²⁵. L'andamento dell'istruttoria, inoltre, può fornire elementi utili per una valutazione più ragionata del probabile esito del contenzioso.

In questo contesto, nulla esclude che la mediazione delegata possa essere disposta dopo il fallimento di una mediazione obbligatoria “preventiva” e, anzi, sovente ciò avviene nella prassi²⁴. La si può pure disporre prima di decidere su eccezioni preliminari relative alla competenza del giudice adito²⁵ e sino alla precisazione delle conclusioni²⁶. Si è anche rilevato che la mediazione delegata possa costituire un rimedio rispetto alle problematiche sollevate dallo smarrimento dei verbali di causa e dalle tempistiche collegate all'eventuale rinnovazione degli atti istruttori cui essi si riferivano²⁷.

Nell'esperienza applicativa, non è raro vedere la mediazione delegata utilizzata “in tandem” con la proposta transattiva che il giudice può formulare ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c.²⁸, non solo dopo che quest'ultima sia stata eventualmente respinta dalle parti²⁹, ma

²⁵ App. Firenze, 17 novembre 2016, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 19, p. 72, ritiene ammissibile la disposizione della mediazione dopo la rimessione della causa sul ruolo a seguito di pronuncia di sentenza parziale.

²⁴ Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639; Trib. Taranto, ord., 16 aprile 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Torino, 7 novembre 2016, ord., *ivi*. Più prudente il Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, cit., per il quale “di regola, se la mediazione obbligatoria sia stata effettivamente esperita prima del giudizio, con la partecipazione di tutte le parti poi costituite in giudizio, non verrà disposta la mediazione delegata”.

²⁵ Trib. Firenze, 14 novembre 2013, decr., in *Guida dir.*, Speciale, 2014, n. 2, p. XII,

²⁶ Trib. Siracusa, 11 ottobre 2016, ord., in *www.mondoadr.it*.

²⁷ Trib. Brescia, 28 novembre 2013, cit.

²⁸ Per una fattispecie App. Milano, 10 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*. V. anche RUVOLO, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1008.

²⁹ V. per esempio Trib. Palermo, 16 luglio 2014, cit.; Trib. Milano, ord., 21 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 641; Trib. Pavia, ord., 17 giugno 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Torino, 7 novembre 2016, ord., *ivi*.

anche a seguito della sua semplice esplicitazione, per fornire alle parti elementi di valutazione nel loro tentativo di mediazione³⁰. In tali ipotesi, in giurisprudenza si afferma che, stante il giudizio sulla mediabilità della controversia già dato dal giudice, la mediazione non possa considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti³¹.

Il secondo “parametro” di valutazione è quello della “natura della causa”: la causa, in effetti, deve riguardare ovviamente diritti disponibili³², per il resto non ci sono limiti teorici all’utilizzo della mediazione derivanti dal diritto oggetto di controversia³³ o dalle parti in lizza, tanto da ritenere che vi si possa fare ricorso anche qualora una delle parti sia una Amministrazione pubblica³⁴. Detto questo, come si è anticipato, si deve evitare un utilizzo generalizzato dell’istituto che non tenga in adeguata considerazione i rapporti tra le parti e le vicende che hanno preceduto l’instaurazione della lite³⁵. Il confronto con i legali delle parti sarà fondamentale per verificare se sia opportuno aprire l’incidente procedimentale avanti al mediatore. A questo riguardo, qualcuno potrebbe osservare che non vi è situazione così conflittuale da escludere *a priori* una soluzione conciliata ma, d’altra parte, il realismo impone di restare ancorati a parametri di verosimiglianza, per evitare perdite di tempo e di denaro. Per una valutazione

³⁰ V. Trib. Roma, ord., 16 dicembre 2014, in www.101mediatori.it; Trib. Milano, ord., 15 luglio 2015; Trib. Santa Maria C. V., 22 febbraio 2016, ord., www.mondoadr.it.

³¹ Trib. Pavia, ord., 9 marzo 2015, in *Contratti*, 2015, p. 504; App. Milano, 10 maggio 2017, in www.mondoadr.it.

³² V. pure RUVOLO, *op. cit.*, p. 1004.

³³ Trib. Milano, ord., 14 ottobre 2015, in www.ilcaso.it, dispone il tentativo di mediazione con riferimento a una controversia tra *ex* coniugi per il pagamento della quota di t.f.r.; Trib. Palermo, 16 luglio 2014, cit., osserva, peraltro, che, rispetto alle materie già selezionate dal legislatore per la mediazione obbligatoria, “può ritenersi sussistente una ‘presunzione semplice’ di opportunità” della mediazione delegata.

³⁴ Trib. Palermo, 16 luglio 2014, cit.

³⁵ In questo senso anche il Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice, dell’Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, sottoscritto il 19 novembre 2015, che, al punto C) dei Principi generali evidenzia che “L’invio in mediazione deve essere disposto dal giudice solo ove ritenuto effettivamente opportuno, tenendo conto e specificando inoltre e in particolare nel provvedimento di invio in mediazione gli elementi specifici del conflitto e/o della controversia che ne rendano consigliabile nel caso concreto l’esperimento”.

in merito alla maggiore probabilità di certe cause di essere risolte con una conciliazione, si ritiene utile il ricorso al dato statistico³⁶.

Le cause di valore modesto sono quelle che più dovrebbero giungere a esiti conciliati, tanto più ove la relativa decisione richieda l'esperimento di attività istruttoria sproporzionata rispetto all'oggetto del contendere³⁷. D'altra parte, proprio il modesto valore della controversia sovente ostacola un accordo transattivo in quanto i margini delle reciproche rinunce sono più risicati. In situazioni di questo tipo, può valere la pena esplorare la possibilità di un accordo conciliativo che vada oltre il rapporto controverso e dunque offra alle parti ulteriori "utilità" rispetto a quelle derivanti da una semplice transazione³⁸. Sulla carta, inoltre, si prestano a essere più facilmente conciliabili le cause di divisione di proprietà comuni, almeno laddove non sia controversa proprio la proprietà, se non altro perché un accordo, di norma, consente alle parti una migliore valorizzazione della propria porzione di proprietà³⁹.

Il terzo parametro del "comportamento delle parti" può essere inteso con riferimento sia a parti che non si siano mostrate ostili a

³⁶ Per esempio, Trib. Brescia, 28 novembre 2013, cit., evidenzia che, dai dati emergenti dalle statistiche ministeriali, la materia dei diritti reali e dei rapporti di vicinato si presti in particolar modo al proficuo esperimento della mediazione, in quanto caratterizzate da un conflitto di tipo dinamico, soggetto a trasformazioni e potenzialmente destinato a reiterarsi nel tempo.

³⁷ Con riferimento a una mediazione su un rapporto professionale tra avvocato ed ex cliente, oggetto di frazionamento in due procedimenti separati, in uno dei quali si era già prospettata la necessità di esperire un giuramento decisorio che il giudice descrive come "una struttura probatoria imponente che fa iato con il modesto valore della controversia", v. Trib. Milano, ord., 14 ottobre 2015, in www.ilcaso.it, in cui il Tribunale osserva "lo sfoglio di rito e di merito delle questioni da affrontare nel processo rischia di rendere finanche antieconomico il giudizio per la distribuzione dei torti e delle ragioni".

³⁸ In quest'ottica sembra potersi collocare Trib. Pavia, 20 marzo 2017, ord., in www.mondoadr.it che ha disposto la mediazione invitando a chiamare avanti al mediatore anche un soggetto non coinvolto come parte nel procedimento (ovvero il debitore principale in una fattispecie relativa a una fideiussione).

³⁹ Trib. Siracusa, ord., 11 ottobre 2016, in www.mondoadr.it, in una causa di divisione, ritiene particolarmente opportuna la definizione transattiva della lite, poiché il procedimento riguardava un unico immobile, non facilmente divisibile, destinato a essere venduta all'asta, con conseguenti maggiori esborsi di denaro per le parti, sulle quali sarebbe gravato altresì il rischio del mancato reperimento di acquirenti del bene in questione.

esplorare soluzioni conciliative⁴⁰ sia a parti “forti” notoriamente refrattarie a partecipare in modo attivo al procedimento di mediazione, per responsabilizzarle in tal senso. Al riguardo, è, per esempio, interessante l’orientamento del Tribunale di Roma di utilizzare la mediazione delegata per porre rimedio alla tendenza espressa dalle compagnie di assicurazione a non partecipare alla mediazione, pur quando ritualmente convocate, nel tentativo pre-giudiziale⁴¹.

5. *Rapporti tra giudice e mediatori: una delegazione “invadente”?*

L’art. 5, comma 2° del decreto n. 28 del 2010 non fornisce dettagli in merito ai rapporti tra giudice, mediatore e parti dopo la rimessione della lite in mediazione. Dalla prassi, dunque, stanno emergendo orientamenti di un certo interesse e in parte anche molto controversi.

La prima considerazione è che la competenza territoriale del giudice adito determina anche la localizzazione dell’organismo di mediazione cui le parti si devono rivolgere. In base al principio per cui la competenza dell’organismo e quella del giudice competente per il merito devono coincidere, senza dubbio l’ambito territoriale al cui interno scegliere l’organismo a seguito di mediazione delegata è quello del giudice “rimettente”⁴². In effetti, dopo l’instaurazione del giudizio, vi è un giudice adito rispetto al quale si deve determinare la localizzazione territoriale dell’organismo di mediazione cui

⁴⁰ Nessun dubbio, a questo riguardo, se le parti hanno espresso intenzione di definire bonariamente la controversia: v. per esempio, Trib. Siracusa, 11 ottobre 2016, cit. In materia v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 316.

⁴¹ Trib. Roma, ord., 19 febbraio 2015, in www.101mediatori.it. In una pronuncia, inoltre, il Tribunale capitolino, nel rinviare le parti avanti al mediatore, ha disposto pure che la convocazione in tale sede dovesse riguardare anche una parte rimasta contumace (un’assicurazione), al fine di “propiziare un accordo pieno che riguardi tutte le compagnie coassicuranti”: Trib. Roma, 10 maggio 2014, in *La nuova proc. civ.*, 2014, fasc. 5, 6 ottobre 2014.

⁴² Così anche il Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice predisposto dall’Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, cit. Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, in www.ilcaso.it, fa salva l’ipotesi della domanda proposta congiuntamente davanti all’organismo di un luogo diverso; così pure Trib. Firenze, ord., 14 novembre 2013, *ivi*; Trib. Milano, ord. 14 ottobre 2015, *ivi*.

rivolgersi dopo l'ordinanza in tal senso del giudice. Quanto precede vale di sicuro per l'ipotesi in cui nel procedimento non sia stata tempestivamente sollevata un'eccezione di incompetenza territoriale e dunque si possa ritenere consolidata la competenza dell'ufficio giudiziario adito⁴³.

Ciò detto, le parti dovrebbero essere libere di scegliere l'organismo da loro preferito, senza indicazioni al riguardo da parte del giudice⁴⁴.

Dalla prassi, peraltro, emergono tendenze volte a sottoporre a condizioni o vincoli tale scelta.

In alcuni casi, per esempio, il giudice ha invitato le parti a rivolgersi a un ente il cui regolamento non contenesse clausole limitative della facoltà del mediatore di formulare una proposta conciliativa, subordinandone eventualmente l'esercizio alla condizione della previa richiesta congiunta di tutte le parti⁴⁵. Una certa diffusione ha pure la tendenza a dare indicazioni alle parti in merito agli ambiti rispetto ai quali tale mediazione dovrebbe essere compiuta⁴⁶.

Soprattutto, la giurisprudenza di merito appare prevalentemente orientata a ritenere che il giudice possa prescrivere al mediatore di formulare una proposta transattiva, il cui contenuto dovrà poi essere riferito al giudice stesso in caso di fallimento della mediazione⁴⁷. Al riguardo, si è affermato che la formulazione della proposta sarebbe un passaggio cruciale e ineludibile del procedimento di mediazione,

⁴³ Per una fattispecie, Trib. Bologna, 28 gennaio 2015, n. 20131, in www.giuraemilia.it.

⁴⁴ V. pure RUVOLO, *op. cit.*, p. 1002; Trib. Bologna, 6 novembre 2014, *cit.*; Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice, dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, sottoscritto il 19 novembre 2015, punto 4.

⁴⁵ Per un provvedimento di questo tipo, v. di recente Trib. Vasto, ord., 23 giugno 2015, in www.ilcaso.it. V. pure Trib. Bari-Altamura, 21 maggio 2017, in www.mondoadr.it.

⁴⁶ Trib. Santa Maria C. V., 22 febbraio 2016, ord., www.mondoadr.it, in una controversia relativa a un finanziamento bancario.

⁴⁷ Trib. Siracusa, 11 ottobre 2016, *cit.*, che invita il mediatore ad avanzare una proposta conciliativa, pur in assenza di congiunta richiesta delle parti; App. Milano, 13 settembre 2016, ord., in www.mondoadr.it dispone: "il mediatore designato (...) sarà tenuto sin dal primo incontro a formulare una proposta d'intesa"; Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, ord., in www.ilcaso.it; Trib. Napoli Nord, 6 aprile 2017, ord., in www.mondoadr.it.

la cui omissione precluderebbe al giudice di compiere la valutazione prevista dall'art. 13 del decreto n. 28 del 2010. Se il mediatore, contravvenendo alla prescrizione del giudice, non formulasse la proposta, dunque, la procedura non potrebbe ritenersi ritualmente svolta e le parti, a pena di improcedibilità della domanda, dovrebbero riattivare il procedimento affinché il mediatore, senza oneri aggiuntivi, completi la sua attività, ai sensi dell'art. 11 del decreto n. 28, anche in assenza di concorde richiesta delle parti⁴⁸.

Per alcuni, il giudice potrebbe addirittura invitare il mediatore a nominare eventualmente un professionista iscritto all'albo dei c.t.u. del Tribunale affinché rediga un elaborato peritale su cui formulare la sua proposta⁴⁹.

Si tratta di orientamenti che tendono a considerare il mediatore come un ausiliario del giudice e, in ogni caso, a snaturare alcune caratteristiche pregnanti della mediazione, quali la volontarietà, la consensualità e la riservatezza.

Dalla giurisprudenza, in effetti, emerge un ruolo del giudice molto invadente e invasivo rispetto non tanto e non solo alla decisione di rimettere le parti avanti al mediatore, ma soprattutto ai contenuti dell'attività svolta nel corso del procedimento mediatorio. La ragion di Stato sottesa all'esigenza di ridurre il contenzioso giudiziale fa sovente travalicare il confine tra l'ambito della funzione giurisdizionale e quello dell'attività conciliativa⁵⁰.

⁴⁸ Trib. Vasto, 15 giugno 2016, ord., *Giur. it.*, 2017, p. 656, con nota perplessa di CUOMO ULLOA, *Il punto sulla proposta del mediatore*, *ivi*, p. 657, la quale, a p. 660, evidenzia i rischi di allungamento dei tempi del processo oltre a un vero e proprio corto circuito nell'ipotesi in cui il mediatore persista nel rifiuto di formulare una proposta.

⁴⁹ Trib. Ascoli, ordinanza priva di data, della dr.ssa Paola Mariani, pubblicata in *www.mondoadr.it*, con riferimento a una controversia bancaria che investiva questioni puramente tecnico-contabili.

⁵⁰ App. Milano, 10 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*, afferma significativamente: "l'esigenza (...) che la mediazione sia effettivamente avviata, senza aggirare la normativa in materia, risulta del resto funzionale all'obiettivo di agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario, essendo ragionevole che la mancanza di collaborazione e di impegno in tal senso sia sanzionata con l'imposizione a carico delle parti di un ostacolo per accedere alla giurisdizione".

Il mediatore, pacificamente, non è un ausiliario del giudice⁵¹. Questi dunque non può prescrivere al mediatore alcunché né il mediatore è in alcun modo vincolato rispetto alle eventuali prescrizioni contenute nell'ordinanza di rimessione.

Di questo appare consapevole anche la maggioranza della giurisprudenza che, dunque, rivolge le proprie prescrizioni alle parti, cui, per esempio, si chiede di fornire informazioni sullo sviluppo della mediazione⁵². Ma anche in questo modo, a mio avviso, si confondono i livelli, in palese violazione di alcuni principi fondamentali in materia di mediazione, tra cui, in primo luogo, quello di riservatezza.

Non pone problemi invece la possibilità che il giudice indichi, nel proprio provvedimento, la parte che, interessata alla prosecuzione del giudizio, sia onerata dell'avvio della procedura⁵³: ciò, in effetti, fornisce un importante elemento di chiarezza a entrambe le parti sulle conseguenze del mancato avvio della mediazione⁵⁴.

6. *Lo svolgimento effettivo dell'incontro di mediazione*

Una dei profili più controversi del tema che stiamo trattando è quello dello “svolgimento effettivo della mediazione”.

⁵¹ V. anche CUOMO ULLOA, *Il punto sulla proposta del mediatore*, cit. p. 659, che esclude un rapporto di accessorietà tra mediazione e processo o tra mediatore e giudice.

⁵² Trib. Firenze, 17 febbraio 2017, ord., in www.101mediatori.it, con riferimento alla eventuale mancata fattiva partecipazione delle parti sostanziali senza giustificato motivo, alle eventuali ragioni di natura preliminare che hanno impedito l'avvio dell'effettivo procedimento di mediazione, ai motivi del rifiuto dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore. V. anche Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, ord., in www.ilcaso.it; Trib. Napoli Nord, 6 aprile 2017, ord., in www.mondoadr.it.

⁵³ App. Firenze, 1° ottobre 2015, ord., in www.mondoadr.it, in un procedimento di appello, pone tale onere a carico appunto della parte appellante.

⁵⁴ Così Trib. Pavia, 26 settembre 2016, ord., in www.mondoadr.it che, in un'opposizione a d. i., specifica che l'avvio della procedura sia onere della parte convenuta opposta; così pure Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, ord., in www.ilcaso.it.

Come noto, il testo originario del decreto n. 28 del 2010, a seguito dell'intervento ablativo della Corte costituzionale nel 2012⁵⁵, è stato oggetto di una estesa riforma nel giugno 2013⁵⁶.

Nell'attuale formulazione delle norme, il procedimento di mediazione si struttura su due fasi, la prima delle quali con funzioni meramente "informative". La lettura delle nuove disposizioni ha proposto criticità, per quanto attiene il soddisfacimento della condizione di procedibilità collegata all'esperimento della mediazione.

In particolare, ai sensi del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 5, "quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo".

Per contro, il comma 1° dell'art. 8, con riferimento a tale "primo incontro" avanti al mediatore⁵⁷, ne ridefinisce struttura e funzione, configurando una prima fase necessaria, a carattere informativo, in cui il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e una, facoltativa, in cui si dà inizio al procedimento qualora le parti e i loro avvocati si esprimano favorevolmente alla possibilità di dare inizio alla mediazione stessa.

Il comma 5-*ter* dell'art. 17, infine, completa il quadro, con la previsione che, in caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione⁵⁸.

L'interpretazione di queste tre disposizioni si è mostrata opera impervia.

⁵⁵ Sentenza 6 dicembre 2012, n. 272, su cui v. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione, profili applicativi*, cit., p. 4 ss.; DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 207 ss.

⁵⁶ D. l. n. 69 del 2013, convertito in legge n. 98 dell'8 agosto 2013, su cui v., tra gli altri, CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit.; DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 215.

⁵⁷ V. pure BRUNO, *Mediaconciliazione e giustizia: si riparte*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2054.

⁵⁸ MORICONI, *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relative alla acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi*, in *www.judicium.it*, p. 4, ritiene che tale previsione "potrà propiziare un incremento della partecipazione dei convocati".

Da un lato, infatti, alcuni, tra cui chi scrive, rilevano che oggi la condizione di procedibilità può ritenersi soddisfatta quando le parti (o almeno la parte istante) abbiano partecipato al primo incontro avanti al mediatore, inteso come momento dedicato all'informativa in merito all'attività che questi si prefigge di svolgere e alle relative modalità. Ove poi, all'esito di tale fase preliminare, anche una sola parte ritenesse insussistenti le condizioni per dare corso al procedimento di mediazione, dovrebbe essere redatto un verbale negativo di chiusura del procedimento stesso, a seguito del quale si potrà instaurare (o proseguire) il procedimento giudiziale.

Per contro, nella giurisprudenza si è diffuso un approccio più rigido, ritenendo che la mera partecipazione alla prima parte del procedimento, dedicata alla presentazione informativa, non sia sufficiente per ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità⁵⁹, sul rilievo che, ragionando altrimenti, si ridurrebbe il tentativo di mediazione a un vuoto simulacro depotenziato⁶⁰.

Tale interpretazione, sul piano letterale, si basa sul testo dell'art. 5 del decreto n. 28, nella parte in cui prevede che il mediatore inviti le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, valorizzando l'utilizzo della parola "possibilità" invece che "volontà": in quest'ottica, verrebbe in rilievo non l'intenzione delle parti quanto la mancanza dei presupposti essenziali per la valida instaurazione del procedimen-

⁵⁹ Per un esempio di tale approccio, v. Trib. Vasto, 9 marzo 2015, in *Contr.*, 2015, p. 687.

⁶⁰ V. le osservazioni di FERRARIS, in *Contr.*, 2015, p. 692 ss., il quale rileva che in assenza di una vera e propria sessione di mediazione si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'esercizio della giurisdizione. Per Trib. Firenze, ord., 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558, "Ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire, in realtà, ridurre a un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori". Contro questa impostazione RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, *ivi*, p. 570, per cui il primo incontro tra parti e mediatore avrebbe una funzione di verificare la disponibilità delle parti ad "autorizzare" l'avvio della procedura di mediazione, fornendo, altresì le eventuali giustificazioni per non farlo.

to⁶¹. Al riguardo, si ritiene necessario evitare di rendere, di fatto, la mediazione facoltativa, perché ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento⁶². Inoltre, si evidenzia il disposto dell'art. 5, comma 5°, il quale, nel fare riferimento “al primo incontro concluso senza l'accordo”, farebbe ritenere che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria⁶³. La conclusione dei ragionamenti che precedono è che in realtà sarebbe il mediatore, “*tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati*”, a dover valutare se sussiste la possibilità di proseguire nella procedura di mediazione⁶⁴.

Su questi presupposti, in quella che può ormai ritenersi una giurisprudenza maggioritaria e consolidata, si afferma che, per il soddisfacimento della condizione di procedibilità, il tentativo di mediazione dovrebbe essere “effettivo”: esso, dunque, non potrebbe

⁶¹ FERRARIS, *op. cit.*, p. 694, fa l'esempio della mancanza di un litisconsorte necessario o di un'autorizzazione nei casi previsti dalla legge; RUVOLO, *op. cit.*, p. 1007; v. pure Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639, che porta l'esempio della verifica circa l'autorizzazione del giudice tutelare, nei casi in cui questa sia necessaria; Trib. Siracusa, ord., 17 gennaio 2015, in www.101mediatori.it; App. Milano, 10 maggio 2017, in www.mondoadr.it. Per una critica a tale opinione, v. RAITI, *op. cit.*, p. 566, per cui “l'aver usato l'espressione “possibilità di avvio del procedimento” in funzione della ritenuta esplorazione in contenzioso sull'ammissibilità o la procedibilità del tentativo non sarebbe meno inesatto che usarla in funzione di vaglio sulla volontà”. L'a. trova un sostegno a favore della concezione “potestativa” dell'obbligo di tentativo nella recente disciplina in materia di negoziazione assistita, rispetto alla quale la condizione si ritiene soddisfatta in base alla mera volontà negativa delle parti in lite alla negoziazione (p. 568).

⁶² Trib. Firenze, ord. 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558. V. pure Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639. Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in mondoadr.it ritiene “escluso che l'impossibilità possa coincidere con la mera volontà delle parti di non dare inizio alla mediazione”.

⁶³ Così Trib. Firenze, 26 novembre 2014, cit., per cui non avrebbe senso parlare di “mancato accordo” se il primo incontro fosse destinato a non ricercare l'accordo fra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. Condivide RUVOLO, *op. cit.*, p. 1006. RAITI, *op. cit.*, p. 565, peraltro, evidenzia come l'utilizzo dell'espressione “mancato accordo” non possa essere inteso come l'espressione di una precisa opzione legislativa, “ben potendo il mancato accordo essere il frutto dello stesso mancato effettivo avvio del tentativo”.

⁶⁴ Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in www.mondoadr.it.

fermarsi alla prima parte, con l'informativa del mediatore, soprattutto qualora, a tale incontro preliminare, partecipino solo i difensori delle parti (v. *infra*)⁶⁵, ma dovrebbe spingersi anche all'esame e al confronto delle questioni controverse⁶⁶.

Quanto precede è applicato con particolare rigore proprio nella mediazione disposta dal giudice di cui ci si sta occupando qui: al riguardo si afferma, infatti, che la valutazione in merito alla possibilità di mediare la lite sarebbe stata già effettuata dal giudice stesso⁶⁷ e la sessione meramente informativa sarebbe sostanzialmente inutile, considerato il momento processuale "avanzato" in cui interviene il provvedimento di rinvio alla mediazione⁶⁸.

Si afferma, altresì, a tale proposito, che sarebbe irrazionale e non conforme a una lettura sistematica e teleologica della normativa ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando le parti si rechino dal mediatore per limitarsi a dichiarare di non voler procedere oltre, in tal modo esercitando una sorta di veto assoluto e incondizionato alla possibilità di dare seguito alla procedura⁶⁹.

⁶⁵ Trib. Pavia, ord., 17 giugno 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord., 18 maggio 2015, *ivi*; Trib. Pavia, ord., 30 marzo 2015, *ivi*.

⁶⁶ Trib. Milano, ord., 7 maggio 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord., 19 gennaio 2015, *ivi*; Trib. Siracusa, ord., 30 marzo 2015, *ivi*; Trib. Monza, ord., 28 gennaio 2015, *ivi*. Così anche BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie*, cit., p. 70.

⁶⁷ V. FERRARIS, *op. cit.*, p. 693; App. Milano, 10 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*. *Contra* RAITI, *op. cit.*, p. 570, nota 14, che osserva che, laddove il giudice compie una prognosi, il mediatore verifica la reale volontà delle parti.

⁶⁸ V. le osservazioni di Trib. Firenze, 26 novembre 2014, cit., per cui "[I] ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice". V. pure Trib. Firenze, ord., 19 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 641.

⁶⁹ In questo senso App. Milano, 10 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*. Per Trib. Firenze, 19 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 641, in caso di "mediazione disposta dal giudice" affinché l'ordine giudiziale possa ritenersi correttamente eseguito e la condizione di procedibilità verificata, la mediazione deve essersi effettivamente svolta. A tal fine le parti devono comparire personalmente innanzi al mediatore con l'assistenza legale di un avvocato iscritto all'albo e l'incontro non deve limitarsi a una mera attività informativa delle parti, bensì integrare una vera e propria sessione di mediazione idonea a verificare la possibilità di un accordo fra di esse; App. Milano, 10 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

Ai rilievi che precedono si può opporre che, in realtà, la valutazione in merito alla possibilità di mediare la lite dovrebbe essere presa dal giudice a seguito di un confronto dialettico con le parti o almeno con i loro difensori: in quest'ottica, mediazione delegata non dovrebbe essere sinonimo di mediazione imposta a parti che abbiano già manifestato di non essere disposte ad aprire trattative.

Anche l'argomento per cui ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo. n. 28, il mediatore dovrebbe verificare la possibilità di svolgere la mediazione (con riferimento a eventuali situazioni preliminari che possano ostacolarne l'esperimento) e non semplicemente l'esistenza delle volontà delle parti di procedervi⁷⁰, non appare irresistibile, dal momento che appare arduo separare concettualmente la possibilità di mediare dalla volontà delle parti in tal senso. Se una parte non è disposta a conciliare, ogni mediazione è in effetti impossibile.

Alcuni, d'altro canto, propongono di risolvere il problema affermando che il meccanismo previsto dall'art. 5, comma 2-bis varrebbe solo per la mediazione obbligatoria e non per quella delegata, considerato che, in questa ipotesi, un giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato dal magistrato demandante e un incontro preliminare non dovrebbe nemmeno svolgersi⁷¹. Si tratta di una lettura che va oltre il dato letterale e che potrebbe essere condivisibile in un'ottica di *case management* collaborativo, laddove alla mediazione delegata si arrivasse solo con l'accordo delle parti debitamente stimolate dal giudice.

Come ho già espresso in altra sede, non ritengo condivisibile l'approccio giurisprudenziale qui esaminato. Esso, in effetti, propone una lettura "estensiva" delle nuove norme in materia di mediazione, non tenendo conto delle ragioni di politica legislativa che hanno portato alla loro introduzione. Come noto, infatti, alla riforma del 2013 del decreto n. 28 si è giunti dopo un percorso a dir poco accidentato, contrassegnato dalle contestazioni della clas-

⁷⁰ App. Milano, 10 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*.

⁷¹ Trib. Pavia, 20 gennaio 2017, in *www.101mediatori.it*.

se forense rispetto all'istituto della mediazione obbligatoria introdotta nel 2010 e sino all'intervento della Corte costituzionale nel 2012.

In un simile contesto, la volontà del legislatore di "alleggerire" le "(pur) riproposte fattispecie d'obbligo" appare evidente⁷². In particolare, sembra manifesta la volontà legislativa di superare le critiche e le perplessità sollevate dagli interpreti (anche sul piano costituzionale) in merito ai costi della mediazione (che, nel regime previgente, anche in caso di mancato accordo nella fase iniziale della mediazione, potevano essere piuttosto sostenuti)⁷³, rendendo possibile il soddisfacimento della condizione di procedibilità con la semplice partecipazione a un "primo incontro" a contenuto informativo, sopportando solo il costo fisso per il deposito dell'istanza o dell'adesione.

Non convincono neppure le critiche alla possibilità di configurare un diritto potestativo alla chiusura del procedimento in capo a ogni parte: al contrario, a me pare che, anche in un regime in cui il tentativo di mediazione è stato configurato come condizione di procedibilità, la partecipazione effettiva della parte a tale tentativo resti incoercibile e non sanzionabile se non sul piano delle spese legali, nei termini all'uopo previsti dalla normativa. È, anzi, uno dei corollari della mediazione che ogni parte interessata, in qualsiasi momento del procedimento, se ne possa "chiamare fuori", pagandone, in caso, le conseguenze in sede processuale, ma non in termini di una declaratoria di improcedibilità, difficilmente conciliabile con il disposto dell'art. 24 Cost.⁷⁴. Al riguardo, anzi, è stato acutamente osservato che sarebbe irragionevole sanzionare in modo più pesante la parte che abbia partecipato al procedimento

⁷² Così RAITI, *op. cit.*, p. 565.

⁷³ Su questi profili v. pure MARINARO, *Da rivedere il modello adottato dal nostro legislatore alla luce dell'obbligatorietà preventiva e successiva*, in *Guida dir.*, 2014, fasc. n. 17, *Inserto* n. 5, p. XI.

⁷⁴ Anche BENIGNI, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Giur. it.*, 2015, p. 648, osserva che l'ordinamento, come riconosce il diritto a non partecipare al processo, restando contumace, in modo analogo deve riconoscere il diritto a non aderire al procedimento di mediazione.

di mediazione solo per esprimere la volontà di non voler in alcun modo conciliare rispetto a quella che abbia del tutto omesso di aderire alla mediazione⁷⁵.

Certo, l'interpretazione alternativa qui preferita riduce l'effettività del rimedio alternativo elevato a condizione di procedibilità e lascia al mediatore, nella fase iniziale del primo incontro, il compito di convincere le parti, con la sua esperienza e autorevolezza, che tentare la mediazione possa essere una prospettiva interessante. Mi pare però che il testo e la *ratio* delle norme non consentano letture alternative, anche con riferimento alla garanzia del diritto di azione posto dall'art. 24 Cost.

D'altra parte, la giurisprudenza qui criticata presenta sul piano operativo alcuni aspetti problematici di non poco conto.

In primo luogo, lo svolgimento non effettivo della mediazione può dipendere da entrambe le parti o da una soltanto di esse. Non è scontato che il mediatore, nel verbale di chiusura del primo incontro informativo possa o voglia evidenziare quale delle due parti non si sia resa disponibile ad aprire la mediazione. Ove tale parte fosse quella interessata a ostacolare la prosecuzione del giudizio, la declaratoria di improcedibilità sarebbe una sorta di premio per una condotta ostruzionistica⁷⁶.

Si dovrebbe dunque preliminarmente verificare la posizione di ciascuna parte rispetto alla prosecuzione della mediazione prima di ritenere che, non essendosi la mediazione svolta in modo effettivo, la condizione di procedibilità debba ritenersi non assoluta: non si può, infatti, attribuire la stessa valenza al rifiuto di procedere dell'istante rispetto a quello del chiamato⁷⁷, dovendosi dunque, se mai, limitare la drastica conseguenza dell'improcedibilità per "tentativo non effettivo" alle sole ipotesi di "mutuo dissenso" o di

⁷⁵ RAITI, *op. cit.*, p. 567.

⁷⁶ V. al riguardo le osservazioni di Trib. Caltanissetta, 26 agosto 2016, in www.mondoadr.it.

⁷⁷ Per un'analisi di questi profili, v. Trib. Chieti, 8 settembre 2015, n. 492, in www.ilcaso.it. Segue l'approccio indicato nel testo Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in www.mondoadr.it.

rifiuto del solo istante alla prosecuzione della mediazione oltre la fase introduttiva⁷⁸⁻⁷⁹⁻⁸⁰.

Al riguardo, peraltro, va pure considerato che i mediatori tendono a redigere “verbali negativi” dal tenore neutro, dai quali non emerge la parte a cui sia da imputare il fallimento sul nascere del tentativo di mediazione.

A parte quanto precede, va anche notato che le pronunce che invocano il requisito del “tentativo effettivo” non chiariscono quale sia il livello di effettività sufficiente a ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità: in altre parole, non è chiaro quale sia il minimo di “coinvolgimento” nel tentativo che il giudice possa pretendere in sede di verifica *ex post*.

⁷⁸ In effetti, parte della giurisprudenza, condivisibilmente, evidenzia che solo l'inerzia dell'attore potrebbe (in ipotesi) portare all'improcedibilità della domanda: Trib. Taranto, ord., 16 aprile 2015, in www.101mediatori.it. Per Trib. Firenze, 21 aprile 2015, *ivi*, l'onere di coltivare la mediazione, nell'opposizione a decreto ingiuntivo, grava sul debitore opponente: in caso egli non partecipi alla mediazione instaurata dal creditore opposto, dunque, la condizione di procedibilità non potrà ritenersi assolta, con conseguente definitività dal decreto opposto. Contrarie indicazioni vengono fornite da Trib. Pavia, 20 marzo 2017, ord., in www.mondoadr.it, ove il giudice avverte la parte opposta che, in caso di mancato avvio della mediazione, il decreto sarebbe stato revocato.

⁷⁹ In questo senso si è affermato che la mancata partecipazione della controparte non implica l'improcedibilità: il processo, piuttosto, prosegue e si applicano gli artt. 116 c.p.c. e 8, comma 4° *bis* del decreto n. 28 rispetto alla parte non comparsa: Trib. Mantova, 20 settembre 2017, ord., in www.ilcaso.it. Anche per Trib. Chieti, 8 settembre 2015, n. 492, in www.ilcaso.it, la condizione può ritenersi soddisfatta con la semplice redazione del verbale negativo.

⁸⁰ In questo contesto, si segnala una recente decisione di un tribunale lombardo in una fattispecie in cui la mediazione era stata disposta nel contesto di un'opposizione a decreto ingiuntivo. Il giudice giunge a qualificare come abuso del processo il comportamento della parte opponente che, invitata alla mediazione delegata, non si era dichiarata disponibile a partecipare alla stessa senza giustificato motivo, dimostrando di non considerare la mediazione con sufficiente impegno e serietà. Il giudice, sul rilievo che fosse onere proprio della parte opponente coltivare la mediazione, ha così accolto l'eccezione di improcedibilità dell'opposizione sollevata dalla controparte, con conseguente declaratoria di definitività del decreto opposto: Trib. Pavia, 20 gennaio 2017, in www.101mediatori.it. Da tale decisione sembra emergere la possibilità di pronunciare l'improcedibilità del giudizio sulla base di considerazioni collegate al comportamento in mediazione della parte interessata a coltivare il procedimento.

Alcuni parlano delle necessità che si svolga una “vera e propria sessione di mediazione, nell’ottica di un serio tentativo di risolvere il conflitto”⁸¹, intesa tale attività come quella “posta in essere da un terzo imparziale al fine di assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole”⁸².

Ma il verbale che chiude il procedimento dando atto del fallimento della mediazione non fornisce e non può fornire elementi in merito alle attività svolte, al comportamento delle parti e, in generale, alle ragioni, che hanno portato a tale esito negativo, dovendo salvaguardare la riservatezza del procedimento imposta dalla stessa legge⁸³. Né la questione può limitarsi a una verifica sul “tempo” impiegato dalle parti in una mediazione avviata senza convinzione e solo per soddisfare la condizione di procedibilità nel senso richiesto dal giudice.

In effetti, alcuni provvedimenti di rinvio in mediazione richiedono al mediatore di dare conto del comportamento delle parti in seno al procedimento svoltosi avanti a lui⁸⁴, ma si tratta di richieste a mio avviso inopportune e cui non si deve dare seguito, considerata, appunto, la natura confidenziale di tutto ciò che viene detto e fatto nel corso della mediazione, in caso di insuccesso della stessa, salve le eccezioni previste dalla legge e che richiedono il consenso di tutte le parti interessate alla divulgazione processuale del materiale acquisito alla mediazione.

Vi è infine la questione dei costi della mediazione, costi che, per le controversie di valore non modesto, possono essere elevati. Pretendere che la condizione di procedibilità sia soddisfatta solo da un “tentativo effettivo” di mediazione vuol dire imporre alle parti di sostenere costi aggiuntivi di una certa consistenza anche quando sia

⁸¹ App. Milano, 10 agosto 2017, in www.ilcaso.it. V. anche App. Milano, 10 maggio 2017, in www.mondoadr.it, che parla di “tentativo di mediazione condotto in modo serio e coscienzioso”.

⁸² App. Firenze, 1° ottobre 2015, ord., in www.mondoadr.it.

⁸³ In generale sulla disciplina della riservatezza nell’ambito della mediazione v. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., p. 312 ss.

⁸⁴ App. Milano, 13 settembre 2016, ord., in www.mondoadr.it, per esempio, “dispone che l’esito del procedimento di mediazione venga comunicato in cancelleria a cura dell’ufficio del mediatore e nel rispetto dell’obbligo della riservatezza”.

ben chiara la mancanza di spazi di conciliazione. Da questo punto di vista, riemergono i profili di incostituzionalità prospettati rispetto alla formulazione originaria dell'art. 5 del decreto n. 28, in relazione alla compressione sul piano patrimoniale dei diritti sanciti dall'art. 24 Cost.

Come già si è detto, la giurisprudenza appare esprimere una visione della mediazione come strumento per il contenimento del contenzioso, connotato da implicazioni di interesse pubblico che portano a snaturare lo strumento o almeno a cambiarne la caratteristica intrinseca. Chi scrive, per contro, ritiene che, per quanto si possa cercare di valorizzare il risultato utile della mediazione come strumento di smaltimento del contenzioso, non si possa ignorare la *ratio* delle nuove disposizioni del decreto n. 28, né considerare il mediatore come un ausiliario del giudice. In effetti, anche se la mediazione è prevista come condizione di procedibilità, in un sistema retto dal principio dispositivo e dal diritto costituzionale all'azione in giudizio, non si può imporre alle parti una partecipazione "effettiva" in una mediazione in cui, in ipotesi, non si creda⁸⁵. In questo senso, appare condivisibile la giurisprudenza per la quale l'effettività dell'obbligo non può spingersi sino al punto da sanzionare con l'improcedibilità della domanda l'attore che si rifiuti senza giustificato motivo di partecipare al procedimento di mediazione nel c.d. primo incontro davanti al mediatore⁸⁶.

7. *La partecipazione personale della parte alla mediazione*

Le criticità interpretative sollevate dalla giurisprudenza che ritiene necessario un "tentativo effettivo" di mediazione sono peraltro arricchite da un'ulteriore tematica, ovvero quella della partecipazione personale delle parti a tale tentativo.

⁸⁵ RAITI, *op. cit.*, p. 571, rileva come la tesi per cui la "dimensione notarile" della concezione "potestativa" della mediazione "pare il frutto di un'opzione di valore originaria e contraria (...) a quella operata dal legislatore". L'a. mette in guardia, p. 572, rispetto a un eccesso di "coercitività" del modello italiano di mediazione rispetto ai desiderata europei.

⁸⁶ Trib. Taranto, ord., 16 aprile 2015, in www.101mediatori.it.

Avviene, infatti, sovente che una o entrambe le parti non si presentino personalmente aventi al mediatore, ma si facciano sostituire da un rappresentante, spesso il loro stesso avvocato, il quale, altrettanto spesso, si limita a dichiarare che il proprio rappresentato non ritiene sussistere i presupposti per tentare la mediazione.

Per contrastare quelle che sono percepite come prassi che svuotano di contenuto la condizione di procedibilità prevista dalla legge, dunque, parte della giurisprudenza ritiene che un tentativo di mediazione possa considerarsi “effettivo” (e dunque soddisfare la condizione di procedibilità) nella misura in cui vi abbiano partecipato le parti personalmente⁸⁷. In quest’ottica, si afferma che la parte non potrebbe ricorrere ad alcuna forma di rappresentanza, né a favore del proprio avvocato⁸⁸ né di altri soggetti (tra cui, per esempio, altri partecipanti alla mediazione)⁸⁹.

Questo approccio viene giustificato con la natura “personalissima” delle attività da compiersi nel procedimento di mediazione⁹⁰ e, sul piano testuale, dal tenore degli artt. 5, comma 1-*bis* e 8, che prevedono che le parti esperiscano il procedimento di mediazione con l’assistenza degli avvocati, ciò che implicherebbe la presenza degli assistiti⁹¹.

⁸⁷ Trib. Roma, ord., 19 febbraio 2015, in *www.101mediatori.it*.

⁸⁸ Al riguardo v. i rilievi di Trib. Firenze, 26 novembre 2014, cit., che osserva che i difensori “hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità (...) Non avrebbe dunque senso imporre l’incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un’informativa”; Trib. Napoli Nord, 17 gennaio 2017, ord., in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord. 9 marzo 2015; Trib. Pavia, ord., 19 gennaio 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord. 17 giugno 2015, *ivi*; Trib. Bologna, ord., 5 giugno 2014, in *www.giuraemilia.it*; Trib. Pavia, 26 settembre 2016, ord., in *www.mondoadr.it*.

⁸⁹ Per esempio, Trib. Firenze, 19 marzo 2014, ord., in *Giur. it.*, 2015, p. 641, per ritenere il tentativo di mediazione effettivamente avviato, richiede la comparizione personale delle parti avanti al mediatore. Così pure Trib. Vasto, ord., 23 giugno 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, ord., 7 maggio 2015, in *www.101mediatori.it*.

⁹⁰ V. Trib. Vasto, 9 marzo 2015, cit., con nota favorevole di FERRARIS, *op. cit.*, p. 691; Trib. Firenze, 26 novembre 2014, cit.

⁹¹ Trib. Firenze, 26 novembre 2014, cit.; Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in *www.mondoadr.it*; Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice del 19 novembre 2015, predisposto dall’Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, reperibile al *link: http://www.cameracivilebologna.it/public/files/Protocollo_Mediazione_2015.pdf*.

Come corollario di quanto precede, alcuni ritengono che il mediatore, nel verbale da lui redatto, dovrebbe accuratamente descrivere le attività svolte innanzi a sé⁹², dando conto dei comportamenti “ostativi” delle parti, per esempio qualora una di esse si rifiuti di presenziare personalmente agli incontri⁹³ ovvero rigetti la proposta conciliativa formulata dal mediatore stesso⁹⁴ o, ancora non voglia proseguire il procedimento di mediazione dopo l’incontro preliminare⁹⁵.

Anche tale approccio non appare condivisibile a livello teorico⁹⁶ e presenta aspetti problematici sul piano operativo.

La pretesa inammissibilità della rappresentanza in seno al procedimento di mediazione appare in contraddizione con la natura disponibile dei diritti cui la mediazione stessa si applica e con la rilevanza della volontà delle parti in ogni passaggio del procedimento. In quest’ottica, parlare di natura personalissima della partecipazione alla mediazione appare una forzatura⁹⁷. Certo, le decisioni e le valutazioni che possono essere prese nell’ambito di un procedimento

⁹² Trib. Bari-Altamura, 21 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

⁹³ Trib. Vasto, 9 marzo 2015, cit., per cui una simile verbalizzazione sarebbe funzionale a fare ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità a favore della parte diligente; Trib. Siracusa, ord., 17 gennaio 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Vasto, 23 giugno 2015, cit., che prevede pure la prescrizione al mediatore, in caso di fallimento della mediazione, di formulare comunque una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti. Così pure Trib. Siracusa, ord., 30 marzo 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord., 30 marzo 2015, *ivi*; Trib. Siracusa, ord., 23 gennaio 2015, *ivi*. Per Trib. Pavia, ord., 26 settembre 2016, in *www.mondoadr.it*, il mediatore con la sua verbalizzazione dovrebbe consentire di comprendere quale mediazione abbia svolto nel primo incontro, per mettere in condizione il magistrato di comprendere se la condizione di procedibilità si è avverata e adottare le conseguenti determinazioni processuali; Trib. Bari, 28 novembre 2016, ord., in *www.mondoadr.it*, evidenzia la necessità che “vi sia un’accurata verbalizzazione da parte del mediatore delle attività svolte innanzi a sé”.

⁹⁴ Trib. Bari-Altamura, 21 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

⁹⁵ Un invito al mediatore in questo senso è espresso da Trib. Pavia, 17 giugno 2015, cit.; v. pure Trib. Pavia, ord., 18 maggio 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Santa Maria C. V., ord., 22 febbraio 2016, *www.mondoadr.it*.

⁹⁶ Conf. SANDULLI, *In tema di mediazione delegata dal giudice*, in *La nuova proc. civ.*, 2015, fasc. 2; Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639.

⁹⁷ Al riguardo, si osserva, in effetti, che la mediazione genererebbe da un contesto ben diverso da quello negoziale, in cui verrebbe in rilievo l’*humus* valoriale della parte in lite, rispetto al quale sarebbe plausibile cogliere un ostacolo alla delega del potere conciliativo: RAITI, *op. cit.*, p. 573, per cui: “Ritenere che il formarsi della volontà conciliativa costituisce un processo esclusivamente coesenziale alla

come quello qui in esame scaturiscono, per ampia parte, da valutazioni collegate alla sfera più intima e personale dei soggetti direttamente coinvolti, ma questo non toglie che anche un rappresentante possa svolgere in modo efficace un ruolo in questo contesto.

L'argomento letterale che fa leva sulla menzione della presenza dei difensori a fianco delle parti, prova troppo: la norma, infatti, si preoccupa di chiarire la natura necessaria dell'assistenza da parte dell'avvocato (almeno nella mediazione obbligatoria) ma non esclude che la parte possa farsi rappresentare da un altro soggetto o, almeno in ipotesi, dal proprio avvocato (che in ogni caso deve essere presente)⁹⁸.

Sul piano pratico, escludere *tout court* l'utilizzo della rappresentanza può, in alcuni casi, negare qualsiasi *chance* di successo al tentativo di mediazione. La rappresentanza, per esempio, può essere utilmente valorizzata in caso di pluralità di parti che esprimano un medesimo centro di interessi e che indichino uno di loro come "portavoce" del gruppo, oppure rispetto a soggetti che possano avere impedimenti della più varia natura (da quella fisica a quella economica) a prendere parte al procedimento (ciò che, si ricorda, può implicare anche trasferte da una città all'altra). Imporre, in casi del genere, a (tutte) le parti interessate di essere presenti personalmente può implicare difficoltà insuperabili e oneri e costi eccessivi, incompatibili con un'interpretazione costituzionalmente orientata delle misure alternative per la soluzione delle liti.

Appare dunque preferibile ritenere che la parte sia libera di farsi rappresentare da un altro soggetto avanti al mediatore⁹⁹. Sul piano giuridico, nulla sembra escludere che tale soggetto possa essere lo stesso avvocato della parte. Alcuni anzi, rivendicano la piena legittimità di tale "delega", ritenuta del tutto coerente con il ruolo

psiche della parte in lite esclude dunque che il fenomeno rappresentativo volontario possa riguardarlo".

⁹⁸ In questo senso BOVE, *op. cit.*, p. 72.

⁹⁹ V. per esempio Trib. Cassino, ord., 16 dicembre 2014, in www.101mediatori.it; Trib. Bologna, ord., 6 novembre 2014, in www.giuraemilia.it, che, peraltro, propone anche la partecipazione, in presenza di un giustificato motivo, anche a mezzo di supporto digitale, quale *Skype*. Anche Trib. Napoli Nord, 27 gennaio 2017, ord., in www.101mediatori.it, ritiene ammissibile che l'incontro di mediazione si svolga alla presenza di un delegato della parte.

attribuito all'avvocato dall'ordinamento¹⁰⁰. Il cumulo del ruolo di rappresentante a quello di difensore della parte potrebbe, piuttosto, apparire inopportuno ma non sanzionabile nei termini enucleati dalla giurisprudenza qui criticata¹⁰¹.

8. Valutazioni conclusive

In conclusione, la mediazione delegata si inserisce a pieno titolo in una dinamica di *case management* nel senso enucleato in queste pagine, ma può produrre buoni risultati solo se utilizzata dal giudice facendo applicazione del principio di collaborazione.

Appare inoltre opportuno che il giudice, nel rimettere le parti avanti al mediatore, chiarisca i motivi per cui ritiene necessario esperire tale tentativo, magari valorizzando i profili collegati al principio di proporzionalità.

Quanto al principio di flessibilità, esso impone di non vedere la mediazione come un istituto di applicazione universale, da imporre alle parti a prescindere da una valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi della controversia specifica.

In questa disamina sull'utilizzo di strumenti alternativi di soluzione delle controversie nell'ambito della gestione manageriale di una controversia da parte del giudice non può omettersi l'esame di una norma del codice di rito nuova come numerazione ma che riprende e "aggiorna" il tradizionale istituto della conciliazione giudiziale.

Il riferimento è, ovviamente, all'art. 185-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 77 del decreto legge del 2013 e rubricato "Proposta di conciliazione del giudice".

¹⁰⁰ V. però le osservazioni di SANDULLI, *op. cit.*, per cui, alla luce della nuova legge professionale, "il professionista integra l'anello necessario per l'esercizio della tutela, funzione questa che si può estendersi anche alla procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione". Anche per RUVOLO, *op. cit.*, p. 1006, sarebbe diritto delle parti eventualmente conferire una procura di carattere sostanziale anche all'avvocato difensore.

¹⁰¹ Al riguardo, il Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, *cit.*, con una presa di posizione "intermedia", ammette la possibilità per la parte di farsi rappresentare da persona informata dei fatti e dotata di procura sostanziale scritte, ma diversa dal difensore.

La storia del “tentativo di conciliazione” da parte del giudice nel nostro codice di procedura, come noto, è lunga e tribolata. Il ruolo del giudice come “facilitatore” della composizione del contenzioso tra le parti ha vissuto, nel tempo, alti e bassi e non è questa la sede per ripercorrerla in modo analitico.

Vale comunque la pena ricordare come la legge n. 353 del 1990 avesse generalizzato la comparizione personale delle parti in prima udienza per consentirne l’interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione da parte del giudice, universalizzando la disposizione già presente nel processo del lavoro.

La riforma del 1990, in questo ambito, aveva registrato un in-controverso insuccesso e le sue disposizioni al riguardo erano state rapidamente modificate, sia sul piano dell’interrogatorio libero delle parti, sia su quello del tentativo di conciliazione da parte del giudice.

In particolare, l’art. 183 c.p.c., dal 2005, non prevede più la necessaria comparizione delle parti alla prima udienza né il loro tentativo di conciliazione in tale sede; l’art. 185 c.p.c., dal canto suo, nella sua attuale formulazione, prevede che il tentativo giudiziale di conciliazione tra le parti comparse avanti al giudice sia possibile solo su richiesta congiunta delle parti, salva l’applicazione dell’art. 117 c.p.c., per quanto riguarda l’interrogatorio libero delle parti stesse.

L’introduzione dell’art. 185-*bis* c.p.c., dunque, rappresenta un’inversione di tendenza apparentemente estemporanea¹⁰², un ulteriore tentativo di un legislatore sull’orlo di una metaforica crisi di nervi di cercare di deflazionare il contenzioso civile con strumenti conciliativi¹⁰⁵.

Rispetto alle esperienze del passato, peraltro, la nuova norma appare molto più efficace. Si va oltre, infatti, il tradizionale tentativo

¹⁰² In effetti tale novità ha registrato l’ostilità dei primi commentatori, che l’hanno considerata una norma dannosa, in quanto non coordinata con le altre disposizioni in materia: v. G. FINOCCHIARO, *Rischio incertezza sulla conciliazione giudiziale*, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 28, p. 86.

¹⁰⁵ Il ruolo deflattivo del nuovo istituto appare evidente anche in ragione della sua applicabilità anche ai procedimenti in corso, sin dalla data di entrata in vigore del decreto legge; Trib. Nocera Inferiore, ord., 27 agosto 2013; Trib. Roma, ord., 23 settembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 41, p. 18; Trib. Roma, ord., 23 settembre 2013, *ivi*, p. 17; Trib. Milano, ord., 4 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*. Trib. Milano, 26 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*.

di conciliazione (obbligatorio o non) che il giudice possa effettuare con maggiore o minore convinzione. Qui, infatti, si mette in condizione il giudice stesso di facilitare tale conciliazione attraverso la formulazione di una proposta transattiva o conciliativa per la definizione della controversia¹⁰⁴. Proposta che le parti debbono considerare con serietà non solo per l'autorevolezza del soggetto che la prospetta ma anche per le conseguenze negative che la legge collega al suo eventuale rigetto.

Il legislatore, nell'introdurre nel contesto del processo civile la "proposta" del giudice ha, come sempre, giocato al risparmio, facendo coincidere la figura del giudice "conciliatore" con quella del giudice "aggiudicatore", ovvero una soluzione più economica rispetto a quella di attribuire il potere di formulare la proposta a un soggetto non chiamato poi a decidere la controversia, in caso la sua proposta non sia accolta dalle parti.

In effetti, la coincidenza tra le due figure pone problemi teorici e pratici di una certa rilevanza, che il legislatore nostrano ha considerato solo per stabilire che la formulazione della proposta non costituisce motivo di ricusazione del giudice che l'ha formulata: in questo modo, evidenziando (piuttosto che attenuare) le preoccupazioni circa le possibili ricadute che la proposizione della proposta possa avere rispetto alla terzietà e imparzialità del giudice che l'ha formulata almeno per quanto riguarda la percezione delle parti.

Escludere l'applicazione dell'istituto della ricusazione evita intoppi all'andamento del procedimento ma è in qualche modo l'espressione di una "falsa coscienza" di un legislatore consapevole del problema ma che, piuttosto che affrontarlo, preferisce nascondere sotto un metaforico tappeto.

Anche la giurisprudenza appare consapevole di questo dilemma, cui risponde affermando, per esempio, che la proposta del giudice deve essere "illuminata da una dose di equità", propria "solo" di tale fase e dunque "dissociando" la proposta dalla decisione sul

¹⁰⁴ Per uniformare il rito del lavoro a quello ordinario, all'articolo 420, comma 1°, periodo 1°, dopo la parola "transattiva" sono aggiunte le parole "o conciliativa"; allo stesso comma, periodo 2°, dopo la parola "transattiva" sono aggiunte le parole "o conciliativa".

piano del parametro di riferimento (soluzione equitativa rispetto a soluzione giuridica)¹⁰⁵.

Il testo della norma, come uscito dalla conversione in legge del decreto, configura peraltro un istituto meno invasivo di quello originariamente tratteggiato: nel decreto legge, infatti, si prevedeva un vero e proprio obbligo del giudice di formulare una proposta alle parti; la formulazione attualmente in vigore, invece, lascia al magistrato un potere discrezionale in tal senso. La proposta, infatti, è formulata “ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all’esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto”¹⁰⁶.

Sono proprio questi profili quelli più interessanti nel contesto di questo studio, dal momento che mettono in relazione la proposta del giudice con il principio di proporzionalità.

La *ratio legis*, in effetti, appare quella di agevolare la conciliazione delle cause di modesto valore e quelle in cui la soluzione giuridica appaia più agevole, che, in effetti, rappresentano la maggioranza dei procedimenti pendenti¹⁰⁷.

Il nuovo istituto, poi, può combinarsi anche con il principio di collaborazione: la proposta del giudice, infatti, può scaturire dallo spirito collaborativo manifestato nel corso del procedimento dalle parti, che già si siano scambiate tra loro proposte¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Trib. Roma, 21 ottobre 2013, ord., in *Guida dir.*, 2013, fasc. 45, *Ins. speciale*, p. IX.

¹⁰⁶ Per Trib. Roma, 23 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*, l’esistenza di una questione di facile e pronta soluzione di diritto, che legittima l’applicazione dell’art. 185-*bis* c.p.c., trova il suo fondamento logico nell’evidente dato comune che è meno arduo pervenire a un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall’inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell’esito applicativo che il giudice ne dovrà fare; Trib., Roma, 23 febbraio 2017, in *www.101mediatori.it*.

¹⁰⁷ Per un riferimento indiretto al principio di proporzionalità in questo contesto, v. Trib. Milano, ord., 21 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*, per cui, al cospetto di una causa che, già *in itinere*, abbia avuto un corso sproporzionato rispetto ai termini reali della controversia, è opportuno che il giudice formuli una proposta conciliativa, sulla base dei fatti pacifici e non contestati (in termini anche Trib. Torino, 7 novembre 2016, ord., in *www.101mediatori.it*).

¹⁰⁸ Trib. Bari-Modugno, 31 ottobre 2013, ord., in *Guida dir.*, Speciale, 2014, n. 2, p. XIV.

La prima giurisprudenza applicativa denota un utilizzo molto diffuso della nuova “prerogativa” riconosciuta al giudice dall’art. 185-*bis* c.p.c., utilizzato per ogni tipo di controversia, incluse, per esempio, quelle in materia di diritto di famiglia¹⁰⁹.

La proposta del giudice può avere natura transattiva (e prevedere reciproche concessioni) ovvero conciliativa (priva di reciproche concessioni ma idonea a risolvere la lite, anche tenendo conto di questioni di lite tra le parti ma non rientranti nell’oggetto dello specifico processo pendente)¹¹⁰. La proposta conciliativa, proprio per il suo contenuto “eterodosso” rispetto all’oggetto del processo richiede peraltro una conoscenza più ampia dei rapporti tra le parti che un giudice non ha e difficilmente può ottenere anche convocando avanti a sé le parti per un interrogatorio libero.

Sul piano del contenuto, comunque, al giudice è lasciato ampio spazio di manovra, anche rispetto ai parametri di cui può tenere conto nella sua valutazione, come la presenza di questioni di fatto pacifiche o di questioni di diritto facilmente risolvibili¹¹¹ o il valore modesto della controversia¹¹².

¹⁰⁹ Trib. Milano, decr., 26 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*, lo applica in una fattispecie di modifica delle condizioni di divorzio; lo stesso tribunale, in un provvedimento in pari data, rel. Buffone, in *www.ilcaso.it*, afferma che il nuovo istituto è applicabile al diritto di famiglia, in quanto espressione di un principio generale, anche per il fatto di distinguere tra proposta transattiva e conciliativa e per la difficoltà di ammettere settori o comparti divisi dell’ordinamento in cui il giudice possa o non possa aiutare i litiganti a pervenire a un assetto condiviso per la soluzione pacifica della causa.

¹¹⁰ Per una fattispecie v. Trib. Milano, ord., 14 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*: in un procedimento per la modifica delle condizioni di un divorzio, il giudice propone una conciliazione con riferimento anche la divisione dell’immobile di proprietà comune e alla rivendicazione della quota di tfr.

¹¹¹ Trib. Nocera Inferiore, ord., 27 agosto 2013; al riguardo, si afferma che: “è meno arduo pervenire a un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall’inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell’esito applicativo che il giudice ne dovrà fare”: Trib. Roma, ord., 23 settembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 41, p. 17. Trib. Fermo, 17 ottobre 2013, ord., in *www.ilcaso.it*, rileva che la proposta del giudice risponde alla necessità di non protrarre un contenzioso praticamente inutile, in quanto relativo a questioni “seriali”, su cui il giudice si sia già pronunciato, “magari con sentenze pilota”.

¹¹² Trib. Nocera Inferiore, ord., 27 agosto 2013. Per Trib. Fermo, ord., 17 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*, la proposta di conciliazione del giudice è funzionale

Si deve ammettere anche la proposta “parziale”, ovvero che riguardi solo parte di una lite complessa sul piano oggettivo o soggettivo; allo stesso modo, si può giungere a un’accezione solamente parziale.

Quanto al momento processuale in cui la proposta può essere formulata, la norma ne favorisce un ampio utilizzo sul piano temporale, facendo riferimento “alla prima udienza” e comunque “sino a quando è esaurita l’istruzione”.

La questione non è di poco conto e da essa dipende almeno in parte l’efficacia del nuovo istituto.

Alcuni propongono una lettura restrittiva della norma, escludendo, in particolare, che la proposta possa essere esternata dopo la chiusura dell’istruttoria, sul rilievo che “una proposta formulata quando la causa è matura per la decisione significherebbe imporre al giudice di anticipare, esplicitando il contenuto della sua proposta, la sua probabile decisione finale, senza che agli atti possa sopravvenire alcun nuovo elemento istruttorio utilizzabile per la decisione”¹¹⁵.

In effetti, soprattutto nelle cause di più modesto valore, la proposta dovrebbe essere formulata in *limine litis*, per evitare la lievitazione delle spese legali: sovente, peraltro, l’inizio del procedimento (dopo, magari, un tentativo di mediazione dall’esito negativo o una negoziazione assistita naufragata nel nulla) è proprio il momento meno propizio, soprattutto se la causa del contendere è sorta in tempi ravvicinati, poiché di norma si tratta della fase di conflittualità più accesa. All’inizio del procedimento, inoltre, in mancanza di attività istruttoria costituenda, il giudice potrebbe non disporre di elementi su cui costruire una “buona” proposta (che vada oltre il salomonico

all’attivazione di “programmi sistematici di fuoriuscita dal processo nelle controversie di modesto valore”.

¹¹⁵ Trib. Milano, ord., 4 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*; per Trib. Milano, ord., 3 luglio 2013, in *Corr. mer.*, 2013, p. 941, la proposta conciliativa, di cui al nuovo art. 185-bis, deve essere formulata nella fase della trattazione e prima che sia chiusa l’istruttoria. Di conseguenza, quando la causa sia matura per la decisione senza attività istruttoria o ulteriore attività e resti all’ufficio solo stabilire in quale forma *ex art. 281-quinquies* o *sexies* c.p.c. essa debba essere decisa, non sussiste più per il giudice il potere/dovere di formulare una ipotesi conciliativa o transattiva.

dividere a metà il valore della pretesa, a prescindere da ogni considerazione di merito).

A ben vedere, un buon momento per la formulazione della proposta, in un'ottica di *case management*, è la fase successiva al deposito delle memorie *ex art.* 183, comma 6° c.p.c.: in questo momento, le parti hanno messo sul piatto tutte le rispettive produzioni e richieste istruttorie ma ancora non sanno quali mezzi di prova costituendi saranno ammessi e il relativo esito. Il giudice, per contro, è in grado di formulare una proposta che tenga conto dei possibili sviluppi dell'istruttoria, senza doversi sbilanciare rispetto alla valutazione di prove non ancora esperite: una proposta, dunque, calata sul merito della lite ma ancora sufficientemente "ipotetica" rispetto all'esito del giudizio¹¹⁴.

Larga parte della giurisprudenza, d'altro canto, favorisce una lettura più estesa della norma, ammettendo la formulazione della proposta anche alle porte dell'udienza di precisazione delle conclusioni.

In quest'ottica, il giudice quasi inevitabilmente radicherà la sua proposta nelle risultanze del materiale probatorio acquisito al procedimento, di fatto trasformando la proposta transattiva in una sorta di "progetto", se non di "anticipazione" di sentenza. Come abbiamo visto, questo scenario non pone problemi in termini di ricusazione, per espressa esclusione normativa. Sul piano pratico, d'altro canto, la proposta formulata alla vigilia della rimessione in decisione sarà vissuta dalla parte processualmente debole come una sorta di *exit strategy*, ma da quella che abbia l'istruttoria a suo favore come una inaccettabile limitazione delle proprie aspettative di tutela, soprattutto nelle cause di minore valore, il che potrebbe ostacolare la conciliazione della lite.

Al riguardo, per contro, si è osservato che la formulazione di una proposta conciliativa anche a causa interamente istruita sarebbe compatibile con lo spirito della nuova norma, sia perché tra i punti salienti dell'accordo bonario vi sarebbe la rinuncia all'impugnazione, ciò che permetterebbe di conseguire l'intento deflattivo del conten-

¹¹⁴ Per una fattispecie, v. Trib. Milano, 21 marzo 2014, ord., in *Giur. it.*, 2015, p. 641; Trib. Milano, 8 luglio 2014, ord., www.ilcaso.it.

zioso, sia perché la norma, rispetto alle tempistiche, non avrebbe natura imperativa e non sarebbe accompagnata da alcuna sanzione¹¹⁵.

Parte della giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere che il giudice possa motivare la sua proposta, per renderla più “appetibile” alle parti¹¹⁶. Ciò appare condivisibile in linea teorica: ove la proposta venga effettuata in una fase molto avanzata del procedimento, d’altro canto, il rischio è che tale motivazione sia riferita all’esito dell’istruttoria di lite. Come già si è accennato, diviene così davvero evidente il rischio di sovrapposizione concettuale tra proposta transattiva e anticipazione della decisione, ciò che in qualche modo snatura l’essenza stessa della conciliazione.

Le parti sono ovviamente libere di accettare la proposta formulata dal giudice, pur nella consapevolezza che, in caso di rifiuto, non ci si possa attendere una notevole divergenza tra proposta e decisione finale, soprattutto ove la proposta stessa sia avanzata dopo la chiusura dell’istruttoria.

D’altra parte, come si è anticipato, dal rifiuto della proposta del giudice possono derivare conseguenze sfavorevoli sul piano della ripartizione finale delle spese di lite.

In effetti, il nuovo art. 185-*bis* c.p.c. viene a riempire di contenuto la previsione dell’art. 91, comma 1° c.p.c.¹¹⁷ che, dopo la riforma a opera della l. n. 69 del 2009, stabilisce che se il giudice accoglie la domanda in misura non superiore all’eventuale proposta conci-

¹¹⁵ Trib. Nocera Inferiore, 29 gennaio 2014, ord., in *www.expartecreditoris.it*. Per esempio, Trib. Milano, 8 luglio 2014, ord., *www.ilcaso.it*, rileva che la proposta transattiva del giudice può prevedere una ragionevole e significativa decurtazione degli importi spettanti alla parte creditrice, in considerazione della speciale utilità che essa ricaverebbe da una soluzione transattiva in termini sia di rapidità della chiusura della procedura che di scongiuramento del rischio esecutivo successivo a una eventuale sentenza anche solo parzialmente favorevole.

¹¹⁶ “Si indicano alcune fondamentali direttrici che potrebbero orientare le parti nella riflessione sul contenuto della proposta e nella opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente”: Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 41, p. 17; Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, *ivi*, p. 18; Trib. Roma, 30 settembre 2013, ord., in *Guida dir.*, 2013, fasc. 45, *Ins. speciale*, p. III; Trib. Roma, 28 novembre 2013, ord., in *Guida dir.*, 2014, fasc. 2, *Inserto speciale*, p. V; Trib. Bari, 31 ottobre 2013, ord., *ivi*, p. XIV; Trib. Roma, 9 aprile 2014.

¹¹⁷ Trib. Nocera Inferiore, ord., 27 agosto 2013.

liativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta stessa al pagamento delle spese del processo maturate dopo la relativa formulazione, salva la compensazione delle spese per i motivi di cui all'art. 92, comma 2° c.p.c.

La prima giurisprudenza, inoltre, si è espressa favorevolmente anche rispetto al collegamento tra il rifiuto della proposta e la condanna per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3° c.p.c.¹¹⁸ o comunque nel senso di valutare negativamente ai fini della regolamentazione delle spese di giudizio il rifiuto senza legittimo motivo della proposta¹¹⁹.

Proprio in considerazione di tali conseguenze negative, appare necessario mettere in condizione le parti di motivare il proprio eventuale rifiuto della proposta formulata del giudice, sia in relazione alla sussistenza dei “giustificati motivi” che mettono fuori gioco la previsione dell'art. 91, comma 1° c.p.c., sia rispetto alla valutazione dell'*animus* processuale della parte¹²⁰.

¹¹⁸ Trib. Milano, decr., 26 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*, per cui tale ipotesi si può verificare laddove il litigante, con la dovuta prudenza e diligenza del caso, ben poteva e doveva accorgersi che il procedimento necessariamente non poteva che concludersi in quel modo; Trib. Roma, ord., 23 settembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 41, p. 17. Con riferimento a una controversia di cui era parte un'amministrazione pubblica, Trib. Roma, ord., 24 ottobre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 45, *Ins. speciale*, p. XIV, rileva che una “condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata” dell'amministrazione stessa, esporrebbe quest'ultima a danno erariale, sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo su una proposta del giudice o mediatrice comparativamente valutata rispetto al contenuto della sentenza: “Conseguenze che, in relazione alle circostanze del caso concreto, sarebbe doveroso segnalare agli organi competenti”. Per Trib. Roma, 30 ottobre 2014, in *Quot. giur.*, 2014, sussiste la responsabilità processuale aggravata, di cui all'art. 96, comma 3°, c.p.c. nel caso di rifiuto ingiustificato della proposta conciliativa formulata dal giudice ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c. o, in generale, nel caso di mancata valutazione della medesima proposta con serietà e attenzione. In tal caso, l'importo liquidato, parametrabile a un multiplo della somma liquidata a titolo di spese, ha natura indennitaria o, addirittura, sanzionatoria, al pari di una vera e propria pena privata.

¹¹⁹ Trib. Nocera Inferiore, ord., 29 gennaio 2014, in *www.expartecreditoris.it*, che, ai fini della valutazione della futilità del rifiuto ai fini della regolamentazione delle spese del giudizio, “onera le parti di depositare, in alternativa, le successive proposte e controproposte scambiate in seno all'eventuale trattativa instauratasi a seguito della proposta emessa dallo scrivente giudicante”.

¹²⁰ In questo senso Trib. Roma, 4 novembre 2013, ord., in *Guida dir.*, 2013, fasc. 49-50, *Ins. speciale*, p. IV.

Si ammette, inoltre, che, dopo la formulazione della proposta, il giudice, per l'ipotesi di rifiuto della stessa o anche a prescindere, rimandi le parti in mediazione, ai sensi dell'art. 5, comma 2° d. legisl. n. 28 del 2010 (v. *supra*)¹²¹.

La formulazione della proposta si presta, peraltro, ad allungare i tempi della definizione della lite. Sulla stessa, infatti, dovranno pronunciarsi le parti, cui, di norma, gli avvocati dovranno riferire quanto "messo sul piatto" dal giudice: ciò comporterà, di regola, il rinvio a un'udienza successiva¹²².

Ove la proposta sia accolta, della conciliazione (totale o parziale) della lite si darà atto con apposito verbale¹²³.

¹²¹ Trib. Roma, ord. 23 settembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 41, p. 17; Trib. Roma, 30 settembre 2013, ord., in *Guida dir.*, 2013, fasc. 45, *Ins. speciale*, p. III; Trib. Milano, ord., 11 novembre 2013, in www.lanuovagiustiziacivile.com: nella specie, una delle parti aveva accolto la proposta del giudice ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c., mentre l'altra l'aveva ritenuta inaccettabile; Trib. Roma, 28 novembre 2013, ord., in *Guida dir.*, 2014, fasc. 2, *Inserito speciale*, p. V, assegna alle parti un termine per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base della proposta formulata dal giudice e, per l'ipotesi di infruttuosa scadenza di tale termine, stabilisce l'inizio del successivo termine di 15 giorni per la presentazione dell'istanza di mediazione; Trib. Pavia, 9 marzo 2015, ord., cit.; Trib. Milano, 21 marzo 2014, ord., in www.ilcaso.it.

¹²² Trib. Roma, ord., 23 settembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 41, p. 17; Trib. Roma ord., 23 settembre 2013, *ivi*, p. 18; Trib. Roma, 30 settembre 2013, ord., in *Guida dir.*, 2013, fasc. 45, *Ins. speciale*, p. III.

¹²³ Con la precisazione che, poiché la redazione di un verbale separato da quello di udienza prevista dall'art. 88 disp. att. c.p.c. non è requisito di validità dell'atto, la conciliazione giudiziale - che produce per effetto dell'accordo delle parti effetti sostanziali e processuali - costituisce, in presenza dei requisiti di legge, titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c., anche se sia inserita nel verbale d'udienza, come avvenuto nel caso di specie: Cass., 18 aprile 2003, n. 6288; Trib. Nocera Inferiore, ord., 7 novembre 2013, in www.expartecreditoris.it.

CAPITOLO QUINTO

IL RITO SOMMARIO COME STRUMENTO DI SEMPLIFICAZIONE DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il procedimento sommario societario. – 3. Il procedimento sommario non cautelare nel disegno di legge “Mastella”. – 4. Il “modello” sommario nella semplificazione dei riti: la legge delega. – 5. (Segue): l’attuazione della delega. – 6. (Segue): modello sommario “obbligatorio” e questioni di costituzionalità. – 7. (Segue): altre caratteristiche del modello sommario “obbligatorio”. – 8. Cognizione ordinaria e cognizione sommaria: una definizione per sottrazione? – 9. (Segue): il panorama di riferimento, tra tutela differenziata dei diritti e sommarizzazione del processo.

1. *Introduzione*

Come si è visto nei capitoli precedenti, il processo ordinario di cognizione italiano è stato storicamente caratterizzato da molta rigidità. Esso propone in effetti un modello unico per le controversie a esso soggetto, con identiche modalità per l’introduzione del giudizio e la trattazione. Alcune varianti si riscontrano nella fase decisoria, con la possibilità di optare tra la tradizionale decisione a seguito di trattazione scritta e quella più snella, a seguito di discussione orale, ai sensi dell’art. 281-*sexies* c.p.c., o, a monte, con la possibilità per il giudice di rimettere la causa in decisione su una questione pregiudiziale o preliminare sin dalla prima udienza.

Per il resto, d’altro canto, il modello, nella sua struttura base, appare improntato a una notevole rigidità, che si traduce nell’irrelevanza della complessità della lite ai fini delle regole procedurali applicabili alla stessa e dunque nella sostanziale irrilevanza del prin-

cipio di proporzionalità, dal momento che, di base, al procedimento sono riservate risorse e tempo a prescindere da considerazioni legate alle caratteristiche del caso specifico.

Un modello processuale così caratterizzato male si adatta alle esigenze di urgenza e rapidità che caratterizzano tante situazioni sottoposte alla decisione del giudice.

Da sempre, dunque, l'ordinamento ha proposto modelli processuali alternativi per cercare di meglio soddisfare le esigenze di celerità di specifiche situazioni o tipologie di controversie. Gli ultimi decenni hanno, in effetti, visto il proliferare incontrollato di riti e sottoriti "speciali", della più varia natura e con funzioni diversificate.

Il più recente esempio di tale "fuga" dal modello procedimentale ordinario è costituito dal rito sommario di cognizione (artt. 702-*bis* ss. c.p.c.), che si presenta di particolare interesse per la presente indagine. Esso infatti, come si vedrà, appare l'esperienza (allo stato) più avanzata per l'implementazione nel nostro ordinamento processuale dei principi di flessibilità, proporzionalità e collaborazione, con modalità compatibili con i principi costituzionali del giusto processo.

Di procedimenti (a vario titolo) sommari, nel nostro ordinamento processuale, si parla, peraltro, da secoli¹.

In effetti, la storia del diritto processuale civile dimostra che, non appena viene delineato un procedimento ordinario per l'aggiudicazione sui diritti, tendono a svilupparsi, nella prassi o a livello normativo, modelli a esso alternativi, con forme meno sofisticate per arrivare in tempi più rapidi alla definizione del giudizio.

L'antenato storico dell'attuale procedimento sommario è tradizionalmente individuato nella decretale di Clemente V, del 1306, denominata *Clementina saepe*, che introdusse un modello processuale alternativo semplificato, con elementi di oralità, di officiosità².

¹ Sui precedenti storici più risalenti v. BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 724.

² V. DE OLIVEIRA, *Il formalismo nel processo civile (proposta di un formalismo-valutativo)*, Milano, 2013, p. 55 ss.; SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 59 ss., in particolare p. 64; ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, p. 6 ss.; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 2 ss.

Nel 1311, poi, con la decretale *Clementina dispendiosam*, il procedimento sommario fu esteso a tutte le liti. Nel tempo, come noto, il procedimento sommario prese il posto del procedimento ordinario nella pratica delle Corti secolari³.

La conferma più evidente dell'affermazione che precede si trova nell'esperienza del procedimento sommario nel codice di procedura civile del 1865⁴ e che, almeno sul piano terminologico, rappresenta l'antecedente del processo sommario di cognizione introdotto nel 2009.

In effetti, il codice di rito del 1865 prevedeva appunto un procedimento sommario a udienza fissa, per le cause che abbisognassero di istruzione, alternativo al modello ordinario⁵. Nel tempo, esso, nella prassi forense, aveva di fatto soppiantato il rito a cognizione piena⁶, diventando così diffuso che, con la legge n. 107 del 1901, si ufficializzò la sua prevaricazione rispetto al modello ordinario, venendo esso stesso "trasformato" in rito ordinario per le cause civili⁷. Forse proprio su questa esperienza storica si fonda la scommessa del legislatore del 2009, con riferimento, peraltro, a un contesto di riferimento totalmente mutato.

In epoca più recente, di procedimenti semplificati si è parlato in numerosi progetti di legge. In particolare, nel disegno di legge dele-

³ Sull'evoluzione storica, maggiori dettagli in ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 15 ss.; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 23 ss.

⁴ Su cui v., di recente, STANCO, *Il rito sommario dinanzi al foro (1865-1870)*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarola, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 2375 ss.; ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017, p. 95 ss.; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 32 ss.

⁵ In materia v., di recente, PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 6; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 28; sulla impostazione del processo civile nel codice del 1865, costruito "dal punto di vista delle parti" e non da quello del giudice come, per l'a., quello del 1940, v. CIPRIANI, *Giuseppe Pisanelli e il processo civile*, in *Rassegna dir. civ.*, 2001, p. 52 ss.

⁶ V. STANCO, *op. cit.*, p. 2391, che parla di utilizzo "in modo distorto" del rito sommario da parte degli avvocati; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 35.

⁷ BESSO, *op. cit.*, p. 724; MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 45; ANSANELLI, *op. cit.*, p. 143 ss.; v. p. 144 ss. sul r. d. n. 413 del 1901 "contenente larga parte delle soluzioni disciplinari che consentono il concreto funzionamento del nuovo rito sommario ordinario"; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 38; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 36.

ga per il nuovo codice di rito dei primi anni Ottanta, si prevedevano due processi speciali a cognizione piena, uno per le controversie davanti al giudice professionale e uno per il giudice onorario (con formalità ridotte), entrambi caratterizzati da un contraddittorio pieno, realizzato con modalità semplificate, ispirato ai principi di efficienza e di economicità⁸. Tale progetto prevedeva, al punto 26, un procedimento sommario in contraddittorio, per la pronta tutela di diritti a contenuto prevalentemente patrimoniale soggetti a pregiudizio imminente e irreparabile, in cui il giudice adito, con ricorso, espletata in modo informale anche d'ufficio l'attività istruttoria eventualmente necessaria per accertare in via sommaria la fondatezza del ricorso, avrebbe dovuto emettere i provvedimenti richiesti con ordinanza immediatamente efficace, contro la quale era ammessa opposizione con conseguente instaurazione di un processo ordinario⁹. Si trattava, in sostanza, di un *tertium genus* rispetto alla tutela cautelare e ingiunzionale.

Più di recente, all'inizio del nuovo secolo, Proto Pisani¹⁰ ha proposto, *de iure condendo*, un modello di processo sommario non cautelare a contraddittorio anticipato, in cui la domanda si presenta con ricorso, cui fa seguito la comparizione delle parti. Tale modello è caratterizzato dalla discrezionalità procedimentale e dalla possibilità di utilizzare sommarie informazioni, nell'ambito di una istruzione informale nel contraddittorio delle parti, a natura sommaria in quanto superficiale e basato su un giudizio di verosimiglianza e probabilità. Coerentemente con le posizioni teoriche del suo autore, il modello in esame prevede la pronuncia di un provvedimento privo del valore di sentenza, ma una efficacia meramente esecutiva e costitutiva. In caso di opposizione avverso tale provvedimento si instaura un procedimento a cognizione piena, con il recupero delle garanzie processuali trascurate nella fase sommaria.

⁸ V. PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 709.

⁹ PICARDI, *op. cit.*, p. 748.

¹⁰ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 390; v. ANSANELLI, *op. cit.*, p. 301.

2. *Il procedimento sommario societario*

L'antecedente storico più immediato dell'attuale procedimento disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. è però rappresentato dal procedimento sommario societario, già regolato dall'art. 19 del decreto legisl. n. 5 del 2003 e abrogato nel 2009 insieme al procedimento commerciale di cui rappresentava un'alternativa¹¹.

Si trattava, in effetti, di uno dei molteplici procedimenti o subprocedimenti introdotti dalla riforma del diritto processuale commerciale del 2003, destinato a offrire, nelle intenzioni del legislatore, una tutela più rapida, ancorché non necessariamente stabile, per diritti di cui fosse manifestamente fondata l'esistenza. Si prevedeva, infatti, la pronuncia di un'ordinanza non destinata a passare in cosa giudicata (se non impugnata in appello), a condizione che il giudice ritenesse sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto¹².

Sul piano del diritto comparato, si affermava che il punto di riferimento fosse rappresentato dal *référé* francese¹³: si trattava, infat-

¹¹ Su cui v., tra gli altri, TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, p. 74 ss.; AYTANO, *Costituzionalità del rito societario abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 267; BRIGUGLIO, *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in www.judicium.it; CANALE, *Il procedimento sommario e quello abbreviato: problemi e prospettive*, *ivi*; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359; CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1130; DELLA PIETRA, *Il procedimento sommario societario: molti dubbi e qualche certezza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 577; DI COLA, *Brevi note sull'istruttoria del procedimento sommario societario*, in *Giur. it.*, 2006, p. 113; LICCI, *Vizi e virtù del procedimento sommario societario*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1958; MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, in www.judicium.it; VOLPINO, *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 67; SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 467; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 182 ss.; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, *cit.*, p. 110.

¹² Per una ricostruzione "costituzionalmente orientata" di tale procedimento, LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 40 ss.

¹³ PORRECA, *op. cit.*, p. 45; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Padova, 2009, p. 237. Per CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari fra "decodificazione" e "sommarrizzazione"*, in *Davanti al giudice*, *cit.*, p. 95, peraltro, l'acco-

ti, di un vero e proprio procedimento alternativo a quello ordinario (societario), almeno per quanto atteneva la fase introduttiva della domanda e la prima fase processuale, definito come una nuova forma di tutela giurisdizionale con cognizione speciale, di natura sommaria, semplificata ed “esecutiva”, inidonea alla cosa giudicata¹⁴.

Nel pugno di anni in cui l'art. 19 è stato in vigore, il procedimento ivi disciplinato è stato, invero, poco utilizzato¹⁵, continuandosi a preferire, a parità di condizioni, la tutela monitoria¹⁶, anche alla luce di un dettato normativo non limpidissimo. D'altro canto, a quanto pare, nella prassi, la maggior parte dei ricorsi veniva respinta in sede sommaria¹⁷, ciò che ha evidente scoraggiato l'utilizzo del rimedio in esame.

Senza potere analizzare nel dettaglio tale istituto ormai relegato in una nota a piè di pagina della storia del diritto processuale civile, si può evidenziare che, come condizioni di ammissibilità, l'art. 19 richiedeva:

a) che la controversia avesse a oggetto il pagamento di una somma di denaro anche non liquida (ma comunque esigibile)¹⁸ o la consegna di una cosa mobile determinata, aprendo, in quest'ultimo caso, la porta ad azione di natura reale¹⁹. Oltre, in generale, alle

stamento al *référé-provision* del diritto francese, sarebbe stato erroneo. In effetti, come mette in evidenza CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 647, citando Roger Perrot, nel diritto, come nel linguaggio, bisogna diffidare dei falsi amici che inducono in errore con il pretesto della somiglianza.

¹⁴ Trib. Bari, 29 giugno 2006, ord., in *www.judicium.it*; Per LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., 2009, p. 106, si trattava dell'unico processo sommario non dichiarativo né cautelare.

¹⁵ CAPPONI, *Interferenze tra procedimento sommario societario e cautelare conservativo*, in *www.judicium.it*.

¹⁶ DI CIOMMO, *Aspetti problematici del processo sommario societario*, in *www.judicium.it*.

¹⁷ BARRECA, *Procedimento sommario societario e pronuncia di rigetto*, in *Giur. it.*, 2006, p. 355.

¹⁸ DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, in *Davanti al giudice*, cit., p. 322.

¹⁹ PICARONI, in *I procedimenti (D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5)*, II ed., a cura di Lo Cascio, Milano, 2005, p. 302; sulla non utilizzabilità di questo procedimento per ottenere la consegna di una determinata quantità di cose fungibili, v. DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario*, cit., p. 321. Si riteneva, per

azioni di accertamento o costitutive, erano peraltro escluse anche le azioni di responsabilità da chiunque proposte²⁰. In altre parole, il procedimento sommario societario era esclusivamente funzionale alla formazione di un titolo esecutivo²¹;

b) che l'oggetto della causa e le difese del convenuto fossero compatibili con la cognizione sommaria. Si trattava, in realtà, di condizioni implicite ma che dovevano comunque essere apprezzate discrezionalmente²² e insindacabilmente²³ dal giudice, in via cumulativa, come si vedrà a breve²⁴. In sostanza, l'attivazione del procedimento presupponeva la prospettazione di questioni che non richiedessero un'istruttoria complessa²⁵. Nell'incertezza del dettato normativo, si affermava che fosse non compatibile con questo modello procedimentale un oggetto particolarmente articolato o la domanda che prevedesse la partecipazione di un terzo²⁶. Le difese del convenuto, inoltre, dovevano basarsi su eccezioni *prima facie* infondate²⁷.

L'atto introduttivo era il ricorso²⁸, il cui contenuto doveva essere tendenzialmente esaustivo: non solo per fornire al giudice tutti gli elementi sulla cui base ritenere fondati i fatti costitutivi della domanda ma perché, potenzialmente, esso costituiva anche l'atto introdut-

esempio, ammissibile questo procedimento per ottenere la consegna di documenti da utilizzare come prova in un eventuale giudizio: Trib. Ferrara, ord., 4 giugno 2007 (data deliberaz.), con riferimento alla richiesta di documentazione bancaria. Sull'ambito di applicazione del procedimento, di recente, TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., p. 78.

²⁰ BARRECA, *op. cit.*, p. 358.

²¹ RUBINO, in *I procedimenti (D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5)*, cit., p. 301; VOLPINO, *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 93 ss. Per la giurisprudenza, peraltro, la domanda di condanna poteva anche essere conseguente alla declaratoria di nullità di un contratto, accertabile mediante un riscontro documentale di immediata soluzione, che non necessitasse di una cognizione complessa e non sommaria: Trib. Brindisi, ord., 29 marzo 2007, NRG 977/06, g. Palmieri; Trib. Torino, ord., 29 ottobre 2007, in www.ilcaso.it.

²² CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., p. 91.

²³ PICARONI, *op. cit.*, p. 310.

²⁴ DI CIOMMO, *op. cit.*

²⁵ Trib. Brindisi, 29 marzo 2007, cit.

²⁶ DI CIOMMO, *op. cit.*

²⁷ DI CIOMMO, *op. cit.*

²⁸ In generale, sulle regole procedimentali del modello in esame nel testo, TISCINI, *op. cit.*, p. 84 ss.

tivo dell'(eventuale) giudizio di merito a cognizione piena ordinaria, di cui, dunque, doveva soddisfare tutti i requisiti sul piano dell'*editio actionis*²⁹. In particolare, l'attore, nel prosieguo del procedimento, non avrebbe potuto avanzare pretese non già enunciate nel ricorso.

La competenza spettava al giudice del tribunale in composizione monocratica, con la precisazione che il giudice investito della fase sommaria, tendenzialmente, avrebbe dovuto assumere il ruolo di relatore nella eventuale fase di merito sottoposta alla decisione collegiale³⁰.

Si riteneva che il procedimento sommario commerciale fosse compatibile con la proposizione, da parte del convenuto, di una domanda riconvenzionale³¹⁻³².

Per alcuni, l'art. 19 avrebbe configurato un procedimento a cognizione sommaria da restringersi a una sola udienza³³; altri, più genericamente, affermavano che l'istruttoria avrebbe dovuto riguardare aspetti limitati della controversia o comunque essere agevolmente esperibile sul piano temporale³⁴. In ogni caso, si trattava

²⁹ DI COLA, *Brevi note sull'istruttoria del procedimento sommario societario*, in *Giur. it.*, 2006, p. 114. In sostanza, il ricorso avrebbe dovuto soddisfare i requisiti di forma/contenuto dell'art. 2 del decreto legislativo 5/2003, in quanto compatibili: PICARONI, *op. cit.*, p. 304.

³⁰ BARRECA, *op. cit.*, p. 359.

³¹ BARRECA, *op. cit.*, p. 358; DI COLA, *Brevi note*, cit., p. 114; PICARONI, *op. cit.*, p. 308.

³² La giurisprudenza, anzi, era arrivata ad ammettere che il convenuto potesse proporre, nel corso di un procedimento sommario, un'istanza cautelare ai sensi dell'art. 24 del decreto n. 5 del 2003: Trib. Bari, ord., 29 giugno 2006, g. Cassano, in *www.judicium.it*, per cui l'accertamento sommario contenuto nell'ordinanza avrebbe potuto reggere di suo la cautela sino a quando l'ordinanza non fosse stata caducata da una sentenza sull'impugnazione o – volendo – resa in un giudizio autonomamente instaurato; conf. CAPPONI, *op. cit.*

³³ Trib. Milano, 17 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 352 Trib. Verona, ord., 26 gennaio 2005, in *Giur. mer.*, 2005, I, p. 1133, che parlava di udienza *one shot*; DI COLA, *Brevi note*, cit., p. 117; DI COLA, *Il procedimento sommario*, cit., p. 335; *contra* BARRECA, *op. cit.*, p. 356, che non escludeva la possibilità di avere una pluralità di udienze per svolgere determinate attività, per esempio per sanare un vizio del contraddittorio; DELLA VEDOVA, *Cognizione speciale e struttura del procedimento. Analisi del processo sommario societario*, Milano, 2007, p. 123 ss.

³⁴ Trib. Verona, decr., 25 ottobre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, I, p. 1134; MINICHIELLO, *Procedimento sommario societario e limiti dell'istruzione*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1146.

evidentemente di un modello concentrato di trattazione, ritenuto incompatibile, per esempio, con provvedimenti di integrazione del contraddittorio³⁵.

I requisiti per l'accoglimento del ricorso erano piuttosto rigidi. La lettera della norma, infatti, sembrava escludere una valutazione in termini meramente probabilistici, prospettando, piuttosto, una fondatezza *prima facie* della domanda, alla luce di contestazioni palesemente prive di sostanza.

Il ricorso, infatti, poteva essere accolto: *a*) se fossero sussistiti i fatti costitutivi posti a base della domanda e *b*) se la contestazione del convenuto fosse apparsa manifestamente infondata. In sostanza, l'accoglimento del ricorso presupponeva una doppia valutazione, rispettivamente, di manifesta fondatezza della domanda e di manifesta infondatezza della difesa del resistente. Da questo punto di vista, si richiedeva che:

a) le difese del convenuto apparissero a prima vista inconsistenti o generiche³⁶, tali cioè da escludere *a priori* la rilevanza della relativa prova³⁷;

b) ovvero che il convenuto (costituito) non contestasse i fatti costitutivi della domanda del ricorrente³⁸: in quest'ottica, per alcuni, sarebbe stata da escludere la pronuncia dell'ordinanza contro il contumace³⁹.

³⁵ Trib. Milano, 17 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 352; *contra* BARRECA, *op. cit.*, p. 356, con riferimento all'art. 102 c.p.c.

³⁶ Trib. Parma, ord., 10 ottobre 2005, in www.giuraemilia.it, parlava in termini di pretestuosità od irragionevolezza; Trib. Nocera Inferiore, 31 luglio 2006, g. Di Lonardo, in www.ilcaso.it, per esempio, aveva ritenuto manifestamente infondata la difesa della banca convenuta che sosteneva di avere già fornito la documentazione richiesta al cliente ma non aveva fornito prova documentale di tale consegna né formulato istanze di prova orale al riguardo. Per Trib. Napoli, 10 ottobre 2007, in www.ilcaso.it, non era manifestamente infondata la difesa di una banca che, sostenendo di avere già fornito al cliente la documentazione da questa richiesta, pretendeva di ottenere le spese per fornire un duplicato della stessa.

³⁷ PICARONI, *op. cit.*, p. 309.

³⁸ Per PICARONI, *op. cit.*, p. 306, però, la contestazione non avrebbe assolto il ricorrente dall'onere di provare la mancata contestazione.

³⁹ DI COLA, *Brevi note*, cit., p. 116; PICARONI, *op. cit.*, p. 306. di segno contrario, però, Trib. Bologna, ord., 19 gennaio 2005, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 29, p. 75.

L'aspetto più problematico riguardava l'attività istruttoria che il giudice avrebbe (eventualmente) potuto svolgere per verificare la sussistenza dei presupposti previsti dalla norma.

Alcuni, in effetti, sostenevano che non vi fosse spazio per un'istruttoria, ritenendo che il carattere "sommarrissimo" del procedimento stesse proprio nel fatto che il giudice avrebbe dovuto valutare la sussistenza del diritto dedotto in giudizio sulla sola base degli elementi allegati dalle parti⁴⁰. La maggioranza degli interpreti, per contro, riteneva che l'accertamento dei presupposti indicati dalla norma ammettesse lo svolgimento di un'istruttoria, anche se limitata ai fatti costitutivi fatti valere dal ricorrente⁴¹.

Da questo punto di vista, si riteneva che la cognizione del giudice dovesse comunque essere sommaria, nell'ottica deflativa sottesa all'istituto nonché in considerazione del fatto che l'istruttoria piena sarebbe stata incompatibile con l'efficacia non vincolante dell'ordinanza⁴². Al riguardo, si affermava che l'istruttoria avrebbe dovuto basarsi sull'evidenza del diritto (sommarietà per superficialità) e sulla non contestazione⁴³. Per alcuni, però, la cognizione sarebbe stata sommaria proprio in quanto volta ad accertare, in modo pieno, solo i fatti costitutivi e non le eccezioni del convenuto⁴⁴. La non

⁴⁰ PARISI, TRINCHI, *Riflessioni sull'esercizio del diritto di riscatto nei contratti di assicurazione sulla vita contenenti designazione irrevocabile del beneficiario e sulla qualità della cognizione nel procedimento sommario societario ex art. 19 d.lgs. n. 5/2003*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 83.

⁴¹ BARRECA, *op. cit.*, p. 358; PICARONI, *op. cit.*, p. 309.

⁴² DI COLA, *Brevi note*, cit. p. 114; VOLPINO, *op. cit.*, p. 81 ss., proponeva pure una interpretazione alternativa, per cui, con la locuzione "ove ritenga sussistenti", il legislatore avesse inteso "i fatti allegati dall'attore a un vaglio di natura spiccatamente superficiale (e largamente discrezionale).

⁴³ Per esempio, Trib. Nocera Inferiore, 31 luglio 2006, g. Di Lonardo, in *www.ilcaso.it*, in relazione alla domanda di consegna di documentazione bancaria, riteneva dimostrati i fatti costitutivi posti a fondamento della domanda in base all'ammissione, da parte della banca circa l'effettiva stipula di un contratto, accompagnata dall'affermazione di avere già consegnato tutta la documentazione richiesta al richiedente.

⁴⁴ DI CIOMMO, *Aspetti problematici*, cit.; FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 807, evidenzia in effetti come il procedimento dovesse assicurare una qualità cognitiva sui fatti costitutivi non distante da quella propria del procedimento dichiarativo; per PARISI, TRINCHI, *Riflessioni*, cit., p. 82, in sostanza, si richiedeva al giudice, innanzitutto, una deliberazione

manifesta infondatezza delle eccezioni del convenuto, per contro, avrebbe dovuto essere valutata su basi di verosimiglianza⁴⁵ e dunque alla stregua di una valutazione dell'*id quod plerumque accidit*, apparendo la manifesta infondatezza della contestazione assolutamente incompatibile con una qualunque attività istruttoria⁴⁶.

Si riteneva, a ogni modo, che, affinché la sua difesa non fosse ritenuta manifestamente infondata, il convenuto fosse gravato dall'onere di indicare mezzi di prova, dall'esame della cui rilevanza e ammissibilità⁴⁷ il giudice potesse trarre la convinzione di dovere passare alla fase di merito ordinario, con conversione del rito⁴⁸.

Aderendo alla tesi favorevole alla possibilità di svolgere, nella fase sommaria, un'attività istruttoria, sorgevano dubbi rispetto ai mezzi di prova ivi utilizzabili. Larga parte della dottrina escludeva che si potessero utilizzare solo prove documentali⁴⁹, osservando che, altrimenti ragionando, il procedimento sarebbe stato un inutile doppione del rito monitorio⁵⁰. Venivano dunque ritenute ammissi-

sommaria dei fatti costitutivi con la conseguenza ulteriore che la domanda potesse essere accolta ogniqualevolta, *prima facie*, sulla base dei soli elementi allegati e delle eventuali prove precostituite prodotte, i fatti costitutivi del diritto apparissero probabilmente esistenti senza bisogno di compiere alcuna ulteriore attività istruttoria. Per Trib. Venezia, ord., 12 dicembre 2006, in *Corr. giur.*, 2008, p. 72, peraltro, il procedimento *ex art. 19 d. legisl. n. 5 del 2003*, si prestava a una piena valutazione delle prove costituite e poteva, quindi, proseguire, senza cambiamento di rito, allorché, fatta istanza di verificaione, questa venisse rigettata perché ritenuta ininfluyente ai fini del giudizio e perché, in ogni caso, non seguita dalla produzione in originale del documento.

⁴⁵ Al riguardo, VOLPINO, *op. cit.*, p. 79, ritiene che in questo modo le parti si venissero a trovare in una situazione di squilibrio difficilmente giustificabile, "facendo gravare sull'attore oneri processuali notevolmente più pesanti di quelli che incombono al convenuto".

⁴⁶ PARISI, TRINCHI, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁷ Trib. Milano, ord., 7 ottobre 2004, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 4, p. 81, ha ritenuto infondate le eccezioni non provate documentalmente, rispetto alle quali fosse vietata la prova testimoniale *ex art. 2725 c.c.*, qualora il convenuto non avesse dedotto alcun'altra prova.

⁴⁸ DI CIOMMO, *op. cit.*

⁴⁹ BARRECA, *op. cit.*, p. 358, che ammetteva un'istruttoria deformalizzata e non di lunga durata: se fosse servita necessariamente una prova scritta, nella maggior parte dei casi sarebbe stato più economico chiedere un decreto ingiuntivo.

⁵⁰ Altri escludevano *tout court* l'espletamento di alcuna attività istruttoria: v. Trib. Salerno, ord., 26 ottobre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, I, p. 1133.

bili anche informazioni assunte informalmente dal giudice⁵¹, l'applicazione dell'art. 213 c.p.c., l'audizione di informatori, l'esperimento di una CTU (possibilmente con risposta immediata in udienza)⁵², il giuramento suppletorio⁵³, l'assunzione di prove costituende⁵⁴. Si è pure affermato che potessero essere utilizzate tendenzialmente solo prove tipiche⁵⁵, con ciò intendendo che dovesse pretendersi un elevato grado di probabilità circa l'esistenza del diritto⁵⁶.

La caratteristica principale del modello procedimentale qui in esame era di prevedere, all'esito della fase sommaria, o un'ordinanza di accoglimento (qualora fossero stati soddisfatti i presupposti sopra enunciati) ovvero un provvedimento di conversione del rito, con passaggio al modello ordinario (societario), nelle ipotesi in cui il giudice avesse ritenuto che l'oggetto della causa o le difese del convenuto richiedessero una cognizione non sommaria. In quest'ottica, si era ritenuto che la conversione di rito potesse avvenire anche qualora l'oggetto della causa che involgesse problematiche pure in diritto di particolare complessità⁵⁷.

In caso di conversione, il processo, a impulso di parte, sarebbe continuato con la concessione all'attore di un termine ai sensi dell'abrogato art. 6 d. legisl. n. 5 del 2003⁵⁸, decorrente dal giorno della

⁵¹ DI COLA, *Brevi note*, cit., p. 115; Trib. Verona, decr., 25 ottobre 2004, in *Giur. mer.*, 2005, I, p. 1134; PICARONI, *op. cit.*, p. 310, escludeva invece il carattere informale dell'istruttoria.

⁵² Conf. PICARONI, *op. cit.*, p. 302.

⁵³ Trib. Verona, ord., 26 gennaio 2005, in *Giur. mer.*, 2005, I, p. 1133.

⁵⁴ DI CIOMMO, *op. cit.*; *contra* Trib. Verona, 26 gennaio 2005, cit.

⁵⁵ Trib. Verona, 26 gennaio 2005, cit.

⁵⁶ DI COLA, *Brevi note*, cit., p. 116.

⁵⁷ BARRECA, *op. cit.*, p. 357, che portava l'esempio della causa che richiedesse accertamenti incidentali o pregiudiziali), ovvero quello che presupponesse una preliminare pronuncia dichiarativa / costitutiva di nullità / annullamento / risoluzione di un contratto e comunque un esame approfondito della condotta precontrattuale e contrattuale delle parti; Trib. Bologna, ord., 16 ottobre 2006, in www.giuraemilia.it. Critica su questa "passerella" al rito ordinario, anche in mancanza di istanza di parte, TISCINI, *op. cit.*, p. 95. Parte della giurisprudenza riteneva che il passaggio al rito ordinario dovesse essere disposto anche in caso di ricorso sommario proposto per una controversia non rientrante nell'ambito del rito societario: Trib. Salerno, 1° febbraio 2008, *Giur. mer.*, 2008, p. 2247.

⁵⁸ Trib. Milano, 17 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 352, che rinviava a tale fase l'integrazione del contraddittorio; dubbi al riguardo di BARRECA, *op. cit.*, p. 357.

comunicazione del provvedimento⁵⁹. In altre parole, la fase a cognizione piena che si svolgeva a seguito dell'ordinanza di mutamento di rito aveva natura prosecutoria, rispetto a quella sommaria iniziale.

Come si desumeva dall'inciso "ovvero in ogni altro caso in cui non dispone a norma del comma 2-bis", la norma escludeva, invece, la pronuncia di un'ordinanza di rigetto nel merito⁶⁰. Al riguardo, si osservava che il ricorrente esercitava un'unica azione di cognizione che poteva risolversi nella sola fase sommaria ovvero trasmigrare alla fase di cognizione piena senza alcune necessità per il ricorrente di integrare, modificare o regolarizzare l'atto introduttivo.

Come si è visto, l'alternativa alla conversione del rito era l'accoglimento del ricorso con ordinanza, qualificata espressamente come titolo esecutivo nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale⁶¹. L'art. 19 prevedeva che tale ordinanza fosse appellabile⁶², ma la dichiarava priva di efficacia *ex art. 2909 c.c.* in caso di mancata impugnazione⁶³. In altre parole, la legge, in questo caso, configurava il primo grado come procedimento sommario sia nella funzione che nella struttura, prevedendo esclusivamente la stabilizzazione degli effetti della decisione a seguito di un secondo grado di giudizio, a cognizione piena⁶⁴.

⁵⁹ Trib. Parma, ord., 10 ottobre 2005, in *www.giuraemilia.it*. Ciò implicava che le parti non potessero essere rimesse in termini rispetto ad attività processuali che avrebbero dovuto compiere nei rispettivi atti introduttivi: BARRECA, *op. cit.*, p. 357.

⁶⁰ BARRECA, *op. cit.*, p. 355; TISCINI, *op. cit.*, p. 93 ss.

⁶¹ MINICHELLO, *op. cit.*, p. 1141.

⁶² MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 195, riteneva tale ricorso all'appello "difficilmente comprensibile", dal momento che provocava una duplice stranezza: "da un lato, la conversione del rito da sommario in ordinario in sede di impugnazione, e, dall'altro lato, l'emissione, a conclusione del giudizio di impugnazione, anche in caso di conferma dell'ordinanza, di un provvedimento avente forma di sentenza e idoneo al giudicato sostanziale".

⁶³ Di recente, in materia, TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., p. 101; LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 51, molto critico.

⁶⁴ Per un esame di questa struttura nel prisma dei principi costituzionali del giusto processo, LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, III ed., Torino, 2011, p. 619 ss.

Come conseguenza, all'ordinanza non impugnata si doveva attribuire esclusivamente efficacia esecutiva (del tutto in linea, peraltro, con il limitato ambito di applicazione oggettivo dell'art. 19), senza alcuna stabilità⁶⁵.

Contro tale ordinanza, peraltro, alcuni ammettevano l'opposizione all'esecuzione, anche dopo il decorso del termine per l'appello⁶⁶, ma la maggioranza degli interpreti si esprimeva in senso difforme: valorizzando il riferimento all'appello, infatti, si negava che, in sede di opposizione all'esecuzione, si potessero svolgere quelle stesse censure di merito deducibili esclusivamente con l'impugnazione⁶⁷.

Si affermava anche che l'opposizione non avrebbe potuto rimettere in discussione il merito dell'ordinanza ma solo fare valere fatti estintivi, impeditivi o modificativi successivi allo scadere del termine per appellare. Per altri ancora, avrebbe operato, rispetto all'ordinanza non appellata, una preclusione *pro iudicato* che non avrebbe pregiudicato l'accertamento sui rapporti connessi per pregiudizialità/dipendenza o sulla fonte del credito⁶⁸.

Al riguardo, a me pare che il legislatore avesse voluto tenere nettamente distinte due diverse ipotesi: da un lato, l'ordinanza sommaria che accoglieva il ricorso (mai quella di rigetto)⁶⁹ avrebbe potuto essere impugnata con l'appello⁷⁰ e, in tal caso, la relativa sentenza avrebbe prodotto gli effetti dell'art. 2909 c.c.⁷¹; in questa

⁶⁵ LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 56.

⁶⁶ Da questo punto di vista, l'appello sarebbe la sede esclusiva in cui fare valere aspetti processuali collegati alla proponibilità del ricorso e ai presupposti per la concessione dell'ordinanza.

⁶⁷ CAPPONI, *Interferenze*, cit., p. 3; per una critica, v. LANFRANCHI, *op. ult. cit.*, p. 55.

⁶⁸ DI CIOMMO, *op. cit. Contra LANFRANCHI, Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 53; CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., p. 117.

⁶⁹ MINICHELLO, *op. cit.*, p. 1141.

⁷⁰ Al riguardo, VOLPINO, *op. cit.*, p. 90, osservava che la norma non prevedesse che contro l'ordinanza potesse essere proposto appello bensì "impugnazione davanti alla corte d'appello nelle forme di cui all'art. 20".

⁷¹ Qualora l'appello dovesse chiudersi con una pronuncia di mero rito, si riteneva che l'ordinanza conservasse l'efficacia riconosciuta dall'art. 19, comma 5°: VIVALDI, in *I procedimenti (D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5)*, cit., p. 342; sui dubbi interpretativi in merito all'oggetto dell'appello nel procedimento sommario socie-

ipotesi, esperito l'appello, il debitore non avrebbe potuto sollevare in sede di opposizione all'esecuzione contestazioni che avrebbero dovuto essere sollevate in sede di impugnazione⁷². In questo contesto, l'appello veniva ad assumere natura in realtà oppositoria⁷³, con l'anomalia che attività di cognizione piena sarebbe stata svolta solo in secondo grado. Da ciò derivava l'opportunità di attenuare il rigore dell'art. 345 c.p.c. rispetto all'ammissibilità di nuove prove in appello; in questo senso, in effetti, si era orientata la giurisprudenza, affermando che, data la sommarietà della fase di primo grado nel procedimento la fase d'appello avrebbe dato ingresso a una cognizione piena nell'ambito della quale, dunque, non avrebbero potuto essere ritenuti operanti *de plano* i limiti alle facoltà istruttorie delle parti di cui all'art. 345 c.p.c., di per sé previsti in relazione a due gradi del giudizio entrambi a cognizione piena e, come tali, da ritenere incompatibili, ai sensi dell'art. 20, d. legisl. n. 5 del 2003, con l'appello qui in esame⁷⁴.

tario, con particolare riferimento alla possibilità di proporre domande e prove nuove in deroga all'art. 345 c.p.c., v. VOLPINO, *op. cit.*, p. 86 ss., il quale osservava: "è giocoforza riconoscere la necessità di intervenire in via interpretativa sul giudizio di secondo grado, onde permettere che (...) in tale sede possano trovare ingresso elementi rimasti del tutto estranei al procedimento sommario". L'a., peraltro, a p. 89 ss., prospettava e propendeva per una ulteriore ipotesi ricostruttiva "tale per cui la decisione che conclude il giudizio di appello riguarderebbe, sempre e comunque, il solo effetto di condanna, proveniente dall'ordinanza impugnata". In quest'ottica, la sentenza di rigetto dell'impugnazione si sarebbe limitata "ad attribuire stabilità all'effetto puramente condannatorio", senza tuttavia eliminare la possibilità che, in un secondo momento, esso potesse essere soppiantato da un accertamento "a ogni effetto" recante un contenuto logicamente incompatibile. Per contro, la sentenza di accoglimento del gravame avrebbe eliminato l'effetto condannatorio ma senza fornire ai litiganti "alcuna dichiarazione circa l'effettiva esistenza della situazione sostanziale".

⁷² Si ammetteva la proponibilità delle impugnazioni straordinarie: OLIVIERI, *Le impugnazioni nel c.d. rito societario*, in www.judicium.it, p. 2.

⁷³ PICARONI, *op. cit.*, p. 313.

⁷⁴ App. Milano, 3 dicembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 2552, per cui la diversa ricostruzione del regime delle preclusioni nel procedimento *ex art. 19* del decreto legislativo n. 5 del 2003 si sarebbe tradotta in una sostanziale compressione del diritto di difesa confliggente con i principi costituzionali in materia *ex artt. 24 e 111 Cost.* Condivideva CARRATA, *Processo sommario societario e limiti dell'appello avverso l'ordinanza: riflessioni de iure condito e prospettive de iure condendo*, *ivi*, p. 2556. V. anche LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, *cit.*, p. 56 ss.; CARRATA, *I nuovi riti speciali societari*, *cit.*, p. 100.

Qualora invece l'ordinanza non fosse stata impugnata, essa sarebbe rimasta un provvedimento a soli effetti esecutivi, inidonea a spiegare qualsiasi effetto di accertamento vincolante, compresa anche la c.d. *preclusio pro iudicato*; il debitore, dunque, avrebbe potuto contestare l'esistenza del credito in altro procedimento o in sede di opposizione all'esecuzione⁷⁵. Per quanto tale conclusione potesse apparire incompatibile con la natura perentoria del termine previsto per la proposizione dell'appello, mi sembra che l'ultimo comma della norma fosse abbastanza chiaro nell'escludere soluzioni restrittive. La *ratio legis*, d'altronde, era quella di scoraggiare il debitore dal proporre appello, proprio in base alla mancanza di preclusioni derivanti da tale sua inerzia processuale.

Come già si è anticipato, l'esperienza applicativa dell'art. 19 del decreto legisl. n. 5 del 2003 non è stata particolarmente entusiasmante.

A parte l'ambito limitato di operatività della norma (confinato a una porzione di un contenzioso già di per sé settoriale come era quello di cui all'art. 1 del decreto legislativo n. 5 del 2003), l'art. 19 era formulato in modo da fare insorgere numerose perplessità e dubbi, scoraggiandone dunque l'utilizzo⁷⁶. Destava, comunque, interesse il tentativo di introdurre, tra gli strumenti di tutela sommaria dei diritti, un procedimento fondato su un vaglio di manifesta fondatezza della domanda e di manifesta infondatezza della difesa⁷⁷.

⁷⁵ In questi termini anche LANFRANCHI, *op. ult. cit.*, p. 56 ss.; TISCINI, *op. cit.*, p. 118 ss.; App. Milano, 3 dicembre 2007, cit.

⁷⁶ V. i rilievi di VOLPINO, *op. cit.*, p. 95, per cui proprio da tale esiguo impiego pratico si sarebbe potuto denotare il maggiore *appeal* per l'attore di un provvedimento idoneo a produrre, oltre alla condanna, anche la certezza in ordine all'esistenza del diritto.

⁷⁷ In effetti, in altri ordinamenti, un vaglio di tale natura è previsto (penso, in particolare, a quelli di *common law*), anche all'interno del procedimento "ordinario", per filtrare, in *limine litis*, le pretese o le difese che appaiano *prima facie* inconsistenti. Come noto, nell'esperienza anglo-sassone, si prevede, in tali ipotesi, la possibilità di pronunciare *summary judgments* che pongono termine al giudizio senza bisogno di dare corso al *trial*. Sul *summary judgment* nel diritto inglese v. ZUCKERMAN, *Civil procedure*, Butterworths, 2003, p. 250 ss.; PASSANANTE, *Processo civile inglese*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, p. 984; v. anche DE CRISTOFARO, *Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 295. Sulla situazione

3. *Il procedimento sommario non cautelare nel disegno di legge “Mastella”*

Dopo la poco positiva esperienza nel contesto del sommario societario di cui si è parlato nel paragrafo precedente, di procedimento sommario a natura non cautelare si tornava a parlare qualche anno fa, nel disegno di legge n. 1524/S/XV (c.d. disegno Mastella) del 2007⁷⁸.

L'art. 46 di tale elaborato prospettava appunto la disciplina di un procedimento sommario non cautelare in cui si prevedeva la pronuncia di un'ordinanza qualora il giudice avesse ritenuto verosimili, sulla base degli elementi acquisiti, i fatti posti a fondamento della domanda e non verosimili i fatti posto a supporto delle eccezioni.

Si trattava, dunque, di una sommarietà basata sulla “manifesta (in)fondatezza della domanda” e quindi, per definizione, su una cognizione né piena né esaustiva⁷⁹.

Il rimedio avrebbe dovuto essere proposto solo nelle azioni di condanna, avendo a oggetto soltanto il pagamento di somme di denaro ovvero la consegna o rilascio di cose⁸⁰, con la funzione di ridurre il carico di lavoro giudiziario, offrendo al creditore uno strumento più efficace rispetto al processo ordinario per ottenere in tempi rapidi un titolo esecutivo⁸¹.

negli Stati Uniti, GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 56 e, di recente YOWELL, *Race to judgment? An empirical study of Scott v. Harris and summary judgment*, in 85 *Notre Dame law rev.*, 2010, p. 1759, che osserva: “In three of the most cited cases in its history, the U.S. Supreme Court strongly encouraged the use of summary judgment as an efficient way to rid the federal dockets of frivolous claims before expensive trials”.

⁷⁸ Su cui v. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 107 ss.; MENCHINI, *op. cit.*, p. 202; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 120.

⁷⁹ CHIARLONI, *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 720, che lo avrebbe preferito al nuovo modello introdotto nel 2009.

⁸⁰ MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 68; VOLPINO, *op. cit.*, p. 69, osservava che, in ogni caso, il giudice avrebbe potuto accertare, ancorché senza effetti vincolanti, la situazione soggettiva da cui derivava la pretesa, trattandosi di un “presupposto ineludibile di qualunque pronuncia di condanna”.

⁸¹ V. anche GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 463, per la quale si trattava di completare quel

Contro l'ordinanza era proponibile il reclamo cautelare *ex art. 669-terdecies c.p.c.*

L'ordinanza, d'altro canto, era destinata a essere sostituita dalla sentenza emessa nell'(eventuale) procedimento di merito ma era qualificata come "irrevocabile" qualora la parte interessata non avesse promosso il giudizio di merito nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia o dalla comunicazione dell'ordinanza, previsione che aveva, invero, suscitato critiche da parte della dottrina⁸² che aveva evidenziato come, in ultima analisi, l'ordinanza sommaria qui in esame non sarebbe stato un provvedimento provvisorio⁸³.

Gli interpreti avevano, in effetti, espresso opinioni contrastanti rispetto a tale nuovo istituto. In particolare, Proto Pisani⁸⁴ aveva ritenuto "un'operazione di questa specie" inopportuna e da contrastare con forza, in quanto l'eccessiva semplificazione processuale che connotava il rimedio stesso avrebbe significato "una perdita secca in punto di garanzie", senza alcuna ragionevole giustificazione, con il rischio di non ottenere neppure l'obiettivo di accelerare i tempi del processo.

In ogni caso, il progetto Mastella non è mai andato in porto in quanto tale e il modello di procedimento sommario non cautelare ivi contemplato è rimasto totalmente sulla carta.

A distanza di pochi mesi, infatti, la legge n. 69 del 2009, nell'introdurre il procedimento sommario di cognizione, disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., ha fatto riferimento a un rito totalmente diverso nella struttura e negli effetti.

processo iniziato con l'attenuazione della strumentalità in materia cautelare, che ha portato a svincolare l'efficacia del provvedimento dal giudizio di merito, introducendo un processo sommario sganciato da qualsiasi valutazione sulla urgenza e sulla irreparabilità del pregiudizio.

⁸² LUIO, *Prime osservazioni*, cit., p. 122, affermava che il nuovo istituto "continua a essere abbacinato dal 'mito del giudicato', quasi che fosse logicamente impossibile fornire a chi ne ha bisogno un mero titolo esecutivo, senza costringerlo ad avere anche un accertamento dotato dell'efficacia dell'art. 2909 c.c."; LUIO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 617, rilevava pure che l'intitolazione dell'articolo sarebbe stata "bugiarda", in quanto quello ivi previsto non sarebbe stato un processo sommario non cautelare ma un processo speciale di cognizione.

⁸³ GHIRGA, *op. cit.*, p. 464.

⁸⁴ PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 45.

Come noto, peraltro, il procedimento sommario, in seno alla legge n. 69 del 2009, assume rilievo a due livelli: in primo luogo, appunto, come nuovo rito introdotto dal legislatore nella sua continua ricerca dello “strumento processuale perfetto” per la riduzione della durata dei processi e lo smaltimento del contenzioso arretrato; in secondo luogo, come “modello procedurale” di riferimento nell’ambito di un’attività di semplificazione dei riti di cui con la legge del 2009 si gettavano le basi.

4. *Il “modello” sommario nella semplificazione dei riti: la legge delega*

La legge n. 69, infatti, all’art. 54, conteneva una legge delega al Governo per l’emanazione di un decreto legislativo rivolto alla riduzione del numero dei procedimenti speciali⁸⁵.

Come si è visto nel capitolo terzo, in effetti, il nostro ordinamento processuale civile era all’epoca (e in larga parte è ancora) caratterizzato da una eccessiva quantità di riti diversi, con evidenti ricadute negative sulla gestione delle attività procedurali da parte degli operatori⁸⁶, nel contesto di un grave disorganizzazione dell’apparato giurisdizionale⁸⁷. Di fronte a uno scenario così frastagliato

⁸⁵ In argomento, v. SANTANGELI, *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili tra legge delega e decreti legislativi. Cronaca di una occasione in buona parte mancata. Tra pessimismo della ragione e ottimismo della volontà. Considerazioni introduttive e piano dell’opera*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 1 ss.; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 195 ss.; COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, p. 532 ss.; CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l’oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1296; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 76 ss.

⁸⁶ V. pure PORRECA, *Il decreto legislativo sulla semplificazione dei riti: qualche osservazione iniziale*, in *www.judicium.it*, p. 1. Come evidenzia CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione*, cit., p. 1283: “la moltiplicazione dei modelli è fonte di complicazioni e inefficienza”; v. anche p. 1289 ss. per una rassegna di procedimenti previsti nel nostro ordinamento processuale.

⁸⁷ RECCHIONI, *Modelli processuali e riduzione dei riti civili*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di Punzi, Torino, 2013, p. 115.

e tormentato, il legislatore del 2009 ha dunque cercato di attivare un meccanismo virtuoso di riduzione del numero dei procedimenti “speciali”, contribuendo così alla semplificazione della prassi giudiziaria e alla certezza del diritto⁸⁸.

La legge delega contenuta nell’art. 54 della legge n. 69 del 2009, peraltro, prevedeva un’articolata serie di limiti che hanno vincolato in modo eccessivo il compito di semplificazione affidato al Governo.

In primo luogo, l’intervento di “riduzione” dei riti avrebbe dovuto essere limitato alla “giurisdizione ordinaria” e avere a oggetto i procedimenti regolati dalla legislazione speciale. In altre parole, non era previsto nessun intervento sui procedimenti disciplinati dal codice di procedura civile e dal codice civile, dovendo piuttosto operare sui soli riti “extra codicem”.

La delega, inoltre, escludeva dall’opera semplificatrice del Governo anche numerosi importanti procedimenti disciplinati in leggi speciali (*in primis*, quelli in materia di famiglia e di insolvenza)⁸⁹.

Con tali esclusioni “di peso”, è evidente che l’attenzione del legislatore delegato si sarebbe concentrata su procedimenti speciali assolutamente eterogenei, alcuni dei quali ben poco utilizzati nella pratica. In quest’ottica, dunque, si deve senz’altro ridurre la portata semplificatrice dell’attività del legislatore delegato. Nella relazione illustrativa, in effetti, si parla del nuovo decreto legislativo come di un “unico testo normativo che si pone in rapporto di complementarietà rispetto al codice di procedura civile, in sostanziale prosecuzione del libro IV del medesimo codice”. Come meglio si vedrà anche in seguito, però, si possono nutrire seri dubbi circa l’efficacia e la complessiva rilevanza di questo intervento normativo.

Per quanto ci interessa qui, la legge delega richiedeva al Governo di ricondurre i procedimenti speciali come sopra individuati nell’ambito di uno tra tre modelli di riferimento. In particolare:

⁸⁸ L’idea non era peraltro nuova. Già nel disegno di legge delega per il nuovo c.p.c. dei primi anni Ottanta del secolo scorso, infatti, si parlava di riduzione degli schemi processuali ad alcuni tipi ben delineati e si formulava una proposta di unificazione dei vari riti sommari previsti nelle leggi speciali con la costruzione di un processo semplificato e destinato a svolgersi davanti al g professionale: v. PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.*, cit., p. 721.

⁸⁹ Critico, rispetto a tale esclusione, SANTANGELI, *op. cit.*, p. 6.

– i procedimenti in cui fossero prevalenti “caratteri di concentrazione processuale, ovvero di officiosità dell’istruzione”, al rito del lavoro;

– i procedimenti, anche se in camera di consiglio, in cui fossero prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell’istruzione della causa, al procedimento sommario di cognizione, “restando tuttavia esclusa per tali procedimenti la possibilità di conversione nel rito ordinario”;

– gli altri procedimenti, al rito di cui al libro secondo, titoli I e III, ovvero titolo II, del codice di procedura civile⁹⁰.

E, dunque, come si è anticipato, il procedimento sommario appena introdotto è stato immediatamente elevato dalla stessa legge n. 69 a uno dei tre “modelli” di riferimento nell’opera semplificatrice affidata al Governo, per i giudizi caratterizzati da un *thema probandum* semplice, cui consegue un’istruttoria breve, a prescindere dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte o delle questioni giuridiche da trattare e decidere⁹¹. Così facendo, il legislatore delegante ha voluto assegnare un ruolo importante al procedimento sommario nell’ambito del sistema processuale civile, ben oltre la rilevanza pratica che esso ha incontrato nella prassi come “rito” autonomo.

Nell’esercizio della riconduzione dei riti extravaganti a uno dei modelli di riferimento sopra indicati, peraltro, l’attività del legislatore delegato incontrava nella legge delega ulteriori importanti limiti.

In primo luogo, non potevano essere toccati “i criteri di competenza, nonché i criteri di composizione dell’organo giudicante, previsti dalla legislazione vigente”. In altre parole, era esclusa qualsiasi rimodulazione delle eterogenee norme in materia di competenza previste in relazioni ai riti “semplificandi”.

Inoltre, era pure esclusa l’abrogazione delle “disposizioni previste dalla legislazione speciale che attribuiscono al giudice poteri officiosi, ovvero di quelle finalizzate a produrre effetti che non possono conseguirsi con le norme contenute nel codice di procedura civile”. Si tratta di un limite molto forte e che di fatto ha molto “annacquato” l’attività semplificatrice del legislatore delegato.

⁹⁰ V. pure RECCHIONI, *op. cit.*, p. 116.

⁹¹ Così la relazione finale al decreto legislativo. V. pure RECCHIONI, *op. loc. cit.*

La disposizione in esame si prestava a due interpretazioni diverse: da un lato, in base al testo letterale, si poteva ritenere che essa imponesse la conservazione di qualsiasi norma speciale idonea a conseguire effetti processuali diversi rispetto a quelli applicabili in base ai modelli procedimentali di riferimento. In questo modo, si sarebbe sostanzialmente conservata, per ogni rito speciale, la normativa *ad hoc* all'uopo prevista. In base a una lettura più restrittiva, invece, avrebbero dovuto essere preservate solo le norme idonee a realizzare effetti rimediali non conseguibili con l'applicazione delle disposizioni del codice di rito⁹². Alla fine, l'azione del legislatore delegato si è mossa in questa seconda direzione, con l'avallo dei pareri (non vincolanti) dei due rami del Parlamento allo schema di decreto legislativo inizialmente fatto circolare.

La legge delega contenuta nella legge n. 69 del 2009 è stata attuata con il decreto legislativo n. 150 del 1° settembre 2011, n. 150⁹³, entrato in vigore il 6 ottobre 2011, recante il titolo: "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69".

Tale intervento razionalizzatore è stato definito uno strumento di semplificazione e di recupero di "organizzazione" dell'apparato giurisdizionale⁹⁴.

In realtà, la semplificazione così posta in essere è stata piuttosto limitata. Con i pesanti limiti fissati dalla legge delega, in effetti, l'attività del legislatore delegato non poteva essere particolarmente innovativa o rivoluzionaria⁹⁵.

⁹² V. anche SANTANGELI, *op. cit.*, p. 11; PORRECA, *La norma di delega e i principi ispiratori della semplificazione e riduzione dei riti*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Diodone, Milano, 2014, p. 1147 ss.

⁹³ In *Gazz. Uff.*, 21 settembre 2011, n. 220. V. PORRECA, *La norma di delega*, *cit.*, p. 1142 ss.; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 111.

⁹⁴ RECCHIONI, *op. cit.*, p. 115. In materia, di recente, TEDOLDI, *op. cit.*, p. 172.

⁹⁵ Sull'*iter* di attuazione della legge delega, SANTANGELI, *op. cit.*, p. 12 ss.; v. anche le osservazioni di CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d. lgs. n. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti settoriali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1485 ss.

Con il decreto legislativo n. 150 del 2011, dunque, si sono ricondotti 28 procedimenti extravaganti contenuti in leggi speciali a uno dei tre modelli individuati dalla legge delega⁹⁶. All'interno di questi modelli, come si vedrà, peraltro, lo stesso decreto legislativo continua a prevedere trattamenti processuali differenziati, di maggiore o minore portata, per ogni singolo rito "semplificato".

In altre parole, il decreto "semplifica" i riti nella misura in cui li porta all'interno di un modello codicistico predefinito e li riunisce all'interno di un unico corpo normativo che, idealmente, rappresenta la prosecuzione del codice di procedura civile.

Esso, dunque, costituisce l'ennesima dimostrazione della rigidità del nostro sistema, nel quale si semplifica per compartimenti stagni, scegliendo uno tra più modelli, senza considerare l'introduzione di un modello nuovo flessibile e snello, adatto ad adeguarsi a un contenzioso spesso di basso valore economico come quello considerato dalla recente riforma⁹⁷.

La riconduzione dei riti "spuri" a un modello predefinito presenta peraltro evidenti vantaggi, nella misura in cui permette di colmare le lacune delle precedenti discipline speciali, chiarendo aspetti che in precedenza avevano creato problemi interpretativi (per esempio, in termini di forma dell'atto introduttivo dell'appello, regime preclusivo, autorità del provvedimento finale e così via).

Ciò detto, deve aggiungersi che ogni modello di riferimento è stato "declinato" dal legislatore delegato in tante "varianti" quanti erano i procedimenti speciali "semplificati" (che dunque sopravvivono come "sotto-riti" all'interno di ogni modello), ciò che senz'altro riduce la portata innovativa dell'intervento del legislatore delegato⁹⁸: il quale, stretto com'era dalle maglie della legge delega, non ha po-

⁹⁶ V. su questi profili SANTANGELI, *Tre modelli, 28 (o 29) riti. Le scelte della legge delega e del decreto legislativo nella iscrizione dei riti ai modelli, e la complessa attività dell'interprete nell'individuare l'intera disciplina applicabile ai procedimenti speciali. Spunti sulla connessione tra riti*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili*, cit., p. 24 ss.

⁹⁷ V. anche MOLINARO, *Il passaggio dal rito camerale al rito sommario nel d. legis. n. 150/2011*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 426.

⁹⁸ Al riguardo CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 205, afferma che la riduzione ha riguardato i modelli ma non i riti, che sono rimasti ventotto.

tuto fare molto altro che scremare le norme speciali dalle previsioni procedurali non idonee a produrre effetti altrimenti non conseguibili e “codificare”, rispetto ad alcuni riti, i consolidati orientamenti giurisprudenziali formatisi rispetto alla previgente legislazione speciale⁹⁹.

Essa rappresenta un'importante evoluzione rispetto al ruolo del rito sommario nel nostro ordinamento ma nell'economia di questo lavoro essa si colloca in una posizione periferica, dal momento che, nel suo contesto, il rito sommario non si propone come strumento di organizzazione in chiave collaborativa del processo.

In effetti, per quanto riguarda i modelli riferiti al processo del lavoro e al processo sommario, non è corretto affermare che essi ricalchino esattamente il rito da essi stessi richiamato. Come si vedrà, infatti, il legislatore delegato ha espressamente escluso l'applicazione di alcune norme codicistiche ai riti speciali semplificati e di qualche norma del c.p.c. sono state proposte letture diversificate.

I modelli proposti dal decreto qui in esame, dunque, non coincidono con il “rito” di cui portano il nome.

L'art. 1 del decreto n. 150 svolge un fondamentale ruolo definitorio, chiarendo come debba intendersi, in questo contesto, il riferimento ai diversi modelli procedurali richiamati dal decreto stesso.

Per “rito ordinario di cognizione” deve così intendersi il procedimento regolato dalle norme del titolo I (procedimento di cognizione avanti al tribunale in primo grado) e del titolo III (impugnazioni) del libro secondo del codice di procedura civile¹⁰⁰; in sostanza, il legislatore ha rinunciato a utilizzare come modello il procedimento di cognizione che si svolge avanti al giudice di pace, come pure la legge delega gli avrebbe permesso di fare.

Per rito del lavoro si intende, invece, “il procedimento regolato dalle norme della sezione II del capo I del titolo IV del libro secondo del codice di procedura civile”: si tratta degli artt. 413 ss. c.p.c., avendo il legislatore ommesso di richiamare la sezione I del capo I,

⁹⁹ V. pure RECCHIONI, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁰ Al modello ordinario di cognizione sono state ricondotte le controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso (art. 31), l'opposizione a procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici (art. 32), le controversie in materia di liquidazione degli usi civici (art. 33).

dedicata alla conciliazione e all'arbitrato nel contenzioso del lavoro e chiaramente incompatibile con i riti speciali ricondotti al modello lavoristico. Ciò conferma quanto già si è evidenziato circa la non corrispondenza tra il "modello" utilizzato per la semplificazione e il "rito" cui tale modello è ispirato.

Il modello del "rito sommario di cognizione", infine, per quanto più ci interessa qui, segue le regole del capo III-*bis* del titolo I del libro quarto del codice di procedura civile (artt. 702-*bis* ss. c.p.c.).

E però, come meglio si vedrà nel paragrafo quinto, il "modello" sommario perde la caratteristica principale del "rito" sommario, ovvero la possibilità che il giudice disponga il mutamento di binario istruttorio: in altre parole, il "modello" sommario prevede una semplificazione delle forme processuali a prescindere dalla effettività semplicità della singola controversia.

5. *(Segue): l'attuazione della delega*

Il legislatore delegato ha correttamente richiamato i tre modelli procedimentali indicati nella legge delega. Il suo compito principale è stato individuare il modello corretto per ciascuno dei riti oggetto di semplificazione. Le scelte così effettuate possono essere più o meno sindacabili, ma appaiono tutto sommato ragionevoli.

Come ricorda la relazione di accompagnamento, in particolare, il presupposto della "concentrazione delle attività processuali" richiesto per la scelta del modello lavoristico "è stato riscontrato in tutti quei procedimenti in cui le regole processuali previgenti prevedevano lo svolgimento contestuale di attività che, secondo le regole del procedimento ordinario di cognizione, sarebbero scaglionate temporalmente, come nel caso della decisione contestuale con lettura del dispositivo in udienza, che tiene luogo della successione procedimentale della precisazione delle conclusioni, seguita dallo scambio delle comparse conclusionali ed, infine, dal deposito della decisione"¹⁰¹.

¹⁰¹ Tali requisiti sono stati riscontrati nei seguenti riti: opposizione a sanzione amministrativa (art. 6), opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada (art. 7), opposizione a sanzione amministrativa in materia di stu-

Le scelte più problematiche sono probabilmente quelle relative al procedimento sommario (che il legislatore ha “*inteso come giudizio a cognizione piena, sia pure in forme semplificate ed elastiche rispetto ai due residui irriducibili snodi del rito ordinario offerti dagli articoli 183 e 189 del codice di procedura civile*”)¹⁰².

A tale modello sono stati ricondotti procedimenti molto eterogenei, con scelte anche discutibili¹⁰³ da parte del legislatore delegato¹⁰⁴.

pefacenti (art. 8), opposizione ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato (art. 9), controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali (art. 10), controversie agrarie (art. 11), impugnazione dei provvedimenti in materia di registro dei protesti (art. 12), opposizioni ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato (art. 13).

¹⁰² V. anche DE CRISTOFARO, in *Codice di procedura civile commentato. La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, diretto da Consolo, Assago, 2012, p. 34; SANTANGELI, *Il modello sommario “riordinato”*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili*, cit., p. 442 ss.

¹⁰³ Corte cost., ord., 19 luglio 2013, n. 226, ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla riconduzione al modello sommario dei procedimenti di cui all’art. 54 del d.P.R. n. 327 del 2001 manifestamente inammissibile in riferimento agli artt. 3, 24, commi 1° e 2°, e 111, comma 1°, Cost., “trattandosi della richiesta di una pronuncia priva di contenuto costituzionalmente obbligato, in una materia soggetta alla discrezionalità del legislatore (...)” nonché manifestamente infondata in riferimento all’art. 77, comma 1°, Cost., “in quanto la norma di delega non si riferisce soltanto ai procedimenti civili disciplinati dalla legislazione speciale con modalità diverse da quelle del rito ordinario, sommario o del lavoro, e il procedimento di opposizione alla stima si caratterizza per una serie di indubbie particolarità”.

¹⁰⁴ Per spunti critici v. SANTANGELI, *Tre modelli*, cit., p. 26 ss.; l’a. prospetta al riguardo potenziali profili di incostituzionalità, p. 35; v. anche ID., *Il modello sommario “riordinato”*, cit., p. 492 ss., con riguardo, in particolare, alla scelta del modello formale per controversie da decidersi con unico grado di merito. I riti extravaganti ricondotti al modello sommario sono i seguenti: controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato (art. 14), opposizioni ai decreti di pagamento delle spese di giustizia (art. 15), controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell’Unione europea o dei loro familiari (art. 16), controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell’Unione europea o dei loro familiari (art. 17), controversie in materia di espulsione dei cittadini di Stati che non sono membri dell’Unione europea (art. 18), controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale (art. 19), opposizioni al diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché agli altri provvedimenti dell’autorità amministrativa in materia di diritto all’unità familiare (art. 20), opposizioni alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio (art. 21), azioni popolari e le controversie in materia di eleggibilità, decadenza e incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali, re-

In particolare, il legislatore delegato ha ritenuto che potessero ritenersi “caratterizzati da una accentuata semplificazione della trattazione o dell’istruzione della causa” procedimenti per cui in precedenza si prevedeva l’applicazione della procedura camerale (art. 737 ss. c.p.c.)¹⁰⁵. Quanto al “presupposto della semplificazione della trattazione”, esso è stato “*rinvenuto in quei procedimenti che, nel loro pratico svolgimento, sono caratterizzati da un thema probandum semplice, cui consegue ordinariamente un’attività istruttoria breve, a prescindere dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte o delle questioni giuridiche da trattare e decidere*”¹⁰⁶.

In effetti, tale valutazione appare coerente con la funzione del procedimento sommario di cognizione di portare alla decisione delle cause più semplici sul piano dell’attività istruttoria necessaria per la verifica dei fatti contestati.

Nel rito codicistico, peraltro, la verifica circa la “semplicità” della causa viene rimessa caso per caso al giudice, in sede di prima udienza. Nel contesto della semplificazione dei riti invece, il legislatore, in via generale e astratta, ha qualificato come strutturalmente semplice un’articolata serie di controversie, prevedendo l’applicazione di un rito a elevato tasso di deformalizzazione, a prescindere dalla eventuale “complessità” della controversia concreta (rispetto alla quale, come si vedrà a breve, si esclude in ogni caso il mutamen-

gionali e per il Parlamento europeo, nonché le impugnazioni delle decisioni della Commissione elettorale circondariale in tema di elettorato attivo (art. 22-24), controversie in materia di riparazione a seguito di illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche (art. 25), impugnazioni dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai (art. 26), impugnazioni delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell’Ordine dei giornalisti (art. 27), controversie in materia di discriminazione (art. 28), le controversie in materia di opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità (art. 29), controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento (art. 30).

¹⁰⁵ Critico, rispetto al “sacrificio” del rito camerale da parte del legislatore della semplificazione SANTANGELI, *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili tra legge delega e decreti legislativi*, cit., p. 7.

¹⁰⁶ Perplesso sulle scelte del legislatore rispetto al modello sommario SANTANGELI, *Tre modelli*, cit., p. 28 ss. V. anche CATALDI, *op. cit.*, p. 198, il quale ritiene che vi sia equivalenza tra i presupposti dell’applicazione del rito e del modello sommario previsti, rispettivamente, dall’art. 702-ter, comma 3° c.p.c. e dall’art. 54, comma 4°, lett. b) legge n. 69 del 2009.

to del rito). In effetti, parte della dottrina ha messo in evidenza che le scelte del legislatore in questo ambito siano contestabili e finanche abusive rispetto ai margini offerti dalla legge delega¹⁰⁷.

Come si è messo in rilievo¹⁰⁸, le scelte preventive del legislatore sono collegate all'oggetto circoscritto e predeterminato ovvero alla bassa complessità istruttoria ovvero alla necessità di snella definizione che caratterizza, di norma, le tipologie di controversie così individuate.

Se dunque, da un lato, le scelte del legislatore si fanno apprezzare in quanto, come la relazione di accompagnamento evidenzia, si pongono in controtendenza rispetto all'eccesso nella cameralizzazione della tutela dei diritti¹⁰⁹, riconducendo numerosi procedimenti nell'ambito della giurisdizione contenziosa a cognizione piena, si segnala la contraddizione di potersi trovare a utilizzare un modello procedimentale deformalizzato per controversie di notevole complessità, per le quali non sarà in ogni caso possibile il mutamento del binario istruttorio.

6. (Segue): modello sommario "obbligatorio" e questioni di costituzionalità

Come già si è anticipato, i "modelli" procedimentali individuati dal legislatore delegato non corrispondono esattamente al rito di riferimento all'interno del codice. Per quanto, in particolare, riguarda il modello sommario, dell'adattamento delle norme del rito sommario al nuovo contesto in cui sono qui destinate a trovare applicazione si occupa l'art. 3 del decreto legisl. n. 150 del 2011¹¹⁰.

¹⁰⁷ SANTANGELI, *Tre modelli*, cit., p. 25 ss. Per M. FABIANI, *Semplificazione dei riti: il modello sommario*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 203, i procedimenti speciali ricondotti al modello sommario coinvolgono posizioni di diritto sostanziale assai distanti tra loro. V. pure CATALDI, *op. cit.*, p. 200 ss.

¹⁰⁸ DE CRISTOFARO, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 36.

¹⁰⁹ Critico rispetto alla cameralizzazione del procedimento per la liquidazione degli onorari degli avvocati v. per esempio RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 608 ss.

¹¹⁰ SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, cit., p. 433.

La principale caratteristica del modello di processo sommario adottato dal decreto legislativo è la sua rigidità, dal momento che, in attuazione della legge delega, non è previsto il mutamento di rito contemplato invece dal modello codicistico per le cause non ritenute idonee a essere istruite in modo sommario: la valutazione sulla semplicità della lite, in effetti, è stata qui sia svolta *a priori* dal legislatore, senza che rilevi la valutazione del giudice nel caso specifico¹¹¹.

Questa scelta del legislatore ha sollevato molte critiche, sulla base di un preteso abbassamento delle normali garanzie della tutela giurisdizionale, in particolare rispetto a quei sub-procedimenti in cui sia prevista l'inappellabilità della decisione finale¹¹².

A tali critiche, si può rispondere, peraltro, che la scelta del legislatore non appare irragionevole alla luce della riconosciuta pienezza della cognizione in primo grado (sulla quale, v. *infra*) nonché in considerazione di comprensibili esigenze di speditezza e semplificazione.

Va menzionato, al riguardo, che una questione di costituzionalità dell'art. 3 del decreto legisl. n. 150 del 2011 è stata sottoposta alla Corte costituzionale dalla Corte d'appello di Firenze, con riferimento alla impossibilità di disporre il passaggio al rito ordinario nei giudizi di determinazione dell'indennizzo di espropriazione per pubblica utilità. Tale questione, peraltro, è stata dichiarata inammissibile dal giudice delle leggi¹¹³, che ha escluso la manifesta irragionevolezza delle norme sull'applicazione del rito sommario alla

¹¹¹ BOVE, *Controversie relative alla circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari (articoli 16 e 17 del d.lgs. n. 150 del 2011)*, in *www.judicium.it*, 2011, p. 1; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25547, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2156; Cass., 29 febbraio 2016, n. 4002, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1712.

¹¹² Per un esame della questione, PORRECA, *op. cit.*, p. 5 ss.; critiche anche di CATALDI, *op. cit.*, p. 203.

¹¹³ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1538; nello stesso senso, successivamente, Corte Cost., 12 luglio 2013, n. 190, che ha escluso l'eccesso di delega rispetto alla "semplificazione" del procedimento di opposizione alla stima, osservando che la l'art. 54 della legge n. 69 del 2009 "appare evidentemente ispirato (...) alla finalità di ricondurre la molteplicità dei riti civili esistenti a tre modelli processuali tipici" e che "la citata disposizione indica quale oggetto della delega (...) i procedimenti civili disciplinati dalla 'legislazione speciale', senza aggiungere l'ulteriore criterio relativo al modello processuale". V. al riguardo anche Cass., 29 gennaio 2014, n. 1904, in banca dati *Pluris*.

semplificazione dei giudizi in parola, “*ponendosi invece nell’ambito di un chiaro disegno riformatore, orientato alla semplificazione dei procedimenti civili in esame*”.

La Corte, nell’occasione, ha pure ritenuto inammissibile la questione sottoposta alla sua attenzione in quanto il giudice remittente non avrebbe sperimentato alcuna possibilità di interpretare l’art. 3 nel senso che esso consenta al giudice di assicurare, pur nell’ambito dell’istruttoria deformalizzata, propria del procedimento sommario di cognizione, le garanzie che egli ritiene necessarie ai fini del rispetto dei parametri costituzionali invocati.

In effetti, il rilievo coglie nel segno: il procedimento sommario, ancorché deformalizzato, deve soddisfare i principi costituzionali del giusto processo e dunque garantire in ogni momento del giudizio il principio del contraddittorio, il diritto di difesa, la terzietà e l’imparzialità del giudice e dei suoi ausiliari.

La deformalizzazione dell’istruttoria è una modalità tendenziale, di cui il legislatore non precisa i limiti o il grado; essa, comunque, deve essere attuata tenendo in considerazione i principi sopra enunciati: qualora il rispetto di tali principi fondamentali, nel caso concreto, imponga una modesta ovvero, addirittura, una minima deviazione dal modello formale di riferimento, al giudice non è imposto di stravolgere tale modello formale, sacrificando le garanzie della Costituzione. In altre parole, considerato che, in un procedimento deformalizzato, le regole concrete di svolgimento dell’istruttoria e della trattazione le stabilisce il giudice, appare un ossimoro che quest’ultimo possa temere, per esempio, che da un eccesso di semplificazione, possa derivare uno scarso dialogo tra CTU e CTP. In un processo comunque governato dalle regole del giusto processo, un simile dubbio non deve neppure porsi, dal momento che il giudice deve sempre e comunque dettare modalità e ritmi dell’istruttoria idonei a garantire, nell’esempio dato, la partecipazione dei CTP alle operazioni peritali, la possibilità di formulare osservazioni e il dovere del CTU di tenerle in considerazione e replicare a esse¹¹⁴.

¹¹⁴ In questo modo dovrebbero essere superati i rilievi di SANDULLI, *Profili di costituzionalità del rito sommario nel giudizio di opposizione alla stima dell’indennità espropriativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1547, circa il *vulnus* al diritto di difesa

In sostanza, il giudice non ha bisogno di una norma che preveda il passaggio al rito ordinario per garantire il rispetto dei principi costituzionali del giusto processo, dal momento che tali principi rappresentano comunque la stella polare di ogni azione del giudice proceduralmente rilevante. L'istruttoria semplificata alle dovute condizioni può tendere a ricalcare tempi e modalità di quella ordinaria, se ciò è richiesto dalle caratteristiche del caso concreto.

Chi si può lamentare di un eccesso di deformalizzazione sono, piuttosto, le parti, ma in casi del genere sarebbe irrilevante la possibilità di passare al rito ordinario, ove il giudice, comunque, non ritenesse di doversene avvalere.

In effetti, in coerenza con i rilievi appena esposti, per la Cassazione, stante l'impossibilità normativa di procedere alla conversione del rito da sommario in ordinario, il giudice dovrà provvedere comunque allo svolgimento dell'istruttoria, anche se sia "non sommaria", nelle forme libere previste dall'art. 702-ter, comma 5^o¹¹⁵.

La questione va dunque posta in termini diversi rispetto a quanto prospettato dal giudice fiorentino nella sua ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale. In particolare, laddove il giudice, nell'istruire la causa in modo sommario non sappia cogliere i profili di complessità della controversia concreta, giungendo a ledere le prerogative difensive delle parti, queste ultime avranno la possibilità (e l'onere) di attivare il meccanismo della rimessione in termini di cui all'art. 153 c.p.c.¹¹⁶, per poi eventualmente fare valere profili di illegittimità della sentenza in sede di impugnazione (anche avanti alla Cassazione, in caso di procedimenti che si svolgano con un primo e unico grado di merito sommario, indicando le richieste istruttorie non accolte o le attività loro precluse nel corso del giudizio di primo grado¹¹⁷, in violazione del loro diritto di azione e di difesa.

delle parti rappresentato dalla mancata garanzia, nei casi complessi, del mutamento di rito che garantisce anche la piena integrità del subprocedimento regolante la consulenza tecnica e le attività dei periti.

¹¹⁵ Cass., 18 dicembre 2015, n. 25547, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2156.

¹¹⁶ V. M. FABIANI, *Semplificazione dei riti*, cit., c. 204.

¹¹⁷ In questo senso anche Cass., 18 dicembre 2015, n. 25547, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2156, che rimprovera al ricorrente di non avere "affatto indicato speci-

7. (*Segue*): *altre caratteristiche del modello sommario “obbligatorio”*

Coerentemente con la natura “vincolata” dell’istruttoria sommaria nel contesto della semplificazione dei riti, il comma 1° dell’art. 3 del d. legisl. n. 150 del 2011 esclude l’applicazione, in questo ambito, dei commi 2° (inammissibilità del ricorso) e 3° (conversione del rito) dell’art. 702-ter c.p.c.¹¹⁸. In effetti, nel modello sommario della “semplificazione”, in caso di errore nella scelta del rito, non si ha inammissibilità del ricorso (come alcuni prospettano, con riferimento al “rito” sommario: v. capitoli settimo e decimo), quanto il mutamento di regole processuali, ai sensi dell’art. 4 del decreto n. 150¹¹⁹.

L’estensione del modello sommario ai riti speciali *extra codicem* è, inoltre, avvenuta in contraddizione con uno dei presupposti processuali fondamentali del rito codicistico, ovvero la competenza del tribunale in composizione monocratica. In alcuni casi, infatti, è competente il giudice di pace¹²⁰, in altri il tribunale in composizione collegiale¹²¹, in altri ancora la Corte d’appello¹²².

Per adeguare le norme del rito sommario disciplinato dal codice (con riferimento esclusivamente alla competenza monocratica del giudice del Tribunale) alla formazione collegiale del giudicante in alcuni riti semplificati, l’art. 3 qui in esame deve, dunque, prevedere:

a) che quando la causa sia giudicata in primo grado in composizione collegiale, il presidente, con il decreto di cui all’articolo

ficamente le circostanze che formavano oggetto della prova che si assume negata (...) al fine di consentire anche a questa corte il controllo della decisione dei fatti da provare (...).”

¹¹⁸ V. DEMARCHI ALBENGO, *Il processo civile semplificato*, Milano, 2011, p. 107, che parla di necessità di “sterilizzare” il rinvio alla norma codicistica; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, c. 205.

¹¹⁹ BUFFONE, *Semplificazione del processo civile*, Milano, 2011, p. 26. Sull’art. 4 del decreto n. 150 del 2011, v. di recente ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 264 ss.

¹²⁰ V. pure CATALDI, *op. cit.*, p. 32.

¹²¹ V. CATALDI, *op. cit.*, p. 210 ss.

¹²² V. anche CATALDI, *op. cit.*, p. 35.

702-bis, comma 3° c.p.c., debba designare anche il giudice relatore;

b) nella medesima ipotesi, che il presidente possa delegare l'assunzione dei mezzi istruttori a uno dei componenti del collegio¹²³;

c) che, quando è competente la corte di appello in primo grado, il procedimento sia regolato dagli articoli 702-bis e 702-ter c.p.c. (e non dall'art. 702 quater, che si occupa dell'appello nel rito codicistico: v. Capitolo quindicesimo). Tale disposizione appare incompleta, nella misura in cui non richiama l'idoneità dell'ordinanza della Corte d'appello, competente in primo e unico grado, ad acquisire l'autorità della cosa giudicata sostanziale, ai sensi dell'art. 2909 c.c. La *ratio legis*, peraltro, è quella di non applicare al procedimento sommario avanti alla Corte d'appello le sole regole speciali del rito sommario incompatibili con il contesto di riferimento, tra le quali non rientra quella relativa all'autorità e all'efficacia dell'ordinanza che definisce il giudizio¹²⁴.

Tra le norme generali del rito sommario non è esclusa l'applicazione del comma 4° dell'art. 702-ter c.p.c., che prevede la separazione della domanda riconvenzionale che richieda un'istruttoria non formale¹²⁵: in dottrina, dunque, si afferma, che, se la domanda riconvenzionale, in ragione del suo oggetto, non rientra tra quelle da trattare con il rito sommario "speciale" di volta in volta applicabile, il processo cumulato non potrà proseguire, con conseguente separazione delle cause¹²⁶.

Altri, affermano che sarebbe possibile tenere riunita la domanda riconvenzionale, di per sé sottoposta al rito ordinario, ma che, nella fattispecie fosse idonea a essere decisa con un'istruttoria sommaria, facendo così convivere il rito sommario obbligatorio e

¹²³ Sulla opportunità della previsione RECCHIONI, *op. cit.*, p. 131.

¹²⁴ V. pure CATALDI, *op. cit.*, p. 211 ss., per il quale, ragionando altrimenti, l'art. 3, comma 3° del decreto n. 150 del 2011 sarebbe passibile di censura di illegittimità per eccesso di delega.

¹²⁵ V. SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, cit., p. 460.

¹²⁶ TISCINI, *La semplificazione dei riti civili*, a cura di Sassani, Tiscini, Roma, 2011, p. 31; DELLE DONNE, *ivi*, p. 257, che mette in evidenza, in questo caso, il rischio di giudicati contraddittori; CATALDI, *op. cit.*, p. 215.

quello facoltativo codicistico¹²⁷. La prospettiva è senz'altro stimolante e potrebbe rappresentare una tutela adeguata per il convenuto che non voglia comunque perdere l'opportunità del *simultaneus processus*.

Come ulteriore ipotesi, peraltro, si deve considerare quella di domanda riconvenzionale incompatibile con l'istruttoria semplificata che, però, si trovi in rapporto di connessione forte con quella principale sottoposta al modello sommario obbligatorio. In questo caso, è agevole ritenere che il procedimento debba restare unitario, applicando a tutte le domande il rito ordinario, in applicazione della norma generale posta dall'art. 40 c.p.c.¹²⁸ Qui infatti il rito sommario, in quanto reso obbligatorio dalla legge, deve essere considerato come un qualsiasi rito speciale, senza che si possa valorizzare la scelta discrezionale dell'attore di ricorrere a uno strumento processuale più snello di quello ordinario, come invece si proporrà rispetto alla medesima situazione nel contesto del rito codicistico.

Sul piano istruttorio, il modello sommario della semplificazione propone alcuni profili peculiari.

In primo luogo, va messo in rilievo che, nei procedimenti passati a tale modello abbandonando il rito camerale in precedenza applicabile (e nel quale il giudice può "assumere informazioni"), si registrerà per le parti un irrigidimento istruttorio¹²⁹ e il venir meno della possibilità che il giudice ammetta mezzi di prova d'ufficio¹³⁰.

Più in generale, si ritiene che, nel modello sommario, debba valere il principio, tipico di ogni processo sommario, secondo cui le parti possono in tutto il corso del giudizio e fino a che la causa sia trattenuta in decisione svolgere nuove attività (allegazione di fatti, rilievo di eccezioni in senso lato, istanze istruttorie produzio-

¹²⁷ V. sul punto CATALDI, *op. cit.*, p. 215.

¹²⁸ V. anche SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, cit., p. 461, che, in alternativa, propone la dichiarazione di inammissibilità della domanda fatta valere avanti al rito speciale. L'a., peraltro, prospetta anche soluzioni più elastiche in ragione delle diverse situazioni disciplinate dai procedimenti "semplificati"; M. FABIANI, *Semplificazione dei riti*, cit., c. 205.

¹²⁹ M. FABIANI, *op. cit.*, c. 206.

¹³⁰ Critiche di SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, cit., p. 473-4.

ni documentali)¹⁵¹. In effetti, non essendo qui prevista la possibilità di mutare binario istruttorio, non ha senso prevedere preclusioni “per fasi”, come nel rito codicistico. Coerentemente con tale orientamento, anche la Cassazione ha affermato che i commi 1° e 4° dell’art. 702-*bis* c.p.c. non valgono a segnare alcuna preclusione istruttorie e quindi non comportano, in caso di omissione, alcuna decadenza¹⁵².

8. *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria: una definizione per sottrazione?*

L’introduzione nel codice di rito del “procedimento sommario di cognizione” ha rappresentato una significativa innovazione sul piano sistematico, intorno alla quale si è sviluppato un intenso dibattito, ben superiore all’impatto del nuovo modello nella prassi operativa. Le successive opzioni legislative, chiaramente favorevoli all’ampliamento dell’ambito di tale rito, hanno mantenuto vivo l’interesse sull’argomento, anche rispetto a prospettive *de iure condendo* (su cui v. l’ultimo capitolo).

In effetti, la novità legislativa del 2009 ha riaperto una delle questioni “classiche” del diritto processuale civile, ovvero la definizione di “cognizione sommaria”, rialimentando un confronto che da tempo impegna la dottrina e la giurisprudenza. Anche ai fini del presente studio, dunque, per meglio comprendere la natura e le caratteristiche dell’istruttoria sommaria sin qui menzionata, appare necessario ripercorrere le tappe principali di tale annoso dibattito.

In effetti, parlare di una forma di tutela giudiziaria sommaria presuppone che esista, all’interno dell’ordinamento, un modello di tutela dei diritti che possa definirsi ordinario e che sia inteso, in modo atecnico, come lo strumento “normale” per l’esercizio della

¹⁵¹ BOVE, *op. cit.*, 9.

¹⁵² Cass., 18 dicembre 2015, n. 25547, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2156. In senso difforme, MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 934, ritiene che anche nel contesto del processo sommario imposto dalla legge dovrebbero operare le scansioni preclusive previste oggi dall’art. 183 *bis* c.p.c.

funzione giurisdizionale, rispetto al quale quella sommaria sia una modalità diversificata.

Tale tutela ordinaria, a prescindere dalle sue connotazioni nel caso concreto, si presenta come quella che, in un dato momento storico e in un determinato ordinamento, offre il massimo grado di analiticità della disciplina processuale, di approfondimento della cognizione compiuta dal giudice per addivenire alla sua decisione finale nonché di stabilità di tale decisione¹⁵³, in termini di definitività e incontrovertibilità.

Come meglio si vedrà nel prosieguo, i due aspetti della analiticità della disciplina e della stabilità della decisione sono tradizionalmente considerati l'uno la conseguenza dell'altro: l'incontrovertibilità dell'accertamento effettuato nell'ambito di un procedimento analiticamente disciplinato nelle sue varie articolazioni è, appunto, fatta derivare da tale aspetto strutturale del procedimento stesso.

Il modello ordinario di tutela viene, in effetti, qualificato come a cognizione piena, facendo riferimento alla completezza dell'analisi effettuata dal giudice in merito ai fatti di causa prima dell'emissione del provvedimento finale¹⁵⁴ e alla dettagliata regolamentazione normativa del suo *iter* procedimentale¹⁵⁵, per consentire la ricerca

¹⁵³ Come osserva CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, p. 1120, in ogni ordinamento si ritrova un processo ordinario atipico quanto all'oggetto, che disciplina il contraddittorio nel modo più complesso, il cui provvedimento finale ha maggior grado di stabilità e che serve a stabile solo chi ha torto e chi ha ragione.

¹⁵⁴ CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena*, cit., p. 1120, afferma, infatti, che il processo ordinario è sempre un processo a cognizione piena; per LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 484, la cognizione può definirsi "piena" quando il *thema decidendum* della causa è esaminato in tutti gli elementi fattuali che lo compongono, all'interno di un procedimento nel quale si realizza la pienezza del contraddittorio tra le parti e non sono previste deroghe alle disposizioni sulle prove dettate per l'ordinario processo di cognizione. La cognizione, invece, può definirsi "sommaria" quando l'esame del *thema decidendum* è in qualche modo limitato dalla non pienezza del contraddittorio e/o dalle deroghe alle disposizioni sulle prove previste per il processo ordinario.

¹⁵⁵ BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 57, osserva come nella cognizione piena la gestione dell'attività sia scarsamente lasciata alle scelte discrezionali del giudice di caso in

tendenziale della verità e della certezza e non solo della probabilità e della verosimiglianza¹³⁶. In quest'ottica, i due tratti essenziali della cognizione ordinaria o piena sono individuati nel fatto che il contraddittorio è provocato sin dall'inizio e prima della pronuncia del provvedimento nonché nella predeterminazione legale delle forme e dei termini in cui si svolge l'attività delle parti e del giudice¹³⁷. In particolare, tale regolamentazione dettagliata riguarda il regime delle allegazioni delle parti nonché la disciplina relativa all'assunzione dei mezzi di prova e alle scansioni temporali per il compimento delle attività delle parti e del giudice in ogni fase per procedimento¹³⁸.

Come noto, nel codice di rito italiano, il modello procedurale "ordinario" a cognizione piena è individuato nel rito che si svolge in primo grado avanti al Tribunale, disciplinato dagli artt. 163 c.p.c. e

caso, essendo appunto il percorso scandito da norme generali e astratte preesistenti. Per PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 412, il valore della cognizione piena è dato dalla circostanza che le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio non sono rimesse alla determinazione discrezionale del giudice, ma sono per la massima parte disciplinate per legge. Perché si abbia cognizione piena è necessario, pertanto, per l'a., che si abbia predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei corrispondenti poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice in merito alle allegazioni su domande ed eccezioni, nonché ai meccanismi di conoscenza del fatto e ai termini di difesa. Secondo GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 142, ciò che contraddistingue la cognizione piena non è tanto come si è svolto il processo in base a una valutazione *ex post*, quanto la dettagliata predeterminazione legale di tutti i passaggi salienti del giudizio e della massima parte delle attività ivi svolte dalle parti e dal giudice. Per l'a., sarebbe, dunque, necessario che il procedimento si svolgesse attraverso un modello ritenuto idoneo *ex ante* dal legislatore ad assicurare alle parti il pieno esercizio di tutte le facoltà difensive. Perché si abbia cognizione piena, inoltre, sarebbe necessario che l'integrale rispetto delle garanzie difensive delle parti fosse assicurato da un modello procedimentale scelto in via preventiva dal legislatore.

¹³⁶ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali (studi offerti a Virginio Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979, p. 312.

¹³⁷ V. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, cit., p. 416, per il quale l'essenza della cognizione piena consiste nella predeterminazione dei poteri processuali delle parti e del giudice nella fase preparatoria, istruttoria e decisoria, con riduzione al minimo di poteri discrezionali del giudice capaci di incidere sul contenuto della sua decisione; PROTO PISANI, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, cit., p. 144.

¹³⁸ V. anche BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 57.

che costituisce il modello di riferimento non solo per le controversie cui esso si applica direttamente ma anche per quelle sottoposte a riti diversi, per colmare le immancabili lacune nella disciplina delle diverse situazioni procedurali, con il limite della “compatibilità”.

A fianco di un modello processuale qualificato come “ordinario”, d’altro canto, l’ordinamento propone riti che da tale modello si discostano proprio in ragione della sua analiticità e complessità o, sotto altro profilo, della sua “genericità”, essendo esso predisposto in via generale e astratta per qualsiasi tipo di controversia, a prescindere dal suo oggetto o dalle caratteristiche delle parti.

I procedimenti che si discostano dal modello ordinario sono, per questo, qualificati come “speciali”¹³⁹. In tali procedimenti “speciali” rientrano anche quelli che vengono definiti sommari.

Si è affermato, al riguardo, che la qualifica di “speciale” attribuita a un procedimento non abbia di per sé alcun significato preciso e che la formula stessa non abbia un valore positivo, essendo essa, in effetti, caratterizzata dal fatto di contrassegnare una deviazione dalla struttura del procedimento dallo schema astratto del processo contenzioso ritenuto a priori come un modello ordinario¹⁴⁰.

Storicamente, il concetto di processo sommario nacque proprio per contrapposizione a quello di processo ordinario, giungendo a qualificare come sommari tutti quei procedimenti che, in vario modo e per vari motivi, si distanziavano dall’ordinario¹⁴¹. Anzi, come si è messo in risalto, nell’esperienza storica¹⁴², non appena si attua il consolidamento di un certo assetto processuale, che giunge ad asurgere al rango di modello ordinario, si riscontra il sorgere di figure speciali di procedimento che rappresentano non solo deviazioni da quel modello, ma anche vere e proprie negazioni di esso, nella mi-

¹³⁹ Come osserva FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, cit., p. 803, in via di prima approssimazione, “è sommario il procedimento diverso da quello di cognizione ordinaria”.

¹⁴⁰ COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975. p. 578.

¹⁴¹ SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 481.

¹⁴² V. anche SCARSELLI, *op. ult. cit.*, p. 604, che osserva che in tutte le esperienze storiche dal basso medioevo in poi il processo ordinario è sempre stato affiancato da riti sommari e/o speciali.

sura in cui vengono ad alterarne lo schema formale, essenzialmente in vista di una semplificazione, che si prefigge o viene presentata in funzione di una maggiore aderenza alle concrete (o ritenute tali) esigenze di tutela¹⁴³.

In questa “evoluzione” storica dei modelli, si può rilevare come il fatto che il processo ordinario sia sempre stato il rito garantista ma inefficiente e i processi sommari i riti meno garantisti ma più efficienti abbia determinato che i processi sommari indeterminati di una certa epoca storica si siano normalmente trasformati nei processi ordinari della legislazione successiva, in una evoluzione che ha portato a una progressiva e costante riduzione delle formalità processuali¹⁴⁴.

Dalle osservazioni che precedono si può trarre la conclusione che la contrapposizione tra un modello ordinario e una pluralità di riti speciali sia in qualche modo connaturata a qualsiasi ordinamento processuale e che l'utilizzo di modelli “alternativi”, caratterizzati da una “deviazione” procedurale rispetto al modello prevalente sia, di regola, legittimo¹⁴⁵.

9. *(Segue): il panorama di riferimento, tra tutela differenziata dei diritti e sommarizzazione del processo*

Il procedimento ordinario, proprio per la sua complessità strutturale, finalizzata al più approfondito accertamento in fatto e alla conseguente stabilità della relativa decisione in diritto, richiede ine-

¹⁴³ COLESANTI, *op. cit.*, p. 579. V. pure CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 6 ss.

¹⁴⁴ SCARSELLI, *op. cit.*, p. 606. L'a., p. 598 ss., osserva pure che non esistono schemi stereotipati e sempre validi di processi ordinari e sommari e tutto è assolutamente relativo.

¹⁴⁵ Anche le teorie che identificano nella cognizione piena l'unica modalità per l'esercizio della funzione giurisdizionale decisoria in conformità ai principi del giusto processo, in effetti, riconoscono piena cittadinanza nell'ordinamento alla tutela sommaria. Per PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 193, per esempio, la tutela sommaria è una componente essenziale e ineliminabile di un sistema di tutela giurisdizionale dei diritti che voglia essere efficiente/effettivo e, a p. 361, la tecnica della tutela sommaria è una delle tecniche con cui il legislatore si serve da sempre per assicurare la giustizia civile.

vitabilmente un consistente investimento in termini di denaro, risorse e attività sia per le parti che per l'ordinamento (oltre che per il singolo giudice investito della decisione)¹⁴⁶. Esso, inoltre, come si è visto, impone alle parti e al giudice il rispetto di forme e termini in modo tendenzialmente rigido e sovente perentorio. Proprio per tali sue caratteristiche, il modello ordinario si presta a non soddisfare in modo adeguato le esigenze di tutela con riferimento a determinate controversie o situazioni¹⁴⁷. La caratteristica comune alle varie forme di tutela speciale, dunque, può essere ravvisata nell'adeguamento del modello ordinario alle concrete esigenze di tutela, con la contropartita di una perdita di garanzie formali¹⁴⁸.

In via di prima approssimazione, la funzione dei processi speciali è identificata nell'alleggerire la pressione sul processo ordinario e nel disegnare processi più snelli, rapidi e meno costosi attraverso i quali fornire particolari tipi di tutela giurisdizionale¹⁴⁹ ovvero, in ogni caso, processi più idonei alla soluzione di determinate categorie

¹⁴⁶ PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.*, cit., p. 701, rilevava come il processo ordinario, con tutti i possibili perfezionamenti tecnici è destinato comunque a restare troppo affollato, troppo lungo e troppo costoso.

¹⁴⁷ OSSERVA al riguardo SCARSELLI, *op. ult. cit.*, p. 604, che da sempre il processo ordinario di cognizione è stato ritenuto insufficiente a garantire da solo una effettiva e soddisfacente tutela dei diritti. Per l'a., le carenze del processo ordinario sarebbero da attribuire al rigore e alla complessità delle formalità procedurali cui questo processo è sempre stato caratterizzato: l'efficienza pratica dei processi somari è, invece, da ricercare nella semplicità delle disposizioni che li regolano, che consentono un intervento giurisdizionale più immediato ed efficace.

¹⁴⁸ V. COLESANTI, *op. cit.*, p. 616, per il quale nei procedimenti speciali è da ravvisare il punto di emersione di concrete esigenze di tutela, che si sono foggiate lo strumento più acconcio a darvi soddisfazione, attraverso la elaborazione di schemi formali semplificati in quel che concerne le modalità di attuazione della partecipazione degli interessati al procedimento. Per l'a., all'esigenza di approdare più agevolmente all'atto finale del procedimento, peraltro, si è creduto di sacrificare almeno in parte le garanzie formali del processo ordinario.

¹⁴⁹ PICARDI, *op. ult. cit.*, p. 702. Sulle "esigenze di celerità" sottese alla previsione di percorsi sommari v. BOVE, *Tutela sommaria*, cit., p. 59. Mette l'accento sui profili di maggiore economicità dei procedimenti sommari CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena*, cit., p. 1121. Per CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli, 2012, p. 12: "In via di prima approssimazione si può dire che la categoria ricomprende le forme processuali che, pur avendo finalità cognitive, deviano dal processo a cognizione piena ed esauriente (ordinario o speciale) per la semplificazione dell'attività processuale".

di controversie, in ragione di un adattamento della disciplina ordinaria alle caratteristiche sostanziali della fattispecie concreta.

Nell'esperienza processuale italiana (ma non solo), in effetti, il diffondersi dei riti speciali è stato collegato, a partire dalla stagione delle riforme "sociali" della fine degli anni Sessanta del secolo scorso, all'attuazione della c.d. tutela giurisdizionale differenziata di determinate categorie di soggetti o di diritti¹⁵⁰.

In quest'ottica, le norme processuali tendono a perdere la loro (teorica) "neutralità" e vengono modellate in modo da cercare di riequilibrare situazioni sostanziali caratterizzate da sperequazioni sociali o economiche¹⁵¹.

¹⁵⁰ COLESANTI, *op. cit.*, p. 618, peraltro esprimeva sorpresa nel vedere proclamata la tutela differenziata con un sapore di novità laddove essa era coeva alla storia degli istituti processuali; per una rassegna degli interventi più importanti dell'esperienza italiana, v. CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione*, cit., p. 1285 ss., il quale osserva che, come conseguenza del fenomeno, il processo non è più considerato come una tecnica neutra ma è utilizzato per correggere le disparità del rapporto sostanziale, in modo da offrire strumenti privilegiati al soggetto più debole (p. 1287); v. p. 1284 ss., per una rassegna degli interventi della stagione di riforme di fine anni Sessanta, inizio anni Settanta; L. P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1513 ss., il quale, p. 1523, si chiede a quali condizioni la predisposizione, in sé legittima, di modelli "speciali" di processo e di forme "differenziate" di tutela giurisdizionale sia compatibile con i principi sanciti dagli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost. In secondo luogo, per l'a., occorrerebbe valutare – con un'attenta *cost-benefit analysis* – quale sia l'effettiva funzionalità pratica delle norme e dei modelli processuali "differenziati", poiché occorrerebbe verificare se la loro applicazione e adozione (tra tutte le possibili soluzioni, costituzionalmente legittime) sia realmente in grado di compensare in misura proporzionale i maggiori problemi tecnici, che sono inevitabilmente creati dalla compresenza di una pluralità di modelli processuali, con gli eventuali vantaggi, derivanti da una minore durata dei processi e/o da una maggiore effettività delle forme di tutela; VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, vol. II, tomo 1, Milano, p. 773 ss.; di recente, v. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 167 ss.; CARRATTA, *La "funzione sociale" del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 606.

¹⁵¹ DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 455, per cui con questo modello il legislatore ritiene in concreto che determinate situazioni sostanziali emergenti meritino una protezione processualmente differenziata. L'a. individua l'esistenza di un filo rosso tra la proposta di tutele differenziate e i nuovi diritti espresse dalla evoluzione economico-sociale; CARPI, *La semplificazione dei modelli*, cit., p. 1287.

Non è questa la sede per analizzare una tematica che non infiamma più, come in un passato non troppo remoto, il dibattito scientifico¹⁵². Basterà qui ricordare che, per i sostenitori di tale modalità di tutela dei diritti “deboli”, essa rientra a pieno titolo nella prospettiva costituzionale dell’accesso alla giustizia, nel contesto dell’art. 3 Cost. Differenziando i meccanismi processuali, infatti, il legislatore cerca di individuare le tecniche di tutela più adeguate alle singole situazioni sostanziali, muovendo dal presupposto che il processo ordinario, per i suoi costi e la sua durata, non sia idoneo a soddisfare il bisogno di giustizia che tali situazioni esprimono¹⁵³.

La politica della tutela differenziata dei diritti, peraltro, come è noto, ha perso, nel tempo la sua spinta propulsiva “sociale”, per trasformarsi in una più o meno indiscriminata tendenza alla specializzazione/sommarizzazione del processo¹⁵⁴, con l’introduzione di una moltitudine di nuovi riti e sotto-riti per disciplinare le situazioni più disparate, fuori da qualsiasi progetto sistematico e, sovente, senza una visione coerente d’insieme¹⁵⁵.

¹⁵² Come osserva CARRATA, *La “funzione sociale” del processo civile*. cit., p. 610, la funzione del processo quale strumento di abbattimento delle disegualianze sociali si è esaurita con la crisi del *welfare state* degli anni Ottanta “e con la conseguente riduzione dell’interventismo statale al fine di assicurare il benessere sociale”.

¹⁵³ DENTI, *op. cit.*, p. 453; per L. P. COMOGLIO, *Tutela differenziata*, cit., p. 1523, “proprio alla luce del principio di eguaglianza ‘sostanziale’, sancito dall’art. 3, comma 2°, Cost., la predisposizione di forme diversificate di tutela e la conseguente adozione di discipline processuali proporzionalmente differenziate appaiono del tutto legittime (e, forse, addirittura dovute), qualora si rendano necessarie, a loro volta, per eliminare squilibri o privilegi presenti a livello sociale o socio-economico in senso lato. Per l’a., come si arguisce dal principio di eguaglianza ‘formale’, consacrato nel 1° comma del cit. art. 3, le differenze di disciplina devono fondarsi su obiettive peculiarità dei rapporti sostanziali da tutelare, non potendo invece essere in alcun modo ricollegate a meri elementi di discriminazione soggettiva o personale”. Per una posizione anche aspramente critica, v. VOCINO, *op. cit.*, p. 773 ss.

¹⁵⁴ Critico VOCINO, *op. cit.*, p. 814 ss., che si esprime in termini di “giustizia sommaria”.

¹⁵⁵ Al riguardo appare condivisibile l’osservazione di CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria*, cit., p. 1283, per cui “la moltiplicazione dei modelli è fonte di complicazioni e inefficienza”. Per TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in*

Seppure il ricorso a forme di tutela fondate sulla cognizione sommaria del giudice sia, come si è visto, del tutto normale e storicamente coesistente a ogni sistema processuale evoluto, da tempo viene criticata l'ampiezza che il fenomeno ha assunto nel nostro ordinamento¹⁵⁶, nell'ambito di una incontrollata deriva legislativa di "fuga" dal processo ordinario di cui non si vede la fine. Da tempo, in effetti, si è perso di vista l'obiettivo di fornire tutela differenziata per un complesso di rapporti chiaramente individuati, per passare alla previsione di pluralità di riti per ipotesi specifiche¹⁵⁷, di cui le nuove regole processuali per le controversie in materia di protezione internazionale introdotte dal c.d. decreto Minniti sono solo l'esempio più recente.

D'altro canto, la concessione di sempre più ampi spazi ai riti speciali e alla cognizione, a qualche titolo, sommaria del giudice civile è stata generalmente effettuata per arginare e trovare un rimedio a costo zero alla grave e ormai cronica crisi in cui versa l'amministrazione della giustizia civile nel nostro Paese¹⁵⁸. Come si vedrà, in tale contesto, assume fondamentale (e molto criticato) rilievo il sempre più frequente utilizzo del procedimento in camera di consiglio, di recente "rivitalizzato" appunto per le controversie sulla protezione internazionale.

Il fenomeno ha assunto dimensioni così vaste da fare prospettare il rischio di marginalizzazione del rito ordinario, destinato quasi a divenire residuale¹⁵⁹, e dell'eccessiva atomizzazione delle regole processuali¹⁶⁰. Si registra, in altre parole, una notevole frizione tra l'esigenza di conseguire una tutela giurisdizionale effettiva, per cui a bisogni diversi debbono corrispondere forme diverse di tutela, e

Europa, Parma, 2015, p. 135, la strada della c.d. tutela giurisdizionale differenziata avrebbe portato solo alla proliferazione dei procedimenti speciali, con il pericolo di una frammentazione delle tutele.

¹⁵⁶ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 140.

¹⁵⁷ CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 237.

¹⁵⁸ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 137.

¹⁵⁹ Preoccupato al riguardo PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.*, cit., p. 709.

¹⁶⁰ CARPI, *Flashes*, cit., p. 238, che auspica un'inversione di tendenza che escluda a chiare lettere la marginalizzazione del rito ordinario.

la necessità di evitare che la giustizia si frantumi in una miriade di procedure particolari¹⁶¹ come appunto si è verificato in Italia.

Nelle pagine precedenti, si è parlato dell'incontrollata diffusione nel nostro ordinamento processuale, di riti speciali. Al riguardo, riprendendo il filo del discorso, occorre precisare che, per quanto ci interessa qui, la nozione di procedimento "speciale" non è sinonimo di procedimento "sommario": premesso, che, come si vedrà, non esiste un'unica nozione di "sommarietà" in ambito processuale, con un certo grado di approssimazione si può affermare che ogni procedimento sommario sia speciale, ma non ogni procedimento speciale sia sommario.

In particolare, non sono qualificabili come sommari quei riti che, pur differenziandosi dal modello "ordinario" sotto alcuni aspetti formali, sono però strutturalmente finalizzati a garantire un livello di approfondimento istruttorio e una predeterminazione legale dei ritmi processuali del tutto analoghi a quello del rito ordinario stesso e di cui la legge si preoccupa di disciplinare le modalità di svolgimento in modo tendenzialmente esaustivo¹⁶². Il riferimento è ai procedimenti speciali a cognizione piena, introdotti (con varianti e differenze più o meno estese rispetto al modello ordinario) per offrire tutela processuale differenziata a determinate categorie di diritti. È il caso, per esempio, del rito del lavoro – che, in effetti, alcuni fanno rientrare nella giurisdizione contenziosa decisoria ordinaria¹⁶³ – o del procedimento di separazione / divorzio.

Si è osservato che, sovente, tali riti "alternativi" si differenziano da quello "ordinario" per una semplificazione delle forme e che essi siano dunque qualificabili come sommari nella misura in cui la loro disciplina normativa sia semplificata rispetto a quella

¹⁶¹ PICARDI, *op. cit.*, p. 704.

¹⁶² SCARSELLI *La condanna con riserva*, cit., p. 602, lo definisce svolgimento del processo sommario in senso lato solo perché diverso e più sollecito di quello a cognizione piena secondo le regole ordinarie.

¹⁶³ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Torino, 2011, p. 8 ss.

del procedimento ordinario¹⁶⁴. A parte che tale fenomeno non si verifica sempre¹⁶⁵, al riguardo si può osservare che i riti in esame costituiscono pacificamente degli equivalenti strutturali e funzionali del rito ordinario per la soluzione di controversie determinate, rispetto alle quali non si prospetta la possibilità di ricorrere, in via alternativa, al modello ordinario: rispetto a essi, dunque, non si pongono i problemi ricostruttivi posti dagli altri esempi di “sommarietà” e agli stessi, dunque, non si farà particolare riferimento nel presente lavoro.

Nell'economia di questo studio, vale la pena osservare che tutti i modelli tradizionali di cognizione piena (ancorché speciale) appaiono caratterizzati da un elemento comune: ovvero che, agendo in giudizio, per così dire, si “acquista” un pacchetto di regole processuali più o meno dettagliate ma comunque caratterizzate da una certa rigidità, sia nella scelta del metaforico “pacchetto”, in relazione alla controversia di riferimento, sia negli sviluppi successivi alla proposizione della domanda: in altre parole, l'analitica disciplina del processo a cognizione piena non lascia margini di manovra al giudice e alle parti per modellare l'*iter* procedurale alle caratteristiche del caso concreto e dunque tentare di dare luogo a un processo più rapido e comunque più “a misura” della controversia di riferimento. Nel contesto dei procedimenti tradizionali di cognizione piena, in sostanza, non si tiene conto del principio di flessibilità, che, in ambito processuale, come si è visto, ispira politiche diametralmente contrapposte all'utilizzo di modelli predeterminati *ex lege* e rigidi nella loro attuazione, prediligendo piuttosto l'introduzione di meccanismi elastici e di schemi variabili in ragione della maggiore o minore complessità della lite, della qualità delle parti, dell'urgenza di provvedere e così via.

¹⁶⁴ E, in effetti, in quest'ottica, si tende a farli comunque rientrare in una nozione ampia di sommarietà. In materia v. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena*, cit., p. 1121, che tratteggia un'ampia nozione di procedimento speciale che sotto il profilo strutturale inquadra i procedimenti che hanno una disciplina diversa da quella del processo ordinario di cognizione tra parti attive in giudizio.

¹⁶⁵ Il procedimento “commerciale” del decreto legislativo n. 5 del 2003, per esempio, difficilmente poteva essere considerato “semplificato” rispetto al processo ordinario.

Si può, inoltre, aggiungere come l'esistenza di modelli "alternativi" di cognizione piena costituisca un ulteriore elemento di difficoltà ai fini della ricostruzione dei modelli "sommari" in senso proprio: anche quella della cognizione "piena", infatti, è una frontiera mobile, che tende a modificarsi sia in senso diacronico che geografico nonché all'interno di un medesimo ordinamento ogni volta in cui la relativa funzione sia perseguita tramite modelli procedurali diversi¹⁶⁶.

Su queste minime premesse, nel prossimo capitolo si passeranno in rassegna le principali tipologie e categorie di tutela sommaria, come necessaria introduzione al tema che ci interessa più specificamente affrontare, ovvero l'analisi del nuovo procedimento sommario di cognizione disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c.



¹⁶⁶ Sulle difficoltà ricostruttive della distinzione tra i procedimenti sommari, da un lato e dall'altro i modelli di trattazione della causa più semplici rispetto a quello ordinario, nonché i processi di cognizione speciali, v. CAPONI, *op. ult. cit.*, p. 1120, per cui tali difficoltà sono dal ricollegare al fatto che spesso i modelli di trattazione semplificati, oltre alla funzione di stabilire chi ha torto e chi ha ragione abbinano finalità in parte comuni ai procedimenti speciali.

CAPITOLO SESTO

LA COGNIZIONE SOMMARIA: CATEGORIE, STRUTTURE E FUNZIONI

SOMMARIO: 1. Introduzione: la sommarietà come eterogeneo *quid minus*. – 2. Aspetti strutturali della sommarietà. – 3. La sommarietà come cognizione “ridotta”. – 4. Una questione di “qualità” della cognizione? – 5. Un’analisi sul piano funzionale. – 6. (Segue): la sommarietà cautelare. – 7. (Segue): caratteristiche dell’istruttoria cautelare. – 8. Quando la sommarietà si associa alla decisorietà. – 9. (Segue): i procedimenti sommari decisorii autonomi. – 10. Il modello camerale: tra entusiasmi legislativi e critiche dottrinarie.

1. *Introduzione: la sommarietà come eterogeneo quid minus*

Come si è visto nel capitolo precedente, il termine “cognizione sommaria” evoca una “deviazione” rispetto a un modello ordinario. E poiché tale modello ordinario di cognizione piena è, per definizione, quello più analiticamente regolamento (nei limiti in cui le norme generali e astratte possano ambire a “prevedere” ogni situazione che si possa verificare nell’ambito di un procedimento)¹, i modelli di cognizione sommaria, di necessità, sono tali proprio perché non hanno né una disciplina così esaustiva e dettagliata né (e di conseguenza) una struttura così pienamente preconfigurata in ogni dettaglio².

¹ In effetti, a questo riguardo vale l’ammonimento di Amleto: “Ci sono più cose in cielo e in terra, Orazio, di quante ne sogni la tua filosofia”.

² V. pure BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 55; LOMBARDO, *Natura e caratteri dell’istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 479.

Sul piano semantico, in effetti, il termine “sommario” evoca l’incompletezza, la non esaustività, la mancanza di approfondimento: e così, a titolo di esempio, è sommaria l’esecuzione che avviene senza processo. In quest’ottica, il termine sommario appare caratterizzato da sfumature “negative”, come una sorta di *quid minus* rispetto a ciò che sommario non è ed è completo, esaustivo, approfondito e dunque “migliore” e preferibile.

Anche nel contesto processuale, dunque, il termine “sommario” è, in sostanza, inteso nel senso “comune” sopra individuato, comprese, almeno per alcuni, le connotazioni *lato sensu* negative che esso in qualche modo porta con sé³.

In particolare, come già si è anticipato nello scorso capitolo, sono definiti “sommari” tutti quegli istituti e quei meccanismi procedurali che in qualche modo derogano o limitano la completezza e l’analiticità del rito “ordinario”, completo ed esaustivo per definizione. In ambito processuale, inoltre, il termine “sommario” assume, di norma, connotazioni collegate alla rapidità e all’urgenza del decidere: in altre parole, la perdita di completezza ed esaustività del procedimento ordinario trova la propria ragion d’essere proprio nella maggiore celerità che connota la pronuncia sommaria.

Ciò detto, è risaputo che il nostro ordinamento conosca una pluralità di riti qualificabili come sommari e non riconducibili a unità né sul piano strutturale né su quello funzionale⁴. In effetti, nel quarto libro del codice di rito, sono messi insieme numerosi schemi processuali che si aggiungono a quelli disciplinati dal libro II. Sotto l’etichetta di processi speciali o sommari viene inoltre raccolta una articolata serie di procedure abbozzate in qualche articolo, introdotto surrettiziamente in leggi che regolano materie particolari⁵.

³ Osserva al riguardo CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarola, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 414: “Dal punto di vista semantico, la contrapposizione tra cognizione piena e cognizione sommaria sembra esprimere l’idea che la prima sfoci in un enunciato finale vero, cioè corrispondente al diritto sostanziale, più di quanto possa esserlo il provvedimento conclusivo di un procedimento sommario”.

⁴ V. per esempio MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 186.

⁵ Così PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 701.

Il termine “tutela sommaria” non ha una definizione univoca, presenta contorni incerti e si presta ad assumere connotazioni diverse a seconda del contesto di riferimento. Tale eterogeneità di significati peraltro emerge ed è riconosciuta anche a livello internazionale⁶.

In quest’ottica, dei diversi procedimenti e provvedimenti rientranti nella galassia denominata “tutela sommaria” è probabilmente più agevole dare una definizione in negativo, per sottrazione rispetto a un modello che, per definizione, sommario non è, e che abbiamo chiamato di cognizione ordinaria e piena⁷⁻⁸.

⁶ Al riguardo, in effetti, nel parere n. 6 (del 24 novembre 2004) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), con riferimento ai “*Summary proceedings*”, ai punti 116 e 117, si legge: “*There are major differences in terminology in this area. Not all States understand the concept of summary, simplified and accelerated procedures in the same sense. Some only speak of procedures as summary when their outcome does not have the force of res judicata, and refer to simplified procedures when certain steps have been eliminated or made easy, and to accelerated procedures when time limits have been abbreviated compared with ordinary proceedings. These features can of course coincide, so that a procedure can, at the same time, be summary, simplified and accelerated. (...) Common law jurisdictions in contrast use the word “summary” to cover simplified and accelerated procedures leading to a final (res judicata) decision, although they also have procedures for provisional judgments, e.g. procedures whereby the court may, if provisionally satisfied that a defendant will be liable in debt or damages, order an “interim” payment of not more than a “reasonable proportion” of the liability to be paid to the claimant. If at a trial the claimant then fails to prove his case, the claimant must repay the interim payment, with interest*”.

⁷ SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 598 ss., per cui il *proprrium* della cognizione sommaria non può che dedursi per relazione dalla struttura e dalla dinamica del processo ordinario di cognizione. Uno, regolato secondo schemi procedurali e minuziosi, rappresenta la regola, gli altri, disciplinati per consentire una semplificazione delle formalità processuali (e quindi una accelerazione dell’intervento giurisdizionale) rappresentano le eccezioni; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 55. CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur., Agg.*, XVIII, p. 6, a questo riguardo, osserva che, in base alle scelte del codice di rito, si è andata affermando la convinzione che, per determinare i connotati del processo sommario, sia sufficiente individuare le differenze che presenta rispetto al processo a cognizione piena. In sostanza, in quest’ottica, si avrebbe il primo quando manca anche uno solo degli elementi che caratterizzano il secondo.

⁸ Si osserva pure che la nozione di tutela differenziata parrebbe di per sé priva di un proprio significato positivo, implicando un termine di raffronto, come avviene per i processi speciali, in cui si attua una deviazione, giustificata dal richiamo di superiori esigenze, da quello che viene ritenuto un modello ordinario di processo: L. P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 587.

Proprio l'eterogeneità delle ipotesi di utilizzo della tutela sommaria determina l'impossibilità di ricondurre a unità un fenomeno tanto variegato e contrastante: come si è osservato, infatti, non esistendo un modello unico di sommarietà, prevale di volta in volta una delle possibili diverse caratteristiche che la identificano in relazione alle esigenze che la legge processuale vuole prioritariamente realizzare nel caso specifico⁹.

In effetti, le ricostruzioni sistematiche della materia sono difficoltose e spesso frustranti¹⁰, in ragione delle molteplici "declinazioni" con cui venga data attuazione alle finalità sottese a tale forma di tutela¹¹, tanto che sorge la tentazione di cedere a letture atomistiche, svincolate da qualunque tentativo di sistematizzazione¹².

Se il carattere comune a tutte le tutele sommarie può essere individuato nella finalità di rendere al massimo effettiva la tutela

⁹ ARIETA, *Le tutele sommarie*, in *Trattato di diritto processuale civile*, vol. X, II ed., Padova, 2010, p. 3.

¹⁰ Sulla impossibilità di ricondurre a una disciplina unitaria, con gravi problemi interpretativi, i provvedimenti frutto delle riforme degli anni Settanta, vedi CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 239. In seguito, la situazione è soltanto divenuta più articolata e confusa. Di recente, CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 742, rileva che nel campo dei processi decisorii la qualificazione sommario è divenuta fonte di gravi e radicati equivoci e fraintendimenti che rischiano di assfiare anche le nuove norme del 2009 come in precedenza il sommario societario. Per CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1118, la linea di confine tra cognizione piena e cognizione sommaria è caratterizzata da notevole mobilità e permeabilità. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 620, considera difficile l'esame sistematico a causa della variegata disciplina normativa: la coscienza delle obiettive difficoltà, dunque, per l'a., induce alla massima cautela per non abbandonarsi a inammissibili forzature volte a creare un sistema completo ed euritmico laddove non è individuabile sul piano normativo.

¹¹ BOVE, *Tutela sommaria*, cit., p. 59, scrive: "questa generica esigenza di 'far presto' può avere diverse declinazioni, diverse logiche di fondo, a cui poi corrispondono diverse forme di tutela, diverse strutture procedurali, diversi regimi giuridici dei provvedimenti finali".

¹² V. SANTANGELI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, Milano, 2001, p. 34, con riferimento alle difficoltà di inquadramento sistematico dell'ordinanza di cui all'art. 186-*quater* c.p.c.

giurisdizionale dei diritti¹³, questo comune filo conduttore, utile dal punto di vista descrittivo, non basta a ricostruire il sistema intorno a modelli generali.

Una tradizionale chiave di lettura è affrontare il problema, più che su un piano definitorio in senso astratto, comparando in concreto la funzione e la struttura della tutela “piena” o ordinaria con la funzione e la struttura dei diversi modelli procedimentali qualificati come sommari, per verificare se si tratti di modelli che, in effetti, perseguono, con forme diverse, la medesima o divergenti finalità¹⁴, rispetto alle quali costruire poi una categoria sistematica.

2. *Aspetti strutturali della sommarietà*

Come già si è anticipato nel capitolo precedente, tradizionalmente, si individuano, come elementi caratterizzanti sul piano strutturale il modello di tutela “a cognizione piena”¹⁵:

- un contraddittorio preventivo in condizioni di parità tra le parti;
- la predeterminazione legale di forme, termini, poteri e doveri con riferimento alle varie fasi del procedimento;
- la regolamentazione della formazione del convincimento del giudice secondo canoni che assicurino un giusto processo e una giusta decisione;
- la tipicità dei mezzi di prova, in un’ottica di predeterminazione delle formalità di formazione delle prove precostituite e delle modalità di assunzione di quelle costituende;
- la decisione presa con la forma della sentenza, motivata e ricorribile almeno in cassazione.

Rispetto a queste caratteristiche strutturali della cognizione piena, è sommaria quella tutela nella quale, dunque, si assiste alla

¹³ ARIETA, *op. cit.*, p. 2; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, II ed., Torino, 1994, p. 292.

¹⁴ Su struttura e funzione: LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Torino, 2011, p. 11 ss.

¹⁵ V. CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 6; PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 265, a p. 268.

deviazione o alla compressione di almeno uno di tali elementi “naturalmente” della cognizione piena. In quest’ottica, anzi, si giunge a definire sommario, per difetto, tutto ciò che non sia riducibile a una rigida predeterminazione di tempi e forme del processo e in cui, dunque, il procedimento è (almeno in parte) affidato alla discrezionalità del giudice¹⁶. In entrambi i casi, la sommarietà è, in qualche modo collegata a una semplificazione delle forme del rito rispetto ai rigori del processo ordinario¹⁷.

In particolare, rispetto alle caratteristiche della cognizione piena sopra enunciate, nei procedimenti sommari assume rilievo la (possibile) deviazione rispetto al principio del contraddittorio. Come è stato osservato, in effetti, il contraddittorio, come esercizio di poteri, facoltà e oneri dei soggetti su un piede di parità simmetrica, non si articola, in tutti i tipi di processo, mediante poteri, facoltà e doveri uguali per contenuto e numero e può essere realizzato in forme qualitativamente e quantitativamente diverse: in tale ottica, la specialità della struttura procedimentale si rivela in funzione del vario atteggiarsi e concretarsi del contraddittorio mentre le diverse modalità e intensità di attuazione di esso implicano l’adozione di forme processuali speciali rispetto al modello ordinario in quanto caratterizzato dalla più completa e raffinata realizzazione del contraddittorio¹⁸.

¹⁶ Così FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 801.

¹⁷ Su questa distinzione, BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 723, per la quale, sul piano logico, una cosa sono le modalità di svolgimento del procedimento (dettate dal legislatore o lasciate alla determinazione del giudice) altra cosa è l’oggetto della cognizione, completa e diretta al raggiungimento del convincimento pieno del giudice ovvero incompleta e diretta al raggiungimento di un grado inferiore di giudizio.

¹⁸ Così COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 581. L’a., a p. 615, nega che l’unica forma possibile di attuazione del contraddittorio sia quella che presiede alla disciplina del processo ordinario, opponendosi all’appiattimento dei diversi strumenti di tutela in nome di un malinteso principio di uniformità di cui non è dato cogliere il fondamento razionale. Ferma restando l’esigenza del rispetto del minimo irriducibile della partecipazione degli interessati negli aspetti e momenti indicati, per l’a. le forme di attuazione concreta di tale partecipazione non devono necessariamente ispirarsi o lasciarsi sedurre dal fascino del modello ordinario, bensì debbono armonizzarsi con le particolarità strutturali del singolo procedimento.

Sul piano della struttura¹⁹, inoltre, si possono qualificare come sommari i (sub)procedimenti caratterizzati da una cognizione (per definizione) non piena (in termini di sommarietà istruttoria, che incide sulla sommarietà dell'accertamento) e quelli connotati da una non analitica disciplina procedimentale (in cui, cioè, è sommario il *modus procedendi*, in termini di sommarietà strutturale o a livello organizzativo)²⁰, essendo peraltro anche possibile una combinazione di tali opzioni²¹. Si enuclea così una contrapposizione concettuale tra sommarietà intesa come “forma semplificata del procedimento” e come “modo in cui si forma il convincimento del giudice”. Non necessariamente, come si vedrà, la prima implica anche la seconda²².

La semplificazione del *modus procedendi* può essere imposta dalla legge (come nel caso del procedimento avanti al giudice di pace o del procedimento per decreto ingiuntivo) ovvero essere demandata al giudice²³.

¹⁹ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, II, tomo 1, 2008, p. 885 ss., sul piano strutturale, distingue tra procedimenti sommari perché semplificati e procedimenti sommari perché a cognizione sommaria.

²⁰ A questo riguardo, si afferma che il carattere distintivo della cognizione sommaria è proprio la discrezionalità nell'individuazione del *modus procedendi*. Tutti i procedimenti governati dalla discrezionalità del giudice andrebbero, dunque, considerati a cognizione sommaria e non a cognizione piena: GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 141-142, per cui ciò che accumuna i diversi schemi procedimentali nei quasi si incardinano le norme ricondotte nell'alveo della cognizione sommaria è l'ampia se non addirittura totale discrezionalità del giudice nel determinare l'iter procedurale da seguire, come nel caso del procedimento in camera di consiglio o del rito cautelare. V. anche CARRATTA, *Le “condizioni di ammissibilità” del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 728. Id., *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885 ss., afferma che la sommarietà si riferisce alla forma semplificata del procedimento e/o al modo in cui si forma il convincimento del giudice, non fondato su una *cognitio plena*. In arg. v. anche LOMBARDO, *op. cit.*, p. 480 ss.

²¹ FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, cit., p. 801. Sulla distinzione tra procedimenti sommari perché semplificati e procedimento sommari perché a cognizione sommaria v. anche CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli, 2012, p. 26.

²² Al riguardo, v. anche LOMBARDO, *op. cit.*, a p. 481, che osserva che la cognizione propria del procedimento sommario non è necessariamente sommaria anch'essa: è una cognizione che, di volta in volta, può essere piena o sommaria, a seconda dell'esistenza di deroghe, previste dalla legge, all'ordinario meccanismo della cognizione giudiziale.

²³ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885.

Rispetto alla prima ipotesi, si parla di procedimenti sommari determinati, in cui il legislatore stesso predispone un modello processuale semplificato incentrato sulla riduzione della cognizione del giudice²⁴: qui, dunque, sommarietà del procedimento e sommarietà della cognizione tendono a sovrapporsi.

Nel secondo gruppo, vengono, invece, fatti rientrare i c.d. procedimenti sommari indeterminati, caratterizzati da una sommarizzazione della ritualità del processo ordinario, realizzata con l'attribuire al giudice, a mezzo di formule elastiche, un potere di snellimento delle attività processuali²⁵. La sommarizzazione del processo viene così rimessa ai poteri del giudice, per favorire l'accelerazione dei tempi del giudizio²⁶.

Nella categoria dei procedimenti sommari indeterminati, caratterizzati dalla semplificazione degli atti giudiziari, rientrano anche procedimenti semplificati a cognizione che aspira a essere "piena" quanto a effetti e ad approfondimento della cognizione²⁷. In tali procedimenti speciali/sommari, in effetti, la semplificazione riguarda solo il procedimento ma non l'intensità dell'attività cognitiva del giudice.

A questo riguardo, d'altra parte, si deve anticipare, in quanto rilevante nell'ambito della nostra indagine, che larga parte della dottrina considera che un procedimento debba essere qualificato come "sommario" non tanto in ragione delle sue forme appunto semplificate ma perché, essendo rimessa alla discrezione giudiziale la sua concreta articolazione, le parti sarebbero private della possibilità di rivendicare l'esercizio dei poteri che connotano la cognizione piena nei confronti dell'organo giurisdizionale, quando questi ritenesse opportuno prescindere²⁸: e, proprio per tale connotazione, vi sarebbe una intrinseca incompatibilità tra la cognizione sommaria così intesa e i principi del giusto processo, con la conseguenza che una cognizio-

²⁴ BESSO, *op. cit.*, p. 723; CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 878; v. anche, con riferimento alla dottrina tedesca in materia, SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 482.

²⁵ SCARSELLI, *op. cit.*, p. 482 ss., che osserva (p. 484-485) che, storicamente si prevedeva l'obbligo del giudice di analizzare i soli punti essenziali.

²⁶ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 878.

²⁷ BESSO, *op. cit.*, p. 723.

²⁸ CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., p. 27.

ne sommaria in quanto semplificata non potrebbe aspirare a produrre gli stessi effetti della cognizione piena, in particolare con riferimento all'attitudine alla formazione della cosa giudicata sostanziale.

Per il momento, peraltro, occorre approfondire le ulteriori implicazioni della tutela sommaria sul piano strutturale.

3. *La sommarietà come cognizione "ridotta"*

Approfondendo le tematiche introdotte nelle pagine che precedono, in questo paragrafo si analizzerà la nozione di sommarietà intesa come cognizione "ridotta" (e come contrapposta a quella intesa come "semplificazione processuale").

In ragione delle diverse finalità della tutela (v. *infra*), in effetti, l'attività istruttoria compiuta nei procedimenti in cui tali finalità sono perseguite assume connotazioni particolari sul piano della intensità e della qualità, ciò che incide, inevitabilmente sui regimi di efficacia e stabilità dei provvedimenti presi in quelle sedi.

Descrittivamente, nell'ottica qui presa in considerazione, le cognizioni sommarie sono meno complete o anche meno approfondite e più affrettate nella ricostruzione della fattispecie di riferimento di quel che sono le istruttorie della cognizione che possiamo definire "ordinaria" o "piena" e che trova la sua disciplina nel libro II del codice di rito²⁹. Ciò deriva dal fatto che, come si è messo in risalto, le cognizioni sommarie sono funzionali e strumentali alla lotta del diritto processuale civile contro il tempo: come si vedrà, esse servono, in effetti, a evitare che la durata della cognizione ordinaria renda inefficienti le tutele cui essa è preordinata³⁰.

In quest'ottica, si sono individuate diverse tipologie di cognizione sommaria sul piano strutturale³¹.

²⁹ Per COLESANTI, *op. cit.*, p. 580, il carattere sommario della cognizione si appalesa come un connotato inscindibile dalla struttura del procedimento, nel duplice senso che ne è un portato, e al tempo stesso la condiziona nelle sue concrete esplicazioni.

³⁰ MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309.

³¹ Le varie tipologie proposte dalla dottrina moderna attingono dalla tripartizione di CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cogni-*

A) La cognizione può essere sommaria perché parziale, ovvero limitata a certi aspetti della lite, senza esplorarne altri, oppure nella quale il giudice non è tenuto a esaminare tutti i fatti allegati dalle parti in giudizio ma solo alcuni di essi, rispetto ai quali è però chiamato a compiere un accertamento pieno (configurandosi al riguardo, dunque, un limite quantitativo e non qualitativo)³².

La cognizione parziale, d'altro canto, presuppone che, dopo la decisione che non ha a oggetto l'intero *thema probandum* ma solo alcuni dei fatti rilevanti, l'accertamento concernente quelli non esaminati sia riservata ad altro giudizio o ad altra fase del medesimo procedimento³³. Tale tipo di cognizione sommaria si riscontra, per esempio, nella condanna con riserva delle eccezioni del convenuto³⁴⁻³⁵. In alcu-

zione, Napoli, rist. 1965, p. 202, tra accertamenti con cognizione incompleta perché non definitiva (condanne con esecuzione provvisoria), accertamenti con cognizione incompleta perché parziale (condanne con riserva), accertamenti con cognizione incompleta perché superficiale (ordini di prestazione nel processo monitorio e altri).

³² In questi termini SCARSELLI, *op. cit.*, p. 518. V. anche CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 222, che parla di minore estensione della realtà storica esaminata, senza deroga sul piano qualitativo alla cognizione che resta piena; CARRATA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., p. 28; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 291.

³³ CECHELLA, *op. cit.*, p. 221 ss.; v. anche CARRATA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885 ss.

³⁴ Su cui v. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali (studi Andrioli)*, Napoli, 1979, p. 327 ss., il quale, peraltro, p. 347, ritiene "sconsigliabile il ricorso alla tecnica della condanna con riserva delle eccezioni, e le ipotesi oggi previste andrebbero sottoposte ad attento riesame"; ID., in *Stato di diritto e garanzie processuali*, cit., p. 204, ritiene maturi i tempi "perché si introduca in Italia una disciplina generalizzata della condanna con riserva"; v. anche gli esempi di condanna con riserva fatti dall'a. in *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 274, ove si osserva, p. 275, che, con una operazione di interpretazione sistematica, la dottrina ha sottratto una vasta serie di ipotesi al generico potere discrezionale del giudice. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1 ss., peraltro, nella sua proposta di nuovo codice di diritto processuale civile, prevede l'introduzione generalizzata dell'istituto della condanna con riserva delle eccezioni (art. 2.28). In materia, v. di recente CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, p. 44 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 115; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 60.

³⁵ SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 400 ss., osserva che, storicamente, l'istituto della condanna con riserva si pone tra la prova dei fatti costitutivi pura e semplice e la prova dei fatti costitutivi accompagnata dall'eccezione che

ni casi, peraltro, la cognizione sommaria perché parziale si riscontra in procedimenti in cui si prescinde dalla previa instaurazione del con-

richieda lunghe indagini e/o non fondata su prova scritta e dal potere deliberativo del giudice fornito di una discrezionalità tale da consentire a questi una valutazione dell'opportunità di pronunciare il provvedimento giurisdizionale. L'a., dal rilievo che, nel contesto dell'art. 35 c.p.c., la condanna con riserva possa essere irrogata solo in presenza di prova documentale piena dei fatti costitutivi, ovvero di fatti costitutivi non controversi o, ancora, di un titolo facilmente accertabile giunge a concludere che non vi siano condanne con riserva sprovviste del requisito minimo della prova piena dei fatti costitutivi (p. 441). Rispetto alla prova di tali fatti, qualora l'eccezione del convenuto sia di lunga indagine (ovvero quando la verifica compiuta di esse impedisca la precisazione delle conclusioni per l'udienza immediatamente successiva), per l'a., il giudice ha il potere discrezionale di compiere una delibazione sommaria circa la (non) concessione della condanna con riserva, pur sussistendone i presupposti, al fine di non arrecare danno grave al debitore nelle more dell'accertamento delle eccezioni da lui proposte, con valutazione *lato sensu* cautelare (p. 442 ss., p. 471 ss.). Su questi profili v. anche CONTE, *op. cit.*, p. 47. Così ricostruita, la condanna con riserva risponde al principio per il quale i tempi immediati del processo devono andare a danno della parte che ha bisogno della trattazione della causa per provare l'esistenza del diritto o dell'eccezione. In questo contesto, dunque, si ripartiscono tra attore e convenuto i tempi necessari allo svolgimento dell'attività giurisdizionale di cognizione: SCARSELLI, *op. cit.*, p. 551 ss., che, a p. 554 ss., mette in risalto come la conclusione esposta nel testo sia cosa diversa dall'affermare che la condanna con riserva sia una mera tecnica processuale finalizzata a evitare l'abuso del diritto di difesa: per l'a., piuttosto, la contrazione della possibilità di un abuso del diritto di difesa è solo un effetto secondario della condanna con riserva. Per CECHELLA, *op. cit.*, 1986, p. 221, si avrebbe qui un accertamento pieno del fatto costitutivo come nella condanna generica. Anche LOMBARDO, *op. cit.*, p. 482, osserva che "non si tratta, perciò, di una vera cognizione sommaria, ma, più propriamente, di una "cognizione ordinaria parziale". Trib. Cagliari, 6 novembre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 409, rileva che, ai fini della possibilità di pronunciare la condanna generica, sia necessaria la cognizione piena sull'elemento soggettivo, mentre rispetto all'elemento obiettivo possa bastare una valutazione della possibilità o probabilità astratta che un danno si sia verificata. Al riguardo, LOMBARDO, *op. cit.*, a p. 482, evidenzia peraltro che "nel caso di cognizione (sommaria) parziale (così nelle sentenze di condanna con riserva; nell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c.), il giudice, se è tenuto a esaminare soltanto una porzione dei fatti allegati dalle parti in giudizio (...), è tenuto però a compiere un accertamento pieno su di essi, utilizzando tutti gli strumenti di conoscenza di cui egli dispone nella cognizione ordinaria. Nessuna restrizione è imposta all'ordinario svolgersi del contraddittorio; nessuna deroga è prevista circa i poteri delle parti e del giudice quanto alle iniziative probatorie; nessuna limitazione è stabilita circa l'ammissibilità dei mezzi di prova tipici, dettati per l'ordinario processo di cognizione; nessuno speciale limite è sancito, infine, in ordine alla formazione del convincimento del giudice". Esclude l'assimilabilità della condanna con riserva alla condanna generica CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 418 ss.

traddittorio tra le parti (come nel caso del procedimento per decreto ingiuntivo)³⁶.

B) La cognizione può pure essere sommaria per incompletezza, quando, cioè, la pronuncia si basa su ciò che, in quel momento, risulta agli atti del procedimento (cognizione sommaria senza istruzione)³⁷. Al riguardo, si parla anche di cognizione superficiale, in cui il giudice è tenuto a esaminare e considerare tutti i fatti allegati dalle parti in giudizio, sebbene sia dispensato dall'obbligo di emanare il provvedimento di merito solo a seguito di un accertamento pieno (limite qualitativo), formulando una valutazione meramente probabilistica³⁸.

In questo modello di sommarietà, la cognizione del giudice non è esaustiva e non riguarda l'accertamento dell'effettiva sussistenza dei fatti (costitutivi, estintivi, impeditivi o modificativi) posti a base delle contrapposte domande o eccezioni delle parti, "accontentandosi" di un minore livello di approfondimento, misurato in termini di "verosimiglianza" ovvero di "probabilità"³⁹.

In questo modello di sommarietà, connotato dalla discrezionalità del giudice⁴⁰, rientrano le decisioni prese allo stato degli atti o senza esaminare esaustivamente il *thema decidendum* così come le cognizioni compiute solo con l'utilizzo di certi mezzi di prova e l'esclusione di altri⁴¹. Si possono fare rientrare in questa nozione anche le ipotesi di cognizione sommaria perché senza istruzione⁴²,

³⁶ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 144-145.

³⁷ V. ARIETA, *op. cit.*, p. 4; CARRATA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., p. 28; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 470.

³⁸ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 292, che, significativamente aggiunge: "o, se si vuol essere realisti, ben più probabilistica di quella ordinaria". Per LOMBARDO, *op. cit.*, p. 483, anzi, soltanto nella cognizione c.d. superficiale potrebbe rinvenirsi il *proprium* della cognizione sommaria.

³⁹ V. ARIETA, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁰ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 142.

⁴¹ LUISSO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 115.

⁴² CARRATA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885 ss.

come nel caso dei procedimenti di licenza o convalida di sfratto: qui, in effetti, il giudice non compie alcuna attività di accertamento ma, qualora il conduttore non si presenti in udienza o non proponga opposizione, si limita a trarre le conseguenze previste dalla legge per tali ipotesi (ovvero, la convalida della licenza o dello sfratto). Il tipo di sommarietà in esame qui è pure quello che caratterizza la cognizione dei provvedimenti cautelari (o di certi provvedimenti anticipatori di condanna come possono essere quelli emessi dal Presidente del Tribunale nell'ambito del procedimento di separazione).

Peraltro, come è stato evidenziato, incompletezza e superficialità non hanno un'intensità costante, potendo presentare un livello di variabilità tale da determinare una pluralità di (sotto)modelli di sommarietà⁴³, in ragione del contesto processuale di riferimento.

Alla luce delle peculiarità di tale tipo di cognizione, i provvedimenti emessi sulla base di una istruttoria "superficiale" o sono funzionalmente inadeguati a conseguire la stabilità della cosa giudicata sostanziale (come nel caso dei provvedimenti cautelari, a prescindere dagli effetti da essi prodotti nel caso concreto) oppure la acquistano solo a seguito del mancato passaggio del rito da una prima fase sommaria a una successiva a cognizione piena ed esaustiva (come nel caso del procedimento monitorio).

C) Infine, si può qualificare come sommaria la cognizione "atipica", con riferimento al catalogo delle prove utilizzabili ai fini della decisione del giudice e alle modalità di relativa assunzione⁴⁴.

In questo contesto assume rilevanza la possibilità per il giudice di fare utilizzo di "informazioni"⁴⁵, con le quali si ritiene che la cognizione abbia luogo non sulla base di uno strumento di prova privilegiato o del comportamento delle parti, ma sia il frutto di un

⁴³ ARIETA, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁴ CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 885.

⁴⁵ V. CAPPONI, *Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 911 ss.; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 285 ss. Sulla nozione di "informazioni", di recente, QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, p. 164 ss.

autonomo potere dell'ufficio, che deve appunto svolgere accertamenti o assumere informazioni⁴⁶⁻⁴⁷. Rispetto a quelli che sono definiti "sistemi chiusi", in effetti, si afferma che le informazioni del giudice civile possono senz'altro introdurre aspetti di deformalizzazione dei criteri di deduzione e acquisizione processuale dei mezzi di prova, in particolare per quanto ne riguarda modi e tempo, nonché lo svincolamento dall'iniziativa di parte quanto all'indicazione del tema specifico di prova, dall'individuazione del mezzo di prova, da preclusioni e decadenze⁴⁸.

⁴⁶ CAPPONI, *Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 915; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 464; G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale. Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 190.

⁴⁷ La dottrina evidenzia come la formula "sommarie o opportune informazioni" non abbia in sé nulla di tipico, sembrando indicare più il risultato di un esperimento o svolgimento istruttorio che lo strumento mediante il quale l'istruzione ha esclusivamente luogo. Si rimarca pure che l'espressione rimanda a fenomeni tutt'altro unitari e che trovano un comune denominatore soltanto in contrapposto alla cognizione ordinaria: CAPPONI, *op. cit.*, p. 916. Più nel dettaglio, le informazioni non sono ritenute assimilabili all'audizione delle parti, attesa la strutturale incompatibilità tra la posizione di parte e quella di testimone: v. TARUFFO, *op. cit.*, p. 463, per cui le "sommarie informazioni" sono tipicamente quelle che il giudice assume da terzi o per mezzo di terzi, i quali svolgono al riguardo una funzione sostanzialmente testimoniale. Si opina pure che esse possano prescindere dalla previa provocazione del contraddittorio, senza però tradursi nella mera valutazione dei fatti allegati: esse devono, infatti, concretarsi nel compimento di un'attività di accertamento dei presupposti di fatto che legittimano l'adozione del provvedimento: CAPPONI, *op. cit.*, p. 929-930, per il quale, laddove la legge preveda la pronuncia di un provvedimento sulla base di "informazioni", in effetti, la parte ha diritto che il provvedimento stesso sia pronunciato soltanto previa assunzione di tali informazioni e non sia reso *prima facie* sulla scorta dei semplici fatti allegati. In altre parole, la formula sommarie o opportune informazioni deve necessariamente avere un suo svolgimento processuale, precisandosi che non solo il giudice ma anche la parte possa rendersi promotrice della ricerca e della raccolta degli elementi di prova. Si è, anzi, osservato che proprio il carattere antiformalistico di tale attività di ricerca e raccolta può favorire, anzi, più ampie e penetranti iniziative di parte, non costrette nei predeterminati e rigidi canali dell'istruttoria tipica (p. 932-33).

⁴⁸ CAPPONI, *op. cit.*, p. 935 ss., per il quale il riferimento alle informazioni equivale, anzi, a un generalizzato rinvio alla prova atipica e alla deformalizzazione di quella tipica, salvo il rispetto di quelle che sono definite "norme di resistenza" (come l'identificazione del portatore di informazioni, la verbalizzazione delle relative dichiarazioni, la garanzia del successivo controllo e del contraddittorio nella relativa assunzione: l'a., a p. 937, sostiene che non si debba avallare un modello

Si mette in evidenza, d'altro canto, come, nelle informazioni, il carattere di sommarietà riguardi senz'altro le modalità di acquisizione degli elementi utili per l'accertamento del fatto ma non necessariamente il risultato di tale accertamento: al riguardo, in effetti, si afferma che le informazioni possono senz'altro "metter capo a un accertamento completo ed esauriente dei fatti della causa"⁴⁹.

Le diverse articolazioni strutturali delle forme di tutela sommaria, come si può agevolmente desumere, non si prestano a essere ricondotte a sistema, essendo utilizzabili con riferimento a procedimenti notevolmente diversi tra loro. L'approccio strutturale, in effetti, può ritenersi inadeguato a fornire risposte esaurienti al problema che stiamo qui esaminando.

4. Una questione di "qualità" della cognizione?

In stretta correlazione con le categorie esaminate nel paragrafo precedente, si può parlare di "sommarietà" anche con riferimento alle modalità con cui si perviene alla decisione, ovvero alla qualità dell'accertamento compiuto dal giudice.

Da questo angolo prospettico, la cognizione è qualificabile come sommaria quando si fonda su un:

A) Giudizio di verosimiglianza, ovvero un giudizio che prescinde dalla valutazione delle prove⁵⁰. Taruffo ne parla come della vici-

che si risolve in un processo mentale tutto interno alla sfera del decidente, dovendosi lasciare traccia degli adempimenti compiuti; v. anche TARUFFO, *op. cit.*, p. 464 e, sul ruolo del contraddittorio nel contesto delle "sommarie informazioni", p. 466.

⁴⁹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 468.

⁵⁰ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 891; per l'a., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 44 ss., quando il giudice fonda il proprio convincimento sulla verosimiglianza delle allegazioni, compie un'operazione gnoseologica che ha alla base l'*id quod plerumque accidit* e dunque il ricorso a massime di esperienza, ma nella valutazione di verosimiglianza manca quel procedimento inferenziale che caratterizza il convincimento fondato sulla probabilità. In altri termini, per l'a., il giudice ri-

nanza di un'asserzione alla realtà di cui essa si occupa, indicando “il grado di capacità rappresentativa di una descrizione rispetto alla realtà”⁵¹. La legge, dal canto suo, laddove utilizza i termini “verosimiglianza”, esclude ogni riferimento alla prova dei fatti, attribuendo una speciale rilevanza alla mera allegazione dei medesimi, prospettando una *relevatio ab onere probandi* fondata sul carattere verosimile o probabile dei fatti allegati e prescindendo del tutto dalla prova che di essi possa essere fornita o autonomamente ricercata anche a mezzo di informazioni⁵².

B) Giudizio di probabilità, inteso come un giudizio che dipende dalla valutazione delle istanze istruttorie, in termini, appunto, probabilistici⁵³.

tiene verosimile una determinata allegazione fattuale senza passare attraverso la concreta verifica probatoria, ma semplicemente valutando se una determinata allegazione rientri oppure no nell'area di operatività di una determinata massima di esperienza; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 64; v. sulla nozione di verosimiglianza le osservazioni di TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 158, che evidenzia come, nella dottrina italiana, essa sia utilizzata in modo ibrido, con una sovrapposizione al concetto di probabilità. Per l'a., p. 163: “la verosimiglianza prescinde (...) dai gradi di certezza ci si attribuiscono alle asserzioni fattuali. (...) La verosimiglianza, dunque, non esprime conoscenze o gradi di conoscenza (...) e – nel processo rileva in momenti anteriori all'acquisizione delle prove”. Per un'analisi della differenza tra verità e verosimiglianza, v. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 88 ss., ove l'a. definisce verosimile “ciò che corrisponde alla normalità di un certo tipo di comportamenti o di accadimenti” e afferma, p. 90: “il giudizio di verosimiglianza non fornisce alcun elemento di conoscenza intorno alla verità o alla falsità di un enunciato”. V. pure LOMBARDO, *op. cit.*, p. 497.

⁵¹ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 161 ss.

⁵² CAPPONI, *op. cit.*, p. 927, per il quale, a fronte di un uso un po' confuso delle due nozioni, appare opportuno evitare confusione terminologica tra verosimiglianza e probabilità, che restano concetti diversi, dal punto di vista sia semantico che giuridico. Sull'utilizzo in senso lato di verosimiglianza come sinonimo di probabilità v. anche LOMBARDO, *op. cit.*, p. 498; TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 90 ss., che smentisce la comune opinione per cui “se un enunciato è verosimile, allora esso è anche probabile”.

⁵³ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 891; per TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 90: “la probabilità attiene all'esistenza di valide ragioni per ritenere che un enunciato sia vero o sia falso”.

Tale tipo di giudizio viene tradizionalmente tenuto distinto, sul piano giuridico, da quello di verosimiglianza esaminato nel punto precedente, presupponendo operazioni gnoseologiche ben diverse fra loro⁵⁴. Nella valutazione di verosimiglianza, in particolare, manca quel procedimento logico inferenziale che caratterizza il convincimento fondato sulla probabilità e che consente di collegare il *factum probans* al *factum probandum*⁵⁵.

In presenza di uno di profili sopra elencati, diventa inevitabile la qualificazione sommaria della cognizione compiuta dal giudice, a prescindere, a ben vedere, dalla effettiva qualità della cognizione o dell'accertamento in concreto raggiunto nel caso specifico⁵⁶.

In effetti, come già si è evidenziato, gli accertamenti sommari sul fatto controverso non necessariamente hanno una minor "tenuità" rispetto a quelli effettuati a cognizione piena, essendo anzi abbastanza comune (per esempio, nell'esperienza dei provvedimenti cautelari seguiti da un accertamento nel merito) che gli accertamenti sommari perché incompleti escano confermati all'esito della successiva cognizione piena.

Alcuni, invero, dubitano che, su questo piano, sia possibile estrarre elementi qualificatori della nozione di sommarietà. In particolare, si nega che si possa definire il concetto di "sommarietà" con riferimento alla qualità dell'accertamento compiuto dal giudice, chiedendosi anzi come si possa impostare la differenza tra la cognizione sommaria perché atipica/informale propria dei cautelari e l'identica cognizione dei processi sommari non cautelari⁵⁷. In quest'ottica, il tratto che acco-

⁵⁴ CARRATTA, *op. loc. ultt. citt.*; ID., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., p. 45.

⁵⁵ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 891.

⁵⁶ CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 886, che osserva che attraverso il ricorso a modelli istruttori informali o atipici si realizza sempre e comunque una cognizione sommaria perché superficiale.

⁵⁷ CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 892; ID., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 240 ss.; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 590, per cui la cognizione piena non è sinonimo di conoscenze più razionali, anzi, la cognizione sommaria in quanto più libera, potrebbe risultare in concreto più

muna le cognizioni sommarie è che l'accertamento acquisito dal giudice sarebbe il frutto di un *modus procedendi* non conforme a quello dei processi a cognizione piena, essendo il carattere della sommarietà riferito alle modalità con cui vengono acquisiti gli elementi utili per accertare il fatto ma non riguardando esso affatto il risultato di tale accertamento. Non si esclude, in effetti, *a priori* che anche un procedimento sommario nel *modus procedendi* possa dar vita, in concreto, a un accertamento completo ed esauriente dei fatti di causa, affermando, però, che questa eventualità non implichi che il procedimento perda la sua natura sommaria e diventi a cognizione piena, poiché in questo modo si confonderebbero due piani diversi⁵⁸. Da questo punto di vista, ai fini qualificatori, rileverebbe solo l'esame degli effetti e della funzione del provvedimento in esame: in tale ottica, dunque, un provvedimento cautelare rimane "sommario" anche se conduce a un accertamento approfondito dei fatti, in ragione della sua funzione.

Da questo punto di vista, ove il modello cognitivo dei processi sommari decisori o meramente esecutivi si presenti identico a quello dei sommari cautelari, diventa criterio guida il riferimento alla funzione assoluta dal provvedimento⁵⁹: ciò che conferma che l'analisi strutturale delle forme di tutela sommaria non fornisce risultati sicuri sul piano definitorio o qualificatorio.

5. *Un'analisi sul piano funzionale*

Nelle pagine che precedono, si è giunti a concludere che l'analisi della struttura del procedimento e quella della "qualità" della cognizione ivi compiuta non permette di portare a risultati appaganti sul

razionale. V. anche CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, cit., p. 414, che evidenzia: "In realtà non si è formato un consenso sull'individuazione degli elementi che rendono logicamente migliore la cognizione piena rispetto a quella sommaria (...). Per descrivere in modo attendibile in che cosa consistano le differenze tra processi a cognizione piena e processi sommari occorre abbandonare l'idea di cogliere l'essenza della cognizione piena in una diversità logica dell'attività di conoscenza".

⁵⁸ CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità"*, cit., p. 728.

⁵⁹ Per CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 892, si deve, insomma, tenere distinto il mezzo dal risultato, ovvero la cognizione (*modus procedendi*) dalla cognizione (risultato della cognizione del giudice).

piano definitorio. La tutela sommaria può, peraltro, essere apprezzata (ma realisticamente non definita) anche sul piano funzionale, con riferimento alle finalità che essa può perseguire⁶⁰.

Tramite la cognizione ordinaria o piena si attua per definizione la funzione decisoria, con riferimento, in particolare, all'accertamento dell'esistenza di un diritto controverso. Tale forma di cognizione viene anzi individuata come quella con cui si attua il diritto di azione previsto dell'art. 24 Cost., nel prisma del giusto processo.

La cognizione ordinaria è tipicamente attuata tramite un procedimento progressivo di formazione del convincimento del giudice, nel contraddittorio tra le parti e nel pieno rispetto delle garanzie procedurali, con decisione idonea ad acquisire la stabilità della cosa giudicata sostanziale. Al centro della tutela ordinaria, vengono posti gli artt. 3, 24 e 111 Cost., i quali esprimono il massimo di tutela giurisdizionale garantito dalla Costituzione, a tutti i titolari di qualsiasi diritto o *status*. A questo riguardo, anzi, si ritiene che l'art. 24 Cost. imponga un'incessante ricerca del massimo di tutela e di difesa possibile sotto forma di accertamento pieno, nel contraddittorio nella sua versione forte, con sentenza ricorribile in Cassazione⁶¹.

In quest'ottica, il procedimento ordinario, con le caratteristiche sopra tratteggiate, viene individuato da alcuni come l'unico modello di tutela decisoria compatibile con i principi del giusto processo, affermando che la Costituzione, nei suoi artt. 24 e 111, ai fini della tutela giurisdizionale dei diritti, sancisca e richieda l'attitudine del provvedimento ad acquisire la stabilità del giudicato, ottenibile solo all'esito di un procedimento a cognizione piena. In altre parole, l'art.

⁶⁰ Secondo MENCHINI, *op. cit.*, p. 186, partendo da un'analisi esclusivamente strutturale, incentrata sulla natura sommaria della cognizione compiuta dal giudice, non si può giungere a identificare una categoria specifica e unitaria di procedimenti. Si deve, piuttosto, spostare l'attenzione sulle caratteristiche funzionali di ogni singolo procedimento sommario, ossia sulla funzione che i singoli provvedimenti sommarî sono chiamati a svolgere all'interno dell'ordinamento processuale. Sui limiti della ricostruzione esclusivamente "funzionale", CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 60 ss.

⁶¹ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, III ed. Torino, 2011, p. 112, per cui, per essere conforme al modello del giusto processo, un procedimento a effetti decisori, con provvedimento destinato ad acquisire l'efficacia della cosa giudicata, dovrebbe essere strutturato con almeno un grado di completo accertamento di merito.

24, nel sancire il diritto di azione e di difesa, evocherebbe pure, come corollario, la necessità che il provvedimento giurisdizionale decisorio, una volta concesso diventi potenzialmente stabile e così stabilizzi in via definitiva l'accertamento⁶². Su questi profili si ritornerà nel capitolo sedicesimo.

I procedimenti sommari, per contro, come si è visto, sono funzionali all'attuazione del principio costituzionale di effettività del processo⁶³. Essi, in particolare, mirano a raggiungere un risultato "utile" per la parte istante con tempi e costi inferiori rispetto a quelli previsti per la tutela di cognizione piena. Le relative possibili finalità sono tradizionalmente così schematizzate⁶⁴:

a) evitare gli ingenti costi e i tempi del processo ordinario se la domanda è fondata su prove ad alto grado di certezza ovvero (o conseguentemente) laddove sia prevedibile una mancanza di contestazione da parte della controparte⁶⁵. Al riguardo, da sempre, si osserva, la particolare attendibilità della domanda è considerata un motivo valido per far svolgere un rito sommario e accelerato in luogo di quello ordinario⁶⁶;

b) ridurre, con prove certe, la possibilità di azioni meramente defatigatorie del convenuto (evitando il c.d. abuso diritto di difesa), sovente spostando sul convenuto che si difende in modo potenzialmente pretestuoso l'onere di dare corso alla cognizione piena. Da questo punto di vista, la sommarizzazione della tutela mira a evitare che l'onere di attendere la fine del processo ricada esclusivamente su chi risulterà avere ragione⁶⁷;

⁶² V. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Padova, 2009, p. 14.

⁶³ V. tra gli altri PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 262.

⁶⁴ V. CONTE, *op. cit.*, p. 21; SCARSELLI, *op. cit.*, p. 483.

⁶⁵ V. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, reperibile al link: https://www.academia.edu/28707642/_Caponi_2016_Rigidit%C3%A0_e_flessibilit%C3%A0_del_processo_di_cognizione_On_the_Flexibility_of_Civil_Procedure_, p. 10; per PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 314 ss., per cui, p. 316 ss., tale finalità potrebbe essere soddisfatta con l'utilizzo di titoli esecutivi stragiudiziali e del procedimento monitorio.

⁶⁶ SCARSELLI, *op. cit.*, p. 487; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 230; BOVE, *op. cit.*, p. 84 ss.

⁶⁷ CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, cit.; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 262; Id., *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 314 ss., per il quale, p. 325, per rispondere a questa esigenza si può

c) evitare il verificarsi di danni irreparabili nelle more del processo⁶⁸. In tale ottica, la tutela sommaria svolge funzioni essenzialmente cautelari.

Sul piano funzionale, per ottenere gli obiettivi sopra enunciati, si ritiene che il principio costituzionale di effettività possa essere attuato in due modi diversi. Da un lato, è possibile prevedere strumenti di tutela più rapidi a carattere anticipatorio, rientranti nella c.d. tutela sommaria non cautelare; dall'altro, per evitare che il risultato finale del processo sia messo in pericolo, l'ordinamento permette di ricorrere alla tutela sommaria cautelare⁶⁹.

6. (Segue): la sommarietà cautelare

Nella seconda tipologia di tutela menzionata al termine del paragrafo precedente, ovvero quella cautelare, si attua, a livello descrittivo

utilizzare la tecnica delle misure cautelari conservative e quella della condanna con riserva delle eccezioni del convenuto; BOVE, *op. cit.*, p. 60; CAPONI, *op. cit.*, p. 10. Per una prospettiva comparatistica, v. GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 56; in particolare, a p. 65, l'a. parla del principio *better remedy, better right* e afferma che un diritto che può farsi valere soltanto attraverso lungaggini di procedura o cui si possono opporre eccezioni dilatorie o defatigatorie è più debole di un diritto per la cui azione si taglia corto su quelle eccezioni.

⁶⁸ CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 7; CAPONI, *op. cit.*, p. 10; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 314, con riferimento alle situazioni di vantaggio che avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale subirebbero un pregiudizio irreparabile ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per ottenere una sentenza al termine di un processo a cognizione piena ed esauriente. Per l'a., p. 333 ss., tale obiettivo può essere perseguito con il modulo proprio dei processi sommari non cautelari e quello dei procedimenti sommari cautelari.

⁶⁹ ARIETA, *op. cit.*, p. 2. V. in materia, di recente, L. P. COMOGLIO, *Azione e tutela cautelare (nel ricordo di Pietro Calamandrei)*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 635 ss. che osserva, p. 643: "Attualmente (...) è pacifico che la tutela cautelare sia una <componente costituzionalmente necessaria> della funzione giurisdizionale, integrando una condizione essenziale di <effettività>, secondo i principi costituzionali da cui è regolato, nell'ambito del processo <giusto>, l'<accesso> alle corti e ai tribunali dello Stato".

tivo, la modalità di cognizione meno approfondita e più affrettata⁷⁰ e, per questo, sommaria nel senso più letterale del termine. Come universalmente noto, infatti, i processi sommari cautelari sono funzionali a evitare il verificarsi del c.d. *periculum in mora*, ovvero del danno marginale da ritardo nell'attuazione del diritto di cui viene chiesta la tutela. Essi, dunque, hanno l'urgenza del decidere come presupposto fondamentale. In questo tipo di cognizione, dunque, oggetto di accertamento non è l'effettiva esistenza del diritto controverso⁷¹, bensì i presupposti della tutela cautelare del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*⁷². Al riguardo, si osserva che le prove assunte dal giudice sono finalizzate a rendere credibile, alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, la fondatezza della richiesta cautelare⁷³.

⁷⁰ MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309; BOVE, *op. cit.*, p. 62, afferma al riguardo: "Posta la necessità di far presto, è evidentemente sacrificata la possibilità di far bene". Secondo LOMBARDO, *op. cit.*, p. 502 ss., in realtà, quando si dice che l'accertamento preteso dal legislatore, ai fini della concessione del provvedimento cautelare, è "meno pieno" di quello richiesto per la pronuncia della sentenza di merito, perché fondato su un minor grado di certezza, si compirebbe una strana operazione: si giudicherebbe la qualità della cognizione del processo cautelare avendo di mira, non il thema probandum proprio di questo processo, ma un thema probandum diverso, quello del successivo giudizio di merito, del quale – si dice – si compie un accertamento non-pieno. A p. 504, l'a. osserva: "il giudice, per poter emanare il provvedimento richiesto, deve conseguire la prova piena dell'esistenza dei presupposti della tutela cautelare, secondo quanto richiede la regola di giudizio posta dall'art. 2697 c.c. Che poi i presupposti della tutela cautelare siano presupposti "di probabilità" e che la prova piena dell'esistenza di questi presupposti sia una prova piena della esistenza di una probabilità è cosa ovvia; ma ciò non vuol affatto dire che il convincimento del giudice sia minore di quello proprio dell'ordinario giudizio di merito. Il convincimento deve essere pieno in entrambi i giudizi; pieno, naturalmente, in rapporto ai diversi *themata probanda*: l'uno avente a oggetto la probabilità dell'esistenza di fatti; l'altro la loro esistenza tout court".

⁷¹ Come osserva MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., p. 313, le norme cautelari non parlano mai di convincimento del giudice sull'esistenza del diritto da tutelare.

⁷² MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 312, si oppone alla tesi per cui anche in ogni ipotesi di cognizione sommaria, la parte, nel giudizio di merito dovrebbe comunque conquistarsi la vittoria assolvendo l'onere della prova sulla base di prove in senso tecnico e che il giudice cautelare potrebbe accogliere la domanda solo ove si convincesse dell'esistenza del diritto tutelato, parlando di esasperazione garantista. In materia, v. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 464 ss.

⁷³ Con queste parole, CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 307. Di recente, peraltro, la Cassazione ha prospettato una progressiva omo-

Speculare all'urgenza che connota la loro concessione è la provvisorietà dei relativi effetti. Senza potere approfondire una tematica di notevole interesse teorico e pratico, basterà qui ribadire che i provvedimenti cautelari sono intrinsecamente provvisori (e quindi non destinati a conseguire risultati "stabili"), in quanto strumentali (in modo ritenuto funzionale e non strutturale) e preordinati alla emanazione di un successivo provvedimento definitivo di merito, emesso a cognizione piena⁷⁴.

A differenza dalle cognizioni sommarie non cautelari, la cognizione cautelare conduce non a un accoglimento anticipato, totale o parziale della domanda, ma alla emanazione di misure atte a prevenire il pericolo che i tempi del normale processo, cognitivo o esecutivo, rendano inefficiente un successivo provvedimento giudiziario⁷⁵. Intrinsecamente, dunque, proprio in ragione della rapidità con cui viene compiuta e del fatto che la cognizione (più o meno accurata che sia) non riguarda l'esistenza del diritto in quanto tale, quanto l'apparente probabilità che tale diritto esista, quella compiuta dal giudice in questa sede è un'analisi che sconta un margine di approssimazione⁷⁶.

Rispetto a quanto precede, va peraltro messo in evidenza che, per alcuni, l'elemento che caratterizzerebbe la cognizione cautelare non sarebbe tanto il fatto che la decisione del giudice, in tale contesto, venga presa su basi probabilistiche, osservandosi al riguardo che ciò non rappresenterebbe una sostanziale divergenza rispetto al *modus decidendi* ordinario⁷⁷: l'aspetto caratterizzante della cogni-

logazione della funzione cautelare a quella cognitiva, culminata con il decreto legge n. 35 del 2005: con l'introduzione della strumentalità cautelare attenuata, di rimando anche l'ambito della cognizione ha dovuto prendere atto di una sommarizzazione già realizzata nei fatti, sebbene mediata dalla funzione cautelare: Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *La nuova proc. civ.*, 2014, 4, del 20-6-2014.

⁷⁴ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 884.

⁷⁵ Così MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., p. 310, per cui, in quest'ottica, tra le due forme di cognizione, la differenza non sarebbe tanto di diversità di contenuto o di effetti, quanto di formazione.

⁷⁶ Al riguardo, MONTESANO, *op. cit.*, p. 314, osserva che non v'è vera cautela senza un rilevante sacrificio alle esigenze di urgente tutela di quelle di normale garantismo.

⁷⁷ A questo riguardo, LOMBARDO, *op. cit.*, p. 502, rileva che, esclusa l'ammissibilità, anche nel giudizio cautelare, della c.d. prova *prima facie*, neppure può acco-

zione cautelare sarebbe solo e piuttosto l'incapacità di stabilizzazione del relativo provvedimento del giudice⁷⁸.

A tale riguardo, ferma la constatazione fatta nel par. terzo, per cui nulla esclude (e anzi sovente avviene) che, nella prassi, accertamenti sommari compiuti in sede cautelare giungano a essere anche molto approfonditi e a resistere allo "stress test" della successiva istruttoria a cognizione piena e che il requisito del *fumus* debba essere accertato non su basi di mera verosimiglianza, come è stato messo in rilievo, proprio l'imminenza del *periculum in mora* impone al giudice di sacrificare l'esigenza della giustizia a quella del far presto e quindi di concedere la cautela senza che l'istruttoria gli abbia dato la certezza sull'esistenza del diritto cautelato⁷⁹. In quest'ottica, sommarietà della cognizione e provvisorietà degli

gliersi quella dottrina secondo la quale il giudice della cautela potrebbe fondare il proprio convincimento sulla prova c.d. "semipiena" (*semiplena probatio*): "Il vero è che tutte queste opinioni che costruiscono l'esito del giudizio di fatto, nel processo cautelare, come un *quid minus* rispetto al processo ordinario; che contrappongono la cognizione 'sommaria', che a loro dire caratterizzerebbe la tutela cautelare, a quella 'piena' propria del giudizio di merito, non tengono in adeguato conto qual è la caratteristica che connota il *thema probandum* proprio del processo cautelare. Questo *thema probandum*, come si è veduto, è caratterizzato dal fatto che esso non ha a oggetto – come quello del processo ordinario – la esistenza delle circostanze fattuali che lo compongono, ma ha a oggetto la mera probabilità della loro esistenza. Affinché il giudice possa concedere la tutela cautelare non è necessaria, perciò, la prova dell'esistenza del fatto costitutivo posto a base della pretesa giuridica; non è necessaria la certezza che il danno futuro si verificherà: è necessaria la mera probabilità dell'esistenza del fatto costitutivo (*fumus boni iuris*) e la mera probabilità che derivi un danno al ricorrente (*periculum in mora*). In sostanza, il *thema probandum* del processo cautelare è un tema di probabilità. Ora, poiché questo carattere di probabilità attiene al *thema probandum*, sta cioè a monte dell'istruzione probatoria, non è metodologicamente corretto trasferirlo a valle della istruzione, trasferirlo cioè al giudizio di fatto e al convincimento del giudice".

⁷⁸ In questi termini, BOVE, *op. cit.*, p. 64 ss., per cui "quando si parla di sommarietà della cognizione, lungi dal qualificare logicamente l'attività di conoscenza del giudice, non si fa altro che rinviare a un certo regime giuridico del provvedimento cautelare". Anche per LOMBARDO, *op. cit.*, p. 485, il richiamo, contenuto nell'art. 669-*sexies*, agli "atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto" non configura affatto una istruzione probatoria diversa rispetto a quella ordinaria, né quanto agli atti da compiere, né quanto ai criteri sulla base dei quali formulare il giudizio di fatto.

⁷⁹ MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., p. 311.

effetti del provvedimento appaiono come due facce della stessa medaglia, inseparabili l'una dall'altra, sul piano sia strutturale che funzionale.

La logica conseguenza di quanto precede è che l'istruttoria cautelare, dal punto di vista teorico-sistematico, porta di necessità a un risultato di qualità ontologicamente inferiore rispetto a quella del normale processo contenzioso. È pacifico, infatti, per gli interpreti (e oggi anche codificato nell'art. 669-*octies*, comma 9° c.p.c.) che i risultati raggiunti in tale sede non sono destinati al passaggio in giudicato né possono mai essere considerati nel successivo giudizio di merito decisivi per il convincimento in fatto del giudice⁸⁰.

7. (Segue): caratteristiche dell'istruttoria cautelare

Le ben note caratteristiche funzionali della tutela cautelare esaminate nel paragrafo precedente si traducono in peculiari modalità di svolgimento della relativa attività istruttoria.

L'istruzione cautelare, infatti, in quanto volta ad accertare da un lato il *periculum in mora*, dall'altro il *fumus boni iuris*, con i caratteri dell'urgenza e della provvisorietà, è il terreno privilegiato per l'utilizzo di prove atipiche e per un ruolo più ampio attribuito al giudice, nell'ambito di un procedimento ampiamente deformatizzato, nel quale è rimessa alla discrezionalità del giudice stesso la determinazione delle forme e dei tempi relativi al compimento dei vari atti processuali che compongono l'istruzione, in senso lato, della causa cautelare⁸¹.

⁸⁰ MONTESANO, *op. loc. ultt. citt.*

⁸¹ Così LOMBARDO, *op. cit.*, p. 475 ss., che, avendo osservato che il modello cautelare si caratterizza da un lato per essere saldamente ancorato all'osservanza del principio del contraddittorio, dall'altro per essere retto dal principio della libertà delle forme, precisa (p. 477) che "spetta, in particolare, al giudice stabilire le forme e i termini dell'allegazione dei fatti che costituiscono il fondamento delle domande e delle eccezioni, della deduzione dei mezzi di prova, dell'assunzione delle prove e, in genere, dell'esercizio di ogni facoltà processuale delle parti, sia nella fase introduttiva, sia in quella istruttoria, fino al momento in cui egli adotta la propria decisione".

Il ruolo del giudice è particolarmente incisivo nei casi in cui la misura cautelare sia chiesta *inaudita altera parte*⁸². Per tale ipotesi, infatti, l'art. 669-*sexies*, comma 2° c.p.c., prevede l'assunzione di sommarie informazioni e legittima l'impulso officioso del giudice, giustificato dalla urgenza rafforzata e dall'assenza del contraddittorio⁸³, che di per sé qualifica come sommaria l'attività qui svolta⁸⁴.

In questo ambito, inoltre, vi è molta discrezionalità rispetto agli elementi da utilizzare per la decisione e alle modalità della loro assunzione⁸⁵.

Le "sommarie informazioni", in effetti, sul piano terminologico sono qualcosa di diverso sia dalle prove tipiche deformalizzate che dalle prove atipiche⁸⁶. Nell'interpretazione corrente, peraltro, la

⁸² Il testo dell'art. 669-*sexies*, comma 2° c.p.c. è riprodotto dall'art. 44, comma 5°, del testo unico sull'immigrazione (d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286), nel contesto del procedimento contro la discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi, su cui SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e La sua tutela giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 805, a p. 835.

⁸³ CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1265, contrappone istruttoria nel contraddittorio a quella *inaudita altera parte*, osservando che, nella prima, vige una certa discrezionalità nel modo di svolgimento, ma rimane fermo l'onere della prova a carico del ricorrente e gli atti di istruzione devono essere compatibili con l'urgenza e la sommarietà della cognizione. Nella seconda, per contro, la genericità delle sommarie informazioni legittima l'impulso ufficiale del giudice, giustificato dalla doppia urgenza e dall'assenza del contraddittorio; LOMBARDO, *op. cit.*, p. 506 ss.

⁸⁴ LOMBARDO, *op. cit.*, p. 505.

⁸⁵ MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIV, 1996, p. 403, evidenzia che il concreto svolgimento della trattazione cautelare è governato dal modulo della discrezionalità tipica della cognizione sommaria, della deformalizzazione e della direzione officiosa. CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 888, dal canto suo rileva che, ai sensi dell'art. 669-*sexies* c.p.c., il giudice ha ampia discrezionalità nella valutazione delle formalità da omettere, nella determinazione del *modus procedendi* e nella individuazione degli strumenti probatori da assumere come atti di istruzione. Sulla deformalizzazione (anche) di questa istruttoria in ambito cautelare v. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 505. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 279, chiarisce che la discrezionalità del giudice del cautelare è suscettibile di controllo pieno in fase di reclamo *ex art. 669-terdecies* c.p.c.

⁸⁶ Per LOMBARDO, *op. cit.*, p. 510 ss., peraltro, l'unica differenza che si potrebbe riscontrare tra gli "atti di istruzione" (posti in essere nella cognizione cautelare a contraddittorio pieno) e le "sommarie informazioni" qui in esame riguarderebbe l'osservanza del contraddittorio tra le parti e l'incidenza di tale osservanza sul-

nozione di “sommarie informazioni” è associata a una minore “efficacia” rispetto agli atti di istruzione ordinari, in relazione ai quali si trovano in una posizione deteriore⁸⁷.

Il modello di cognizione cautelare che potremmo definire ordinario è invece disciplinato dal comma 1° dell’art. 669-*sexies* c.p.c., il quale, per l’ipotesi del procedimento a contraddittorio pieno, fa riferimento all’assunzione da parte del giudice di “atti di istruzione”. A differenza da quanto si è visto per la cognizione *inaudita altera parte*, nulla induce a ritenere che, in questo contesto, venga meno il principio di disponibilità della prova, con il riconoscimento di poteri inquisitori al giudice⁸⁸.

Dalla formulazione dell’art. 669-*sexies*, comma 1° c.p.c., si trae la conseguenza che anche in questo ambito la prova debba comunque assumere a modello sostanziale i mezzi istruttori tipici del processo di cognizione⁸⁹, a esclusione delle sommarie informazioni previste dal comma 2°⁹⁰. D’altra parte, le caratteristiche dell’istru-

la “libertà delle forme” che caratterizza il procedimento cautelare. In particolare, mentre nel procedimento cautelare in contraddittorio il giudice è tenuto a osservare ogni formalità essenziale, appunto, al contraddittorio (già costituito) tra le parti, ciò non vale nel procedimento *inaudita altera parte*, ove il giudice ha piena libertà di procedere a raccogliere le informazioni nel modo che ritiene più opportuno, per definizione senza la necessità di garantire il contraddittorio tra le parti; l’a., 512, conclude osservando che le sommarie informazioni, nella loro essenza, consistono in un mezzo di prova deformalizzato, tramite il quale il giudice può acquisire d’ufficio, dai terzi o per mezzo dei terzi, gli elementi di conoscenza in loro possesso in ordine ai fatti che costituiscono il *thema probandum*.

⁸⁷ Anzi per MERLIN, *op. cit.*, p. 403, le sommarie informazioni, assunte in assenza di contraddittorio, non possono assurgere a dignità di vero e proprio atto di istruzione.

⁸⁸ Anche LOMBARDO, *op. cit.*, p. 486 ss., esclude una deroga ai principi generali nell’ambito dell’istruttoria cautelare, affermando: “nessuna espressa disposizione normativa conferisce al giudice della cautela poteri d’ufficio diversi o maggiori di quelli che competono al giudice del processo ordinario di cognizione, mentre non è dubbio che il conferimento al giudice di ‘speciali’ (ossia diversi dagli ordinari) poteri d’ufficio necessiterebbe di espressa previsione normativa (come accade, per esempio, nel processo del lavoro, dove l’art. 421 c.p.c. legittima espressamente i poteri inquisitori del giudice)”.

⁸⁹ MERLIN, *op. cit.*, p. 403 ss., per cui atti di istruzione implicano il costante riferimento sostanziale a uno degli esperimenti probatori tipici; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 476 ss.

⁹⁰ V. per esempio LOMBARDO, *op. cit.*, p. 490, per cui: “Questa conclusione, che riconosce al giudice il potere di assumere d’ufficio ‘sommarie informazioni’ an-

toria cautelare e la formulazione dell'art. 669-*sexies* c.p.c. inducono a ritenere che nell'ambito della stessa i mezzi di prova tradizionali possano essere assunti in modo deformalizzato⁹¹ e a riconoscere la possibilità di utilizzare prove atipiche⁹².

L'art. 669-*sexies*, comma 1° c.p.c., inoltre, limita il ricorso agli atti di istruzione qualificati come "indispensabili"⁹³. Per alcuni, si tratterebbe di uno *standard* superiore a quello ordinario, che deriva, appunto, dall'urgenza del decidere e dalla necessità di assumere solo quelle prove che siano idonee a condurre a un giudizio di verosimiglianza sull'esistenza del diritto⁹⁴. Altri, per contro, riducono il concetto di indispensabilità a quello di rilevanza: in quest'ottica, a tale nozione non potrebbe fondatamente attribuirsi alcun altro attendibile significato giuridico se non quello per cui il giudice deve consentire l'acquisizione di tutti gli elementi probatori (e soltanto di quelli) utili, ossia rilevanti, ai fini della prova dell'esistenza o dell'inesistenza dei *facta probanda*⁹⁵.

che nell'ambito del procedimento cautelare in contraddittorio, non solo non è condivisibile perché presuppone quell'idea, che si è veduto essere infondata, che vede il processo cautelare come un processo a cognizione sommaria, dominato dal principio inquisitorio nell'acquisizione delle prove; ma deve essere respinta anche perché si pone in patente contrasto col dettato della legge".

⁹¹ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 888; G. F. RICCI, *op. ult. cit.*, p. 480, per cui: "la possibilità di omettere le formalità proprie dell'istruttoria ordinaria non può pertanto riguardare altro che il modo di acquisizione delle singole prove". MERLIN, *op. cit.*, p. 404; LOMBARDO, *op. cit.*, p. 490 ss.

⁹² CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 888. A favore dell'utilizzo delle prove atipiche (anche) nel procedimento cautelare v., per esempio, LOMBARDO, *op. cit.*, p. 492 ss.

⁹³ Per LOMBARDO, *op. cit.*, p. 494, si tratta di "una formula davvero infelice e ingannevole".

⁹⁴ V. MERLIN, *op. cit.*, p. 404, per cui, il termine indispensabili è da intendersi non solo di escludere la prova relativa a fatti che rileveranno solo per il giudizio di merito, ma anche nel senso di commisurare il giudizio di necessità della prova alla convinzione di mera verosimiglianza che il g è in tale sede chiamato a formarsi intorno ai fatti di causa.

⁹⁵ LOMBARDO, *op. cit.*, p. 494 ss., che, a p. 495, aggiunge che la legge esige che il giudice compia soltanto gli atti di istruzione di cui non può farsi a meno per accertare i fatti che costituiscono il *thema probandum*, nel senso che occorre che essi, non soltanto siano pertinenti rispetto allo stesso, ma altresì siano non superflui, non ridondanti, rispetto alle acquisizioni probatorie già compiute. Si tratta di non altro che di uno dei profili implicati dalla nozione di rilevanza concreta della prova, che è alla base – peraltro – del potere, conferito al giudice di meri-

In ogni caso, che si tratti di informazioni o di atti di istruzione, è evidente, che la tutela cautelare, rispetto alla verifica sui suoi presupposti nel caso specifico, presupponga l'acquisizione di un grado minimo di certezza e non la mera verosimiglianza o credibilità⁹⁶.

A conclusione della rapida disamina che precede, si può ribadire che, nel contesto della tutela cautelare, la struttura sommaria dell'istruzione e gli effetti provvisori del provvedimento siano due facce di una stessa medaglia. La prima è resa necessaria dall'urgenza del provvedere che caratterizza questa modalità di tutela, i secondi sono il necessario corollario dell'incompletezza/approssimazione dell'istruttoria che ha portato alla loro emanazione.

Il sistema, d'altro canto, accorda alla tutela cautelare un ruolo strumentale, per quanto oggi indebolito per alcuni tipi di provvedimenti: in tale ottica, l'intrinseca fallacia della decisioni raggiunte in sede cautelare è compensata dalla instabilità dei relativi effetti, dalla possibilità di revocare e modificare tali decisioni anche in corso di causa, al verificarsi di nuove circostanze, e dalla necessaria prevalenza dell'(oggi in alcuni casi eventuale) accertamento di merito sull'esistenza del diritto oggetto di cautela⁹⁷.

Sulla base di tali considerazioni, è dunque agevole concludere che, sul piano funzionale, i provvedimenti cautelari sicuramente non svolgano un ruolo omogeneo a quello dei provvedimenti resi a cognizione piena e dunque, come meglio si vedrà in seguito, non pongano problemi di compatibilità con il principio costituzionale del giusto processo.

to dall'art. 187, comma 1°, c.p.c., di rimettere le parti davanti al collegio "senza bisogno di assunzione di mezzi di prova" quando ritiene che la causa sia matura per la decisione.

⁹⁶ CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 309.

⁹⁷ I cautelari sono provvisori non solo perché pronunciati all'esito di una cognizione sommaria, ma altresì in funzione e con lo scopo di assicurare gli effetti della cognizione piena: è la strumentalità, infatti, a distinguere la fattispecie: in questo senso, PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 52.

8. *Quando la sommarietà si associa alla decisorietà*

La situazione rispetto ai procedimenti sommari cui l'ordinamento attribuisce (anche) una funzione di accertamento dei diritti è ben più problematica.

Come si è visto, infatti, sul piano strutturale, la sommarietà, in un modo o nell'altro, implica una attenuazione dei formalismi e, se si vuole, delle garanzie della tutela ordinaria, in termini di compressione del contraddittorio, limitazioni di vario tipo alla cognizione del giudice, destrutturazione del procedimento.

Il nostro ordinamento, d'altro canto, prevede numerose ipotesi di provvedimenti emessi con qualche tipo di cognizione sommaria per assolvere a una funzione *lato sensu* decisoria, in ogni ambito di tutela prevista dall'ordinamento (di accertamento, condanna, costitutiva), con le caratteristiche della anticipatorietà, dell'urgenza e dell'effettività.

In questo ambito, viene proposta una tradizionale distinzione tra provvedimenti sommari decisori incidentali/anticipatori⁹⁸ e provvedimenti sommari autonomi⁹⁹.

I provvedimenti sommari¹⁰⁰ decisori incidentali-anticipatori si inseriscono, come subprocedimenti, all'interno di un processo di cognizione (e dunque come segmenti rispetto alla retta principale del processo), normalmente quando il giudice si sia convinto che

⁹⁸ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 293, ne parla in termini di "provvedimenti provvisori di merito"; v. anche CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 5 ss. Sulla tecnica dell'anticipazione, v. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 551.

⁹⁹ Sulla ulteriore categoria dei procedimenti sommari meramente esecutivi, ovvero dei provvedimenti idonei solo a consentire la veloce formazione di un titolo giudiziale esecutivo, senza produrre il giudicato sostanziale, v. CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., p. 17, che, sul piano comparato, richiama il *référé-provision* francese. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, peraltro, l'autonoma rilevanza di questa categoria è messa in dubbio, per la difficoltà di trovarne esempi: CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 883; critica rispetto a tale categoria TISCINI, *op. cit.*, p. 63, per la quale la stessa non troverebbe riscontro nella realtà normativa.

¹⁰⁰ Sulla natura sommaria dei provvedimenti di natura anticipatoria v. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 229 ss.

le risultanze sino a quel momento acquisite sarebbero sufficienti ad accogliere in tutto o in parte la domanda se non contrastate da altre, non ancora emerse o non ancora conosciute¹⁰¹.

Al riguardo, sul piano strutturale, si osserva che gli elementi di base sono dati dalla pendenza di un processo di cognizione e dalla possibilità che, sulla base di presupposti di fatto predeterminati dal legislatore, la parte che appare avere ragione faccia istanza per ottenere un provvedimento anticipatorio degli effetti satisfattivi della sentenza di merito, immediatamente esecutivo¹⁰².

Si tratta di eterogenei¹⁰³ strumenti di anticipazione del contenuto della futura sentenza di merito¹⁰⁴, nella quale sono destinati a confluire e a esserne assorbiti.

Le esigenze sottese all'emissione di tali provvedimenti in via anticipata rispetto alla pronuncia di merito sono riconducibili all'urgenza del provvedere, all'opportunità di evitare l'abuso del diritto di difesa o a evitare perdite di tempo¹⁰⁵. Rispetto a essi, si evidenzia la

¹⁰¹ Cfr. CONTE, *op. cit.*, p. 25-26; ARIETA, *op. cit.*, p. 7, p. 13 ss., li chiama "provvedimenti provvisori di merito"; sul diffondersi dei provvedimenti condannatori emanati nel corso e in occasione di un giudizio ordinario di cognizione, in visione di una pronuncia finale di merito, della quale in parte anticipano anche gli effetti v. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna*, cit., p. 615 ss. Ampiamente in materia, CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit.

¹⁰² Con queste parole CARRATA, *op. ult. cit.*, p. 24.

¹⁰³ CARPI, *op. ult. cit.*, p. 620 evidenziava la difficoltà dell'esame sistematico a causa della variegata disciplina normativa, affermando come la coscienza delle obiettive difficoltà inducesse alla massima cautela "per non abbandonarsi a inammissibili forzature volte a creare un sistema completo ed euritmico laddove non è individuabile sul piano normativo". Mette in risalto la eterogeneità dei provvedimenti anticipatori CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 18 ss.

¹⁰⁴ MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva*, cit., p. 190.

¹⁰⁵ In questi termini BOVE, *op. cit.*, p. 71; CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna*, cit., p. 648, osservava come la ragione della tendenza all'espansione dei provvedimenti interinali fosse individuabile nell'intolleranza sempre più diffusa verso la lunghezza e la disfunzione del processo civile, intolleranza che si accompagnava "alla sicura coscienza che la rapidità della tutela giurisdizionale è elemento indispensabile per la concreta ed effettiva attuazione delle garanzie costituzionali di azione e di difesa". L'a., p. 649-50, metteva peraltro in guardia contro il rischio che la previsione generalizzata di provvedimenti interinali potesse costituire un comodo alibi, a livello di politica legislativa, per sfuggire di fatto all'impegno di razionalizzazione delle strutture e degli strumenti processuali ordinari. Sulla tendenza del legislatore di privilegiare forme di tutela interinale rispetto al giudizio tendente

prevalente funzione esecutiva, in anticipazione del futuro provvedimento di merito¹⁰⁶.

Se, come abbiamo visto, sul piano strutturale, tradizionalmente, i provvedimenti decisorii in esame si collocano all'interno di un procedimento di cognizione ordinaria e prendono la forma di ordinanze anticipatorie, si deve evidenziare come, dal 2005/2006 in avanti, il legislatore abbia introdotto una tecnica nuova, prevedendo che, in alcune fattispecie (procedimento possessorio, opposizione all'esecuzione e così via), al momento dell'instaurazione del giudizio di merito, si apra in modo automatico una fase sommaria che porta alla pronuncia di un provvedimento *lato sensu* cautelare o comunque anticipatorio. Dopo tale decisione, poi, il giudizio prosegue solo su apposita richiesta di una delle parti, con uno specifico atto di impulso processuale, altrimenti si estingue e sopravvive, ancorché senza una necessaria stabilità, il provvedimento provvisorio¹⁰⁷.

9. (Segue): i procedimenti sommari decisorii autonomi

I procedimenti sommari decisorii autonomi, per contro, sono procedimenti indipendenti rispetto al giudizio di merito ordinario ovvero si inseriscono in un processo ordinario cui non deve ma può eventual-

all'accertamento definitivo del diritto v. anche CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 239.

¹⁰⁶ V. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 262; CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna*, cit., p. 637, peraltro, evidenziava i punti di contatto tra i provvedimenti in esame nel testo e i provvedimenti cautelari, rilevando come i piani si avvicinino e si intersechino quando un provvedimento anticipatorio ha finalità di cautela in senso lato e quando un cautelare viene attuato con l'anticipazione degli effetti del provvedimento finale. Autorevole dottrina, peraltro, esclude che i provvedimenti anticipatori-interinali abbiano natura strumentale in senso proprio rispetto alla sentenza di merito: CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 128, che afferma: "Il provvedimento anticipatorio appare come un provvedimento che riluce di luce propria, perché gli effetti che esso produce non sono finalizzati alla realizzazione pratica degli effetti del provvedimento finale, ma determinano di per se stessi il soddisfacimento – sia pure provvisorio – delle pretese della parte che appare aver ragione".

¹⁰⁷ MENCHINI, *op. cit.*, p. 191 ss.

mente conseguire la cognizione ordinaria piena¹⁰⁸. All'interno di tale categoria si individua un'ulteriore distinzione tra vicende autonome necessarie o non necessarie a seconda del loro ruolo¹⁰⁹. Rispetto ai provvedimenti autonomi non necessari, in particolare, il titolare del diritto ha la scelta del rito da utilizzare e l'anticipazione satisfattiva della pretesa è rimessa all'iniziativa della parte a cui, in caso di diniego del provvedimento sommario, non è preclusa la via ordinaria¹¹⁰.

In questa categoria, come si è visto, si inseriscono, in primo luogo, procedimenti che si articolano su due fasi, di cui una prima a struttura sommaria, che porta all'emissione di un provvedimento a contenuto decisorio ma a effetti provvisori, e una seconda, solo eventuale, destinata al riesame del provvedimento provvisorio, che, in caso di conferma, resterà assorbito dalla sentenza finale e, in caso di revoca, perderà ogni effetto per il prevalere della cognizione piena su quella sommaria.

La natura eventuale della seconda fase a cognizione piena può avere come conseguenza il fatto che la legge attribuisca al provvedimento sommario decisorio la stessa efficacia della sentenza (non) emessa a cognizione piena. In altre parole, si tratta di provvedimenti sommari comunque idonei ad acquisire la definitività propria delle decisioni emesse a cognizione piena¹¹¹.

Se ne evidenzia la condizionante relazione con la potenziale successiva fase procedimentale a cognizione non sommaria, determinando provvisoriamente la regolamentazione dei rapporti tra le parti sulla base di una cognizione sommaria, con l'emissione di provvedimenti potenzialmente idonei a conseguire la forza del giudicato.

¹⁰⁸ PORRECA, *op. cit.*, p. 24, il quale include nel novero anche il procedimento dell'ex art. 148 c.c.; CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 416 ss.

¹⁰⁹ LANFRANCHI, p. 1; ARIETA, *op. cit.*, p. 8 ss., che come esempio di provvedimenti autonomi necessari indica quello di cui all'art. 28 st. lav., il procedimento di affrancazione del fondo enfiteutico, il procedimento possessorio; CONTE, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁰ ARIETA, *op. cit.*, p. 11; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 296.

¹¹¹ Sul piano della funzione, LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, III ed. Torino, 2011, p. 32 ss., evidenzia come le norme non dicano espressamente che i procedimenti sommari decisorii abbiano attitudine al giudicato, che si desume da indici normativi.

Elemento caratterizzante dei procedimenti in questione è, dunque, la loro trasformabilità, senza soluzione di continuità, in cognizione ordinaria o comunque non sommaria¹¹², sulla base di una scelta ispirata all'economia processuale e all'effettività effettuata *ex ante* dal legislatore, nell'ottica di evitare il processo a cognizione piena¹¹³.

In tali procedimenti, il giudice è chiamato a una valutazione prognostica circa la probabile fondatezza della pretesa attorea, in base, per esempio, alle qualità del soggetto creditore, alla sussistenza di prove attendibili, alla non contestazione della controparte, alla prova raggiunta sui fatti costitutivi del diritto e, in alcuni caso, alla natura non patrimoniale del diritto soggettivo da tutelare¹¹⁴.

I procedimenti sommari decisori autonomi, per contro, si caratterizzano per il fatto di essere finalizzati all'emissione di un provvedimento all'esito di un giudizio di primo grado integralmente sommario.

È rispetto a questi ultimi che si sollevano i principali contrasti dottrinari, in particolare per quanto riguarda la loro idoneità ad assolvere alla tutela dichiarativa, nel prisma dei principi costituzionali del giusto processo.

10. *Il modello camerale: tra entusiasmi legislativi e critiche dottrinarie*

Tra i procedimenti sommari autonomi un ruolo particolare è svolto dai c.d. procedimenti in camera di consiglio (modello camerale)¹¹⁵.

¹¹² LANFRANCHI, *op. cit.*, p. 14.

¹¹³ CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 7; ID., *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 883.

¹¹⁴ CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 882 ss.

¹¹⁵ La loro qualificazione come procedimenti sommari non è peraltro pacifica. ARIETA, per esempio, *op. cit.*, p. 445, esclude quindi assimilazione con i procedimenti sommari, cautelari e non: si tratterebbe infatti di una forma di tutela giurisdizionale in tutto autonoma, almeno di regola, rispetto a quella normale. Per l'a.,

Come noto, il legislatore ha riunito nel capo VI del titolo II del libro IV del c.p.c. talune disposizioni comuni che si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio (art. 742-*bis*)¹¹⁶.

L'espressione "camera di consiglio", che di per sé indicherebbe la camera dove ha luogo la riunione dell'autorità giudiziaria collegiale per la discussione della causa onde pervenire alla deliberazione, viene utilizzata dal legislatore per designare un procedimento particolare che si svolge fuori dalla pubblica udienza¹¹⁷.

La struttura del procedimento in camera di consiglio è conformata in modo da dare la prevalenza ai poteri del giudice: in effetti, si afferma che tale procedimento sia ispirato ai principi del c.d. processo inquisitorio e che, nel suo ambito, il giudice sia libero di formarsi il convincimento come crede, svincolato dal ditterio *justa alligata et probata*¹¹⁸.

In effetti, nel procedimento in camera di consiglio che emerge dalla scarna disciplina codicistica, manca una fase istruttoria in

servirebbe a poco chiedersi se il procedimento camerale sia caratterizzato da sommarietà della cognizione: si tratterebbe, infatti, di tutela speciale. Il carattere strumentale della specialità camerale si manifesterebbe in tema di acquisizione delle fonti di prova (con l'attribuzione al giudice di poteri istruttori officiosi, non limitati alla disponibilità dei soli mezzi di prova ma estesi anche alle fonti, il cui esercizio svincolato dall'iniziativa di parte sarebbe in funzione dell'apprezzamento necessario di tutte le circostanze in grado di gettare luce sulla concreta compatibilità delle situazioni giuridiche sostanziali in gioco a quegli interessi pubblici/superindividuali che sono oggetto di valutazione al momento della decisione) e di assoluta inidoneità al giudicato del provvedimento finale.

¹¹⁶ V. MICHELI, *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, 1959, p. 981

¹¹⁷ LAUDISA, *Camera di consiglio. I) Procedimenti in camera di consiglio – dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, vol. V, 1988, p. 1.

¹¹⁸ V. per esempio di rilievi fortemente critici di VIGNERA, *Saggio polemico sul procedimento 'volontario' ex artt. 737 ss. c.p.c.*, in www.judicium.it, p. 15. Sui poteri istruttori officiosi del giudice del procedimento camerale v. anche l'analisi di CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, tomo 1, Torino, 1994, p. 182 ss.; per una posizione critica al riguardo G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 288 ss., per cui non si potrebbe accedere alla tesi "secondo cui il potere officioso del giudice potrebbe consentire anche il superamento dell'onere delle allegazioni". Come è stato autorevolmente osservato, manca nel corso del processo un potere di chi chiede il provvedimento a che il processo stesso abbia un certo svolgimento, a esplicitare in esso eventualmente date attività o a chiedere che altri soggetti le esplichino: MICHELI, *op. cit.*, p. 984.

senso proprio e l'indagine del giudice è svincolata dalle forme del processo ordinario, operando l'onere della prova solo come criterio di giudizio e non come onere di allegazione a carico della parte¹¹⁹.

Di tale processo¹²⁰, Proto Pisani propone una descrizione molto efficace, come procedimento semplificato, a contraddittorio rudimentale, dominato dalla assoluta discrezionalità del giudice nella determinazione delle sue modalità di svolgimento, e destinato a concludersi con un decreto motivato reclamabile e in ogni tempo modificabile o revocabile. Si è parlato, in effetti, al riguardo, di procedimento atipico¹²¹, nel quale il giudice gode di una discrezionalità molto ampia¹²², in particolare per quanto riguarda l'utilizzo delle prove¹²³.

Il giudice può, se lo ritiene necessario o conveniente, assumere "informazioni"¹²⁴, ciò che, come si è visto *retro*, significa potersi pro-

¹¹⁹ LAUDISA, *op. cit.*, p. 4; MICHELI, *op. cit.*, p. 985, rileva che il prevalere dei poteri inquisitori del giudice riduce ma non annulla la sfera di applicabilità della regola dell'onere della prova che è così ridotta alla sua più semplice espressione logica, per cui un richiedente non ottiene quanto ha domandato se tale sua richiesta non risulta giustificata. Per l'a., il principio dell'onere della prova, come regola per la decisione sul fatto incerto, non postula necessariamente un potere del soggetto richiedente sullo svolgimento del processo, in particolare per quanto attiene alla formazione del convincimento del giudice; CIVININI, *op. cit.*, p. 187 ss.

¹²⁰ PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 416; l'a., peraltro, più che di processo, ritiene più esatto parlare di "schema di processo" camerale...

¹²¹ ARIETA, *Procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 446, per il quale la legge avrebbe voluto impedire il rigido e predeterminato frazionamento del procedimento camerale in più fasi tra loro distinte, assegnando al giudice il potere di modellare l'iter di svolgimento più idoneo al raggiungimento delle finalità di ciascuna tutela, tenendo conto delle esigenze del singolo caso concreto, dell'urgenza e di ogni elemento utile. L'atipicità del procedimento sarebbe così giustificata proprio dalla tipicità delle singole forme di tutela camerale: il potere giudiziario di modellare il singolo procedimento, lungi dall'essere affidato alla discrezionalità o all'arbitrio del giudice, dovrebbe tenere conto dei contenuti tipici della tutela e degli interessi pubblici in gioco, in funzione dei quali il giudice è chiamato a stabilire le attività da svolgersi.

¹²² PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 590 ss.

¹²³ CIVININI, *op. cit.*, p. 188 ss., che prospetta una duplice atipicità dell'istruttoria camerale: delle fonti di prova (*factum probans*) e delle modalità di acquisizione al processo delle fonti di prova.

¹²⁴ MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, p. 295, osserva peraltro che per il giudice, assumere informazioni nel contesto dell'art. 738 c.p.c. è un dovere vincolato, mentre discrezionale è la scelta della fonte cui assiste-

curare elementi senza dover seguire formalità particolari¹²⁵, avvalendosi anche di mezzi di prova atipici¹²⁶.

Se, in epoca più risalente, si osservava che tale attività potesse svolgersi senza la necessaria partecipazione o possibilità di partecipazione delle parti o degli interessati al provvedimento¹²⁷, in seguito si è messo in evidenza che sulle risultanze e sul modo di acquisizione delle sommarie informazioni si debba comunque esplicitare, ancorché nelle forme ritenute più agili, il dialogo fra gli interessati¹²⁸. In effetti, rispetto all'attività istruttoria del rito camerale, si è evidenziato che l'art. 738 c.p.c. attribuisce al giudice una potestà, ossia un potere che è anzitutto un dovere di assumere informazioni e che tale norma debba essere interpretata nel rispetto del diritto alla prova, assicurando il diritto di difesa nelle sue manifestazioni salienti, presentando così un'omogeneità strutturale con il giudizio contenzioso d'accertamento¹²⁹. Altri, su tale linea, hanno messo in evidenza come il giudice, nel rito camerale, sia obbligato a portare a conoscenza delle parti il contenuto delle eventuali fonti di prova inquisitoriamente acquisite e di provvedere sulle eventuali istanze che queste abbiano avanzato¹³⁰.

re le info, ogni volta che ciò comporti una comparazione di interessi; v. anche G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 285 ss.

¹²⁵ MICHELI, *op. cit.*, p. 991.

¹²⁶ Per ARIETA, *Procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 457, le informazioni possono consistere in ogni mezzo di prova, anche atipico, le cui regole di assunzione non sono quelle ordinarie, potendo essere stabilite di volta in volta dal giudice anche in relazione alle esigenze del singolo procedimento. V. i rilievi critici di G. F. RICCI, *op. cit.*, p. 292 ss.; ID., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 190.

¹²⁷ In questi termini MICHELI, *op. cit.*, p. 990-1.

¹²⁸ COLESANTI, *op. cit.*, p. 610; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 291 ss.; v. anche ID., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 190, ove l'a. esige che nell'assunzione delle informazioni di cui all'art. 738 c.p.c. sia comunque garantito il rispetto del contraddittorio.

¹²⁹ CERINO-CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 446. In senso analogo, per l'ipotesi di procedimento camerale utilizzato per la tutela di diritti G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 449, per cui "nessun giudice potrebbe rifiutarsi di dare ingresso, quantomeno ove la parte lo richieda, all'istruttoria ordinaria in un processo camerale su diritti"; v. anche p. 473.

¹³⁰ ARIETA, *Procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 457.

Come si è detto, la decisione in camera di consiglio è presa con decreto, impugnabile con reclamo (assoggettato a sua volta al procedimento camerale). La scadenza del termine per proporre il reclamo, d'altro canto, non esaurisce il potere del giudice che ha emesso il provvedimento di variarne (in tutto o in parte) o integrarne il contenuto: i provvedimenti emessi in camera di consiglio, infatti, come noto, rimangono suscettibili di modificazione, tanto da fare affermare che sia a essi preclusa la specifica efficacia della cosa giudicata sostanziale¹³¹.

Alla luce di quanto precede, si può affermare che i provvedimenti in camera di consiglio non siano sommari in quanto provvisori (e infatti esauriscono il contenuto della tutela) né in quanto emessi su cognizione superficiale, dal momento che il provvedimento camerale viene emesso sulla base di una cognizione che la legge reputa di per sé sufficiente per il perseguimento delle finalità di questo tipo di tutela. Come si è messo in risalto in dottrina, in effetti, a differenza da quelle assunte in sede cautelare, le informazioni raccolte nella cognizione camerale sono autosufficienti in quanto consentono la definizione del merito camerale, pervenendo al risultato definitivo cui quella tutela è destinata¹³².

È notorio come, negli ultimi decenni, il legislatore abbia attinto con generosità alle forme del rito in camera di consiglio, utilizzandole nei contesti più disparati per disciplinare una moltitudine di procedimenti, andando ben oltre i confini della volontaria giurisdizione (per cui gli artt. 737 ss. c.p.c. erano stati inizialmente concepiti)¹³³ e strabordando nella tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto decisorio.

¹³¹ MICHELI, *op. cit.*, p. 997, che ritiene ammissibile anche una nuova valutazione delle medesime circostanze già considerate.

¹³² ARIETA, *op. ult. cit.*, p. 444.

¹³³ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 608 ss. afferma che il procedimento camerale nasce per la gestione di interessi per essere poi esteso alla tutela giurisdizionale dei diritti; v. anche ID., *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., p. 393, p. 454; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 286 ss., rispetto alla *ratio* delle informazioni nel disegno originario del codice.

L'*appeal* del rito camerale era, d'altro canto notevole, per la sua sostanziale indeterminatezza e per la sua capacità ad adattarsi alle controversie della più eterogenea natura¹³⁴. È poi innegabile che il rito camerale, per la sua flessibilità, sia idoneo a garantire una più rapida decisione rispetto al processo ordinario¹³⁵, diventando così una sorta di *jolly* procedurale per un legislatore frettoloso e ben disposto a sacrificare la coerenza sistematica sull'altare della celerità.

L'incontrollata diffusione del rito camerale, considerato una sorta di "contenitore neutro" polivalente¹³⁶, ha sollevato accese critiche, con l'espressione di posizioni di forte contrapposizione

¹³⁴ CERINO-CANOVA, *op. cit.*, p. 472, per il quale l'idea di un procedimento a basso titolo formale può conquistare simpatie perché soddisfa l'esigenza di accelerazione e semplificazione nella tutela giudiziale dei diritti assicurando quell'effettività che una procedura solenne e complessa ma anche intollerabilmente lunga pregiudica. La giurisprudenza dal canto suo non sarebbe aliena dal concepire forma camerale per la tutela giudiziaria dei diritti.

¹³⁵ CERINO-CANOVA, *op. cit.*, p. 473 ss., osservava come la cameralizzazione del giudizio civile fosse un fenomeno che pur ancora circoscritto appariva in via di espansione e recasse in sé un'innegabile potenzialità, soprattutto quando l'enorme durata del processo ordinario fa vagheggiare un rito *sine strepitu et figura iudicii*.

¹³⁶ Si esprime così Cass., 28 luglio 2004, n. 14200, in banca data *Pluris*, affermando: "la giurisdizione camerale, sorta come attività di amministrazione del diritto affidata a organi giurisdizionali, caratterizzata sotto l'aspetto strutturale, dalla revocabilità e dalla modificabilità del provvedimento adottato, e, sotto quello funzionale, dalla non incidenza sui diritti, si è gradualmente trasformata, nell'evoluzione giurisprudenziale, per effetto delle scelte del legislatore e della lettura a tali interventi data dal giudice delle leggi, in un contenitore neutro idoneo ad assicurare, da un lato, la speditezza e la concentrazione del processo, e, dall'altro, il rispetto dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che, ove concernente diritti o statua, gode di apposite garanzie costituzionali". V. CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 880; ID., *La procedura camerale come "contenitore neutro" e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1302, per il quale la teoria del rito camerale come contenitore fa perdere alla procedura camerale quella natura eccezionale e tipica affermata in dottrina. Critico rispetto all'idea del rito camerale come contenitore neutro anche LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 477. Per PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini, Verdardi, Milano, 2001, p. 320, considerare il procedimento camerale come un contenitore neutro sarebbe estremamente pericoloso. V. anche ID., *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., p. 455.

a quella che è stata chiamata la “cameralizzazione” del processo civile¹⁵⁷.

Cerino-Canova, per esempio, sosteneva che il giudizio che abbia a oggetto diritti soggettivi e *status* non possa essere strutturato in forme camerale né essere assoggettato a una scarna regolamentazione del contraddittorio, a una sorta di indeterminatezza istruttoria o a una disciplina dell'impugnazione polarizzata nel reclamo e contornata dai rimedi della modifica o della revoca. Egli giungeva così a concludere che il modello della camera di consiglio non possa essere legittimamente adottato per la tutela di diritti e *status* con le modalità che gli sono peculiari, potendo essere adottato solo per le materie di giurisdizione volontaria¹⁵⁸.

¹⁵⁷ CERINO-CANOVA, *op. cit.*, p. 473, che osserva come, con l'uso della camera di consiglio per la tutela dei diritti soggettivi, il diritto, pure riconosciuto giudizialmente, può essere caducato, per un nuovo esercizio della funzione giudiziaria e ovunque esso è caducabile come il provvedimento camerale che lo sancisce. Per l'a., dunque, la frattura tra trattamento materiale e giudizio incrinerebbe nella sua interiorità ed essenza il modo di essere del diritto soggettivo. La cameralizzazione del giudizio suggerirebbe l'immagine di un legislatore che, dopo aver dispensato con una mano (leggi sostanziali) posizioni giuridiche di signoria del singolo nella vita di relazione, toglie con l'altra, ovvero con la normativa processuale una componente indispensabile al diritto soggettivo. A p. 475, poi, l'a. afferma che una perfezionata elaborazione dei diritti individuali non salva dal pericolo della loro vanificazione e forse può evocare tentazioni di segno opposto, per l'insofferenza del costo di tempo e di spese che le garanzie di necessità comportano. V. pure PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., p. 393 ss., particolarmente p. 433 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Il diritto alla difesa*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, cit., p. 107, sulle contestazioni all'adozione generalizzata del rito camerale anche per le ipotesi in cui sono in gioco diritti a contenuto non patrimoniale. Critiche alla cameralizzazione dei diritti pure da LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 480; VIGNERA, *op. cit.*; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 202, rispetto ad alcuni procedimenti che il legislatore ha assoggettato al rito camerale per esigenze di accelerazione del giudizio, osserva che “tale orientamento legislativo non tiene evidentemente conto del fatto che analoghi risultati sarebbero conseguibili con forme di tutela cautelare o di tutela sommaria a contraddittorio differito”.

¹⁵⁸ CERINO-CANOVA, *op. cit.*, p. 482 ss., per il quale il processo ordinario, per la sua solennità, complessità, gradualità assicura un duplice risultato: favorisce una piena informazione dell'organo giudiziario investito della funzione di provvedere (il contraddittorio conferisce gli indispensabili contributi a una meditata valutazione) e concentra in sé tutte le possibili contestazioni ed esaurisce con la sua conclusione ogni disputa. A p. 485, l'a. aggiunge che le forme processuali aderiscono alla sostanza che vi è contenuta: la tutela giudiziale dei diritti e degli sta-

Per arginare la crisi di rigetto verso l'utilizzo, per la tutela giurisdizionale dei diritti, in ambito contenzioso, di un modello procedimentale totalmente deformalizzato, la Corte costituzionale ha in effetti dovuto svolgere un ruolo fondamentale.

Da un lato, a più riprese, essa ha ritenuto legittimo l'utilizzo da parte del legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, del modello camerale per la tutela dei diritti¹³⁹, negando che il processo ordinario di cognizione possa considerarsi coperto da garanzia costituzionale, quale modello tendenzialmente vincolante per il legislatore¹⁴⁰ e lasciando spazio anche per modelli diversi, non considerati di per sé lesivi delle garanzie costituzionali. In particolare, il rito camerale è stato a più riprese ritenuto idoneo ad assicurare tutte le garanzie processuali necessarie a rendere il sistema conforme alle esigenze del diritto di difesa¹⁴¹.

La Corte costituzionale, al riguardo, ha, anzi, chiarito che l'adozione del procedimento in camera di consiglio può riguardare anche situazioni tipiche di giurisdizione contenziosa, ripetutamente affermando che la Costituzione non impone un modello vincolante di processo e riaffermando la piena compatibilità costi-

tus, dunque, esigerebbe un processo ad accertamento pieno ed esauriente quale non è né può essere quello retto dal modello della camera di consiglio. CHIZZINI, *Prolegomena a ogni futura metafisica del 'giusto processo' che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, cit., p. 125, richiama le idee di Cerino Canova nell'affermare l'idoneità del procedimento camerale ad assurgere quale schema procedimentale concorrente per la tutela dei diritti. Anche per ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, II, p. 55, il diritto soggettivo sostanziale sarebbe stato da ritenersi estraneo al contenuto del procedimento volontario.

¹³⁹ V. i rilievi critici di VIGNERA, *op. cit.*, p. 30 ss.

¹⁴⁰ V. MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 922; Corte cost., 18 maggio 2009, n. 170, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1898.

¹⁴¹ V. per esempio Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 573: "Come questa Corte ha già avuto modo di affermare di recente (sent. n. 543 del 1989), lo speciale rito camerale previsto per il giudizio di appello dalla normativa invocata non è in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, in quanto, ancorché dettato dall'esigenza di accelerare la conclusione del processo, in difetto di esplicite previsioni limitatrici e idoneo ad assicurare tutte le garanzie processuali, necessarie a rendere il sistema conforme alle esigenze del diritto di difesa"; Corte cost., 31 marzo 1994, n. 121, ord.

tuzionale dell'opzione del legislatore processuale, giustificata da esigenze di speditezza e semplificazione, per il rito camerale anche in relazione a controversie coinvolgenti la titolarità di diritti soggettivi¹⁴².

La Corte ha pure escluso l'irragionevolezza della scelta legislativa, la violazione del diritto di difesa, la violazione della regola del giusto processo garantita dall'art. 111, comma 1° Cost., ove il modello processuale previsto dal legislatore sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà della impugnazione – sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità – della decisione assunta, la attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio ad acquisire stabilità, quanto meno “allo stato degli atti”.

Dall'altro lato, per riempire di contenuti le affermazioni teoriche sopra riportate, la Corte ha dovuto esplicitare un livello minimo di tutela nel modello camerale¹⁴³. E così, in molteplici occasioni, è intervenuta (anche solo con decisioni interpretative di rigetto) per assicurare che, pure in tale contesto, fosse garantito il rispetto dei principi costituzionali del giusto processo, enucleati dagli artt. 24 e 111 Cost., a partire dal diritto di difesa¹⁴⁴ e alla rappresentanza tecnica, del contraddittorio¹⁴⁵, alla prova¹⁴⁶, per

¹⁴² V. di recente Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1538; Corte cost., 18 maggio 2009, n. 170, cit., nonché la più risalente Corte cost., 10 luglio 1975, n. 202, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1575; v. TRISORIO LIUZZI, *Il diritto di difesa*, cit., p. 109.

¹⁴³ V. pure DONZELLI, *Sul “giusto processo” civile “regolato dalla legge”*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 949; CIVININI, *op. cit.*, p. 200 ss.

¹⁴⁴ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1538, per cui la previsione del rito camerale per la composizione di conflitti di interesse mediante provvedimenti decisori non è di per sé suscettiva di frustrare il diritto di difesa, in quanto l'esercizio di quest'ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione (principio consolidato).

¹⁴⁵ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 121, ord.; ARIETA, *Procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 456 rivendica l'applicazione *in toto* del diritto al contraddittorio in seno al rito camerale; App. Palermo, 16 maggio 2012, inedita.

¹⁴⁶ Per CERINO-CANOVA, *op. cit.*, p. 476, la Costituzione è l'argine per resistere alla cameralizzazione della tutela dei diritti. In particolare, l'art. 111 proteggerebbe l'autorità del giudicato, garantendo un gravame che conclude la sequela dei

arrivare al diritto a un provvedimento motivato, impugnabile entro un termine congruo¹⁴⁷, anche per cassazione¹⁴⁸ e destinato alla stabilità della decisione¹⁴⁹.

In questa meritoria attività ermeneutica, peraltro, si avverte una sorta di disagio nel cercare di collocare nel contesto costituzionale un procedimento sostanzialmente privo di regolamentazione specifica.

E così, per esempio, rispetto a un giudice di rinvio che aveva ritenuto inaccettabile un sistema che rimetta all'interpretazione dei giudici ordinari l'individuazione della forma dell'atto di appello e quindi all'"arbitrio" dei singoli giudici la disciplina processuale, la

mezzi ordinari e verte sulle nullità della sentenza, un'impugnazione quindi che assorbe i vizi della decisione e completa l'iter formativo dell'immutabilità della sentenza, realizzando così le due condizioni necessarie perché si dispieghi l'autorità di cosa giudicata. L'a., p. 478, precisa che, alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli status non è sufficiente una procedura purchessia che però culmini nel ricorso per cassazione. La sostanza che determina l'applicazione dell'art. 111 comporta, ancor prima, le garanzie della domanda di parte e del contraddittorio. L'autorità della cosa giudicata sarebbe infatti correlata alla solennità, complessità, gradualità del processo. La Costituzione opererebbe così la saldatura della forma processuale con la sostanza di diritto materiale, imprimendole tutta la sua forza di legge potenziata. V. anche ARIETA, *op. ult. cit.*, p. 444.

¹⁴⁷ V. TRISORIO LIUZZI, *Il diritto di difesa*, cit., p. 110. Per esempio, Cass. sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. it.* 1996, I, c. 1300. in materia di dichiarazione di paternità, applica alla sentenza emessa dal tribunale per i minorenni in camera di consiglio i termini ordinari di impugnazione. Critico rispetto a tale decisione CARRATTA, *La procedura camerale come "contenitore neutro"*, cit., c. 1306, per cui la Cassazione si sarebbe limitata a disporre sui termini, senza esprimersi a favore di un'interpretazione autenticamente costituzionalizzatrice dell'espressione "il tribunale provvede in camera di consiglio"; v. anche VIGNERA, *op. cit.*, p. 25; per DONZELLI, *Le sezioni unite e il "giusto processo" civile*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 990, a p. 994, peraltro, da tale decisione emerge "la nuova propensione a interrogarsi fonditus circa le garanzie costituzionali in materia giurisdizional-contenziosa anche alle fasi anteriori al conclusivo controllo di legittimità".

¹⁴⁸ Per COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 261, peraltro, il dibattito sui procedimenti contenziosi "in camera di consiglio" avrebbe posto in evidenza la "insufficienza della garanzia del ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 2°, Cost. nel testo anteriore".

¹⁴⁹ Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 573; RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 609.

Corte ha rilevato che “*compito dei giudici è proprio quello di interpretare le norme di cui devono fare applicazione e che (...), di fronte a più possibili interpretazioni di un sistema normativo, essi sono tenuti a scegliere quella che risulti conforme alla Costituzione*”, dal momento che la dichiarazione di illegittimità costituzionale costituisce soluzione obbligata solo nell'ipotesi in cui tutte le possibili interpretazioni delle norme denunciate, inquadrate nel rimanente sistema, dovessero risultare, in sede di concreta applicazione, in contrasto con i principi costituzionali. Su tale premessa, la Corte ha negato di avere rimesso, con le sue decisioni, all'“arbitrio” del singolo giudice la disciplina processuale, affermando che il proprio ruolo è, piuttosto “*indicare le linee interpretative possibili al di fuori delle quali essa contrasterebbe con la Costituzione, il che è sufficiente a realizzare quella tendenziale uniformità, pur nella inevitabile diversità, propria della dialettica giurisprudenziale che può verificarsi non solo per la disciplina in esame, rientrando nella normalità del sistema giudiziario l'eventualità di pronunce che possono variare a ragione della multiforme casistica giudiziaria e della pluralità dei giudici*”¹⁵⁰. Il che è come dire che il modello camerale è destinato a scontare margini di incertezza applicativa, alla luce delle molteplici soluzioni parimenti compatibili con la Costituzione che l'interprete-giudice possa individuare, così mantenendo vive le preoccupazioni dottrinarie circa la natura “amorfa” del modello in esame.

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale mette in rilievo la diversa natura del rito camerale rispetto a quello ordinario, affermando che, tra i due riti non sussiste l'omogeneità necessaria a rendere comparabili le rispettive discipline ai fini dello scrutinio riferito al principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.¹⁵¹, il che porta a giustificare la disparità di trattamento tra situazioni processuali analoghe nei due diversi contesti.

Non senza un certo grado di acrobazie retoriche, dunque, la Corte ha posto in essere quella che è stata chiamata la costituziona-

¹⁵⁰ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 121, ord.

¹⁵¹ Corte cost. 5 maggio 2005, n. 194, in *Giust. civ.* 2005, p. 1165.

lizzazione del procedimento camerale¹⁵² (ovvero, secondo alcuni, la “decameralizzazione” dei giudizi sui diritti)¹⁵³.

Rispetto alle critiche della dottrina, in effetti, la giurisprudenza “salva” il procedimento in camera di consiglio, affermando che la tutela giurisdizionale di diritti e *status* può avvenire tramite il processo camerale, sfociante in provvedimento idoneo al giudicato, a condizione che la sua embrionale trama procedimentale sia arricchita per via esegetica di tutte le fondamentali garanzie difensive e sia impugnabile con ricorso in cassazione il decreto emesso in sede di reclamo¹⁵⁴.

E così, per esempio, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale, la Cassazione ha ribadito la necessità di applicare, rispetto alla prova, i principi che regolano il processo a cognizione piena¹⁵⁵. Si è pure affermato che, nel rito camerale, fermo il potere del giudice di assumere informazioni anche d’ufficio nei casi previsti dalla legge, ove egli ritenga, nel suo prudente apprezzamento,

¹⁵² LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 124; CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 881 ss., il quale, p. 882, ritiene necessario imporre un’interpretazione costituzionalizzatrice che, dando la prevalenza alla sostanza del provvedimento da pronunciare e dunque dell’oggetto della domanda sulla forma del procedimento scelto dal legislatore, porti all’adeguamento della struttura alla funzione che riveste, consentendogli di ammantarsi di forme tipiche del processo ordinario. V. anche ID., *La procedura camerale come “contenitore neutro”*, cit., c. 1302. Per COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie*, cit., p. 271, peraltro, quello posto in essere sarebbe un “maquillage costituzionalizzatore”, il cui risultato sarebbe riassumibile “in una vera e propria delega in bianco al giudice perché garantisca il contraddittorio e la difesa secondo il modulo che, discrezionalmente, ritenga il più adeguato al caso concreto”. In senso difforme, TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 42, rileva che la “procedura camerale – se dotata di una struttura idonea ad assicurare la possibilità di una effettiva e non meramente episodica partecipazione dei “contendenti” all’iter formativo del provvedimento giudiziale, non può non essere considerata l’espressione costituzionalmente conforme di un giusto processo”.

¹⁵³ VIGNERA, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁴ In questi termini, GRAZIOSI, *op. cit.*, 2009, p. 138, nota 1; v. anche CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 880, con riferimento a Cass., 19 giugno 1996 n. 5629; di recente Cass., 5 ottobre 2012, n. 17065, in *Quest. dir. fam.*, 29 ottobre 2012, afferma: “Va in linea di principio affermato che il procedimento camerale, di per sé, non si pone in contrasto con i principi del giusto processo e con la garanzia del giusto processo”.

¹⁵⁵ Cass., 28 luglio 2004, n. 14200, in banca data *Pluris*.

insufficienti, ai fini probatori, le informazioni assunte, e necessario ricorrere alle fonti di prova disciplinate dal codice di rito, non possa sostituirsi alla parte, esercitandone i poteri di allegazione, di deduzione ed eccezione a essa spettanti¹⁵⁶.

Pur alla luce di queste evoluzioni giurisprudenziali, d'altro canto, larga parte della dottrina continua a ritenere insufficienti le garanzie operanti nel procedimento in camera di consiglio per consentire la pronuncia di un provvedimento idoneo a tutelare un diritto o uno *status* con autorità di cosa giudicata¹⁵⁷, arrivando a prospettarne l'abrogazione¹⁵⁸. Si afferma tuttora che la generalizzazione dei poteri discrezionali del giudice nella conduzione del processo esaspererebbe la componente pubblicistica del medesimo a tutto scapito della componente privatistica e connoterebbe in senso autoritario la funzione del giudice¹⁵⁹. Tale dottrina, dunque, per dare efficacia deci-

¹⁵⁶ Cass., 28 luglio 2004, n. 14200, cit.

¹⁵⁷ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 157; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., p. 443; ID., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 280; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 193 e p. 629; RASCIO, *Contraddittorio tra le parti*, cit., p. 609, osserva che il procedimento camerale — in quanto caratterizzato da una disciplina assolutamente deformalizzata, in cui l'ordine e la cadenza delle attività non sono in alcun modo predeterminati e la scelta delle forme più adeguate è in buona misura lasciata alla discrezionalità (fino a un certo punto controllabile) del giudice — appare costituzionalmente inidoneo alla tutela contenziosa dei diritti, posto che “attua” la funzione giurisdizione (costituzionalmente necessaria perché strumentale all'esercizio del diritto di “agire in giudizio” garantito nell'art. 24, co. 1°) senza essere “processo regolato dalla legge”; VIGNERA, *Riserva di legge ex art. 111, comma 1° cost. e rito cautelare uniforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 551 ss., critica l'uso del rito camerale per la tutela dei diritti, ritenendolo incostituzionale; v. pure le critiche di TRISORIO LIUZZI, *Il diritto di difesa*, cit., p. 112 ss., il quale, p. 113, mette in evidenza come, nel rito camerale, sia da criticare la mancanza di norme sulla fase introduttiva, sulla modalità di attuazione della convocazione, sui termini minimi a comparire, sui rapporti tra giudice relatore e collegio, sui poteri delle parti di chiedere mezzi di prova, sull'assistenza del difensore, concludendo come le norme esistenti “nulla prevedono rispetto a quegli aspetti che, come abbiamo visto in precedenza, compongono il diritto alla difesa”.

¹⁵⁸ PROTO PISANI, *Intervento sconsolato sulla crisi dei processi civili a cognizione piena*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 47, perentoriamente afferma che il rito camerale andrebbe soppresso.

¹⁵⁹ Così COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”*, cit., p. 279, che, p. 280, mette in guardia contro “i pericoli di involuzione autoritaria del processo e di arbitrarietà nella sua gestione”.

soria ai provvedimenti sommari, ritiene necessario garantire almeno un grado di giudizio a cognizione piena ovvero l'applicazione delle regole proprie del processo ordinario anche in sede camerale¹⁶⁰, con la sostanziale conseguenza di fare scomparire la sommarietà procedurale del modello qui in esame¹⁶¹.

Questi rilievi critici non sembrano rimasti lettera morta. In effetti, in tempi recenti, il modello camerale appare avere subito un rovescio di fortune¹⁶².

A livello normativo, negli ultimi anni, si riscontra una più diffusa consapevolezza del legislatore circa i limiti del modello camerale applicato alla tutela dei diritti. La Cassazione, a sezioni unite, dal canto suo, ha ribadito che la tutela dei diritti e degli *status* si realizza solo attraverso processi a cognizione piena, destinati a concludersi con sentenze ovvero con provvedimenti aventi attitudine al giudicato formale e, sostanziale, non già con procedimenti in cui le modalità del contraddittorio siano rimesse alla determinazione discrezionale del giudice¹⁶³.

E così, da un lato, in alcuni recenti interventi in ambito procedurale, il legislatore, pur conservando un modello procedimentale camerale, ha dettato disposizioni integrative specifiche per riempire di contenuto le norme generali degli artt. 737 ss. e ridurre quindi la discrezionalità processuale del giudice¹⁶⁴. Dall'altro, il decreto legislativo n. 150 del 2011, per la semplificazione dei riti, ha avuto tra le sue più apprezzate implicazioni l'abbandono del rito camerale per un'ampia serie di procedimenti, oggi disciplinati dal procedi-

¹⁶⁰ V. sul punto DONZELLI, *Sul "giusto processo" civile*, cit., p. 946.

¹⁶¹ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 124.

¹⁶² Con riferimento all'attività interpretativa della Cassazione, DONZELLI, *Le sezioni unite e il "giusto processo" civile*, cit., p. 994 parla di "una vera e propria inversione di tendenza".

¹⁶³ Cass., sez. un., 29 ottobre 2004, n. 20957, in *Corr. giur.*, 2005, p. 988, con nota DONZELLI, *Le sezioni unite e il "giusto processo" civile*, *ivi*, p. 990 ss. V. pure LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 12.

¹⁶⁴ Il riferimento più immediato è alle riforme in materia concorsuale del 2005/2006: v. per esempio VIGNERA, *Saggio polemico sul procedimento 'volontario'*, cit., p. 26 ss.

mento sommario di cognizione (v. capitolo precedente)¹⁶⁵. D'altro canto, la parabola del rito camerale, proprio in tempi recenti, ha ripreso la sua ascesa, con il decreto "Minniti" e l'introduzione di un nuovo procedimento speciale "cameralizzato", per molte controversie in materia di immigrazione e protezione internazionale, della cui legittimità costituzionale si può, peraltro, dubitare sotto più di un profilo.

Per concludere sul tema esaminato in queste pagine, si può affermare che il *proprium* della sommarietà del procedimento camerale stia nella sua deformalizzazione processuale, più che nella sua funzione.

A questo riguardo, si pone il problema di determinare il *quantum* e il *quomodo* della deformalizzazione e dell'atipicità di un rito che, a livello normativo, appare totalmente amorfo.

Ferma la garanzia dei diritti del giusto processo, tra giurisprudenza e dottrina è da decenni in atto una sorta di metaforico "tiro alla fune" tra libertà formale e rispetto delle garanzie processuali.

In effetti, nell'esperienza pratica, il modello camerale può portare a indebite compressioni dei diritti processuali delle parti, sovente non facilmente rimediabili in sede di impugnazione, anche sul piano della irreversibilità degli effetti prodotti dai provvedimenti camerali in alcune aree sensibili del diritto, in particolare, per esempio, quelle delle controversie relative alla prole minorenni, nelle quali il procedimento deformalizzato si unisce a un ruolo inquisitorio del giudicante, sovente utilizzato in modo incisivo (e a volte poco rispettoso della posizione delle parti private).

Una certa prudenza nell'utilizzare questo modello processuale a livello normativo e nell'applicazione pratica, dunque, si impone.

¹⁶⁵ V. anche VIGNERA, *op. ult. cit.*, p. 27.

Nel prosieguo della trattazione, si metteranno a confronto i temi esposti in questo capitolo con le caratteristiche del rito sommario disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. Per il momento, però, per una migliore presentazione di tale rito, è opportuno lasciare le categorie generali ed entrare più nel dettaglio delle norme procedurali introdotte nel 2009.





CAPITOLO SETTIMO

IL RITO SOMMARIO DI COGNIZIONE: FUNZIONE E AMBITO APPLICATIVO

SOMMARIO: 1. Funzioni del rito sommario di cognizione. – 2. Questioni di “competenza”. – 3. Il presupposto oggettivo: la possibilità di istruire la causa in modo sommario. – 4. Le posizioni sostanziali tutelabili e le tipologie di domande proponibili. – 5. Utilizzo del rito sommario in controversie non soggette al rito ordinario: le cause di lavoro/locatizie. – 6. (Segue): altre ipotesi. – 7. (Segue): l’opposizione a decreto ingiuntivo. – 8. Dubbi interpretativi e ruolo dei “protocolli”. – 9. Sulle possibili conseguenze di una scelta sbagliata: elementi di riflessione (e conclusioni posticipate).

1. *Funzioni del rito sommario di cognizione*

Da questo capitolo, inizierò ad analizzare la disciplina del rito sommario di cognizione. Non si tratterà di un’analisi completa ed esaustiva di tale modello procedimentale, cui, peraltro, sono state già dedicate approfondite opere monografiche. Il mio obiettivo è concentrarmi piuttosto su quegli aspetti procedimentali nei quali il legislatore appare avere attuato i principi-guida cui questo studio è rivolto, ovvero i principi di flessibilità, proporzionalità e collaborazione.

Il ragionamento non può che partire dalla “funzione” del nuovo rito disciplinato dall’art. 702-*bis* ss. c.p.c. e quindi dalle finalità per conseguire le quali esso è stato introdotto.

Si può in primo luogo escludere che il rito sommario abbia la funzione di “evitare il verificarsi di danni irreparabili nelle more del

processo”. Vi è una intrinseca differenza funzionale, nonostante la sfortunata collocazione del nuovo istituto all’interno del codice di rito, tra il procedimento sommario e quello cautelare, finalizzato, quest’ultimo, a un accertamento superficiale e “provvisorio” (con riferimento ai presupposti del *periculum* e del *fumus*). In effetti, negli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. manca qualsiasi riferimento (ancorché implicito) all’urgenza del provvedere, presupposto necessario e intrinseco rispetto della tutela cautelare¹.

Senz’altro, il nuovo rito è stato pensato con un occhio rivolto al canone processuale della ragionevole durata ma l’accelerazione dei tempi di definizione del procedimento, del nuovo modello procedimentale, è l’obiettivo, non un presupposto.

Coerentemente con questo assunto, nella presente trattazione, in più passaggi, si afferma che l’urgenza del decidere non può assurgere a *standard* ermeneutico cui il giudice si debba adeguare nell’ambito dell’istruttoria sommaria a lui deputata.

Come meglio si vedrà, inoltre, il procedimento sommario non prevede alcuna preventiva delibazione circa la verosimile o probabile fondatezza del diritto del ricorrente o delle eccezioni del convenuto. Il vaglio del giudice, alla prima udienza, riguarda, infatti, il livello di complessità dell’attività dell’istruttoria, avendo come punti di riferimento gli ordinari criteri di ammissibilità e rilevanza dei mezzi istruttori richiesti dalle parti e la tradizionale ripartizione dell’onere della prova. Alla scelta di istruire la causa in modo sommario, in effetti, si giunge senza che il giudice si sia formato alcuna idea preventiva sul merito delle domande e delle eccezioni contrapposte, ma sulla base di parametri che, pure afferendo al merito della lite, sono da ritenere “neutri” rispetto alla futura decisione del giudice, in quando meramente strumentali a mettere il giudice stesso in condizione di conoscere i fatti su cui è chiamato a pronunciarsi.

¹ Cfr. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it, p. 6; CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in www.judicium.it, p. 3; CAPONI, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, Torino, 2010, p. 202.

Su queste premesse, è agevole concludere, quindi, che il rito sommario non sia funzionale a “evitare gli ingenti costi e i tempi del processo ordinario se la domanda è fondata su prove ad alto grado di certezza ovvero (o conseguentemente) laddove sia prevedibile una mancanza di contestazione da parte della controparte”.

Anche rispetto a tale “funzione sommaria tipica”, si può mettere in evidenza che la riduzione dei costi per la parte che ha ragione (ricorrente o convenuto che sia) non costituisca un presupposto dello strumento processuale bensì una conseguenza delle modalità sommarie in cui l’istruttoria si svolge.

Infine, sul piano della ripartizione dell’onere dell’impulso processuale e del rapporto tra esercizio del contraddittorio e pronuncia del provvedimento giurisdizionale, il rito sommario segue le scansioni “tradizionali” della domanda proposta (di norma) dalla parte che chiede la tutela di un suo diritto, della instaurazione del contraddittorio pieno, dello svolgimento dell’istruttoria (per quanto in forme semplificate), della pronuncia dell’ordinanza finale sulla base delle risultanze di tale istruttoria.

Per tali considerazioni, oltre che per quelle esposte più sopra, si arriva a negare che il rito sommario abbia la funzione di “ridurre, con prove certe, la possibilità di azioni meramente defatigatorie del convenuto (evitando il c.d. abuso diritto di difesa)”.

Anche a questo riguardo, peraltro, si può osservare come il contrasto all’abuso del diritto non sia un presupposto applicativo del rito ma sia comunque realizzato in via indiretta: e, infatti, come si vedrà nel prossimo capitolo, il rito disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. richiede una maggiore completezza degli atti introduttivi e onera le parti a “mettere in campo” le rispettive richieste istruttorie nella fase introduttiva del giudizio. Tale concentrazione delle tempistiche processuali appare quindi in grado di fare emergere, sin dalla fase iniziale del giudizio, le debolezze delle contrapposte domande e delle eccezioni, scoraggiando, da un lato la proposizione di ricorsi non adeguatamente supportati a libello probatorio e, dall’altro, le difese temerarie od ostruzionistiche.

Insomma, il rito sommario qui in esame, sul piano funzionale non appare riconducibile a nessuna delle categorie tradizionali ana-

lizzate nel capitolo precedente². Come è stato osservato, anzi, il rito sommario appare avere finalità del tutto atipiche³ appunto perché, come si è appena riscontrato, la nuova disciplina legislativa è priva di qualsiasi indicazione relativa alle finalità e alle esigenze di tutela che il procedimento sommario è chiamato a realizzare, prescindendosi dalla prognosi di difetto di contestazione del convenuto, dalla qualità del diritto fatto valere, dal *periculum* che grava su di esso, dalla valutazione di manifesta infondatezza delle eccezioni del convenuto⁴.

A ben vedere, d'altro canto, a me pare che il rito sommario abbia una finalità del tutto tipica e che essa possa essere desunta da due precisi riferimenti testuali contenuti nel comma 5° dell'art. 702-ter e nel primo inciso dell'art. 702-quater c.p.c.

La prima disposizione precisa che la decisione del giudice è presa con ordinanza “omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio”; nella seconda si chiarisce che tale ordinanza, se non impugnata, produce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. (cosa giudicata sostanziale).

Da tali (invero scarni) accenni si può desumere, da un lato, che il rito sommario-semplificato sia finalizzato alla tutela giurisdizionale dei diritti, attraverso l'esercizio di un'attività dichiarativo-deci-

² Sul “difficilissimo inquadramento” sistematico del rito sommario v. CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1103.

³ CAPPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1112. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 37 ss.; per FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 795 ss., a p. 803, con il nuovo rito si demolisce il dogma della tipicità della tutela sommaria.

⁴ CAPPONI, *Sulla distinzione*, cit., p. 1116. MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1104, osserva che la legge non prevede alcuna delle condizioni che tradizionalmente sono richieste per il ricorso a tutele da svolgersi con le forme sommarie: urgenza, prove particolare, peculiari connotazioni delle difese o delle eccezioni sollevate dal convenuto. Secondo BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 812, il rito sommario sarebbe un compromesso rispetto al rito camerale: esso, infatti, disciplina in modo analitico la fase introduttiva e ci si affida al potere direttivo del giudice solamente per il prosieguo del giudizio.

soria e con attitudine alla incontrovertibilità dell'accertamento giudiziale; dall'altro, che tale funzione decisoria, non essendo rivolta a situazioni o tipologie di controversie specifiche sul piano soggettivo od oggettivo (e avendo dunque, in effetti, connotazioni atipiche, in quanto volta a fornire una tutela "a largo spettro") si caratterizzi sul piano dell'accelerazione dei tempi del processo, che passa attraverso la "omissione" delle formalità processuali non essenziali⁵.

Così individuata la sua funzione, si può affermare che il procedimento sommario in quanto semplificato, nella duplice versione di cui agli artt. 702-bis e 183-bis c.p.c., aspira in ogni caso a offrire un'alternativa al procedimento ordinario, per rispondere alle istanze di giustizia delle parti in tempi più rapidi⁶: come meglio si vedrà nel prosieguo, in effetti, il tratto essenziale dell'istruttoria sommaria, in questo contesto, è la sua semplicità "quantitativa", che si riverbera in tempi rapidi di suo esaurimento⁷. Con la precisazione (onde

⁵ V. anche MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1025; CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell'"istruzione sommaria": prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, p. 902; MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 917, per il quale il procedimento sommario conduce alla pronuncia di un provvedimento che rientra pacificamente nell'ambito della tutela dichiarativa dei diritti; METAFORA, *L'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 813.

⁶ Sulle finalità acceleratorie del rito sommario v. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 50; FABIANI, *Le prove nei processi*, cit., p. 798. V. pure MENCHINI, *Il rito semplificato*, cit., p. 1101. Per ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 737, la possibilità di selezionare il contenzioso, sottoponendo alcune controversie a regole procedurali più snelle e deformalizzate, in grado di assicurare tempi più brevi sulla carta, "costituisce una scelta da salutare con favore"; per CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1108, il procedimento sommario è chiaramente concepito come un'alternativa al processo di cognizione ordinaria non sottoposta a speciali condizioni di ammissibilità, e non caratterizzata da particolari requisiti di urgenza e da altri presupposti speciali. Per una posizione discordante v. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1568, per il quale si tratterebbe di un istituto parallelo al procedimento d'ingiunzione, dal quale divergerebbe per taluni profili strutturali ma non nel risultato.

⁷ Trib. Catanzaro, 22 febbraio 2012, ord., in *www.altalex.com*; Trib. Genova, ord., 18 novembre 2011; per CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 726, la funzione del rito sommario sembra essere quella propria dei procedimenti decisori sommari, ov-

evitare un ragionamento circolare) che la semplicità della lite non descrive la sommarietà dell'istruttoria, ma la giustifica. La giurisprudenza ha invero accolto e fatta propria l'interpretazione qui proposta, qualificando il rito sommario come un vero e proprio processo di cognizione, per la tutela dei diritti soggettivi ordinari, informato a un rito snello, spedito e su cui incide notevolmente la regia del giudice⁸, con un procedimento che, dunque, garantisce la certezza giuridica⁹, con forme procedurali semplificate.

2. Questioni di "competenza"

Per quanto riguarda l'ambito applicativo del nuovo rito, come noto, il procedimento in esame può essere attivato solo per le controversie rientranti nella competenza per materia e valore del Tribunale.

Sono, dunque, escluse dall'ambito operativo del procedimento sommario, innanzi tutto, le controversie riservate alla competenza del giudice di pace, sul presupposto che il rito "speciale" previsto per le cause di modesta entità (artt. 311 ss. c.p.c.) sia già di per sé improntato a obiettivi di accelerazione e semplificazione procedurale¹⁰;

vero offrire alle parti la possibilità di ottenere una rapida formazione del giudicato sostanziale sull'oggetto della lite.

⁸ Trib. Teramo, ord., 1° dicembre 2010, in banca dati *Dejure*, per cui il legislatore ha voluto incidere sul piano delle "opzioni procedurali" e non creare un ulteriore processo speciale. Per Trib. Napoli, ord., 25 maggio 2010, in *Giur. it.* 2011, p. 393, siamo in presenza di un rito alternativo, agile, di decisa riduzione dei tempi processuali in relazione a tutte le controversie che non richiedano un *iter* istruttorio particolarmente complesso.

⁹ V. al riguardo Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1246; Trib. Teramo, 1° dicembre 2010, cit., per il quale è un vero e proprio processo di cognizione, per la tutela dei diritti soggettivi ordinari, informato a un rito snello, spedito e su cui incide notevolmente la regia del g.i.

¹⁰ Trib. Modena, ord., 18 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1015; per FRADEANI, *Sull'incompatibilità tra il nuovo procedimento sommario di cognizione e le controversie in materia di locazione e comodato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 397, il procedimento per le cause bagatellari sarebbe già concentrato a sufficienza; DITTRICH, *op. cit.*, p. 1585. V. però le osservazioni di VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 56.

da questo punto di vista, quindi, cumulare a tale rito quello qui in esame avrebbe rappresentato un'inutile superfetazione¹¹⁻¹².

Inoltre, il procedimento sommario non è utilizzabile, in quanto tale, avanti alla Corte d'appello¹³, sia nei casi in cui essa decida in secondo grado, sia in quelli in cui si trovi a decidere come giudice di primo e unico grado. Tale esclusione deriva in primo luogo dal fatto che la Corte d'appello decide in composizione collegiale, collocandosi per ciò solo fuori dall'ambito applicativo stabilito dall'art. 702-bis c.p.c. (v. *infra*). Il legislatore del 2009, inoltre, ha concepito il procedimento sommario come strumento di accelerazione dei tempi per la decisione delle cause proposte in primo grado, limitandosi a dettare pochissime norme speciali per il relativo appello. Il secondo grado di giudizio, per interpretazione assolutamente prevalente, è dunque assoggettato alla disciplina ordinaria (integrata dalle disposizioni speciali appena menzionate). Appare dunque fuori dalla *ratio legis* applicare a un appello ordinario le regole del procedimento sommario in primo grado quando in tale procedimento l'appello sa-

¹¹ Così PORRECA, *op. cit.*, p. 74; per CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 33, peraltro, non sarebbe agevole comprendere per quale motivo il legislatore "abbia ritenuto di escludere l'applicabilità del rito sommario di cognizione alle cause attribuite alla competenza del Giudice di pace". Così pure PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 221, a c. 224.

¹² Ci si può chiedere, almeno in via speculativa, che cosa avvenga qualora sia proposta al giudice di pace una domanda con le forme del rito sommario ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c. Per alcuni, tale domanda dovrebbe essere considerata inammissibile: v. RONCO, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell'incompetenza, dell'inammissibilità della domanda (e del mutamento di rito)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2107, per cui qui si sanziona una scelta strategica poco attenta. Appare, peraltro, preferibile, in coerenza con le conclusioni che si raggiungeranno nelle pagine seguenti rispetto a questioni analoghe (e in mancanza di una diversa sanzione espressa), una semplice conversione del rito: così pure DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1585; Cass., 11 novembre 2011, n. 23691, ord., in *Giur. it.*, 2012, p. 2105, che, nel decidere un regolamento di competenza, conclude: "essendo stata la precedente riassunzione operata ricorrendo al procedimento ex art. 702 bis c.p.c., inapplicabile dinnanzi al giudice di pace, quest'ultimo, una volta nuovamente riassunto il giudizio, dovrà procedere nelle forme del rito propriamente previsto dagli artt. 320 321 c.p.c., previo mutamento di quello precedentemente incardinato in modo scorretto avanti allo stesso giudice onorario".

¹³ Trib. Modena, 18 gennaio 2010, cit.

rebbe comunque assoggettato alle regole ordinarie¹⁴. D'altro canto, la disciplina dell'appello prevede già altri strumenti procedimentali per cercare di ridurre i tempi del procedimento di secondo grado¹⁵.

Nell'ambito della competenza del Tribunale, inoltre, il procedimento sommario può essere utilizzato solo per le controversie riservate alla decisione del giudice monocratico. Il legislatore del 2009 ha, infatti, espressamente escluso l'utilizzabilità di questo rito per le cause da proporre al Tribunale in composizione collegiale, realisticamente sul presupposto che si tratti di controversie "più complesse" o comunque più rilevanti sul piano economico e sociale e dunque incompatibili con le forme procedimentali qui in esame¹⁶. Come si vedrà in seguito, il legislatore ha dato notevole rilievo al rispetto della riserva di collegialità, addirittura prospettando l'inammissibilità del ricorso sommario proposto rispetto a una causa rientrante tra quelle elencate nell'art. 50-bis c.p.c.

Pur nel silenzio della norma, d'altro canto, va escluso che il rito sommario sia applicabile alle cause che il giudice monocratico di Tribunale decide quale giudice di appello rispetto alle sentenze del Giudice di pace¹⁷. Il rito previsto dagli artt. 702-bis ss. c.p.c., infatti, si

¹⁴ Di per sé, peraltro, nulla esclude che il regime procedimentale del secondo grado sia disciplinato in chiave diversificata e magari sommaria rispetto a quello del primo grado. Questo, per esempio, è quanto avviene nel procedimento di separazione e di divorzio, ove, come è noto, si prevede (esplicitamente per il divorzio e implicitamente per la separazione) che l'appello è "deciso in camera di consiglio" (con tutti i dubbi e le perplessità che hanno fatto seguito a tale succinta disposizione).

¹⁵ Il riferimento è, ovviamente, al filtro in appello di cui all'art. 348-bis c.p.c. e alla possibilità di decidere i procedimenti di secondo grado con le forme accelerate dell'art. 281-sexies c.p.c.

¹⁶ V. anche CATALDI, *op. cit.*, p. 32. Per METAFORA, *op. cit.*, p. 817, *de iure condendo*, si tratterebbe di un limite superabile, dal momento che l'attribuzione al collegio di alcune cause sarebbe il frutto di una scelta di politica legislativa di carattere contingente; ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, p. 212 ss.; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 250 ss.

¹⁷ Così pure CATALDI, *op. cit.*, p. 34; CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1106, per cui "vuoi il richiamo all'art. 183 contenuto nell'art. 702-ter, comma 3, vuoi la modalità di definizione del sommario che resti tale dopo la verifica del giudice (ordinanza *ex art.* 702-ter, comma 5), vuoi la presenza di una norma speciale sull'appello (art. 702-quater) lasciano intendere che il sommario è stato concepito per il solo giudizio di primo grado; il che anche può indurre a ragionate perplessità, perché l'attuale conformazione "chiusa" del giudizio d'appello,

modella sulla proposizione della domanda in primo grado e culmina con alcune disposizioni *ad hoc* sull'appello contro l'ordinanza "sommatoria": si configura così un procedimento sviluppato su due gradi di giudizio, non applicabile "per segmenti". Il procedimento d'appello avanti al Tribunale, d'altro canto, prevede elementi specifici, sicuramente incompatibili con le disposizioni del rito sommario¹⁸.

D'altro canto, le ragionevoli opzioni di politica legislativa di cui si è appena dato conto sono in qualche modo "entrate in crisi" dopo il decreto legislativo n. 150 del 2011 (v. Capitolo quinto, paragrafo sesto), sulla semplificazione dei riti, che, nel prevedere l'applicazione del modello sommario a un certo numero di procedimenti "extra codicem", ha incluso nel novero anche alcuni procedimenti per cui è disposta la competenza del giudice di pace e della corte d'appello. In altri casi, poi (per esempio, in materia di liquidazione dei compensi degli avvocati), il procedimento sommario è applicato in controversie sottoposte alla decisione del collegio del Tribunale.

Diventa così difficile giustificare sul piano logico tutti i limiti operativi al rito sommario codicistico di qui si è cercato di dare conto in queste pagine.

Anche sotto tale profilo, dunque, la già di per sé ardua opera di inquadramento sistematico si infrange contro un'attività legislativa ingovernata, che opera fuori da ogni logica di sistema, per la frustrazione dell'interprete.

3. *Il presupposto oggettivo: la possibilità di istruire la causa in modo sommario*

Il presupposto oggettivo di applicazione del rito sommario è piuttosto elusivo, essendo rappresentato dalla valutazione del giudice circa la possibilità di istruire la causa in modo "sommario".

esaltata dalla riforma dell'art. 345 c.p.c. operata dalla stessa legge n. 69/2009 (art. 46, comma 16), fa proprio della *revisio* un giudizio suscettibile di essere trattato in forme semplificate (del resto, negli appelli ordinari cosa mai avviene di tanto complesso, sotto il profilo dell'istruzione probatoria?)".

¹⁸ LUISSO, *op. cit.*; Trib. Modena, 18 gennaio 2010, cit.; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 93.

Si tratta, come ovvio, dell'aspetto centrale del procedimento, su cui anche noi concentreremo la nostra attenzione. È ancora prematuro, a questo punto della trattazione tentare di esaminarlo e di delinearne i confini. Per ora, dunque, mi limito a osservare che si tratta di un "criterio mobile", neppure definito in via generale e astratta dalle norme, sul presupposto che tocchi al giudice e alle parti riempirne di contenuto la nozione nell'applicazione pratica.

Ci si può quindi arrestare, al momento, al rilievo che l'ambito applicativo del procedimento sommario di cognizione, tra le controversie sottoposte alla decisione del giudice monocratico del Tribunale, non possa essere predeterminato *a priori* se non nelle sue linee generali e descrittive. Si tratta, in effetti, di un modello procedimentale la cui applicazione nel caso concreto è rimessa alla valutazione del giudice sulla base di parametri mobili e non rigidamente prestabiliti dal legislatore. Ciò costituisce indubbiamente una novità di rilievo per il nostro sistema processuale, come meglio si vedrà nel prosieguo.

4. *Le posizioni sostanziali tutelabili e le tipologie di domande proponibili*

L'art. 702-*bis* c.p.c. tace rispetto alle posizioni sostanziali tutelabili con il procedimento sommario e alle domande che si possono farvi valere.

Sotto tale profilo, come si è visto, i più recenti "antecedenti" di questo modello processuale avevano un campo applicativo ben delimitato.

Il procedimento sommario commerciale, infatti, riguardava solo la condanna al pagamento di crediti pecuniari o alla consegna di un bene mobile determinato. Il procedimento sommario delineato nel d.d.l. Mastella, invece, avrebbe previsto un rimedio a natura esclusivamente condannatoria, lasciando fuori dal suo ambito le domande di accertamento e quelle costitutive¹⁹.

L'art. 702-*bis* c.p.c., dal canto suo, non contiene analoghe previsioni o limitazioni.

¹⁹ PORRECA, *op. cit.*, p. 76.

Alcuni interpreti, in effetti, hanno cercato di ridurre l'ambito applicativo del rito sommario alle sole azioni di condanna al pagamento di somme di denaro²⁰, posando tale interpretazione sul disposto dell'art. 702-ter, comma 6° c.p.c. (che, in effetti, prevede che l'ordinanza sommaria abbia efficacia di titolo esecutivo e possa essere utilizzata come titolo per l'iscrizione di ipoteca, facendo riferimento a due effetti che caratterizzano il provvedimento di condanna). Tale linea interpretativa ha, invero, apparentemente ricevuto l'autorevole avallo della Cassazione che, in un *obiter dictum*, ha affermato: “appare ragionevole ritenere che il procedimento (...) possa essere utilizzato per qualsiasi tipo di diritto ma rispetto alla domanda per ottenere una condanna”²¹.

In mancanza di altri sintomi interpretativi, peraltro, si tratta di una soluzione non condivisibile. La stessa Cassazione, nella decisione sopra menzionata, si è limitata a formulare una sorta di assioma, senza in alcun modo spiegare i motivi per cui tale restrizione all'utilizzo del rimedio in esame possa essere considerata ragionevole.

Il disposto dell'art. 702-ter, comma 6° c.p.c., in effetti, non appare da solo idoneo a circoscrivere l'ambito applicativo del procedimento. La formulazione ivi utilizzata, a ben vedere, ricalca quella dell'art. 282 c.p.c. che, nel disciplinare gli effetti *lato sensu* esecutivi della sentenza (senza alcun riferimento alla condanna)²², certo non

²⁰ ASPRELLA, *Procedimento sommario di cognizione e pronuncia della sentenza nel rito del lavoro*, in *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, a cura di Asprella, Giordano, in *Giust. civ., Suppl.* n. 6 del 2009, p. 144. *Contra* CAPPONI, *La giurisprudenza della “non sostenibilità”*, in *www.judicium.it*, p. 2, per cui “sono gravi le responsabilità della dottrina che ha inutilmente ricamato per limitare la tutela a quella di condanna”.

²¹ Cass., ord., 11 novembre 2011, n. 23691, in *Giur. it.*, 2012, p. 2105, su cui, critico, RONCO, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell'incompetenza, dell'inammissibilità della domanda (e del mutamento di rito)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2106.

²² V. al riguardo anche CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1110, che, dalla formulazione della norma, trae la conseguenza che anche una ordinanza costitutiva possa avere efficacia esecutiva, nonostante il fatto che l'art. 282 c.p.c. possa essere inteso in senso difforme. Anzi, per l'a., proprio l'applicazione dell'art. 702-*quater* induce a un complessivo ripensamento in ordine all'efficacia esecutiva della sentenza, aprendo ad applicazioni generalizzate, o quantomeno più generose, della regola espressa dall'art. 282 c.p.c.

può essere utilizzato per sostenere che la tutela dichiarativa debba essere circoscritta a provvedimenti meramente condannatori.

D'altra parte, lo stesso comma 6° prevede che l'ordinanza in questione costituisca titolo per la trascrizione, nei casi in cui la legge preveda la trascrizione del provvedimento giudiziario: sotto questo profilo, non può che venire in rilievo il regime di pubblicità per gli effetti di accertamento o costitutivi della decisione del giudice.

Si può, dunque, aderire alla corrente interpretativa assolutamente maggioritaria²³, alla cui stregua il procedimento sommario può essere utilizzato per ogni tipo di azione di cognizione (dichiarativa, di condanna, costitutiva), a prescindere dal tipo di rimedio richiesto e dalla natura del diritto di cui si chiede la tutela.

Una tale lettura delle norme, in effetti, è pienamente compatibile con l'intento del legislatore di dare al nuovo procedimento la più ampia utilizzazione possibile. L'esperienza applicativa di questi anni, dal canto suo, documenta la grande potenzialità di utilizzo del procedimento sommario e l'eterogeneità delle materie in cui sono state pronunciate ordinanze sommarie²⁴.

²³ IANNI, *Il procedimento sommario di cognizione: problematiche applicative*, in www.ilcaso.it, p. 2; PORRECA, *op. cit.*, p. 77; LUIO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it, p. 1; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 191; MENCHINI, *L'ultima idea*, cit., p. 1026; CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 792-bis c.p.c.*, p. 2; GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Il processo civile competitivo*, a cura da Didone, Torino, 2010, p. 717, ne parla in termini di ambito di applicazione "atipico"; Trib. Modena, ord., 18 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1015; Trib. Piacenza, ord., 22 novembre 2010, in www.giuraemilia.it; BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1; DITTRICH, *op. cit.*, p. 1586; RONCO, *op. cit.*, p. 2106; METAFORA, *op. cit.*, p. 814; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 247; Protocollo sul procedimento sommario di cognizione predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Roma del 4 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, V, c. 195; Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione; indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena: "L'opinione emersa è per l'applicabilità del processo sommario a ogni tipologia di domanda"; Trib. Verona, ord., 5 febbraio 2010, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2166, menziona, come differenza, il procedimento sommario societario e quello previsto dal d.d.l. Mastella; CATALDI, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ V. per esempio DE SIMONE, *Le prime esperienze giurisprudenziali in tema di procedimento sommario di cognizione: prassi a confronto. Doc. n. 201/2010*, 7 maggio 2010, in www.ilcaso.it, p. 2. A mero titolo esemplificativo, il rito qui in esame è stato utilizzato per fare valere azioni revocatorie (Trib. Mondovì, 12 novembre

2009, ord., in *Giur. it.*, 2010, p. 899; Trib. Prato, 10 novembre 2009, ord., in *Foro. it.*, 2009, I, c. 3505; Trib. Monza, 30 settembre 2012, ord., in *www.ilcaso.it*); di risoluzione di un contratto per inadempimento (Trib. Varese, 18 dicembre 2009, ord.; Trib. Cagliari, 6 novembre 2009, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 409, con riferimento alla risoluzione di diritto di un contratto di compravendita; Trib. Nola, 8 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*, rispetto a un contratto di somministrazione di gas petrolio); di nullità di un ordine di investimento (Trib. Ferrara, 28 gennaio 2010, ord.; in materia anche Trib. Ancona, 9 aprile 2010, ord.); di nullità per mancanza di un contratto quadro di un ordine di acquisto di azioni (Trib. Parma, 8 giugno 2010, ord.); di restituzione delle somme percepite in più sul rapporto di conto corrente per errato calcolo degli interessi passivi, delle commissioni di massimo scoperto e altre commissioni (Trib. Campobasso, 1° luglio 2013, ord., in *www.ilcaso.it*; Trib. Campobasso, 9 maggio 2013, in banca dati *iusexplorer*); di responsabilità di un promotore finanziario per distrazione e appropriazione di somme che avrebbe dovuto investire, nonché di responsabilità solidale della società di intermediazione (Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*); di risarcimento danni per illegittima sospensione di servizi di telefonia e di ADSL (Trib. Piacenza, 22 novembre 2010, ord., in *www.giuraemilia.it*); di rilascio di un immobile occupato *sine titulo* (Trib. Taranto, 2 marzo 2010, ord., in *www.ilcaso.it*); e di condanna al risarcimento dei danni (Trib. Fasano, 4 luglio 2010, in *Arch. loc.*, 2011, fasc. 2, p. 215); di pagamento dell'occupazione *sine titulo* (Trib. Napoli, 25 gennaio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*); di risoluzione di un contratto di affitto di ramo d'azienda (Trib. Latina, 3 marzo 2011, ord., cit.); di pagamento del residuo prezzo dovuto per una vendita immobiliare e non versato al momento del rogito in attesa di definizione di un contenzioso pendente (Trib. Tivoli, 4 novembre 2010, ord., in banca dati *Dejure*); di accertamento della legittimità dell'esclusione di una socia da una cooperativa (con conseguente decadenza della socia in questione dall'assegnazione dell'immobile sociale e condanna al rilascio dello stesso) (Trib. Torino, 11 febbraio 2010, ord., in *www.lexform.it*); di accertamento dell'avvenuto recesso di un socio da una società (Trib. Busto Arsizio, 8 febbraio 2010, ord., in *www.lexform.it*); di simulazione del conferimento di ramo d'azienda (Trib. Rimini, 22 novembre 2013, ord., NRG 2338/2013); per ottenere la cancellazione di un'ipoteca (Trib. Bologna, 30 giugno 2010, ord., in *www.giuraemilia.it*); per fare dichiarare l'inefficacia nei confronti di un creditore di un atto pubblico di donazione posto in essere dal debitore (Trib. Brindisi-Francavilla Fontana, 13 maggio 2010, ord., in *www.altalex.com*); per l'accertamento dell'avvenuta cessazione degli effetti di una fideiussione (Trib. Verona, 5 febbraio 2010, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 2166); per ottenere una declaratoria di nullità di un *trust* istituito conferendo nel relativo fondo tutto il patrimonio di una società in stato di insolvenza per sottrarlo al controllo del curatore fallimentare (Trib. Mantova, 18 aprile 2011, ord., in *www.ilcaso.it*); per il risarcimento dei danni subiti a seguito di infiltrazioni a un immobile di proprietà del ricorrente (Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, in *www.dirittoeprocesso.com*); per il risarcimento dei danni arrecati a un'auto concessa in noleggio (Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. mer.* 2011, p. 1246); per un'azione di ripetizione di indebito (Trib. Modena, 10 marzo 2011, ord.); per la divisione "per scorporazione" della quota parte di una cointestataria di buoni postali fruttiferi (Trib. Nocera Inferiore, 3 aprile 2014, ord., in *Ex parte creditoris*); per un'azione *ex art.* 2932 c.c. (Trib. Palermo-Carini, 19 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*); per l'accertamento di una servitù (Trib. Genova, 18 novembre 2011, in *Giur. mer.*, 2012, p. 1080).

L'analisi che precede porta a concludere che il procedimento sommario, per quanto ne riguarda i presupposti applicativi, si collochi su un piano diverso rispetto a quello su cui tradizionalmente si poggiano i procedimenti speciali.

Non si tratta, infatti, di un rito differenziato “esclusivo” per determinate categorie di controversie, come è, per esempio il rito del lavoro o quello di separazione personale dei coniugi; né esso si configura come un procedimento “alternativo” per determinate tipologie di azioni o per la tutela di particolari situazioni soggettive, in presenza di specifici requisiti, come sono, invece, il procedimento monitorio o quello per licenza o convalida di sfratto²⁵.

L'art. 702-*bis* c.p.c., in effetti, non esplicita condizioni sostanziali (soggettive o oggettive) di ammissibilità del rito in questione e gli unici limiti ivi previsti riguardano, come si è visto, alcuni presupposti processuali. In dottrina, è stata così prospettata la mancanza di condizioni di ammissibilità del procedimento sommario di cognizione alla luce delle quali consentire al giudice di valutare la praticabilità o meno dello stesso²⁶.

Proprio per tale silenzio normativo, il procedimento sommario si presenta come atipico (e per così dire “generalista”) quanto ai diritti sostanziali che vi possono essere fatti valere e ai tipi di domanda e di azione proponibili con tali forme²⁷ e “facoltativamente alternativo” per quanto riguarda il suo rapporto con il processo ordinario di cognizione.

²⁵ Peraltro, per DELLA PIETRA, *Paupertas et simplicitas: spunti di semplificazione dalle controversie di modesta entità*, in *Tutele e procedure giudiziarie europee. Principi fondamentali e applicazioni pratiche*, Maggioli, Rimini, 2011, p. 315, il rapporto tra sommario e cognizione sarebbe di alternativa sminuente (e come tale sfavorito dai pratici), in quanto chi sceglie tale mezzo decide di percorrere una via più celere ma “al prezzo di ricusare i congegni complessi e garantisti che sostanziano il giudizio ordinario”. L'a., p. 316 osserva pure: “Sta in questo, io credo, la radice dell'insuccesso di tante riforme: l'indifferenza del legislatore per la *psicologia* degli operatori” (corsivo nel testo).

²⁶ CARRATA, *Le “condizioni di ammissibilità” del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 726.

²⁷ MENCHINI, *Il rito semplificato*, cit., p. 1104; GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 831; METAFORA, *op. cit.*, p. 814; CAPPONI, *op. cit.*, p. 1104.

L'inedita caratteristica di tale rito è, peraltro, quella di avere un'effettiva applicazione solo "eventuale", nel senso che non ogni procedimento che nasce come sommario è destinato a essere deciso come tale.

Ai sensi dell'art. 702-ter, comma 3° c.p.c., infatti, se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria, il giudice fissa l'udienza di trattazione ai sensi dell'art. 183 c.p.c., operando un mutamento di rito o, meglio, un cambiamento di binario istruttorio.

Il fatto che un procedimento avviato dall'attore con determinate modalità si sviluppi poi con una "trasformazione" del rito, a ben vedere, non è un'assoluta novità.

Come si è visto, alcuni tradizionali modelli procedimentali presuppongono anzi una tale "trasformazione", concepita come strumento per il recupero di garanzie difensive o per lo sviluppo di accertamenti istruttori altrimenti compressi od omessi. Il riferimento, come è intuitivo, è al procedimento monitorio, a quello per convalida di licenza o di sfratto oppure, oggi, al procedimento europeo di ingiunzione, disciplinato dal regolamento n. 1896 del 2006.

Tali modelli procedimentali, peraltro, sono strutturalmente articolati su due fasi, di cui la prima, a natura sommaria, è sempre presente, mentre la seconda è eventuale e presuppone un qualche atto di impulso o di iniziativa da parte del resistente.

Il procedimento sommario, invece, non è costruito su una tale struttura: anzi, esso è senz'altro un rito unitario il quale, anche in caso di "mutamento di binario istruttorio" prosegue, con le forme "ordinarie", avanti al medesimo giudice, senza soluzione di continuità²⁸.

Nei procedimenti speciali "tradizionali", la "trasformazione" del rito dipende da un evento determinato, ancorché non "certo" nel suo effettivo verificarsi, ovvero l'opposizione della controparte. A tale opposizione, la legge collega effetti procedimentali a cui l'attore non può sottrarsi, salva la possibilità di ottenere rimedi di tutela provvi-

²⁸ Salva l'integrazione nel pagamento del contributo unificato: incombente "tributario" che comunque non incide o condiziona la struttura procedimentale.

soria, sotto forma di immediata esecutività del decreto ingiuntivo, ordinanza provvisoria di rilascio, tutela cautelare in corso in causa.

Da questo punto di vista, il procedimento sommario presenta la caratteristica di non rimettere nelle mani del convenuto un potere di automatica trasformazione del rito, al compimento di un determinato atto di impulso.

Come si vedrà, il resistente, nel costituirsi in giudizio, ben potrà insistere per il passaggio alla trattazione ordinaria, ma non ha alcuna garanzia che la sua richiesta sia accolta: e questo neppure nell'ipotesi in cui, più o meno artificiosamente, egli cerchi di complicare il procedimento, sul piano oggettivo o soggettivo, visto che il legislatore ha previsto espressamente una serie di strumenti per arginare (almeno in parte) tali tattiche difensive (a prescindere dalla loro meritevolezza).

La caratteristica fondamentale, sul piano dello sviluppo dinamico del procedimento sommario, è, dunque, la sottrazione sia all'attore che al convenuto del controllo in merito alla scelta del rito.

Si tratta, in effetti, dell'unico procedimento in cui tale monopolio è attribuito al giudice, nell'ambito della valutazione circa l'idoneità della causa a essere istruita in modo non sommario.

5. *Utilizzo del rito sommario in controversie non soggette al rito ordinario: le cause di lavoro/locatizie*

Dopo avere messo in rilievo la natura atipica e facoltativa del procedimento sommario, si pone il dubbio se sussistano limiti al suo utilizzo in via "alternativa" non solo rispetto al rito ordinario instaurato ai sensi degli artt. 163 c.p.c. ma anche a riti speciali di cognizione che si svolgano sempre davanti al giudice monocratico del Tribunale.

In effetti, il dubbio si pone in quanto il legislatore non ha fornito alcun elemento chiarificatore al riguardo; anzi, collocando il nuovo istituto all'interno del libro quarto del codice, tra provvedimenti d'urgenza e procedimento possessorio, ha dato argomenti a favore di un suo utilizzo anche in ambiti probabilmente non presi in considerazione nella redazione della riforma del 2009.

L'opzione "topografica" del legislatore, in effetti, è stata senz'altro poco felice²⁹. Se, come è realistico pensare, quello qui in esame è stato concepito come una modalità alternativa per la declinazione del procedimento di cognizione in tribunale (come lascia pensare anche il nuovo art. 183-*bis* c.p.c.), la relativa disciplina avrebbe trovato più opportuna collocazione nelle norme del primo libro, per esempio nel contesto delle disposizioni "speciali" previste per la trattazione e la decisione della lite da parte del giudice monocratico. In questo modo, si sarebbe data migliore rappresentazione di quella che, a mio avviso, resta la scelta implicita del legislatore: ovvero che il rito sommario è destinato a operare in simbiosi con il procedimento ordinario avanti al tribunale, di cui costituisce una articolazione. Una diversa collocazione delle norme in esame non avrebbe risolto ogni questione relativa all'ambito di applicazione "alternativa" del rito sommario in particolari contesti procedurali (come, per esempio, l'opposizione a decreto ingiuntivo), ma avrebbe chiarito che il suo utilizzo è tendenzialmente incompatibile con le controversie soggette a riti speciali di applicazione "esclusiva" (*in primis*, il processo del lavoro).

Il silenzio del legislatore, invece, ha creato notevoli incertezze a questo riguardo, dando adito a posizioni sostanzialmente antitetiche in dottrina e giurisprudenza, con argomenti speculari e basati su valutazioni di *policy* più che di stretta interpretazione normativa.

Da un lato, si colloca la posizione maggioritaria, che (come, peraltro, mi appare condivisibile) esclude l'utilizzo del procedimento sommario per le controversie soggette a riti speciali "esclusivi"³⁰.

²⁹ V. pure BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 117, per cui la collocazione del nuovo istituto "appare poco felice"; per BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 723, tale collocazione non assumerebbe valore determinante sul piano definitorio; anche per CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1103 ss., la posizione del rito nel codice di rito non sarebbe congrua.

³⁰ V. LUISO, *op. cit.*; MENCHINI, *L'ultima idea*, cit., p. 1026; CAPONI, in *La riforma della giustizia civile* cit., p. 198; DELLA VEDOVA, *Il giusto processo sommario. La cognizione speciale non cautelare*, Padova, 2013, p. 177; FRADEANI, *op. cit.*, p. 396; ARIETA, *op. cit.*, p. 3; GIORDANO, *Procedimento sommario*, cit., p. 720; PAPANI, *L'applicabilità del procedimento sommario di cognizione alle controversie as-*

L'attenzione è concentrata, in particolare, sul rito del lavoro ovvero su quello locatizio⁵¹, al cui riguardo si mette in rilievo, in primo luogo, che, sul piano strutturale, l'art. 702-bis c.p.c., nel dettare il conte-

soggettate al rito locatizio, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2414; PORRECA, *op. cit.*, p. 78, p. 87 ss., ne esclude l'utilizzo alternativo ai riti speciali concentrati (opposizione a ordinanze ingiunzione e così via, e, p. 89 ss. ai riti camerale, accelerati e a cognizione sommaria, onde evitare una strutturazione ben maggiore di quelle vigenti); PORRECA, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro: profili d'incompatibilità strutturale e funzionale in materia locatizia*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2721; indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena; Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010, che ritiene incompatibile il rito locatizio, mentre il rito lavoro richiederebbe "particolare approfondimento". Con riferimento alle opposizioni a ordinanza-ingiunzione amministrativa: Trib. Torre Annunziata-Torre del Greco, 10 febbraio 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, I, c. 1958; anche per il Protocollo di intesa sul procedimento sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, il rito sommario sarebbe alternativo al solo procedimento ordinario di cognizione.

⁵¹ Pare implicitamente escludere la compatibilità con le controversie in materia di lavoro Trib. Roma, 31 maggio 2013, in *Lavoro nella Giur.*, 2013, fasc. 7, p. 702, nota di MISCIONE, là dove afferma: "Può essere decisa con il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c. con giudice monocratico la causa in cui un'organizzazione sindacale di lavoratori agisce per preteso inadempimento contrattuale contro un'organizzazione dei datori di lavoro, in quanto la causa riguarda i normali rapporti contrattuali e non indirettamente né indirettamente controversie individuali di lavoro ex art. 409 c.p.c. o comportamenti antisindacali ex art. 28, legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei Lavoratori)". Esplicito, invece, in ambito locatizio, Trib. Modena, 17 gennaio 2013, in *Contr.*, 2013, p. 295, per cui: "La domanda di risoluzione del contratto atipico di precario immobiliare oneroso postula l'applicabilità del rito sommario di cognizione soltanto ove la misura del compenso previsto per il godimento della res non lo renda riconducibile alla figura contrattuale della locazione, in quanto, ricorrendo tale ultima ipotesi, l'azione di rilascio intrapresa ex art. 702-bis c.p.c. diviene inammissibile, per l'incompatibilità tra il rito sommario e il procedimento disciplinato dall'art. 447 bis c.p.c.". V. anche su queste tematiche Arieta, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, II, Napoli, 2010, p. 740; indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena; Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione; BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 805 e 809. CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità"*, cit., p. 727; COSTABILE, *Le ricadute sul giudizio di appello della ritenuta compatibilità tra il procedimento sommario di cognizione e le controversie locatizie*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2134; TALLARO, *Rito sommario e controversie locatizie: osservazioni dalla parte dell'utente del servizio giustizia*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1250 ss.; VIDIRI, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra "provvedimenti presidenziali" e osservatori sulla giustizia civile*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1382; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 262 ss.; Trib. Modena, 18 gennaio 2010, cit.; App. Reggio Calabria, 1° marzo 2012, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2132; Trib. Modena, 25 febbraio 2013, ord., in www.giuraemilia.it.

nuto dei primi atti difensivi delle parti e le preclusioni a essi collegate, fa espresso riferimento alla disciplina del procedimento ordinario di cognizione (artt. 163 ss. c.p.c.)³². Inoltre, nel disciplinare il passaggio dal rito sommario a quello a cognizione non sommaria, l'art. 702-ter, comma 3° c.p.c. menziona l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. e l'applicazione delle norme del secondo libro del codice di rito³³.

Si afferma altresì (ma l'argomento appare, invero, non particolarmente solido) che il rito del lavoro prevedrebbe peculiarità procedurali non trasponibili in sede "sommaria"³⁴, in particolare per quanto riguarda la comparizione personale delle parti in prima udienza ai fini del tentativo di conciliazione³⁵.

³² COSTABILE, *Le ricadute sul giudizio di appello della ritenuta compatibilità tra il procedimento sommario di cognizione e le controversie localizzate*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2134; DALFINO, *Sull'inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 394; PORRECA, *op. cit.*, p. 80; FRADEANI, *op. cit.*, p. 3696; CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità"*, cit., p. 727; Trib. Torre Annunziata-Torre del Greco, 10 febbraio 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, I, c. 1958; Trib. Mantova, 7 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*; App. Lecce, 16 marzo 2011, n.813/10; Trib. Torino, 29 agosto 2014, ord., in *www.giuraemilia.it*.

³³ Cfr. PORRECA, *op. cit.*, p. 79; Id., *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro*, cit., p. 2721 ss.; Trib. Torino, 29 agosto 2014, ord., in banca dati *Pluris*; per FRADEANI, *op. cit.*, p. 396, tutto l'impianto normativo del nuovo capo III bis riecheggerebbe il giudizio ordinario quale strumento tipico "alternativo e concorrente" rispetto al nuovo strumento introdotto dalla novella; considerata la differenza strutturale del processo del lavoro, anche rispetto alle preclusioni: "non può che apparire superficiale (...) la pretesa automatica sostituibilità del richiamo contenuto nell'art. 702 ter, comma 2, c.p.c. all'art. 183 con il ben diverso art. 420 c.p.c.". OLIVIERI, *Il processo sommario di cognizione (primissime brevi note)*, in *www.judicium.it*; DITTRICH, *op. cit.*, p. 1585 ss.; Trib. Mantova, 7 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*; Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione; DALFINO, *op. cit.*, c. 392; Trib. Torre Annunziata-Torre del Greco, 10 febbraio 2010, cit.; App. Lecce, 16 marzo 2011, cit.; per Trib. Torino, 29 agosto 2014, cit., il richiamo all'art. 183 c.p.c. evidenzerebbe che il nuovo procedimento sommario "è stato concepito quale strumento alternativo rispetto al processo, archetipo, ordinario di cognizione, di cui al II libro del c.p.c.". *Contra*, Trib. Napoli, 25 maggio 2010, ord., in *www.lexform.it*; Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 395, per cui l'indicazione dell'art. 183 c.p.c. "non ha un significato selettivo dell'utilizzabilità del rito sommario ma deve essere interpretato quale riconoscimento del passaggio da un rito all'altro, in difetto dei presupposti del rito sommario"; CARRATTA, *op. cit.*, p. 727.

³⁴ Cfr. Trib. Modena, 18 gennaio 2010, cit.

³⁵ Tentativo comunque necessario, ove si ritenesse possibile instaurare una causa rientrante nell'ambito dell'art. 409 c.p.c. con le forme del rito sommario: OLIVIERI, *Il processo sommario di cognizione (primissime brevi note)*, in *www.judicium.it*; Trib. Modena, 18 gennaio 2010, cit.

Altra incompatibilità si registra rispetto ai poteri istruttori attribuiti al giudice del lavoro³⁶; in caso di prosecuzione del procedimento con le forme sommarie, infatti, si pone il dubbio se il giudice debba essere ritenuto svincolato dall'applicazione dell'art. 421 c.p.c. (in conseguenza dell'applicazione del rito speciale alternativo) ovvero se tale norma possa essere comunque "recuperata", ove ritenuta di applicazione "necessaria" nelle controversie rientranti nell'art. 409 c.p.c. Nel primo caso, il ricorrente potrebbe utilizzare il procedimento sommario in modo abusivo, per sfuggire all'applicazione di una norma percepita come potenzialmente favorevole alla controparte; nel secondo, si realizzerebbe un mix di inquisitorialità e sommarietà, dalle implicazioni a loro volta potenzialmente "abusive".

Sul piano funzionale, si osserva, poi, che il procedimento del lavoro, improntato alla "concentrazione, immediatezza e oralità", è già di per sé idoneo a dare rapida definizione alla lite³⁷, potendo anche essere risolto in un'unica udienza, qualora la causa sia particolarmente semplice o necessiti di una istruttoria poco articolata³⁸; l'utilizzo del procedimento sommario rappresenterebbe quindi un inutile "doppione".

Anzi, in relazione a quanto precede, si deve evidenziare pure la diversità tra il procedimento del lavoro e quello sommario rispetto alle preclusioni istruttorie; nel primo, com'è noto, le parti devono articolare le proprie richieste probatorie nei rispettivi atti difensivi, con ridotte possibilità di essere autorizzate a formalizzarne di nuove in prima udienza. Nel procedimento sommario, invece, non esiste

³⁶ PORRECA, *op. cit.*, Milano, 2011, p. 80; App. Lecce, 16 marzo 2011, cit.; Trib. Torino, 29 agosto 2014, cit.

³⁷ LOMBARDI, *È arrivato il nuovo procedimento sommario di cognizione generale*, p. 1 ss.; FRADEANI, *op. cit.*, p. 397; PORRECA, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro*, cit., p. 2722; App. Lecce, 16 marzo 2011, cit. Con riferimento al rito locatizio, Trib. Catanzaro, 16 novembre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2455, ritiene che le caratteristiche di celerità proprie di tale modello procedurale rendano il rito sommario un inutile doppione.

³⁸ Sul punto cfr. DALFINO, *op. cit.*, c. 395. Non è convinto da tale argomentazione Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit.; TALLARO, *op. cit.*, p. 1255; Trib. Modena, 18 gennaio 2010, cit.; Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, osserva che i tempi di definizione del rito lavoro sono in astratto più brevi di quelli di definizione del sommario.

un'analogha preclusione e, per interpretazione maggioritaria, entrambe le parti sono legittimate ad avanzare nuove richieste istruttorie in prima udienza, senza alcuna preclusione. In caso di "conversione di rito", peraltro, l'opinione favorevole alla compatibilità tra i due procedimenti, tende a ritenere che il giudice, nel fissare l'udienza della fase a cognizione piena (a questo punto, l'udienza *ex art.* 420 c.p.c.), dovrebbe pure concedere un termine alle parti per l'integrazione dei propri atti, in applicazione dell'art. 426 c.p.c. In questo modo, il ricorrente potrebbe essere indotto alla scelta del rito sommario per aggirare il più rigido impianto preclusivo del rito del lavoro, dando vita a una sorta di "procedure-shopping"³⁹. Analoghi aggiramenti delle più rigide disposizioni del rito del lavoro potrebbero riscontrarsi rispetto alla fase decisoria (nel rito sommario, il giudice può riservarsi la decisione, ciò che, di norma, non avviene nel rito del lavoro, ai sensi dell'art. 429 c.p.c.) e alle impugnazioni (l'art. 702-*quater* c.p.c., come si vedrà, configura un appello – oggi parzialmente – "aperto" alle nuove istanze istruttorie, superando il rigore dell'art. 345 c.p.c.).

In un'ottica di politica del diritto, inoltre, si evidenzia che, nella legge delega di cui all'art. 54 della legge n. 69 del 2009, il procedimento sommario viene previsto come terzo modello procedimentale, in vista dell'accorpamento dei procedimenti esistenti *extra codicem*, a fianco del modello del processo ordinario di cognizione nonché proprio a quello del lavoro⁴⁰; in altre parole, si opina che il

³⁹ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 80 ss., evidenzia come, rispetto alle preclusioni istruttorie, l'applicazione del rito sommario a una causa di lavoro implicherebbe non una accelerazione bensì una diluzione della concentrazione procedimentale; v. pure TALLARO, *op. cit.*, p. 1256 ss., per il quale "ammettere (...) che una controversia già sottoposta al rito speciale locatizio o laburistico sia trattata secondo il nuovo rito sommario, consentirebbe alle parti di sottrarsi al meccanismo delle preclusioni cui sarebbero altrimenti sottoposti"; Trib. Modena, 18- gennaio 2010, cit.; VIDIRI, *op. cit.*, p. 1377 ss.; per BENANTI, *Pretese limitazioni all'applicabilità del procedimento speciale sommario introdotto con il nuovo art. 702-bis c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 510, peraltro il fatto che il procedimento sommario non sconti preclusioni costituirebbe ragione più che valida per preferirlo al regolamento processuale delle cause del lavoro.

⁴⁰ DIDONE, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 414; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 94. Contra-

legislatore abbia così voluto evidenziare l'incompatibilità tra i due modelli procedimentali, che si tradurrebbe nell'impossibilità di configurare l'utilizzo del rito sommario per l'introduzione di cause rientranti nell'art. 409 c.p.c. (ovvero nell'art. 447-*bis* c.p.c. per quanto attiene il c.d. rito locatizio, rispetto al quale sono adattabili tutte le osservazioni sin qui svolte).

I numerosi sostenitori della posizione contraria⁴¹, dal canto loro, argomentano, in primo luogo, che l'art. 702-*bis* c.p.c. si limita a menzionare la riserva di collegialità, indipendentemente dal rito prescritto⁴² e che il rito sommario è un rito alternativo, collocato nel libro IV: da ciò, si desumerebbe la sua compatibilità con le cause instaurabili oltre che con il rito ordinario anche con quello del lavoro⁴³

Si afferma pure che il riferimento agli artt. 163 e 167 c.p.c. sia da considerarsi non rilevante rispetto alla compatibilità con il rito del lavoro, trattandosi di un semplice rinvio operato al fine di puntualizzare i requisiti formali dell'atto introduttivo del procedimento⁴⁴ e che l'art. 702-*ter* si limiti a menzionare l'art. 183 c.p.c.

ri pure BOVE, *op. cit.*, p. 2; VOLPINO, *op. cit.*, p. 55; Trib. Torino, 29 agosto 2014, cit., per cui l'esplicita esclusione della possibilità di convertire il modello sommario "semplificato" in rito ordinario si potrebbe interpretare come sintomo della "volontà sistematica del legislatore di non sovrapporre tra i loro i tre modelli di rito destinati a sopravvivere alla futura semplificazione"; Trib. Napoli, 25 maggio 2010, cit.; Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione. Per una critica a questa argomentazione, ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 504.

⁴¹ A favore della compatibilità, per esempio, CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, cit., p. 5; BIAVATI, *op. cit.*, p. 191; BINA, *op. cit.*, p. 122; ACIERNO, *op. cit.*, p. 504 ss.; CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 883; METAFORA, *op. cit.*, p. 825 ss.; Trib. Latina, 3 marzo 2011, ord., in *Giur. mer.*, 2011, 2412, con nota adesiva PAPAGNI, *op. cit.*, p. 2414 ss., su cui PORRECA, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro*, cit., p. 2721; Trib. Fasano, 4 luglio 2010, in *Arch. loc.*, 2011, p. 215; Trib. Palermo, 24 gennaio 2011, ord., in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 505, propone una soluzione intermedia, alla cui stregua il rito sarebbe compatibile, ma andrebbe disposta l'automatica conversione di rito; Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit.; Trib. Napoli, 25 maggio 2010, cit.

⁴² Trib. Napoli, 25 gennaio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*; Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2450.

⁴³ Trib. Napoli, 25 gennaio 2011, cit.; Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit.; BENANTI, *op. cit.*, p. 511.

⁴⁴ BENANTI, *op. loc. cit.*

in via esemplificativa, potendo sostituire a tale norma, per via interpretativa, l'art. 420 c.p.c. senza particolari difficoltà, anche in considerazione del fatto che pure le norme sul processo del lavoro sono inserite nel libro secondo del codice di rito⁴⁵.

Viene, altresì, argomentato che l'esclusione del rito sommario per le cause di lavoro e locatizie sarebbe altrimenti priva di ragionevolezza⁴⁶ e che sussisterebbero comunque margini in cui, anche nelle materie soggette a tali riti speciali, il rito sommario si presterebbe a offrire un *quid* di tutela in più al ricorrente, in termini di rapida definizione del giudizio⁴⁷, per le controversie più semplici⁴⁸.

Quanto alla tripartizione di modelli procedimentali contenuta nella legge delega per la semplificazione dei riti, essa non sarebbe indicativa di una incompatibilità tra rito sommario e rito del lavoro, anche in considerazione del fatto che il modello di procedimento sommario cui si riferisce tale legge delega sarebbe strutturalmente diverso da quello introdotto dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., in partico-

⁴⁵ BENANTI, *op. cit.*, p. 510; GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 834; Trib. Napoli, 25 gennaio 2011, cit. e Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit., per cui l'omesso richiamo dell'art. 420 c.p.c. costituirebbe una mera svista, integrabile in via ermeneutica. Per Trib. Fasano, 4 luglio 2010, cit., si tratterebbe di mera lacuna, colmabile in via di interpretazione sistematica.

⁴⁶ Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit.; BENANTI, *op. cit.*, p. 511. *Contra* FRADEANI, *op. cit.*, p. 397, osserva che l'ontologica differenza tra rito ordinario e rito lavoro "può ben giustificare, solo per il primo di essi, la predisposizione di un processo concorrente e alternativo, più spedito perché sommario, allo scopo di definire più velocemente le controversie di minore complessità". Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. it.*, 2012, p. 388, con nota *contra* BECHIS, *ivi*, p. 391 ss., sostiene che, mancando una previsione espressa di legge, è più razionale che la valutazione sulla compatibilità tra i riti sia rimessa alla valutazione discrezionale del giudice.

⁴⁷ Per Trib. Napoli, 25 gennaio 2011, cit. e Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit., il procedimento sommario garantirebbe una trattazione della causa ancora più snella e deformalizzata; secondo Trib. Latina, 3 marzo 2011, ord., in *Giur. mer.*, 2011, p. 2412, sarebbe paradossale non applicare il rito sommario a cause soggette al rito del lavoro in cui sono particolarmente rilevanti le esigenze acceleratorie sottese al nuovo modello: nella fattispecie, si trattava di un contratto di affitto di ramo di azienda, rispetto al quale è impossibile invocare l'art. 657 ss. c.p.c. Per il Tribunale, il locatore non avrebbe potuto ottenere una celere tutela in ordine alla pronuncia di intervenuta scadenza contrattuale, dovendo attendere l'istruttoria sulle ulteriori questioni per la definizione con sentenza. Per FRADEANI, *op. cit.*, 397, però, "il concreto vantaggio in termini di durata è tutto da dimostrare".

⁴⁸ METAFORA, *op. cit.*, p. 827.

lare non essendo prevista la possibilità di “conversione” del rito in prima udienza⁴⁹.

Infine, il procedimento sommario consentirebbe di svolgere il *simultaneus processus* in caso di cumulo tra domanda soggetta al rito locatizio e altra non locatizia: di norma, non potendosi cumulare domande soggette a riti diversi, il giudice dovrebbe separare la causa locatizia a quella ordinaria, senza possibilità di trasformare il rito. Con il sommario, invece, alla domanda principale di pagamento di canoni di locazione si potrebbe opporre in sede riconvenzionale un controcredito di natura non locativa di maggiore importo⁵⁰.

Come già anticipato, le ragioni a sostegno della “incompatibilità” mi sembrano complessivamente più convincenti di quelle contrarie, appena passate in rassegna.

In ultima analisi, la domanda che rimane senza risposta, in un’ottica di *policy* normativa e di approccio pragmatico alla questione, riguarda le utilità che potrebbero derivare dalla proposizione di una controversia rientrante nell’art. 409 c.p.c. con le forme del procedimento sommario di cognizione.

In entrambe le ipotesi, infatti, il problema cruciale rimane il ritardo entro il quale possa essere fissata la prima udienza davanti al giudice. Nei Tribunali in cui, oggi, rispetto a un ricorso proposto ai sensi dell’art. 413 c.p.c., l’udienza *ex art.* 420 c.p.c. viene fissata a distanza di un anno o più, non esistono motivi per ritenere che l’udienza *ex art.* 702-*bis*, comma 3° c.p.c., abbia speranza di essere fissata entro una dilazione minore.

⁴⁹ Per Trib. Napoli, 25 maggio 2010, cit., alcune tipologie di controversie lavoristiche o locatizie presentano i caratteri di semplificazione dell’istruzione, della trattazione e della decisione caratteristici del procedimento sommario come messe in evidenza dalla legge delega del 2009. Il giudice, dal canto suo, non potrebbe sindacare l’astratta assenza di un interesse giuridicamente apprezzabile per la scelta di un rito: rimarrebbe, quindi, nella discrezionalità dell’istante optare in pieno esercizio del proprio diritto di difesa per il procedimento ritenuto più confacente al conseguimento del bene della vita richiesto.

⁵⁰ Trib. Napoli 25 maggio 2010, cit.; *contra*, FRADEANI, *op. cit.*, p. 397, per cui l’argomento provverebbe troppo, dal momento che il difetto si troverebbe a monte; PORRECA, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro*, cit., p. 2725 ss., mette in rilievo il “segno legislativo di sfavore per il cumulo di cause e quindi per la complessità oggettiva e soggettiva, valutata in frizione con la finalità di liquida speditezza del rito”.

Ciò detto, una volta che le parti siano comparse davanti al giudice, qualora si tratti di una causa effettivamente semplice e non complessa, la causa stessa, almeno sulla carta, può essere decisa seduta stante, in applicazione sia dell'art. 420, comma 4° c.p.c. che dell'art. 702-ter, comma 5° c.p.c. E dove il giudice (anche solo per il sovraccarico di lavoro) non sia in condizione di farlo nell'ambito del rito del lavoro, non ci si può aspettare che muti approccio solo perché si trovi in un contesto procedimentale "semplificato".

Va poi considerato che, sul piano dell'"interesse" concreto a proporre una controversia di lavoro con le forme dell'art. 702-bis c.p.c., il lavoratore (il quale, di norma, riveste il ruolo di ricorrente) non ha alcun incentivo a utilizzare un rito che, per esempio, non gli consente di procedere al pignoramento sulla base del solo dispositivo del provvedimento finale.

Questi rilievi confermano la sostanziale incompatibilità, normativa e pratica, tra il rito sommario e le controversie assoggettate al rito del lavoro/locatizio⁵¹.

6. (Segue): altre ipotesi

Analoghi dubbi si pongono rispetto all'ammissibilità del procedimento sommario in alternativa al procedimento ordinario o a procedimenti speciali utilizzati in situazioni particolari.

Vengono in particolare in rilievo le ipotesi in cui il procedimento di cognizione sia utilizzato in forma di "opposizione" (a decreto ingiuntivo, all'esecuzione, agli atti esecutivi e così via).

La maggioranza degli interpreti è, in effetti, orientata a favore della possibilità di utilizzare il rito sommario per proporre opposizione all'esecuzione⁵², in particolare dopo che la legge n. 69 del

⁵¹ V. anche A. D. DE SANTIS, *Il procedimento sommario di cognizione*, in A.A.V.V., *Processo del lavoro*, Milano, 2017, per cui, p. 452, "se il legislatore avesse voluto garantire la compatibilità tra rito del lavoro e procedimento *ex art.* 702-bis c.p.c. avrebbe potuto e dovuto esplicitarlo".

⁵² GIORDANO, *Procedimento sommario*, cit., p. 720; OLIVIERI, *op. cit.*; BINA, *op. cit.*, p. 122; MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 82; Protocollo di Verona, cit. TOMMASEO, *Il procedimento*

2009 ha reintrodotta l'appellabilità delle sentenze pronunciate ai sensi dell'art. 616 c.p.c.⁵³. In quest'ottica, si afferma che, rispetto al rito sommario, non opererebbe la riduzione dei termini *ex* 618 c.p.c.⁵⁴.

In senso contrario, però, si osserva che nelle opposizioni all'esecuzione vi è una disciplina particolare che (anche laddove non sia coinvolto il giudice dell'esecuzione) non tollerebbe innesti⁵⁵.

La questione merita qualche approfondimento.

In primo luogo, si deve tenere conto delle due diverse modalità procedurali dell'opposizione all'esecuzione, a seconda che si prospetti un'opposizione a precetto ai sensi dell'art. 615, comma 1° c.p.c., ovvero una vera e propria opposizione all'esecuzione, ai sensi del comma 2° della medesima norma⁵⁶.

L'opposizione a precetto, proposta al giudice competente per materia, valore e territorio ai sensi dell'art. 27 c.p.c., in effetti, si presta, almeno sul piano teorico, a essere instaurata con le forme previste dall'art. 702-bis c.p.c.⁵⁷, con alcuni adattamenti. In particolare, le esigenze di celerità sottese a tale pronuncia portano a ritenere che il giudice debba pronunciarsi sulla sospensione della provvisoria esecutività del titolo esecutivo già in sede di udienza sommaria, prima di disporre l'eventuale prosecuzione con le forme dell'istruttoria non sommaria.

La proposizione dell'opposizione a precetto con ricorso, peraltro, sul piano pratico, rischia di fare perdere all'opposizione quell'efficacia di deterrente che potrebbe altrimenti avere: il creditore pro-

sommario di cognizione, in *La previdenza forense*, 2009, fasc. 2, p. 126, prospetta una compatibilità con il rito sommario solo per le opposizioni preesecutive. Il Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010 si esprime per incompatibilità alla luce della specialità caratterizzata dalle fasi cautelari. Vi sarebbe incompatibilità anche per l'Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione.

⁵³ DIDONE, *op. cit.*, p. 415.

⁵⁴ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 117.

⁵⁵ CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009*, n. 69, cit., p. 885.

⁵⁶ Prende in considerazione questi profili pure TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 239.

⁵⁷ Favorevole a tale soluzione, METAFORA, *op. cit.*, p. 831.

cedente, una volta ricevuta la notifica della citazione in opposizione, valutatane la parziale fondatezza, potrebbe giungere a più miti consigli rispetto all'inizio dell'esecuzione forzata. Per esempio, come invero sovente avviene, nella richiesta di pignoramento, potrebbe ridurre l'importo del credito inizialmente indicato in precetto.

Le modalità di instaurazione del contraddittorio che derivano dall'utilizzo del ricorso, invece, faranno sì che di norma il creditore riceva la notifica dell'atto di opposizione e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza solo dopo avere dato corso all'esecuzione forzata, con la richiesta del pignoramento.

In altre parole, pur ammettendone la compatibilità sul piano tecnico, l'opzione di proporre opposizione a precetto con le forme dell'art. 702-*bis* c.p.c. sembra destinata a restare confinata sul piano della riflessione teorica. D'altro canto, non tutto ciò che è astrattamente possibile è anche probabile che si verifichi in concreto...

Un discorso diverso va fatto per l'opposizione all'esecuzione. Qui, in effetti, la forma di proposizione della domanda e le modalità di instaurazione del contraddittorio sono abbastanza simili rispetto a quelli del procedimento sommario. Ma tali similitudini non devono trarre in inganno rispetto alle non secondarie differenze strutturali esistenti tra tali riti.

Si deve in primo luogo considerare che l'opposizione all'esecuzione disciplinata dall'art. 615 c.p.c. è in sostanza un procedimento bifasico: la prima udienza che si svolge davanti al giudice dell'esecuzione è volta, di norma, a decidere sulla sospensione dell'esecuzione e non sul merito dell'eventuale istruzione. A tale attività, infatti, è deputata la seconda fase che, ai sensi dell'art. 616 c.p.c., si può svolgere davanti al medesimo ufficio giudiziario cui appartiene il giudice dell'esecuzione ovvero avanti a un giudice diverso, in base alle norme sulla competenza sul merito. Tale seconda fase, peraltro, dopo le riforme del 2005/2006, è divenuta eventuale, dal momento che, in caso di sospensione dell'esecuzione, è necessario un ulteriore impulso di parte per evitare l'inefficacia del pignoramento e la chiusura in rito della procedura esecutiva. In ogni caso, dopo la prima udienza avanti al giudice dell'esecuzione, la causa deve essere fatta proseguire, a istanza della parte interessata, nella sede all'uopo deputata.

Si tratta, dunque, di verificare quale possano essere i margini di utilizzazione del procedimento sommario in questo contesto.

Il ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* non è a mio avviso compatibile con la prima fase, volta alla pronuncia sulla sospensione dell'esecuzione, rispetto alla quale non maturano decadenze e nella quale non viene pronunciato alcun provvedimento di merito e in cui si discute sulla sussistenza dei presupposti per l'eventuale sospensiva ma non, in via diretta, della quantità e della qualità dell'attività istruttoria che il giudice (di una fase di merito che potrebbe non esserci mai) potrebbe dovere assumere.

D'altro canto, nulla sembra escludere che, dopo questa fase preliminare, il giudizio, su iniziativa della parte che lo attiva, possa proseguire, con le forme del procedimento sommario, per l'istruzione e la decisione del merito⁵⁸. A seguito della fissazione, da parte del giudice dell'esecuzione, del termine perentorio per "l'introduzione del giudizio di merito" avanti al medesimo ufficio giudiziario, ovvero per la "riassunzione della causa" avanti al giudice competente, quindi, la parte interessata, piuttosto che notificare un atto di citazione, ben potrebbe depositare, un ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*, qualora l'opposizione si presti a essere istruita, secondo l'opinione della parte, in via sommaria⁵⁹.

In tale ipotesi, ovviamente, non opererebbe la riduzione a metà dei termini a comparire prevista dall'art. 616 c.p.c., con riferimento alla notifica di un atto di citazione⁶⁰.

Una simile soluzione, peraltro, appare impraticabile negli uffici giudiziari in cui il giudice dell'esecuzione provvede egli stesso a fissare, nella propria ordinanza sulla sospensiva, la data dell'udienza *ex art. 183 c.p.c.* In tale ipotesi, infatti, il creditore non sembra avere alcuna scelta rispetto all'atto di impulso per la prosecuzione del giudizio.

Il rilievo che precede, anzi, appare generalizzabile rispetto a ogni situazione processuale in cui la prosecuzione del processo da

⁵⁸ In questo senso il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010; *METAFORA*, *op. cit.*, p. 832.

⁵⁹ V. anche PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, *cit.*, p. 118.

⁶⁰ Così anche CATALDI, *op. cit.*, p. 54.

una fase all'altra sia disposta (per legge o per prassi) con un provvedimento del giudice che fissi direttamente l'udienza successiva e ponga a carico dell'attore la notifica alla controparte della relativa ordinanza e degli altri atti rilevanti. È il caso, per esempio, del procedimento sul merito del credito che si svolge, in seno al procedimento europeo di ingiunzione disciplinato dal regolamento n. 1896 del 2006, a seguito dell'opposizione da parte del debitore ingiunto, presentata ai sensi dell'art. 16. In tale ipotesi, infatti, l'ingiunzione europea perde di efficacia e il giudizio sul merito che, a quel punto, eventualmente, può avere luogo non ha il carattere *lato sensu* impugnatorio dell'opposizione a decreto ingiuntivo disciplinata dal diritto interno, trattandosi, piuttosto, di un ordinario procedimento sul merito del diritto di credito fatto valere dell'attore, in cui, a seguito dell'opposizione, si pone solo il problema di instaurare il contraddittorio tra le parti e, per l'attore, di integrare il contenuto della propria iniziale istanza compilata ai sensi dell'art. 7 del regolamento.

In teoria, nulla, sul piano teorico, si oppone a che l'atto di impulso all'uopo richiesto prenda le forme del ricorso sommario ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c.⁶¹: anzi, il creditore procedente si troverà qui avvantaggiato dall'aver già descritto le prove a supporto della propria pretesa nell'istanza depositata nella fase *inaudita altera parte* del procedimento, ai sensi dell'art. 7, e dunque dovrebbe avere le idee chiare in merito alla complessità dell'istruttoria necessaria all'accertamento dei fatti costitutivi del proprio diritto. In mancanza di indicazioni da parte del legislatore sia europeo che, soprattutto, italiano, in merito alle modalità di passaggio dalla fase *inaudita altera parte* a quella di merito, però, si è generalizzata la prassi alla cui stregua il giudice, avuta notizia dell'opposizione del debitore, con ordinanza dispone egli stesso il passaggio alla fase di merito, fissando la relativa udienza ai sensi dell'art. 183 c.p.c. Viene anche in tal caso meno la possibilità per il creditore di scegliere una modalità "alternativa" di instaurazione del contraddittorio e di trattazione della causa.

⁶¹ V. anche PORRECA, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

Concordia di opinioni si registra invece rispetto all'incompatibilità del procedimento sommario con l'opposizione agli atti esecutivi⁶²: in tale opposizione, infatti, le sentenze del giudice sono espressamente qualificate come non impugnabili e l'adozione del rito sommario avrebbe l'effetto di sottoporre surrettiziamente la decisione in questione all'appello previsto dall'art. 704-*quater* c.p.c.⁶³.

Ad analoghe conclusioni si giunge per la soluzione delle controversie insorte in sede di distribuzione, ai sensi dell'art. 512, comma 1° c.p.c., soggetto, in effetti, a una disciplina speciale e ritenuta non modificabile⁶⁴.

Sul piano funzionale, va poi condivisa la dottrina che ritiene improponibile il rito sommario rispetto a controversie su diritti soggettive sottoposte al rito speciale camerale⁶⁵. Con tutti i suoi limiti (v. Capitolo sesto, paragrafo decimo), infatti, il procedimento in camera di consiglio già di per sé si sviluppa in un limitato numero di udienze, con un'istruttoria improntata alla deformalizzazione⁶⁶.

Nulla, per contro, esclude che il procedimento sommario possa essere utilizzato per dare avvio al procedimento di merito dopo la

⁶² Così, tra gli altri, il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 301.

⁶³ DIDONE, *op. cit.*, p. 416; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 6; BINA, *op. cit.*, p. 122; Protocollo del Tribunale di Roma, cit.; Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 118. CEA, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p.149 ss., però, ritiene che il problema dalla non impugnabilità possa essere trasferito anche nel procedimento sommario e dunque non esclude l'ammissibilità. Per CATALDI, *op. cit.*, p. 37 ss., peraltro, questo consolidato orientamento sarebbe stato rimesso in discussione dal d. legisl. n. 150 del 2011, che ha previsto l'applicazione del modello sommario a riti speciali per i quali si continua a prevedere la non appellabilità dell'ordinanza conclusiva del giudizio di primo grado; nello stesso senso METAFORA, *op. cit.*, p. 834. Il rilievo, a mio avviso, non coglie nel segno: un conto è prevedere che nel modello sommario applicato *ex lege*, in alcuni casi, l'ordinanza sia qualificata non impugnabile, altro è utilizzare il modello sommario codicistico (che prevede l'appello) in un contesto procedimentale in cui tale appello non è contemplato.

⁶⁴ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 119; METAFORA, *op. cit.*, p. 831.

⁶⁵ ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, cit., p. 740.

⁶⁶ Possibilista TISCINI, *op. cit.*, p. 239, che però aggiunge che tutto starebbe a vedere se il procedimento sommario sia utile quando posto in alternativa ad altra forma decisoria (camerale) a sua volta sommaria e ispirata a celerità.

concessione di un provvedimento cautelare *ante causam*⁶⁷, anche nelle ipotesi in cui tale impulso debba avvenire entro il termine perentorio previsto, a pena di inefficacia della misura cautelare a effetti conservativi, dall'art. 669-*octies* c.p.c.⁶⁸.

7. (Segue): l'opposizione a decreto ingiuntivo

Problemi delicati si pongono rispetto alla possibilità di proporre, con le forme dell'art. 702-*bis* c.p.c., un'opposizione a decreto ingiuntivo.

Sul piano logico, un ostacolo a tale soluzione potrebbe trovarsi nel meccanismo di inversione dell'onere di impulso processuale sotteso a tale opposizione, ove, come ben noto, il debitore assume la veste dell'attore opponente, per aprire, dopo la fase monitoria svoltasi in sua assenza, il giudizio a cognizione piena.

In questo procedimento a ruoli processuali invertiti, l'onere probatorio sostanziale rimane immutato e, dunque, continua a gravare in via primaria sul creditore opposto⁶⁹.

In altre parole, l'onere primario di fornire il materiale istruttorio (necessario per determinare l'idoneità della causa a essere decisa in modo sommario o non) grava, qui, su un soggetto diverso da quello che propone l'atto di impulso e che dunque non appare il più idoneo a esprimere la necessaria valutazione programmatica.

⁶⁷ V. anche GIORDANO, *op. cit.*, p. 834; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 303.

⁶⁸ DITTRICH, *op. cit.*, p. 1586; CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009*, n. 69, cit., p. 883; SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 444; Protocollo sul procedimento sommario dell'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Roma, cit.; Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010; FERRI, *op. cit.*, p. 95; ACIERNO, *op. cit.*, p. 505; Protocollo di Verona, cit. *Contra*, invece, CAPPONI, *Note*, cit., p. 5, per cui il procedimento sommario non potrebbe essere utilizzato laddove abbia già avuto luogo una fase del processo in forme sommarie. In materia v. pure CATALDI, *op. cit.*, p. 55 ss.

⁶⁹ Si tratta di dinamiche ben note. Per un approfondimento, rimando a CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, 40.

Tale riflessione induce a prudenza nel ritenere compatibile il procedimento sommario con la struttura del meccanismo oppositorio⁷⁰.

Parte degli interpreti, in effetti, ritiene che, anche sul piano strutturale, le caratteristiche di tale procedimento richiedano un'opera di adattamento interpretativo non agevole e tale da risultare incompatibili con le specialità proprie del procedimento sommario⁷¹.

La maggioranza degli autori è, peraltro, orientata a dare risposta positiva al problema qui in esame⁷².

Tale opzione interpretativa non è ostacolata dal fatto che l'atto introduttivo del procedimento sommario sia un ricorso e non una citazione. Al riguardo, è agevole constatare come, di per sé, la proposizione dell'opposizione con la forma del ricorso piuttosto che

⁷⁰ ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, cit., p. 741. CARRATTA, *op. cit.*, p. 727, per cui l'art. 645, comma 2° prevede l'applicabilità del processo a cognizione piena.

⁷¹ Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona; Protocollo sul procedimento sommario di cognizione del 4 febbraio 2010 predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Roma, in *Foro it.*, 2010, V, c. 195; CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, cit., p. 1106, in considerazione del fatto che nel procedimento monitorio ha già luogo una fase del processo in forme sommarie; DELLA VEDOVA, *op. cit.*, p. 177, il quale, sul rilievo che l'art. 645 c.p.c. faccia riferimento all'atto di citazione, giunge a concludere che non vi sia diversa possibilità praticabile, rispetto all'opposizione a d. i. se non quella del giudizio ordinario di cognizione. Più cauto, invece, il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010 predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Bologna, ove si ritengono necessari ulteriori approfondimenti sulla questione.

⁷² Favorevoli, nonostante l'impossibilità di utilizzare, col rito sommario, la dimidiazione automatica dei termini prevista (un tempo) dall'art. 645, comma 2°, c.p.c., DIDONE, *op. cit.*, p. 414; DITTRICH, *op. cit.*, p. 1586; GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 834; MASONI, *op. cit.*, p. 84; METAFORA, *op. cit.*, p. 829; TURATTO, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 742. *Contra*, invece, CAPPONI, *Note*, cit., p. 5; Protocollo del Tribunale di Roma, cit.; Protocollo di Verona, cit. Cfr. pure ACIERNO, *op. cit.*, p. 505; ARIETA, *op. cit.*, p. 3. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 98 ss.; Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010; Trib. Vercelli, ord., 23 marzo 2016, in banca dati *Pluris*.

della citazione non costituisce certo un elemento problematico⁷³. In effetti, tradizionalmente, l'atto introduttivo di tale opposizione viene individuato proprio nel ricorso rispetto a quelle controversie che, in via ordinaria, sono sottoposte a riti speciali di applicazione esclusiva (per tutti, il rito del lavoro o quello locatizio), il cui atto introduttivo prenda le forme del ricorso.

La giurisprudenza di merito ha pure superato un ulteriore ostacolo formale, rappresentato dalla tesi per cui la declaratoria di incompetenza del giudice del monitorio debba essere pronunciata con sentenza, e non con ordinanza (“sbocco necessitato del procedimento sommario di cognizione, laddove immutato”). Al riguardo, il Tribunale di Vercelli⁷⁴ ha, infatti, ritenuto evidente che tale opzione ermeneutica intenda porre l'accento sul fatto che, allorché il giudice dell'opposizione ravvisi l'incompetenza del giudice dell'ingiunzione, “*a essere risolta e definita non sia soltanto la questione, di rito, che attiene alla competenza (ciò che imporrebbe la pronuncia di ordinanza declinatoria), ma anche la sorte, nel merito, tanto dell'opposizione (nel senso dell'accoglimento), quanto del decreto opposto (nel senso del suo annullamento), rendendosi, proprio perciò, ma solo perciò, necessaria la pronuncia di sentenza*”. Con tale rilievo, nulla, per il giudice piemontese, osta a che il procedimento di opposizione venga definito con ordinanza *ex art. 702-ter c.p.c.*, alla sola condizione che, con tale pronuncia, il giudice definisca altresì la sorte dell'opposizione, e quella del decreto ingiuntivo opposto.

Inizialmente, inoltre, si osservava che l'utilizzo del ricorso avrebbe impedito di sfruttare la dimidiazione automatica dei termini di comparizione⁷⁵, ma questo argomento è ormai superato, poiché

⁷³ V. anche PORRECA, *op. ult. cit.*, p. 99; Trib. Vercelli, 23 marzo 2016, cit., per cui la *ratio* dell'art. 645 c.p.c., più che sullo stabilire la forma dell'opposizione, si incentrerebbe sulla necessità di garantire alla parte ingiunta l'accesso a un procedimento di opposizione caratterizzato da cognizione e garanzie piene, e non sommarie, ciò che – a ben vedere – è in ogni caso assicurato anche a chi opti per il procedimento di cui all'art. 702-bis c.p.c., ove la “sommarietà” riguarda l'istruzione in senso stretto, e non l'accertamento o il contraddittorio.

⁷⁴ Trib. Vercelli, 23 marzo 2016, cit.

⁷⁵ V. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 99.

tale dimidiazione non è più possibile nemmeno nel procedimento “ordinario” di opposizione ai sensi dell’art. 645 c.p.c., come novellato dalla legge n. 218 del 29 dicembre 2011⁷⁶.

⁷⁶ Come noto, tale intervento normativo ha finalmente posto rimedio alla situazione creata dalla Cassazione con la sentenza a sezioni unite n. 19246 del 9 settembre 2010, la quale (ribaltando l’orientamento precedentemente espresso e unanimemente seguito) aveva affermato che, ai sensi dell’art. 645 c.p.c., tutti i termini di costituzione delle parti nel procedimento per decreto ingiuntivo sono sempre automaticamente ridotti alla metà, a prescindere dal fatto che l’attore opponente abbia o meno ridotto il termine di comparizione a favore della controparte: per una rassegna in materia v. PIRRUCCIO, *Overruling: dalle Sezioni unite n. 19246 del 2010 alle l. n. 218 del 2011, quale lezione per il futuro?*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 304. Le potenziali conseguenze di questo drastico mutamento di rotta erano state da subito evidenti: in effetti, come si è evidenziato, un mutamento di rotta giurisprudenziale ha ricadute ben giù gravi sugli atti processuali già compiuti che non un’innovazione normativa, dal momento che esso aspira a produrre effetti retroattivi anche su tutti i rapporti ancora pendenti (così G. FINOCCHIARO, *Si conclude con il lieto fine una vicenda giuridica che ha tenuto in apprensione l’intera avvocatura*, in *G. dir.*, 2012, fasc. 4, p. 102). A questo punto, dunque, numerosi procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, a sorpresa, si sono trovati a essere a rischio di improcedibilità, avendo l’opponente iscritto la causa a ruolo nel termine ordinario di dieci giorni e non in quello dimidiato, sul presupposto che tale dimidiazione non operasse, essendo stato concesso all’opposto il termine ordinario di comparizione. La dottrina aveva avuto reazioni fortemente negative e pure larga parte della giurisprudenza successiva (anche di legittimità) aveva cercato di dare una lettura “restrittiva” di tale sentenza. Si è così cominciato a parlare anche in Italia del c.d. *overruling*, ovvero delle conseguenze che si vengono a creare nell’ordinamento quando la giurisprudenza di vertice rivede un suo precedente orientamento, modificando l’approccio a una determinata questione giuridica. In quest’ottica, si è sostenuto, anche con riferimento ad ambiti diversi da quello qui considerato, che le attività processuali già compiute nel contesto di preesistenti orientamenti giurisprudenziali non possano essere travolte da una successiva modifica di tale orientamento, per tutelare la parte che su tali orientamenti avesse fatto affidamento incolpevole, nel prisma del giusto processo. Si è così escluso che, alla luce di tale principio costituzionale, abbia rilevanza preclusiva l’errore della parte la quale abbia fatto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata, al tempo della proposizione dell’impugnazione, giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, e che la sua iniziativa possa essere dichiarata inammissibile o improcedibile in base a forme e termini il cui rispetto, non richiesto al momento del deposito dell’atto di impugnazione, discenda dall’*overruling* (Cass. n. 14627, del 2010, ord. e n. 15811 del 2010, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 35, p. 40, per cui, in una fattispecie di questo tipo, il mezzo tecnico per ovviare all’errore oggettivamente scusabile è dato dal rimedio della rimessione in termini, previsto dall’art. 184 bis (*ratione temporis* applicabile), alla cui applicazione non osta la mancanza dell’istanza di parte, dato che, nella specie, la causa non imputabile è conosciuta dalla Corte di cassazione, che con la sua stes-

sa giurisprudenza ha dato indicazioni sul rito da seguire, *ex post* rivelatesi non più attendibili. Si è pure affermato, comunque, che, ove la giurisprudenza non innovi un consolidato orientamento precedente, ma risolva una questione già decisa da altri giudici in senso difforme, dissipando un'incertezza interpretativa, in tal caso l'inosservanza del "principio di precauzione" può escludere l'affidamento incolpevole e ciò più vale quando il nuovo *dictum* confermi un orientamento già prevalente (Cass., n. 4687 del 2011). Allo stesso modo, si è esclusa l'applicazione del principio qui in esame al caso in cui la giurisprudenza abbia fornito l'interpretazione di una nuova norma entrata in vigore anteriormente al deposito del ricorso, senza in alcun modo innovare una posizione pregressa: Cass., n. 2799 del 2011, ord. Si è anche ritenuto che non sussista affidamento incolpevole in orientamenti giurisprudenziali consolidati, se l'atto colpito da decadenza è stato compiuto dopo la pubblicazione, con adeguato risalto, della decisione delle sezioni unite che ha mutato orientamento, nel sito *web* della corte (Cass., n. 3030 del 2011). Ancora, il principio qui in esame si è ritenuto applicabile solamente nell'ipotesi in cui il mutamento giurisprudenziale abbia reso impossibile una decisione sul merito delle questioni sottoposte al giudice scelto dalla parte e non quando la pretesa azionata sia stata compiutamente conosciuta dal giudice dotato di giurisdizione secondo le norme vigenti al momento dell'introduzione della controversia, come all'epoca generalmente interpretate, atteso che in tale ipotesi il ricorrente, senza poter lamentare alcuna lesione del suo diritto di difesa, già pienamente esercitato, mira a ottenere un nuovo pronunciamento sul merito della questione (Cass., sez. un., n. 8127 del 2011, ord.). Seguendo questa linea interpretativa, la maggioranza della giurisprudenza era giunta a "neutralizzare" le conseguenze più nefaste della sentenza n. 19246, affermando che la nuova interpretazione formulata dalla Cassazione in merito all'art. 645 c.p.c. dovesse essere applicata solo ai giudizi instaurati dopo il 9 settembre 2010 (in questo senso, per esempio, Trib. Novara, 6 luglio 2011, n. 562, in *www.ilcaso.it*). Altra parte della giurisprudenza, peraltro, aveva seguito la decisione delle sezioni unite con entusiasmo, configurando la improcedibilità "ex post" di opposizioni a decreto ingiuntivo che, all'epoca della relativa iscrizione a ruolo, soddisfacevano gli incontrastati orientamenti interpretativi all'epoca vigenti: Trib. Salerno, 18 febbraio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, per esempio, rifiuta di rimettere un opponente in termini rispetto a un procedimento instaurato nel 2008. La legge n. 218 del 2011 ha infine dato soluzione a questa paradossale situazione, sia per il futuro che per il passato. Dal primo punto di vista, con l'art. 1 si è modificato il comma 2° dell'articolo 645 c.p.c., da cui sono soppresses le parole: "ma i termini di comparizione sono ridotti a metà". In sostanza, per superare l'orientamento espresso dalle sezioni unite, il legislatore si è visto costretto a eliminare *tout court* la norma che, nell'interpretazione prevalente sino all'infausta decisione del settembre 2010, consentiva unilateralmente all'attore di dimezzare i termini di comparizione, senza necessità di chiedere la previa autorizzazione al Presidente dell'Ufficio giudiziario adito. Rispetto ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge, invece, l'art. 2, in via di interpretazione autentica, stabilisce che l'articolo 165, comma 1, c.p.c. vada inteso nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'articolo 163-bis, comma 1, c.p.c. In altre parole, si è riaffermato, sul piano normativo, la correttezza

Oggi, d'altro canto, l'art. 14 del decreto legisl. n. 150 del 2011 elimina ogni dubbio circa il fatto che anche un'opposizione a decreto ingiuntivo possa essere assoggettata al modello sommario⁷⁷.

Volendo seguire la tesi della compatibilità, l'utilizzo delle forme del procedimento sommario nell'opposizione a decreto ingiuntivo richiede comunque alcuni adattamenti al contesto particolare di riferimento.

Come è intuitivo, il riferimento è alla pronuncia del giudice dell'opposizione in merito alla concessione ovvero alla sospensione della provvisoria esecutività al decreto ingiuntivo opposto: in particolare, si pone il dubbio circa il momento in cui tale pronuncia possa avvenire.

Laddove il procedimento venga mantenuto nel binario dell'istruttoria sommario, il giudice potrà pronunciarsi già in prima udienza, dopo avere sollecitato il contraddittorio delle parti sul punto. Ove, peraltro, l'opposizione possa essere decisa (in rito o nel merito) direttamente all'esito di tale prima udienza, il giudice potrebbe pure soprassedere alla pronuncia sulla provvisoria esecutività, che, a quel punto, sarebbe assorbita dall'ordinanza conclusiva.

Ad analoga soluzione (ovvero la pronuncia in prima udienza sull'esecutività del decreto opposto) deve arrivarsi anche nell'ipotesi in cui il procedimento non sia idoneo a proseguire con l'istruzione sommaria. In tale ipotesi, infatti, si deve evitare che le forme *ex art. 702-bis c.p.c.* siano strumentalizzate dal debitore opponente per ritardare il momento in cui il giudice si trovi a pronunciare sulla concessione della provvisoria esecutività.

In effetti, come meglio si argomenterà *infra*, le attività compiute dal giudice alla prima udienza della fase sommaria non sono solo quelle espressamente previste dall'art. 702-ter c.p.c., ma tutte quelle necessarie e opportune nel singolo contesto di riferimento, in un'ottica di adattamento alle caratteristiche del caso concreto.

della soluzione uniformemente seguita prima della notoria sentenza n. 19346. Per una prima applicazione da parte della Cassazione della nuova norma v. Cass., 16 febbraio 2012, n. 2242, che ha escluso l'improcedibilità di un'opposizione rispetto alla quale l'opponente non aveva concesso un termine di comparizione inferiore a quello previsto dall'art. 163 bis, comma 1°, c.p.c.

⁷⁷ V. METAFORA, *op. cit.*, p. 831; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 232.

In altre parole, in caso di instaurazione di un'opposizione a decreto ingiuntivo con le forme dell'art. 702-*bis* c.p.c., il giudice dovrebbe sempre pronunciarsi sulla provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo all'esito della prima udienza della fase sommaria (salvo quanto si è visto *retro*), anche nell'ipotesi in cui decida di trasferire la causa sul binario dell'istruttoria non sommaria⁷⁸.

8. *Dubbi interpretativi e ruolo dei "protocolli"*

Le dubbiose problematiche passate in rassegna nelle pagine precedenti avrebbero potuto evitarsi con una più attenta elaborazione delle norme da parte del legislatore. Tale attenzione non è stata prestata e dunque non c'è da sorprendersi se, in questi primi anni di applicazione del nuovo procedimento, la prassi applicativa documenti orientamenti giurisprudenziali assolutamente contrastanti tra loro, nonché la mancanza di sicuri punti di riferimento.

In uno scenario che presenta tali incertezze⁷⁹, gli operatori pratici hanno cercato di trovare soluzioni condivise, nell'ambito dei progetti di prassi comuni, mediante lo strumento dei Protocolli di intesa tra magistrati e avvocati di singoli Fori⁸⁰, ovvero tramite ordini di

⁷⁸ V. pure PORRECA, *op. ult. cit.*, p. 100.

⁷⁹ Per una rassegna delle posizioni v. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 3. Lo scenario è reso ancora più complesso dalla notevole quantità di riti e modelli processuali messi a disposizione dall'ordinamento. Per esempio, ACIERNO, *op. cit.*, p. 503, esclude che il rito sommario possa essere utilizzato per proporre un'azione collettiva ai sensi del d. legisl. n. 206 del 2005 (v. però PORRECA, *op. ult. cit.*, p. 120, per cui il rito sarebbe compatibile con l'azione inibitoria *ex* artt. 139 e 140 cod. cons., per la quale è prevista una cognizione monocratica); l'a., p. 505, ritiene pure incompatibile il rito sommario con la convalida di licenza e di sfratto, coi procedimenti possessori e con l'azione disciplinata dall'art. 152 del d. legisl. n. 196 del 2003 (codice in materia di protezione dei dati personali), esprimendosi invece per la compatibilità con l'azione antidiscriminazione di cui all'art. 44 d. legisl. n. 286 del 1998. Per la non compatibilità con il procedimento possessorio, v. le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena. Favorevole, invece, TEDOLDI, *op. cit.*, p. 293.

⁸⁰ In generale, sull'esperienza degli Osservatori, va segnalato il volume *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011. L'opera contiene alcuni contributi specificamente dedicati ad alcuni Protocolli: su quello di Roma, v. G. FINOCCHIARO, *Il protocollo sul pro-*

servizio dei Presidenti del Tribunale⁸¹, o ancora, fornendo indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili⁸².

Il ruolo di tali Protocolli è senz'altro utile, ma, al tempo stesso, non può non esprimersi preoccupazione per una tecnica normativa così scadente che, in sempre più numerose occasioni, costringe gli interpreti a concordare soluzioni interpretative per norme scritte male, ambigue, contraddittorie.

Peraltro, il ricorso a tali Protocolli pone seri problemi di mancanza di uniformità nell'interpretazione della legge processuale in ambito nazionale, con il diffondersi di quelle che si possono procedere "municipali": espressione che riecheggia scenari feudali e che si pensava ormai superati⁸⁵.

9. *Sulle possibili conseguenze di una scelta sbagliata: elementi di riflessione (e conclusioni posticipate)*

Alla discussione teorica, peraltro, deve affiancarsi in questo ambito una notevole prudenza pratica, per le possibili ricadute negative che una errata scelta procedimentale può avere sull'esito del giudi-

cedimento sommario dell'osservatorio sulla giustizia civile di Roma, ivi, p. 579; su quello di Verona, DALFINO, Procedimento sommario di cognizione: il protocollo dell'Osservatorio sulla giustizia civile "Valore prassi" di Verona, ivi, p. 625 e CAPONI, Protocollo applicativo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio sulla giustizia civile "Valore prassi" di Verona, ivi, p. 629.

⁸¹ Per esempio, per il Protocollo del Tribunale di Bologna, cit., il rito sommario è incompatibile con il procedimento locatizio (di contrario avviso, invece, Trib. Napoli, 25 maggio 2010, cit.), di impugnazione delle delibere condominiali ai sensi dell'art. 1137 c.c., di impugnazione delle delibere societarie ex art. 2378 c.c., nonché con quello relativo alla depenalizzazione (legge n. 689 del 1981) e agli alloggi ERP (legge n. 1035 del 1972). Cfr. anche i Protocolli di Verona e di Roma cit. Sui protocolli di Genova e Bologna, v. MONDINI, *I provvedimenti dei presidenti dei Tribunale di Genova e di Bologna per la prima applicazione del procedimento sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 517 ss.

⁸² È il caso di Modena, ove il Presidente del Tribunale ha diffuso le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili all'esito di alcuni incontri tenutisi nell'autunno 2009.

⁸⁵ V. pure VIDIRI, *op. cit.*, p. 1384, per cui tali provvedimenti presidenziali o protocolli potrebbe risultare capaci di incidere sulla certezza del diritto facendo germogliare una pluralità di riti o prassi giudiziarie a livello territoriale.

zio di opposizione (sul punto si tornerà). Non sembra un caso, per esempio, che, a oggi, non si riscontri giurisprudenza edita sull'utilizzo del rito sommario nell'opposizione a decreto ingiuntivo.

La questione sull'utilizzo del rito sommario in controversie diverse da quelle soggette al rito ordinario avanti al Tribunale assume, infatti, connotazioni peculiari rispetto al contesto processuale "tradizionale", con riferimento all'errore nella scelta del rito.

Almeno per quanto riguarda il procedimento di primo grado, infatti, tradizionalmente, l'errore nella scelta di rito non ha conseguenze particolarmente traumatiche.

Fermi gli effetti sostanziali e processuali della domanda inizialmente instaurata nelle forme errate, la legge (o l'interpretazione) predispone, infatti, meccanismi di conversione del rito, che mettono le parti in condizione di transitare sul binario procedimentale corretto senza effetti travolgenti sul processo. Così si prevede, per esempio, per quanto riguarda i rapporti tra processo del lavoro e processo ordinario (artt. 426 e 427 c.p.c.), addirittura in fase di appello (art. 439 c.p.c.), e analogamente esisteva un meccanismo per convertire un procedimento ordinario in procedimento societario o viceversa.

Il legislatore del 2009, invece, si è limitato a prevedere una "conversione di rito" solo nell'ipotesi in cui il giudice ritenga che la causa non sia idonea a essere istruita in modo sommario: e a ben vedere, in tale ipotesi non si tratta di una "conversione" in senso proprio, dal momento che alla sua origine non vi è un errore del ricorrente sulle norme processuali applicabili.

L'art. 702-ter c.p.c., dal canto suo, dispone che il giudice, in prima udienza, dichiari inammissibile il ricorso sommario proposto fuori dall'ambito di cui all'art. 702-bis c.p.c.

La norma pone problemi interpretativi su due livelli: ci si chiede, infatti, in primo luogo, come debba intendersi in questo contesto il termine "inammissibilità" (su questo v. *infra*); in secondo, se tale "inammissibilità" sia prevista solo in violazione del presupposto espressamente previsto dal comma 1° dell'art. 702-bis (in sostanza, la proposizione del ricorso sommario in una controversia sottoposta alla decisione collegiale) ovvero se essa si estenda a ogni ipotesi in cui un ricorso sommario sia stato proposto fuori

dall'ambito (anche implicitamente) delimitato dal legislatore del 2009: e, dunque, per quanto ci interessa qui, anche per le ipotesi di cause di per sé sottoposte a un rito speciale di cognizione di applicazione "esclusiva" ovvero di procedimento di cognizione in ipotesi particolari.

In questa fase della trattazione, le tematiche sopra esposte possono essere solo menzionate, per occuparcene più analiticamente nel prosieguo.



CAPITOLO OTTAVO

LA FASE INTRODUTTIVA DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO

SOMMARIO: 1. Il ricorso introduttivo: *l'editio actionis*. – 2. (Segue): la *vocatio in ius*. – 3. Il deposito del ricorso e i successivi incombenti. – 4. (Segue): il termine per la costituzione del convenuto. – 5. La notificazione del ricorso e del decreto; il termine di comparizione del convenuto. – 6. La posizione difensiva del convenuto.

1. *Il ricorso introduttivo: l'editio actionis*

Il rito sommario propone una struttura semplificata rispetto al processo ordinario. Tale semplificazione, peraltro, riguarda la trattazione e la decisione: la fase introduttiva, per contro, è quella più analiticamente dettaglia e connotata dal maggiore rigore formale.

Come anticipato, in questo studio non mi propongo di effettuare un analitico commento delle norme: la mia attenzione si concentrerà piuttosto sugli aspetti che caratterizzano il rito in esame rispetto ai temi cui la presente trattazione è dedicata.

L'atto introduttivo del giudizio di primo grado, ai sensi dell'art. 702-bis, comma 1° c.p.c., prende la forma del ricorso piuttosto che della citazione. In questo modo, è stato affidato al giudice il compito di calendarizzare le cause, in base alle caratteristiche della causa e alle esigenze dell'ufficio¹.

¹ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 152; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 741.

Nei contenuti, si tratta di un ricorso *sui generis*: il comma 1° dell'art. 702-*bis* c.p.c., infatti, richiede che esso contenga tutti i requisiti di cui ai nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 163, comma 3° c.p.c., confermando l'alto tasso di "formalità" e analiticità previsto per l'atto iniziale di questo procedimento. Sul piano della *editio actio-nis*, dunque, il ricorso dovrà contenere, oltre ai consueti elementi di identificazione delle parti, anche l'esposizione dei fatti costitutivi del diritto e le relative argomentazioni giuridiche, l'indicazione della "cosa oggetto della domanda" e le conclusioni.

A ben vedere, d'altro canto, nel contesto in esame, l'onere di allegazione a carico dell'attore nel proprio atto introduttivo appare più pesante che non in quello ordinario².

In primo luogo, nel ricorso è opportuno che il ricorrente prenda posizione in merito alla scelta di rito da lui operata. Quello disciplinato dall'art. 702-*bis* ss. c.p.c., infatti, è un modello procedimentale di applicazione facoltativa (v. capitolo precedente), la cui effettiva utilizzazione sfugge al controllo dell'attore, poiché la decisione finale in merito alla prosecuzione del giudizio con le forme dell'istruttoria sommaria è rimessa al giudice.

Il ricorrente, dunque, si trova nella posizione di cercare di "indirizzare" la decisione del giudice a questo riguardo. Ciò richiederà non tanto e non solo di argomentare la sussistenza dei presupposti "formali" del procedimento sommario (ovvero che la causa rientra nella competenza del giudice monocratico del Tribunale), quanto prospettare la compatibilità della controversia con il "presupposto sostanziale" della possibilità di dare corso a un'istruzione sommaria.

A tal fine, considerato che, come si vedrà, la "sommarietà" che caratterizza questo procedimento è, in sostanza, riferita all'attività di raccolta delle prove, in relazione alla "semplicità" della stessa, il ricorrente avrà l'onere di fornire elementi per dimostrare, appunto, che la controversia è "semplice" sul piano degli accertamenti fattuali richiesti per la decisione del giudice.

² In generale, si osserva che vi è palese squilibrio tra gli oneri imposti alle parti e i poteri del giudice nella trattazione: TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 246.

Gli elementi da valorizzare possono essere la (prevedibile) non contestazione dei fatti da parte dell'avversario, l'esistenza di documenti che comprovano la fondatezza della pretesa, la natura esclusivamente "in diritto" della questione controversa, la possibilità di istruire la causa in modo rapido e con l'eventuale assunzione di un numero molto circoscritto di prove costituende.

Inoltre, pure in mancanza di un'espressa previsione decadenziale, nel ricorso introduttivo è opportuno che il ricorrente formuli in modo tendenzialmente esaustivo le proprie (eventuali) richieste istruttorie e produca tutti i documenti di cui possa avvalersi.

L'esplicitazione di tali richieste sin dall'atto introduttivo assume due valenze.

Da un lato, si forniscono elementi per convincere il giudice che la causa possa effettivamente essere istruita in modo sommario; dall'altro si evitano possibili decadenze qualora il giudice decida appunto di dare corso all'istruttoria semplificata.

In effetti, in base all'interpretazione prevalente, le parti, dopo la prima udienza (salva l'ipotesi della conversione del rito), decadono dalla possibilità di formulare nuove richieste di prova, restando così vincolate da quanto già dedotto nei rispettivi atti introduttivi e nel corso della prima udienza stessa. Il ricorrente, dunque, in caso di mancata indicazione di mezzi di prova nel proprio ricorso, corre il rischio che il giudice, alla prima udienza, anche nella contumacia della controparte, piuttosto che convertire il rito, si limiti a respingere la domanda in quanto infondata³.

³ In tale ipotesi, infatti, semplicemente non vi è attività istruttoria da svolgere e dunque la decisione può essere presa allo stato degli atti: cfr. Trib. Busto Arsizio, 8 febbraio 2010, ord., in www.lexform.it, per cui le lacune probatorie esistenti *ab origine* non possono essere colmate disponendo la trattazione della causa con il rito ordinario. Tale passaggio, infatti, si giustifica solo quando sia necessitato dalle difese delle parti e non a causa di una carenza probatoria *ab initio* del ricorso. Secondo il tribunale lombardo, infatti, il rito sommario non può essere considerato un pre-processo, finalizzato a verificare la sufficienza degli elementi di prova messi a disposizione del ricorrente, che in questo modo si garantirebbe una *chance* in più. Anche per Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in www.ilcaso.it, se le parti non formulano istanze istruttorie e i fatti non risultano provati, non si deve procedere al mutamento di binario istruttorio ma si deve fare applicazione dell'onere della prova.

Va poi considerato che, come si vedrà meglio in seguito, vi è incertezza in merito alla possibilità di esercitare, in sede di prima udienza sommaria, il c.d. *ius corrigendi*. E anche ove tale possibilità di precisare e modificare le conclusioni inizialmente avanzate sia ammessa, vi è incertezza in merito all'esercizio di tale prerogativa rispetto alla scelta del giudice di disporre il mutamento di binario istruttorio.

Almeno in via prudenziale, dunque, per cercare di evitare tale modifica di binario istruttorio, il ricorrente avrà interesse a presentare la fattispecie di riferimento nel modo più completo possibile, sforzandosi di prevedere possibili difese del convenuto e anticipare una presa di posizione sul punto.

Insomma, anche qui assume rilevanza (per quanto non a fini decadenziali) il c.d. principio di eventualità, nell'ottica di evitare che, dalla necessità di completare il quadro espositivo delle pretese del ricorrente, il giudice possa ritenere la causa troppo "complessa" per essere compatibile con un'istruttoria sommaria.

Si conferma, dunque, che l'atto introduttivo del procedimento sommario debba essere tendenziale esaustivo⁴ per quanto riguarda, in particolare l'articolazione dei fatti rilevanti per la decisione, la (prospettata) fattispecie giuridica di riferimento, gli elementi che rendono la causa idonea a un'istruttoria sommaria⁵.

L'onere di precisare i fatti su cui si fonda la domanda e l'oggetto della stessa, nonché quello di formalizzare le proprie richieste, sotto forma di conclusioni, peraltro, è uno degli elementi che supportano la tesi per cui la cognizione che si svolge in questo procedimento abbia natura piena.

La "completezza" del ricorso introduttivo, d'altro canto, è pure un elemento da considerare nell'esaminare le implicazioni dell'e-

⁴ Secondo le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena, la domanda deve essere completa "perché il procedimento può essere convertito, con la fissazione della prima udienza di comparizione *ex art. 183 c.p.c.*".

⁵ In questo senso anche LOMBARDI, *È arrivato il nuovo procedimento sommario di cognizione generale*, p. 4, per la quale: "sull'attore (...) grava l'onere di predisporre il materiale probatorio prima dell'inizio della controversia in modo da indurre il giudice a una valutazione positiva circa l'*iter* da lui prescelto". V. anche ARIETA, *op. cit.*, p. 741, per il quale il ricorrente ha "l'onere, fin dal ricorso introduttivo, di indicare espressamente le ragioni per le quali la controversia debba ritenersi compatibile con l'istruttoria e con le forme decisorie semplificate".

ventuale mutamento di “binario” procedurale, all’esito della prima udienza. Sul punto si tornerà.

Senz’altro, le nuove tecniche di redazione degli atti processuali di cui si è parlato nel settimo paragrafo del Capitolo terzo dovranno essere applicate dai difensori nel contesto del processo sommario di cognizione: è ben evidente, infatti, che un ricorso inutilmente lungo, prolisso e ripetitivo, nel quale siano esposti in maniera torrenziale concetti poco chiari e involuti possa indurre il giudice a ritenere la causa non idonea a un’istruttoria sommaria. Precisione, chiarezza, completezza e concisione debbono dunque essere le stelle polari dell’avvocato che rediga un ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*

2. (*Segue*): *la vocatio in ius*

Il ricorso, come di norma, ha una *vocatio in ius* semplificata rispetto a quella della citazione, non contenendo la data dell’udienza di comparizione che viene, invece, fissata dal giudice, con apposito decreto, a seguito del deposito del ricorso in cancelleria.

Tuttavia, a differenza dagli altri modelli di “ricorso” sin qui disciplinati dal legislatore processuale⁶, in questo contesto, si richiede che l’atto, anche in mancanza dell’indicazione della data d’udienza, contenga comunque l’avvertimento al convenuto di cui al n. 7 del comma 3° dell’art. 163 c.p.c., con riferimento alle preclusioni collegate alla mancata o tardiva costituzione in giudizio.

La *ratio* di tale avvertimento è evidente: esso, infatti, serve a mettere il convenuto in condizione di sapere che ogni difesa rispetto alla domanda dell’attore dovrà essere fatta valere nella comparsa di costituzione. Nel nostro contesto, peraltro, il fatto che il legislatore si sia sentito in dovere di inserire un requisito di forma-contenuto atipico per un ricorso ha una valenza ulteriore. L’enfasi sul regime delle preclusioni applicato in seno al procedimento, infatti, va collegato all’efficacia vincolante che l’ordinanza del giudice è destinata ad

⁶ Si tratta di un requisito non richiesto, per esempio, dall’art. 414 c.p.c., in materia di rito del lavoro ove pure il ricorso introduce il modello processuale a più alto tasso decadenziale del nostro ordinamento.

assumere ai sensi dell'art. 2909 c.c., con il noto corollario dell'assorbimento nel giudicato del "dedotto e del deducibile". In altre parole, tale requisito formale costituisce un elemento di sostegno alla tesi per cui quella compiuta in questo ambito sia una cognizione piena, non essendovi limiti alle difese e alle deduzioni del convenuto se non sul piano temporale.

3. *Il deposito del ricorso e i successivi incombenti*

A seguito del deposito del ricorso e della relativa iscrizione a ruolo, come di regola, si forma il fascicolo d'ufficio, con successiva nomina di un giudice per la trattazione del procedimento da parte del Presidente del Tribunale (ovvero del Presidente di sezione nei Tribunali più grandi). Il giudice designato, a questo punto, fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé⁷.

A livello regolamentare non si prevede espressamente che ai ricorsi sommari sia assegnata una corsia privilegiata ovvero che siano stabiliti giorni deputati alla trattazione esclusiva di questo tipo di cause⁸. Né si prevede che uno o più giudici siano esclusivamente incaricati di trattare i procedimenti qui in esame⁹. Si tratterebbe, invero, di misure organizzative senz'altro opportune nell'ottica di incentivare il ricorso al nuovo modello processuale e a garantirne un

⁷ Il Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010, nell'ottica di ridurre il carico di lavoro degli uffici (e dunque venire incontro alle esigenze di celerità dei ricorrenti), prevede che, al momento del deposito del ricorso, il ricorrente alleggi lo schema di decreto di fissazione dell'udienza allegato al protocollo e tante copie del ricorso quante sono le parti, con in calce il testo del decreto. La cancelleria, inoltre, comunica immediatamente l'importo delle marche da depositare al momento del ritiro delle copie col decreto compilato dal giudice designato.

⁸ DIOTALLEVI, *Efficacia ed efficienza degli uffici giudiziari*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 448, osserva che "il processo sommario può funzionare se ci sarà un intervento sull'organizzazione dell'attività giurisdizionale; il progetto tabellare di ciascun ufficio dovrebbe prevedere una diversa organizzazione per i processi senza istruttoria complessa, con specifici spazi di udienza e di decisione, per eliminare rapidamente dal ruolo i processi "brevis".

⁹ Anche se, come osserva PORRECA, *op. cit.*, p. 167, la *ratio legis* va in questa direzione. V. CHIARLONI, *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 719, sull'assegnazione a un giudice in via esclusiva o in modo promiscuo.

utilizzo efficiente ed efficace nel rispetto dello spirito della legge che lo ha introdotto¹⁰. In alcuni Tribunali, in effetti, si sono fatte scelte in questo senso, ma si tratta di casi isolati¹¹.

In effetti, non sembra che il nuovo rito stia godendo di particolare considerazione o simpatie negli uffici giudiziari, in particolare quelli più affollati delle principali aree metropolitane.

Né pare che la situazione sia cambiata a seguito dell'introduzione del c.d. "programma per la gestione dei procedimenti civili, amministrativi e tributari pendenti" a opera del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98¹², convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. L'art. 37, comma 1° ss. di tale decreto (con la rubrica "Disposizioni per l'efficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie"), nel tentativo di dare maggiore incisività ed efficienza all'attività degli uffici giudiziari, istituisce la redazione di un programma da parte dei capi degli uffici giudiziari, sentiti i Presidenti dei rispettivi consigli dell'Ordine degli avvocati, entro il 31 gennaio di ogni anno per fissare alcune importanti linee direttive per l'attività dell'ufficio di appartenenza¹³.

In sostanza, ogni ufficio deve oggi programmare lo smaltimento del carico pendente, tenendo in considerazione anche gli oneri col-

¹⁰ In questo senso pure G. FINOCCHIARO, *Il protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Roma*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 583, per cui "soltanto se si attribuisce una "corsia preferenziale" ai procedimenti sommari questi potranno effettivamente essere esauriti con la tanto auspicata rapidità".

¹¹ Nel Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010 si considera "opportuno" che le udienze di prima trattazione vengano fissate in modo specifico evitando perciò gli orari di prima comparizione. Le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena, dal canto loro, prospettano la fissazione di una udienza mensile per la trattazione dei procedimenti *ex art. 702-bis c.p.c.* Nel documento modenese, si dà pure conto di opinioni prevalenti intese a dare una corsia preferenziale di trattazione al rito sommario rispetto al rito ordinario. In senso opposto si sono espressi invece i Presidenti delle Sezioni civili del Tribunale di Milano, all'esito della riunione del 14 gennaio 2010: nel relativo verbale, infatti, si fa riferimento all'opportunità di evitare corsie preferenziali di anticipazione.

¹² In *Gazz. Uff.*, 6 luglio 2011, n. 155.

¹³ Sulla prima esperienza di tali "programmi" e sulle modalità di svolgimento di questo "procedimento partecipato", v. MICCOLI, SCIACCA, *Managerialità giudiziaria e programmi di gestione dei procedimenti civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 174 ss.

legati alle nuove cause iscritte a ruolo nell'anno corrente. Si devono così programmare gli obiettivi di riduzione della durata dei procedimenti concretamente raggiungibili nell'anno in corso e fissare gli obiettivi di rendimento dell'ufficio, tenuto conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno¹⁴. Nell'ambito di tale programmazione, in particolare, si deve individuare l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti, in base a criteri oggettivi e omogenei che tengano conto della durata della causa, anche con riferimento agli eventuali gradi di giudizio precedenti, nonché della natura e del valore della stessa. In sostanza, si devono prevedere "corsie preferenziali" per lo smaltimento delle cause più vecchie o di quelle il cui oggetto richieda una celere definizione. Di anno in anno, inoltre, il "programma" deve presentare anche il "bilancio" dell'esercizio appena trascorso, dando atto "dell'avvenuto conseguimento degli obiettivi fissati per l'anno precedente" ovvero specificando "le motivazioni del loro eventuale mancato raggiungimento".

Questo nuovo contesto potrebbe, in effetti, giustificare l'istituzione di "corsie preferenziali" per i procedimenti sommari di cognizione, contribuendo così alla valorizzazione dell'istituto.

Rispetto alla fissazione dell'udienza da parte del giudice, va notato che il legislatore, a differenza da altri modelli procedurali, nell'art. 702-*bis* c.p.c., non ha stabilito un termine massimo per l'emissione del relativo decreto, nonostante fosse stata avanzata una proposta in tal senso nel corso dei lavori preparatori¹⁵.

Si tratta di una scelta non apprezzabile, di cui si sono immediatamente potute constatare le conseguenze¹⁶. In effetti, non prevedere neppure il consueto termine ordinatorio per la fissazione dell'u-

¹⁴ Per MICCOLI, SCIACCA, *op. cit.*, p. 182: "con l'introduzione di un obbligo annuale di programmazione e rendicontazione dei risultati gestionali conseguiti nell'anno precedente si è certamente realizzata una definitiva consacrazione normativa sulla tendenziale managerialità che deve condurre, indirizzare e caratterizzare l'attività della nuova dirigenza giudiziaria italiana".

¹⁵ V. MACAGNO, *Il processo sommario di cognizione. Brevi note*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3048.

¹⁶ Critiche anche di CHIARLONI, *op. cit.*, p. 720. Per alcuni interpreti, peraltro l'omissione del legislatore sarebbe stata opportuna, in quanto, comunque, un eventuale termine a carico del giudice avrebbe avuto natura non perentoria: PORRECA,

dienza ha dato spazio a prassi depotenziatrici del nuovo strumento procedimentale. In alcuni uffici giudiziari, infatti, da subito, si sono iniziate a fissare le prime udienze “sommario” a distanza di molti mesi dal deposito del ricorso, così scoraggiando il ricorso al modello alternativo.

Il nuovo rito, in effetti, concepito per smaltire le controversie meno complesse con minori formalità, è stato innestato su un sistema sostanzialmente al collasso, non in grado di gestire in modo efficiente un procedimento come quello qui analizzato, che richiede una buona preparazione della lite da parte del giudice in occasione della prima e potenzialmente unica udienza. L'accoglienza riservata al procedimento sommario, dunque, è stata tutt'altro che entusiastica e questo ha senz'altro contribuito a determinare il limitato utilizzo, se non il vero fallimento, del nuovo strumento processuale.

Alcuni uffici giudiziari, peraltro, hanno cercato di dare risposta adeguata alla novità del legislatore. A parte quanto già si è visto circa la predisposizione di “corsie preferenziali” per il trattamento dei procedimenti sommari, si possono qui citare i Presidenti dei Tribunali di Bologna e Genova, i quali hanno emesso ordini di servizio in cui si indica in tre mesi il termine entro il quale deve essere fissata la prima udienza. Il Protocollo del Tribunale di Roma, dal canto suo, specifica che l'udienza va fissata tra i 60 e i 90 giorni dal deposito del ricorso e che, ove appaia probabile o possibile la conversione del rito, si devono concedere i termini dell'art. 163-*bis* c.p.c.¹⁷. Tra i 50 e i 90 giorni è invece il termine tendenziale indicato dal Protocollo Valore Prassi di Verona. Nelle indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena, d'altro canto, viene consigliata, tenuto conto della situazione dell'ufficio, la fissazione dell'udienza almeno a tre mesi. Tre mesi dal deposito del ricorso è pure il termine suggerito dalla dottrina, per evitare che l'attore sia penalizzato dalla scelta di rito¹⁸.

op. cit., p. 168; ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 506.

¹⁷ Protocollo sul procedimento sommario di cognizione del 4 febbraio 2010 predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Roma, in *Foro it.*, 2010, V, c. 197.

¹⁸ OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 730.

Ci si è interrogati circa la possibilità che il giudice, invece di fissare l'udienza, si spinga sino a dichiarare inammissibile il ricorso *inaudita altera parte*, con un decreto di rigetto in rito. Alcuni, in effetti, giungono a dare risposta positiva a tale quesito¹⁹.

Invero, parte della giurisprudenza ritiene legittimo questo *modus procedendi* in ambito cautelare, ove alcuni giudici hanno dichiarato nulli o inammissibili²⁰ ovvero rigettato in quanto palesemente infondati²¹ o viziati in rito²² dei ricorsi, senza fissare l'udienza di discussione e instaurare il contraddittorio²³.

Per giustificare tale soluzione, si è, per esempio, portata l'esigenza di non imporre una onerosa costituzione in giudizio della parte resistente innanzi al giudice incompetente solo per far valere la violazione (già rilevata d'ufficio) di norme attinenti all'individuazione del giudice naturale precostituito per legge²⁴.

Altra giurisprudenza afferma l'ammissibilità di tale rigetto *inaudita altera parte* ogniqualvolta il diniego si fondi su motivi prelimi-

¹⁹ Per esempio, ritiene possibile che il giudice dichiari un ricorso inammissibile senza previamente instaurare il contraddittorio G. F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, p. 109, per cui ciò, in alcuni casi, potrebbe anche andare a vantaggio del ricorrente. TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 332 ss., limita questa possibilità al ricorso sommario proposto in una causa riservata alla decisione collegiale. Per DE SIMONE, *Le prime esperienze giurisprudenziali in tema di procedimento sommario di cognizione: prassi a confronto. Doc. n. 201/2010, 7 maggio 2010*, in *www.ilcaso.it*, p. 22, peraltro: "Nel rispetto del principio del contraddittorio, certamente mai i provvedimenti (...) potranno essere adottati *inaudita altera parte*".

²⁰ Trib. Napoli, 7 novembre 2003, in *Giur. nap.*, 2003, p. 458; Trib. S.M. Capua Vetere, 20 gennaio 2004, decr., *ivi*, 2004, p. 421; Trib. Modena, 5 maggio 2010, decr., in *www.giuraemilia.it*.

²¹ Trib. S.M. Capua Vetere, 18 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 2005, p. 758; Pret. Frosinone, 1° ottobre 1998, in *Giur. lav. Lazio*, 1998, p. 635; Trib. Firenze, decr., 10 giugno 1999, in *Foro tosc.*, 1099, p. 286; Trib. S.M. Capua Vetere, 20 gennaio 2004, cit.

²² Trib. Roma, 14 settembre 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3532; Trib. Milano, 8 luglio 1993, *ivi*, c. 1612; Trib. Milano-Legnano, 11 febbraio 2002, in *Giur. mil.*, 2002, p. 212, Pret. Vallo della Lucania, 21 marzo 1998, decr., in *Giur. mer.*, 1998, I, p. 908 (con riferimento a una domanda proposta a un giudice palesemente incompetente per territorio).

²³ In senso contrario, v. Pret. Monza, 3 febbraio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1693.

²⁴ Trib. Pescara, 4 maggio 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 732; Trib. Modena, 7 dicembre 2007, decr., in *www.giuraemilia.it*; Trib. Modena, 28 agosto 2007, ord., *ivi*.

nari di tipo ontologico – derivando dalla natura e dal contenuto della richiesta –, non ammettendo *in re ipsa* alcuna emenda o integrazione, né implicando pregiudizio per i diritti della difesa²⁵. Procedendo in tal modo, peraltro, si risparmierebbe pure all'istante l'onere delle spese processuali che altrimenti su di lui graverebbe, quale unico effetto del contraddittorio provocato con la controparte²⁶, evitandogli al contempo effetti preclusivi alla riproposizione della medesima misura cautelare dinnanzi allo stesso giudice²⁷.

Trasferendo questo *modus procedendi* al contesto che ci riguarda qui, si potrebbe ritenere, per esempio, che, in caso di errore nella scelta del rito (*e. g.*, perché la controversia appare soggetta alla decisione collegiale), il giudice designato potrebbe limitarsi a dichiarare inammissibile il ricorso con decreto *inaudita altera parte*.

In realtà, una simile soluzione appare inaccettabile²⁸. Essa, infatti, priva il ricorrente della possibilità di confrontarsi col giudice in merito al rilevato vizio o difetto del proprio atto introduttivo, in palese violazione del nuovo art. 101, comma 2° c.p.c.²⁹: tale norma, com'è noto, impone al giudice, prima di pronunciarsi su una eccezione rilevata d'ufficio, di sollecitare il contraddittorio tra le parti, concedendo appositi termini per garantire il loro diritto di replica.

A differenza dal rito cautelare, inoltre, il rigetto *inaudita altera parte*, pur non escludendo la riproposizione della medesima domanda, in ipotesi anche dinanzi allo stesso giudice, si presta a ledere irrimediabilmente la posizione del ricorrente, per esempio qualora tale

²⁵ Trib. Bologna, 25 febbraio 2005, decr., in *Guida dir.*, 2005, fasc. 27, p. 70, per cui nulla osta né a una successiva replica della medesima domanda ex art. 669-*septies*, comma 1°, né a proporre il relativo reclamo, previa notifica alle controparti del decreto impugnato e del ricorso respinto, ai sensi dell'art. 669-*terdecies*; Trib. Bologna, 11 marzo 2006, decr., www.giuraemilia.it; conf. Trib. Modena, 7 dicembre 2007, cit.; Trib. Modena, 27 ottobre 2008, cit.

²⁶ Trib. Monza, 26 aprile 1997, decr., in *Giur. mer.*, 1997, I, p. 690; Trib. Firenze, 10 giugno 1999, cit.; conf. Trib. Modena, 30 novembre 2006, ord., in www.giuraemilia.it; Trib. Modena, 22 marzo 2007, decr., n. 2241, *ivi*, per cui, in caso di rigetto *inaudita altera parte* nulla dovrebbe disporsi sulle spese, in assenza di contraddittorio.

²⁷ Trib. Roma, 14 settembre 1994, cit.; Trib. Milano, 8 luglio 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1612; Trib. Milano-Legnano, 11 febbraio 2002, in *Giur. mil.*, 2002, p. 212.

²⁸ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 164.

²⁹ V. pure TISCINI, *op. cit.*, p. 247 ss.

riproposizione sia impedita dal decorso di un termine di decadenza successivamente al deposito del primo ricorso.

Nulla impedisce, piuttosto, che il giudice, sin dal decreto di fissazione dell'udienza, esteri i propri dubbi in merito all'ammissibilità o alla procedibilità del ricorso, in modo da consentire al ricorrente, se del caso, di rinunciare agli atti e optare per altri percorsi procedurali.

Qualche riflessione in più richiede la diversa ipotesi in cui il giudice, dalla lettura del ricorso, si possa convincere della inadeguatezza della causa a essere istruita in modo sommario, disponendo conseguentemente la conversione del rito al binario "ordinario" senza previamente stimolare il contraddittorio.

In generale, una simile opzione appare non corretta. Come si vedrà, infatti, di norma, il giudice non è in grado di apprezzare la possibilità di istruire la causa in modo sommario prima che il convenuto abbia (eventualmente) fatto sentire la propria voce. In effetti, anche cause molto complesse in fatto possono essere decise con istruttoria sommaria qualora il convenuto, nel costituirsi in giudizio, non contesti, nella sostanza, i fatti costituiti posti a fondamento della domanda del ricorrente.

Non si possono, però, escludere situazioni in cui la causa si presenti *ab initio* come obiettivamente inadatta all'istruttoria sommaria, a prescindere dall'atteggiamento difensivo del convenuto. Si può fare l'esempio dell'azione di risarcimento danni proposta da una pluralità di ricorrenti, con la prospettazione di posizioni individuali diversificate, ciascuna delle quali richieda approfonditi accertamenti peritali. Ovvero quello di una complessa fattispecie relativa a un diritto indisponibile, rispetto al quale non può operare il principio di non contestazione.

In ipotesi di questo tipo (da valutare comunque con notevole prudenza), in effetti, si può prevenire con un ridotto margine di errore che la causa, in prima udienza, sia instradata verso la cognizione non sommaria. In un'ottica di riduzione dei tempi del processo, dunque, alle dovute condizioni, il giudice potrebbe immediatamente fissare, nel proprio decreto, l'udienza *ex art.* 183 c.p.c.

In tal caso, peraltro, si dovrebbero rispettare i termini ordinari di comparizione e di costituzione, con apposite indicazioni nel decreto di fissazione dell'udienza.

4. *(Segue): il termine per la costituzione del convenuto*

Nel decreto di fissazione dell'udienza, il giudice deve anche assegnare al convenuto il termine per costituirsi in giudizio, stabilito dall'art. 702-*bis*, comma 3° c.p.c., in non oltre 10 giorni (non liberi)⁵⁰ prima dell'udienza.

Si tratta, peraltro, di un termine "minimo", come la formulazione letterale della norma fa bene intendere. Il giudice, in altre parole, potrebbe anche concedere un termine più lungo, purché al convenuto siano lasciati almeno trenta giorni tra la data di notifica del ricorso e la scadenza del termine di costituzione per predisporre il proprio atto difensivo⁵¹.

In realtà, come si vedrà a breve, la fissazione di un termine più lungo può giustificarsi solo ove l'udienza sia fissata a considerevole distanza dal deposito dell'atto introduttivo e il giudice ponga a carico del ricorrente di effettuare la relativa entro un termine ben superiore a quello di trenta giorni previsto dalla norma, in questo modo sostanzialmente adeguando i termini della fase introduttiva del processo sommario a quelli ordinari.

In ogni caso, il termine così fissato al convenuto ha natura perentoria, come si desume dal comma 5° dell'art. 702-*bis* c.p.c.: tale norma, infatti, prevede, in caso di inosservanza del termine in esame, la decadenza dalla possibilità di proporre domanda riconvenzionale, chiedere la chiamata in causa di terzi o proporre eccezioni di merito o di rito non rilevabili d'ufficio, sollevare l'eccezione di incompetenza nelle sue varie formulazioni ai sensi dell'art. 38 c.p.c. In effetti, l'avvertimento contenuto nel ricorso (preventivo rispetto

⁵⁰ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 162, per cui la scadenza di sabato resta ferma sullo stesso giorno, per evitare di accorciare termini a difesa.

⁵¹ La norma, in effetti, pone una soglia minimale di garanzia: v. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 162; ARIETA, *op. cit.*, p. 742, che osserva che la norma rimette "al giudice il potere-dovere di individuare, caso per caso, il termine per la costituzione del convenuto". *Contra*, per BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 806, il provvedimento del giudice non potrebbe che esplicitare il termine stabilito dalla legge, senza potervi derogare; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 139, per cui la misura di tale termine sarebbe invariabile.

alla fissazione dell'udienza) è funzionale proprio a mettere il convenuto in grado di evitare di incorrere in tali decadenze.

Nel silenzio della legge, si ritiene che il decreto di fissazione dell'udienza possa contenere ulteriori indicazioni utili a ottimizzare l'attività difensiva delle parti, in conformità alle caratteristiche precipue del rito qui in esame. Per esempio, l'Osservatorio valore prassi di Verona, nel protocollo sul procedimento sommario di cognizione, ritiene opportuno che, in tale decreto siano pure specificati gli incumbenti della prima udienza, precisando se essi riguardino anche attività di natura istruttoria.

Conformemente ai tradizionali meccanismi procedurali, a questo punto, il ricorso e il pedissequo decreto di fissazione dell'udienza vanno notificati al convenuto a cura del ricorrente³².

5. *La notificazione del ricorso e del decreto; il termine di comparizione del convenuto*

Nell'ottica acceleratoria sottesa al modello procedimentale di nuova introduzione, il legislatore ha ridotto i termini minimi di comparizione rispetto a quelli ordinari.

L'art. 702 *ter*, comma 3° c.p.c., infatti, stabilisce che la notifica al convenuto debba avvenire "almeno" trenta giorni prima della scadenza del termine di costituzione (essendo peraltro esclusa, in questo contesto, la possibilità di chiedere la dimidiazione dei termini a comparire)³⁵.

Si tratta di una sensibile riduzione rispetto al termine previsto dall'art. 163-*bis* c.p.c.

Al riguardo, peraltro, si devono fare alcune osservazioni.

In primo luogo, il termine ordinario di comparizione, al netto del termine di costituzione, è di 70 giorni. L'analisi comparata dimostra che si tratta di un termine notevolmente più lungo rispetto

³² V. anche GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Il processo civile competitivo*, a cura da Didone, Torino, 2010, p. 724.

³⁵ DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1592; PORRECA, *op. cit.*, p. 222.

a quello previsto in molti ordinamenti stranieri³⁴. Solo per fare un esempio, nel procedimento scritto previsto dal codice di rito tedesco (v. *retro*) il debitore è chiamato a dichiarare se intende rispondere alla domanda dell'attore entro due settimane dalla notifica, con la concessione di un termine di altre due settimane per depositare la propria memoria difensiva. Nel diritto processuale inglese, d'altro canto, a un convenuto "out of the jurisdiction" vengono concessi 21 giorni per rispondere al *claim* dell'attore.

Certo, nel sistema processuale italiano sono previste barriere preclusive iniziali non conosciute in altri ordinamenti, ma resta il fatto che, nel processo ordinario, l'intervallo che separa la notifica dell'atto dalla comparizione avanti al giudice sia particolarmente lungo e addirittura lunghissimo in caso di notifica della citazione all'estero (150 giorni), con una previsione che non tiene conto dei progressi tecnologici e delle più agevoli modalità di comunicare a distanza che caratterizzano la società contemporanea, in particolare nell'ambito dei rapporti tra Stati membri dell'Unione. Da questo punto di vista, è significativo il confronto con le norme europee che disciplinano la circolazione delle decisioni tra gli Stati membri e che prevedono, per l'opposizione al decreto di *exequatur* da parte del convenuto non domiciliato nello Stato un termine di due mesi (non aumentabile in ragione della distanza)³⁵.

Va osservato che il legislatore del 2009 non ha considerato l'ipotesi che la controversia possa coinvolgere convenuti domiciliati in uno Stato straniero: non è stato, infatti, neppure previsto un termine *ad hoc* per l'ipotesi della notifica del ricorso sommario all'estero³⁶. È dunque rimesso alla sensibilità del giudice stabilire un termine di

³⁴ In senso analogo v. CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1107.

³⁵ Così prevedeva l'art. 43, par. 5 del regolamento n. 44 del 2001 (Bruxelles I), ora superato, dal momento che nel regolamento n. 1215 del 2012 (Bruxelles I *bis*), che lo ha sostituito, non è più previsto un procedimento per la concessione dell'*exequatur*. La disposizione menzionata nel testo continua a essere invece prevista, per esempio, dall'art. 33, par. 5 del regolamento n. 2201 del 2003, in ambito matrimoniale e di responsabilità genitoriale, nonché dall'art. 50, par. 5 del regolamento n. 650 del 2012, in materia di successioni.

³⁶ DITTRICH, *op. cit.*, p. 1591; PORRECA, *op. cit.*, p. 165, non ravvisa al riguardo un'ipotesi di incostituzionalità; da questa mancanza, sono stati sollevati dubbi

notifica più lungo qualora l'atto debba essere notificato a un convenuto non domiciliato nella giurisdizione³⁷.

Rispetto ai termini ordinari di comparizione, quello previsto per il procedimento sommario appare particolarmente breve.

La dottrina ha pertanto espresso molte preoccupazioni rispetto alla compressione dei termini per la difesa del convenuto³⁸. Si tratta di preoccupazioni in parte condivisibili, almeno sul piano teorico, anche tenendo in considerazione i possibili utilizzi abusivi del nuovo modello procedimentale. Tali preoccupazioni, peraltro, vanno ridimensionate, evitando di farsene condizionare in modo eccessivo nell'interpretazione delle norme e nella loro applicazione pratica. Per esempio, come meglio si vedrà in seguito, non sembrano sussistere motivi per prevedere l'automatica rimessione in termini del convenuto per l'ipotesi di "conversione" del rito, come pure alcuni sostengono.

Per ridimensionare i timori di indebita compressione del diritto di difesa del convenuto, si può evidenziare come anche nel rito ordinario sia possibile, con apposita autorizzazione del Presidente del Tribunale (di norma concessa, peraltro, senza particolari rigidità), dimezzare i termini di comparizione, portandoli dunque a 45 giorni. In questa ipotesi, al netto del termine dimezzato di costituzione, il convenuto viene a disporre di "appena" 35 giorni per la predisposizione delle sue difese: ipotesi che non sembra avere mai sollevato particolari preoccupazioni o fatto paventare lesioni del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

sull'utilizzabilità del procedimento sommario per l'ipotesi di notifica all'estero: v. le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena.

³⁷ In effetti, le prassi previste da alcuni "protocolli" si muovono in questa direzione. V., per esempio, il protocollo dell'Osservatorio valore prassi di Verona e quello del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010.

³⁸ V., per esempio, GERARDO, MUTARELLI, *Procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c.: primo bilancio operativo*, in *www.judicium.it*, i quali, a p. 7, osservano: "non sembra armonicamente coerente che dinanzi al Giudice di Pace siano garantiti termini proporzionalmente più ampi di quelli assicurati dal procedimento sommario "nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica" (art. 702 bis comma 1 c.p.c.)". Anche CAPPONI, *op. cit.*, p. 1111, paventa il rischio che l'attore scelga il sommario per elidere i normali spazi di difesa in danno del convenuto.

A ben vedere, dunque, il termine “minimo” difensivo garantito in sede di procedimento sommario non appare essere particolarmente più breve di quello concedibile in sede di procedimento ordinario.

Tale termine, anzi, è addirittura superiore a quello “minimo” previsto dal comma 5° dell’art. 415 c.p.c., per le controversie in materia di lavoro, pari a trenta giorni tra la data di notificazione al convenuto e quella dell’udienza di discussione³⁹.

Va pure osservato che, dalla casistica dei primi anni di applicazione del nuovo rito, non emergono situazioni preoccupanti o una tendenza a utilizzare il modello qui in esame con finalità “abusive”, per “tagliare” i tempi di difesa dell’avversario, ciò che sembra ridimensionare i timori iniziali di molti interpreti⁴⁰.

In effetti, una questione di legittimità costituzionale con riferimento alle implicazioni potenzialmente abusive del ricorso al procedimento sommario è stata sollevata avanti a un giudice di merito⁴¹: quest’ultimo ha, peraltro, escluso che si ponga una tale questione in relazione al concreto utilizzo che una parte possa fare di un determinato modello procedimentale, mettendo in risalto che l’illegittimità costituzionale di una norma può derivare solo dalla intrinseca contrarietà del suo contenuto precettivo rispetto alle norme o ai principi costituzionali o al più della sua interpretazione, ma non già dal suo utilizzo concreto, in ipotesi distorto. Tale utilizzo concreto, nelle parole del tribunale piacentino, è un elemento estrinseco alla regola legislativa, che non può inficiarne la legittimità costituzionale.

³⁹ Al riguardo, peraltro, ARIETA, *op. cit.*, p. 741 ss. osserva che, nel rito del lavoro, il termine previsto dalla legge può giustificarsi con l’oggetto della controversia lavoristica (il rapporto di lavoro), mentre lo stesso non potrebbe dirsi per cause ordinarie anche di una certa complessità, in caso di abuso nella scelta del rito.

⁴⁰ V. per esempio CHIARLONI, *op. cit.*, p. 719, per il quale l’attore potrebbe essere indotto a proporre il ricorso in via sommaria, anche prevedendo che il giudice dia il via alla trasformazione del rito, per ottenere la restrizione dei termini per la proposizione della comparsa di risposta.

⁴¹ Trib. Piacenza, 26 maggio, 2011, ord., in www.ilcaso.it; ritiene infondata una questione di incostituzionalità a questo riguardo pure BECHIS, *Sul termine a comparire del procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c.*, in *Trasformazione e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, a cura di Besso, Frus, Rampazzi, Ronco, Bologna, 2015, p. 410 ss., in ragione del fatto che il “rito sommario parrebbe destinato a operare con riferimento a situazioni di spedito accertamento dell’esistenza del diritto azionato”.

Tali argomentazioni sono da condividere. Di per sé, infatti, i termini di comparizione previsti dall'art. 702-bis c.p.c., non sono talmente brevi da rendere indebitamente difficoltosa la predisposizione della propria difesa da parte del convenuto, a prescindere da quali possano essere le intenzioni dell'attore nel momento di scegliere di utilizzare del rito sommario.

È vero che, almeno in linea teorica, il ricorrente potrebbe scegliere il procedimento qui in esame con riferimento a controversie di tale complessità da essere *prima facie* incompatibili con un'istruttoria sommaria, al solo fine di amputare il tempo a disposizione del convenuto per organizzare la propria difesa. A parte la considerazione che al medesimo risultato si può arrivare anche nel rito ordinario, con la richiesta di dimidiazione dei termini di comparizione, è evidente che, contro un uso "abusivo" del modello sommario, si possa reagire con gli strumenti già messi a disposizione dal nostro ordinamento processuale: in particolare, la rimessione in termini e l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. Sul punto si tornerà.

L'esperienza applicativa, d'altro canto, ha fatto emergere in alcuni Tribunali prassi virtuose per garantire al meglio il diritto di difesa delle parti: per esempio, in certi fori, si è richiesto di depositare scambievolmente copia cartacea o ottica dei documenti prodotti e si è previsto che i fascicoli fossero accessibili ai difensori delle parti che dovevano costituirsi entro 4 giorni dalla relativa richiesta⁴². Oggi, poi, con l'introduzione del processo civile telematico, l'accesso da parte del convenuto al fascicolo informatico del ricorrente (che si sia costituito telematicamente) avviene sostanzialmente in tempo reale.

Rispetto a quanto precede, inoltre, si deve evidenziare che quello indicato dal comma 3° dell'art. 702-bis c.p.c. è solo un termine "minimo". Nulla impedisce, dunque, al giudice di fissare un termine più lungo⁴³, tenendo conto, in particolare, del contenuto del ricorso

⁴² Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010; Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione.

⁴³ Cfr. pure VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 60; PORRECA, *op. cit.*, p. 163. In senso difforme, invece, le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena. *Contra* pure BALENA, *op. cit.*, p. 806. Nel verbale della riunione dei Presidenti delle Se-

e dalla quantità di produzioni documentali a esso allegate⁴⁴, della data di fissazione dell'udienza⁴⁵, del luogo in cui l'atto deve essere notificato⁴⁶.

In altre parole, rispetto ai ricorsi più articolati, contro i quali sia prevedibile un maggiore impegno difensivo del convenuto, ovvero in caso di sensibile dilazione nella prima comparizione delle parti davanti al giudice, è opportuno che sia fissato un termine di notifica più lungo di quello minimo previsto dalla legge. Non ha alcun senso, infatti (e anzi rischia di avallare l'utilizzo "abusivo" del procedimento sommario)⁴⁷, fissare l'udienza a molti mesi di distanza, per poi prevedere che la notifica del ricorso debba avvenire 40 giorni prima di tale udienza (salvo magari poi prospettare l'automatica rimessione in termini del convenuto, in caso di conversione del rito).

È dunque da sconsigliare l'utilizzo seriale di decreti "standardizzati": anche il provvedimento giudiziale di fissazione dell'udienza dovrà invece essere adattato alle caratteristiche del caso concreto.

6. *La posizione difensiva del convenuto*

Il convenuto, come si è visto, ha l'onere di costituirsi nel termine all'uopo fissato dal giudice e che la legge impone essere di almeno dieci giorni prima dell'udienza.

zioni civili del Tribunale di Milano del 14 gennaio 2010, si ritiene opportuno garantire al convenuto circa 60 giorni per difendersi. Per un esame delle prassi in alcuni uffici giudiziari v. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁴ Su questa prospettiva v. pure ARIETA, *op. cit.*, p. 742; Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010.

⁴⁵ In questo senso anche il Protocollo di Verona cit., punto 11; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in www.judicium.it, p. 4.

⁴⁶ Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010. Scettico rispetto alla possibilità che il giudice calibri i tempi della notifica caso per caso BECHIS, *op. cit.*, p. 415, il quale osserva che in ogni caso "neppure risulta efficacemente punibile la violazione stessa del termine in oggetto, dato che la sua natura necessariamente ordinatoria consentirebbe semmai, a seguito di costituzione tempestiva del convenuto, la richiesta di differimento della prima udienza, salva l'automatica applicazione del termine di legge".

⁴⁷ OLIVIERI, *op. cit.*, p. 731, ritiene necessario vigilare su un possibile uso abusivo del rito.

Al riguardo, l'art. 702-ter, comma 4° c.p.c. non propone deviazioni dal modello ordinario.

L'atto da predisporre è una comparsa di risposta, che va depositata in cancelleria con le ordinarie modalità.

La norma richiama la dizione dell'art. 167 c.p.c., per cui il convenuto “deve proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda”.

Tale onere difensivo va oggi integrato con il disposto dell'art. 115 c.p.c. e con il “principio di non contestazione” ivi enunciato⁴⁸ (principio che, dal punto di vista del convenuto, si traduce in un “onere di contestazione specifica”), sicuramente applicabile anche nel rito sommario⁴⁹.

In dottrina, anzi, si osserva che proprio l'applicazione dell'art. 115 c.p.c. esclude che nel rito sommario la contumacia del convenuto possa essere intesa come *facta confessio*, in deroga al principio generale⁵⁰. Per converso, la non contestazione dei fatti da parte del convenuto sarà un elemento determinante per apprezzare la “semplicità” istruttoria della lite, al fine della prosecuzione del procedimento con le forme del rito speciale⁵¹.

Sul piano contenutistico, inoltre, come nel rito ordinario, scaduto il termine per la sua costituzione, il convenuto decade dalla possibilità di proporre domande riconvenzionali o sollevare eccezioni di merito o di rito non rilevabili d'ufficio; nonché dalla chiamata in causa di terzi. Ai sensi dell'art. 38 c.p.c., inoltre, solo nella comparsa di costituzione tempestivamente depositata il convenuto potrà sollevare un'eventuale eccezione di incompetenza⁵².

⁴⁸ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 173; pure per ARIETA, *Il rito “semplificato” di cognizione*, cit., p. 743, il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c. “è applicabile anche al rito semplificato”. Per un'applicazione, Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1246.

⁴⁹ V. pure DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, p. 269; PORRECA, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁰ CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 81.

⁵¹ DE VITA, *op. cit.*, p. 270 ss., che afferma che, nel rito sommario, l'ultimo momento utile per la contestazione dei fatti, è la prima udienza.

⁵² Anche TISCINI, *op. cit.*, p. 241, propende per l'applicazione della norma, richiamata dall'avvertimento cui si riferisce il 702-bis c.p.c.

Nel contesto che ci interessa, d'altro canto, l'onere difensivo iniziale del convenuto è per certi versi più intenso che non nel rito ordinario⁵³. Nella comparsa difensiva, infatti, il convenuto si può trovare a dovere esporre e chiarire le ragioni che, a suo avviso, rendono la causa inidonea a un'istruttoria sommaria. Ciò si tradurrà normalmente nell'onere di indicare da subito i mezzi di prova costituenda di cui si voglia avvalere.

Rispetto all'onere di contestazione specifica cui si è appena accennato, inoltre, il convenuto dovrà tenere adeguatamente conto di due profili:

- non contestando da subito un fatto costitutivo della domanda dell'attore, esonererà quest'ultimo dalla relativa prova e dunque aumenteranno le *chances* che il giudice decida di istruire la causa in modo sommario;

- contestando un tale fatto, per converso, potrà mettere la controparte in condizione di dovere dimostrare il fatto stesso tramite prove costituende, così da indurre il giudice alla conversione di binario processuale.

Quanto precede evidenzia che il convenuto, pur di ottenere la conversione del rito (e dunque l'allungamento dei termini per la decisione di una causa di cui possa temere l'esito negativo) può essere indotto a un'artificiale complicazione del *thema probandum*⁵⁴.

Sul punto si tornerà, ma sin da ora è opportuno mettere in risalto il ruolo del giudice nell'apprezzare la meritevolezza delle richie-

⁵³ Pure CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 885, ritiene necessario che la comparsa di risposta si caratterizzi per il maggior grado di completezza possibile.

⁵⁴ Si tratta di tattiche processuali ben conosciute. Interessanti appaiono, al riguardo, le osservazioni di CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, p. 498: "l'abuso comincia quando una parte, avendo ormai esaurito quel margine di lecito rallentamento che le era concesso dall'elasticità dei termini, cerca di mandare in lungo il processo con istanze che sa infondate, e che sono proposte non per vederle accolte, ma unicamente per guadagnare quel tempo l'avversario dovrà spendere nel contrastarle e il giudice nel respingerle: il che accade specialmente per certe richieste di mezzi di prova su fatti che la parte richiedente per certe richieste di mezzi di prova su fatti che la parte richiedente ben sa non veri, ma che tuttavia raggiungono lo scopo di imporre al giudice, per poterli dichiarare non veri, lo spreco di una lunga attività istruttoria".

ste istruttorie del convenuto e comunque nel sanzionare *ex art.* 96, comma 3° c.p.c. eventuali contestazioni di fatti poi accertati come inequivocabilmente veri⁵⁵.

In comparsa di risposta, inoltre, il convenuto avrà l'onere di chiedere un'eventuale rimessione in termini per completare la propria difesa, qualora riesca a dimostrare che, dalla compressione dei termini difensivi prevista dall'art. 702-*bis* c.p.c., sia derivata l'obiettiva impossibilità di difendersi in modo pieno e adeguato. In mancanza di tale richiesta, invece, vi è da ritenere che, in caso di conversione di binario istruttorio, il giudice non possa automaticamente disporre la rimessione in termini del resistente (*v. infra*).

In merito alla possibilità per il convenuto di chiamare in causa un terzo, infine, si rinvia, per quanto riguarda gli aspetti "sostanziali" a quanto esposto nel capitolo decimo.



⁵⁵ Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in www.ilcaso.it, per cui si devono evitare facili strumentalizzazioni da parte di chi ha interesse ad allungare i tempi del processo, mediante l'artificiosa indicazione di numerosissimi mezzi di prova.

CAPITOLO NONO

LO SNODO DELLA PRIMA UDIENZA “SOMMARIA”

SOMMARIO: 1. Il ruolo della prima udienza nel rito sommario. – 2. Verifiche (generali) preliminari. – 3. (Segue): la regolare instaurazione del contraddittorio. – 4. La verifica sui presupposti specifici del rito sommario. – 5. Una lettura costituzionalmente orientata di “inammissibilità” in questo contesto. – 6. Ancora sull’errore nella scelta del rito: rilievo e conseguenze. – 7. Attività preliminari alla decisione sul binario istruttorio, tra chiarimenti richiesti dal giudice e poteri di allegazione e produzione delle parti. – 8. La decisione sul binario istruttorio: introduzione. – 9. Le preclusioni.

1. *Il ruolo della prima udienza nel rito sommario*

L’udienza che si svolge avanti al giudice monocratico (e che chiamerò prima udienza “sommatoria”), nel momento in cui è stato introdotto il nuovo rito, svolgeva una funzione peculiare rispetto alle altre prime udienze previste del nostro ordinamento processuale: il rito sommario, nel 2009, rappresentava, infatti, l’unico esempio di procedimento speciale di applicazione non solo “alternativa” o “facoltativa”, ma pure eventuale. Oggi, come vedremo, il ruolo di tale udienza come “snodo” tra binari istruttori è stato “generalizzato” dall’art. 183-*bis* c.p.c.: i contesti di riferimento restano peraltro diversi e, dunque, è comunque necessario analizzarli separatamente, per poi cercare di darne una ricostruzione unitaria.

La prima udienza sommatoria, in effetti, assomma in sé le attività di *routine* per la verifica della regolare instaurazione del contraddit-

torio e della sussistenza dei presupposti processuali e quelle specifiche del procedimento speciale nel quale è inserita. Da tale punto di vista, l'elemento che maggiormente caratterizza questo passaggio processuale è che, nella prima udienza sommaria, il giudice è chiamato a compiere la valutazione in merito alla natura dell'istruttoria eventualmente da espletare, da cui poi deriva la decisione in merito al "binario istruttorio" lungo il quale la causa deve proseguire.

Come per ogni rito "facoltativo", la scelta iniziale è rimessa alle valutazioni dell'attore, in base alle caratteristiche della fattispecie e sulla scorta di una valutazione prognostica circa l'idoneità della lite a essere istruita in via sommaria. In un'ottica di "procedure-shopping", si può pure temere che l'attore scelga il rito sommario per motivi che nulla hanno a che fare con la semplificazione del processo ma piuttosto con la volontà di comprimere i tempi per la difesa del convenuto e potere così più facilmente prevalere su un avversario a cui è stato "rubato il tempo". Si tratta, d'altro canto, di un uso distorto del modello processuale che non sembra avere attecchito nella prassi, smentendo i timori formulati al riguardo. In ogni caso, esso appare adeguatamente contrastabile con gli ordinari strumenti della rimessione in termini¹, senza eccessive preoccupazioni. La peculiarità di questo modello procedimentale è però che l'attore può meramente proporre ma non imporre la sua scelta di rito: la decisione finale sul punto spetta, infatti, al giudice, nel corso, appunto, della prima udienza sommaria (art. 702-ter, commi 4° e 5°, c.p.c.). Il convenuto, dal canto suo, non subisce passivamente la "proposta" di rito dell'attore, ma può contrastarla facendo valere in giudizio difese e contestazioni tali da indurre il giudice a ritenere opportuna una istruzione non sommaria².

Anche sotto questo profilo, come si è anticipato nel capitolo precedente, possono prospettarsi timori di "abusi procedurali" da parte del convenuto il quale, pur di dilatare i tempi del processo, sia indotto a formulare contestazioni temerarie, sollevare eccezioni

¹ V. pure ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 742.

² Per osservazioni critiche, cfr. CAPONI, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, Torino, 2010, p. 198.

pretestuose, presentare richieste istruttorie inconfidenti o dilatorie. A tale riguardo, appare fondamentale il ruolo del giudice il quale, adeguatamente preparato sull'oggetto della lite, non deve lasciarsi condizionare da comparse di risposta sovraccariche di richieste istruttorie irrilevanti o inammissibili o di eccezioni manifestamente prive di fondamento, disponendo con troppa disinvoltura il passaggio al rito ordinario³.

Quanto precede lascia capire che, a parte le ipotesi in cui anche il convenuto abbia interesse a una decisione rapida, tra le parti all'udienza si dovrà di norma dirimere un forte contrasto di opinioni in merito alla scelta procedimentale più opportuna. D'altra parte, il giudice resta libero di "modificare" il binario istruttorio anche d'ufficio, a prescindere dalle richieste del convenuto.

Già nel capitolo precedente si è visto come la necessità di decidere, in prima udienza, il binario istruttorio della causa comporta, per le parti, l'onere di predisporre atti difensivi tendenzialmente completi, soprattutto sul piano delle richieste istruttorie. Il buon funzionamento del rito richiede, altresì, che i difensori delle parti e il giudice arrivino in udienza con un'effettiva conoscenza della lite, per potere prendere, seduta stante e con cognizione di causa, tutte le decisioni cui fa riferimento l'art. 702-ter c.p.c. Nello spirito del rito sommario, infatti, deve essere privilegiata l'oralità e la decisione in udienza delle questioni processuali e sostanziali sollevate dalle parti⁴.

Il passaggio dal binario dell'istruttoria "sommatoria" a quello "ordinario" è rimesso alla decisione del giudice ed è considerato irreversibile⁵. Tale decisione, infatti, non è sottoposta ad alcun tipo di controllo o riesame specifico, come si vedrà in seguito. Una volta che il giudice abbia disposto il passaggio al binario ordinario, dunque, non sarà più possibile un ripensamento e un ritorno all'istruttoria sommatoria.

³ Su questo aspetto v. pure BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 189.

⁴ Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010.

⁵ OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 732.

Nel capitolo seguente, si cercherà di delineare i limiti entro i quali il giudice possa esercitare il suo potere di modificare il binario istruttorio scelto dall'attore. In questa sede, ci si limita a evidenziare l'inedita caratteristica del procedimento sommario di non avere un'applicazione predeterminabile a priori⁶. Si può inoltre accennare al fatto che, all'epoca dell'introduzione del nuovo rito, si erano espresse critiche, rispetto all'approccio minimale del legislatore alla semplificazione e alla flessibilità del rito: in particolare, all'epoca, era stata lamentata la mancata introduzione di un meccanismo procedimentale opposto, in cui una causa cominciata come ordinaria potesse essere trasferita su un binario di istruzione sommaria. Solo nel 2014, con l'introduzione dell'art. 183-bis c.p.c., si è previsto qualcosa di simile, non senza sollevare controversie e comunque fuori da un progetto di rimodulazione sistematica del processo ordinario. Sul punto si tornerà nel prosieguo.

Prima però di esaminare i parametri e le conseguenze della valutazione che il giudice deve compiere nella prima udienza circa la natura dell'istruttoria eventualmente espletanda, ci si deve occupare qui delle attività preliminari che vanno compiute in tale sede.

2. *Verifiche (generali) preliminari*

Delle attività che vanno compiute dalle parti e dal giudice nel corso della prima udienza sommaria si occupa l'art. 702-ter c.p.c. Si tratta, peraltro, di una disposizione "speciale", nel contesto di un procedimento a sua volta "speciale": essa, dunque, affronta solo gli aspetti peculiari del rito in questione.

D'altro canto, alla prima udienza qui in esame dovranno comunque essere svolte tutte le attività procedimentali normalmente associate a una prima udienza, in applicazione dei principi generali e delle norme del rito ordinario, in quanto compatibili, con un'opera di integrazione delle disposizioni dell'art. 702-ter c.p.c.

⁶ Cfr. anche BIAVATI, *op. cit.*, p. 188.

In particolare, in questa fase, il giudice deve compiere le verifiche previste, per il rito ordinario, dall'art. 183, comma 1° c.p.c.⁷, tra cui, *in primis*, il controllo circa la regolare instaurazione del contraddittorio⁸.

Questo rilievo ha importanti implicazioni, che la disciplina legislativa non ha saputo bene evidenziare.

In effetti, come si vedrà meglio in seguito, qualora, all'esito della prima udienza sommatoria, il giudice disponga il trasferimento della causa sul binario dell'istruttoria non sommatoria, l'art. 702-ter c.p.c. prevede sia fissata l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. Almeno stando al tenore letterale della norma, dunque, si prospetta una situazione in cui nel procedimento si possano susseguire due diverse “prime udienze”, separate tra loro sul piano temporale, facendo sorgere il dubbio che, nella seconda di esse, debbano essere rinnovate le verifiche e le attività già compiute in seno alla prima udienza sommatoria. La questione merita, come si vedrà, ulteriore approfondimento e sulla stessa si tornerà.

3. (Segue): la regolare instaurazione del contraddittorio

Senza potere entrare in questa sede più nello specifico dei singoli profili, appare evidente che nella fase iniziale dell'udienza sommatoria si debbano, per esempio, in caso di mancata costituzione di un convenuto o di un terzo chiamato, compiere tutte le ordinarie verifiche per verificare se si tratti di *default* volontario o dipendente da vizi nell'instaurazione del contraddittorio nei suoi confronti e predisporre i relativi rimedi⁹. Ove poi, all'esito, risulti che la man-

⁷ Così anche il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010.

⁸ DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1589; Protocollo del Tribunale di Roma, cit. Anche per ARIETA, *op. cit.*, p. 744, pure in questo ambito il giudice è tenuto a compiere le verifiche preliminari regolate dalle norme comuni.

⁹ In caso nullità del ricorso introduttivo (*rectius*, dell'atto “complesso” costituito dal ricorso e dal pedissequo decreto di fissazione dell'udienza”), è stata messa in dubbio la possibilità di applicare l'art. 164 c.p.c., che disciplina la nullità dell'atto di citazione: si osserva, infatti, che la stessa natura sommatoria del procedimento sarebbe incompatibile con i meccanismi di sanatoria previsti da tale norma: TISCINI,

Commento agli artt. 702 ss. c.p.c., in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 243: “Disciplinare la nullità dell’atto introduttivo nei termini dell’art. 164 c.p.c. significa ingessare severamente un sistema che dovrebbe improntarsi alla sommarietà”. Ma poiché la struttura degli atti introduttivi poco si discosta da quella ordinaria “l’operatività dell’art. 164 c.p.c. non è soluzione da bandire”; perplessità pure di GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 835. In realtà, anche in questo caso, non esistono ragioni normative o logiche che escludano di applicare la disciplina generale al procedimento speciale qui in esame nell’ottica di consentire la sanatoria di eventuali vizi di *editio actionis* o di *vocatio in ius* e garantire dunque la regolare instaurazione del contraddittorio: V. anche IANNI, *Il procedimento sommario di cognizione: problematiche applicative*, in *www.ilcaso.it*, p. 7; PORRECA, *Il processo sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 152; OLIVIERI, *op. cit.*, p. 730; CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 882; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 347 ss.; Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell’Osservatorio valore prassi di Verona; per l’analoga soluzione nel rito del lavoro v. di recente BOGHETICH, *L’udienza*, in *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani, Carinci, vol. IX, Padova, 2011, p. 179. Così pure VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 58; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 71 ss. A ben vedere, i meccanismi di sanatoria collegati alla costituzione del convenuto non implicano una “complicazione” dell’istruttoria, ovvero del parametro che il giudice deve applicare per decidere in merito al binario su cui instaurare il procedimento. Nulla, dunque, appare escludere l’operatività nel contesto che ci riguarda di tutti i meccanismi previsti dall’art. 164 c.p.c. (rinnovazione del ricorso in caso di rilievo d’ufficio della nullità ovvero differimento dell’udienza o integrazione dell’atto introduttivo in caso di costituzione del convenuto), tanto più se si ritiene, come mi sembra, che sia immanente nel sistema un principio di conservazione degli effetti utili degli atti processuali e di *favor* per la sanatoria di quelli posti in essere in modo non conforme al modello legale di volta in volta applicabile. Queste riflessioni sono state condivise dalla giurisprudenza, che ha applicato l’art. 164 c.p.c. per la sanatoria di un ricorso in cui mancava l’avvertimento al convenuto circa le decadenze collegate alla costituzione tardiva: nella fattispecie, dunque, il giudice ha disposto la fissazione di una nuova prima udienza sommaria nel rispetto dei termini previsti dalla legge: Trib. Taranto, 2 marzo 2010, cit. Anche Cass., 29 settembre 2015, n. 19345, in banca dati *iusexplorer*, senza prendere espressamente posizione sulla compatibilità tra rito sommario e art. 164 c.p.c., si occupa della sanatoria di un ricorso sommario mancante dell’avvertimento di cui all’art. 163, n. 7 c.p.c., affermando che la mancanza di tale requisito formale comporta, nel caso in cui il convenuto si sia costituito lamentando la mancanza dell’avvertimento stesso, non la rinnovazione dell’atto introduttivo, ma il semplice spostamento d’udienza ai sensi dell’art. 164 c.p.c., comma 3°, per consentire alla parte di perfezionare la propria difesa al riparo da possibili decadenze e preclusioni. Ove tale differimento sia attuato mediante la rinnovazione del ricorso e della sua notificazione, si sarebbe,

cata costituzione del convenuto o del terzo non dipenda da un vizio di notifica o di forma-contenuto del ricorso, la parte dovrà essere dichiarata contumace, in forza delle norme generali in materia.

In applicazione delle norme di cui agli artt. 182 e 102 c.p.c., inoltre, il giudice, nella prima udienza sommaria, dovrà prendere anche tutti i provvedimenti necessari e opportuni per regolarizzare la costituzione in giudizio delle parti¹⁰ o a integrare il contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari pretermessi¹¹ nonché compiere le verifiche circa la sussistenza delle condizioni generali di procedibilità e dei presupposti processuali specifici del rito in esame (per esempio, circa l'espletamento del tentativo obbligatorio di mediazione previsto dall'art. 5-bis del d. legisl. 28 del 2010, come introdotto dal d. l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto

invece, in presenza di un'attività processuale sovrabbondante (per l'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo), la cui irregolarità formale (nella specie, per essere stato notificato l'atto alle parti personalmente piuttosto che al loro difensore già costituito) non produrrebbe effetti invalidanti di sorta, in base al principio per cui utile per inutile non vitiatur. Come osserva PEPE, *Atti giuridici e principio di conservazione*, in *Amministrativamente* (www.amministrativamente.com), 2015, fasc. 1-2, p. 7: “La necessità di preservare l'efficacia giuridica degli atti compiuti permea di sé gli ordinamenti di ogni tempo e luogo, quale dato implicito di natura logica prima ancora che giuridica”. Tale “compatibilità” sembra fatta propria da parte della giurisprudenza: in un caso di ricorso nullo per mancanza dell'avvertimento ai sensi dell'art. 163, n. 7 c.p.c., per esempio, il Tribunale di Milano, pur senza menzionare l'art. 164 c.p.c., ha ritenuto che tale nullità fosse stata sanata dalla costituzione del convenuto: Trib. Milano, 11 luglio 2013, ord., in www.ilcaso.it. D'altro canto, tale soluzione è senz'altro preferibile rispetto a quella più estrema di ritenere improcedibile un giudizio instaurato con un ricorso inficiato da nullità. Da quanto precede, mi sembra ragionevole inferire che l'eventuale applicazione dei “rimedi” previsti dall'art. 164 c.p.c. non implichi l'automatica conversione di binario istruttorio. In materia v. anche ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, p. 236 ss.

¹⁰ ARIETA, *op. cit.*, p. 6; PORRECA, *op. cit.*, p. 223; Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 95.

¹¹ Anche tali adempimenti non appaiono di per sé incompatibili con la prosecuzione della causa sul binario dell'istruttoria sommaria. Il fatto che l'integrazione del contraddittorio nei confronti di eventuali litisconsorti pretermessi possa rendere più complessa la causa, costituisce in effetti, una mera eventualità, da verificare in concreto, alla luce della posizione assunta dai litisconsorti in questione (v. al riguardo il capitolo decimo).

2013, n. 98¹² ovvero della negoziazione assistita, ai sensi degli artt. 2 ss. del d. l. n. 132 del 2014, convertito in legge n. 162 del 2014¹³, la sussistenza della propria giurisdizione¹⁴ e competenza¹⁵).

¹² Per un'applicazione dell'art. 5, comma 1-*bis* del decreto legislativo n. 28 del 2010, come modificato dal decreto legge n. 69 del 2013, in un procedimento sommario in ambito condominiale v. Trib. Torino, 23 marzo 2015, ord., in www.101mediatori.it. In arg. TEDOLDI, *op. cit.*, 2016, p. 428.

¹³ Come già si è argomentato nel capitolo precedente, d'altro canto, il rinvio della prima udienza sommaria per verificare il soddisfacimento delle condizioni di procedibilità qui in esame non implica la necessità di dovere previamente disporre il mutamento del binario istruttorio: per una fattispecie, Trib. Torino, 23 marzo 2015, ord., in www.laleggepertutti.it.

¹⁴ Protocollo del Tribunale di Roma cit.; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1568; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 412.

¹⁵ Di quest'ultimo profilo si occupa espressamente l'art. 702-*ter*, comma 1°, c.p.c. La norma va letta insieme all'art. 38 c.p.c. che, dopo la riforma del 2009 (su cui rinvio al mio *Le riforme in materia di competenza nella legge n. 69/2009*, in *Giur. it.*, 2011, p. 213 ss.), onera il convenuto di sollevare ogni contestazione in merito alla competenza del giudice adito nella propria comparsa di costituzione tempestivamente depositata, attribuendo altresì al giudice il potere di rilevare d'ufficio, entro la prima udienza, la propria incompetenza per motivi di materia, valore e territorio nei casi di cui all'art. 28 c.p.c. L'art. 702-*ter* c.p.c. prevede la pronuncia del giudice per l'ipotesi in cui quest'ultimo si ritenga incompetente. In effetti, il legislatore si è preoccupato espressamente di tale ipotesi solo per le evidenti conseguenze che essa ha sul procedimento pendente (che dovrà essere chiuso in rito, con possibilità di riassunzione avanti al giudice indicato come competente in base alle norme generali). La norma, d'altro canto, non esplicita la possibilità per il giudice di emettere un'ordinanza "positiva" sulla sussistenza della propria competenza. L'omissione può giustificarsi con il rilievo che il giudizio potrebbe chiudersi con una sola udienza: in tal caso, il giudice con un unico provvedimento può prendere posizione sia sulla questione pregiudiziale della competenza che sul merito della domanda. Non si può, peraltro, escludere che il giudice possa comunque volere definire in via preliminare la questione, per eliminare un aspetto controverso *in limine litis* e procedere poi con l'istruttoria di causa (sommaria o non) previa fissazione di un'ulteriore apposita udienza successiva (v. anche capitolo quattordicesimo). In entrambi i casi, considerata la natura deformalizzata del procedimento, il giudice si potrà pronunciare sulla questione di competenza senza previamente richiedere alle parti di precisare le proprie conclusioni, come invece la Cassazione richiede in seno al procedimento ordinario: v. per esempio Cass., 30 ottobre 2013, n. 24509, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, per cui, ove nel procedimento davanti al giudice monocratico quest'ultimo esterni espressamente od implicitamente in un'ordinanza, senza aver provveduto agli adempimenti sopra indicati, un convincimento sulla competenza e dia provvedimenti sulla prosecuzione del giudizio, tale ordinanza non ha natura di decisione affermativa sulla competenza impugnabile ai sensi dell'art. 42 c.p.c., sicché il ricorso per regolamento di competenza avverso detto atto deve ritenersi inammissibile. Cass., 8 agosto 2014, n. 17841, ord., in banca dati *iusexplo*

Quello che più mi interessa evidenziare qui è che non vi è motivo per ritenere che, in sede di prima udienza sommatoria, per le verifiche che la legge gli assegna di compiere, il giudice possa adottare *standard* meno rigorosi di quelli ordinari¹⁶. La natura sommatoria del procedimento, infatti, di certo non può “allentare” il rigore formale in merito alla sussistenza dei presupposti del processo e alla regolare instaurazione del contraddittorio.

Tale osservazione porta a concludere, come già si è anticipato, che le attività compiute nella prima udienza sommatoria, in merito ai presupposti di procedibilità della domanda, non debbano essere “ripetute” o “rinnovate”, in caso di conversione del rito, all’udienza così fissata *ex art.* 183 c.p.c. Si tratterebbe, in effetti, di un inutile e ingiustificato dispendio di energie processuali e, sotto alcuni profili, implicherebbe una violazione del *ne bis in idem* (per esempio, in merito alle pronunce su giurisdizione e competenza).

4. *La verifica sui presupposti specifici del rito sommario*

Nella fase iniziale della prima udienza sommatoria, inoltre, come si è anticipato, si svolgono controlli tipici del rito speciale in esame.

In primo luogo, il comma 2° dell’art. 702-ter c.p.c., richiede, dopo le verifiche preliminari menzionate nel paragrafo precedente¹⁷, di accertare se il ricorso sommario non sia stato proposto fuori dai casi previsti dall’art. 702-bis c.p.c.

Un’interpretazione restrittiva di tale disposizione impone una verifica circa l’eventuale proposizione del ricorso sommario rispetto a una controversia riservata alla decisione collegiale.

rer, rileva che l’ordinanza cui allude l’art. 702-ter, comma 1° c.p.c. concerne tutte le specie di competenze. In materia, v. anche TEDOLDI, *op. cit.*, p. 417.

¹⁶ Nello stesso senso, con riferimento alla verifica sulla competenza, CATALDI, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷ Anche per RONCO, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell’incompetenza, dell’inammissibilità della domanda (e del mutamento di rito)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2109, la questione sull’ammissibilità della domanda “sommatoria” deve essere analizzata dopo quella sulla competenza, salva l’ipotesi di domanda proposta con rito sommario a un giudice di pace incompetente territorialmente, perché in questo caso la domanda stessa sarebbe in ogni caso inammissibile.

A tale eventualità, la norma dà, sul piano letterale, una soluzione di eccezionale (e ingiustificato) rigore, espressamente prevedendo una declaratoria di “inammissibilità della domanda”, a mezzo ordinanza.

Stando al dettato letterale della norma, in questa ipotesi, il legislatore avrebbe apparentemente inteso escludere la conversione del rito, preferendo un'immediata chiusura del giudizio. Tale soluzione è tanto più grave se si considera che il provvedimento del giudice è espressamente qualificato come non impugnabile¹⁸. In effetti, se si ritiene che il ricorrente non abbia un diritto al “rito” da lui scelto, risulta congruo escludere che l'ordinanza di inammissibilità possa essere soggetta ad alcuna forma di riesame, ma il risultato cui si perviene per questa strada solleva notevoli perplessità.

Risulta, invero, arduo comprendere il senso di tale rigore, se non con la volontà di prevenire utilizzi abusivi del procedimento sommario (v. *retro*). Resta il fatto che, alla base della violazione della riserva di collegialità, potrebbe porsi un semplice errore (causato, magari, da obiettive incertezze in merito ai confini tra la decisione monocratica e quella collegiale nel caso concreto). Sarebbe stato, quindi, ben possibile¹⁹ prevedere una soluzione “neutra” e non così sanzionatoria: ovvero la conversione del rito, la fissazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c., l'automatica rimessione in termini del convenuto e il salvataggio degli effetti sostanziali e processuali del ricorso inizialmente depositato.

Alcuni interpreti ritengono, in effetti, che la pronuncia di inammissibilità (inimpugnabile) sia una soluzione obbligata²⁰, osservando che, in ogni caso, la domanda sarebbe riproponibile, in ipotesi ancora sotto forma di ricorso “sommario”.

Tale soluzione non è però appagante.

È vero che l'errore di valutazione in merito alla riserva di collegialità sia normalmente da imputare al ricorrente (o, meglio, al suo difensore), che dunque avrà solo se stesso da biasimare. È altresì vero, però, che la decisione di inammissibilità potrebbe essere vizia-

¹⁸ LUIISO, *op. cit.*; BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 130.

¹⁹ V. pure le perplessità di VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 62.

²⁰ IANNI, *op. cit.*, p. 12; TISCINI, *op. cit.*, p. 251; GIORDANO, *op. cit.*, p. 842.

ta da un errore del giudice, di cui il ricorrente verrebbe a subire le conseguenze senza disporre di alcuno strumento di reazione.

In effetti, la possibilità di riproporre la domanda (a questo punto, prudenzialmente con le forme ordinarie, per evitare ulteriori incidenti di percorso) attenua le conseguenze di una decisione errata del giudicante e comunque appare in grado di fornire al ricorrente la tutela richiesta. La notifica del ricorso sommario, da questo punto di vista, avrebbe comunque prodotto almeno parte degli effetti sostanziali della domanda (*in primis*, la costituzione in mora del convenuto e l'interruzione del termine di prescrizione).

Dalla pronuncia di inammissibilità, però, derivano alcuni effetti negativi che è ingiusto porre a carico del ricorrente in ipotesi di errore, sia del giudice sia della stessa parte (fosse pure inescusabile). Anche in caso di errore della parte, infatti, mi sembra che l'interprete debba sforzarsi di trovare soluzioni che, ponendo rimedio agli sbagli eventualmente compiuti, evitino di trasformare il processo in un percorso a ostacoli, in cui si privilegi la chiusura in rito del processo rispetto alla sua decisione nel merito: soluzioni, in particolare, che consentano di preservare l'effetto utile degli atti processuali anche al costo di dare letture non letterali delle norme di riferimento.

Gli effetti negativi cui mi riferisco possono, per esempio, riguardare il decorso di un termine decadenziale, la perdita di efficacia della trascrizione del primo ricorso nelle ipotesi in cui tale forma di "pubblicità" sia prevista, la condanna alle spese erogata dal giudice a carico del ricorrente (soccumbente), il fatto di dovere sostenere nuovamente il pagamento del contributo unificato (oggi, di importo mediamente non modesto).

La questione appare ancora più complessa ove si consideri che:

a) se si ritiene che l'eccezione di collegialità sia proponibile in ogni stato del procedimento di primo grado, la pronuncia di inammissibilità potrebbe essere presa anche al termine dell'istruttoria, con conseguente dispersione dell'attività procedimentale svolta sino a quel momento²¹;

²¹ In questo senso PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 229; BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it, p. 5.

b) il rischio di inutile dispersione di attività processuale già svolta diventa massimo qualora si ritenga possibile che la questione sia posta per la prima volta in appello²².

Per quel che riguarda l'ipotesi *sub a)*, si può in primo luogo rilevare che la pronuncia di inammissibilità ha senso solo nel contesto procedimentale governato dall'art. 702-ter c.p.c. Un rilievo oltre la prima udienza, dunque, potrebbe in ipotesi avvenire solo qualora il giudice optasse per la prosecuzione del giudizio con le forme dell'istruzione sommaria. Una volta che la causa fosse passata al binario "non sommario", infatti, le disposizioni degli artt. 702-bis ss. c.p.c. non sarebbero più applicabili, essendo state rimpiazzate da quelle sul procedimento ordinario di cognizione²³. Nel corso dell'istruttoria "ordinaria", dunque, il giudice "monocratico" che si rendesse conto della natura collegiale della lite, potrebbe prendere i provvedimenti all'uopo previsti dal codice per garantire la decisione da parte del collegio, senza alcuna conseguenza traumatica sul procedimento sino a quel momento svoltosi²⁴. In caso poi di pronuncia della sentenza in violazione dell'art. 50-bis c.p.c., troverebbe applicazione l'art. 50-quater c.p.c., che esclude, in sede di impugnazione, il rilievo d'ufficio della riserva di collegialità. Poiché poi, dal rilievo di un vizio relativo alla composizione dell'organo giudicante non deriva comunque la rimessione della causa in primo grado ai sensi degli

²² Per LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., 2009, p. 114, non vi è alcun motivo per cui il difetto processuale abbia in appello un trattamento diverso da quello che avrebbe dovuto avere in primo grado. Per una fattispecie in cui si emette una pronuncia di inammissibilità in secondo grado (per errore nella scelta del rito), App. Lecce, 16 marzo 2011, n. 813/10.

²³ Così anche ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, p. 251.

²⁴ In senso sostanzialmente analogo, in effetti, si è espresso il Tribunale di Milano, in una fattispecie in cui, nella prima udienza sommaria, il giudice, rilevata la natura collegiale della lite, aveva disposto il mutamento del binario istruttorio, senza che nessuna delle parti avesse nulla da eccepire al riguardo. Il procedimento era così giunto all'udienza di precisazione delle conclusioni ed era stato rimesso al collegio per la decisione. A quel punto, il collegio stesso ha affermato che, in un caso del genere, la parte non possa più chiedere la declaratoria di nullità del provvedimento di rito, soprattutto non avendo dedotto le facoltà difensive che sarebbero state esercitate in mancanza della violazione processuale in oggetto: Trib. Milano, 19 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*.

artt. 353 e 354 c.p.c.²⁵, se ne desume che un eventuale appello non potrebbe fondarsi solo su tale motivo, dovendo essere comunque accompagnato da una richiesta di riesame nel merito della sentenza di primo grado.

Alla luce di quanto precede, il problema della declaratoria di inammissibilità in corso di causa può dunque porsi solo per le ipotesi in cui il procedimento continui con le forme dell'istruttoria non sommaria e con la fissazione di una o più udienze successive: la definizione del giudizio all'esito della prima udienza, infatti, comporterebbe il passaggio all'ipotesi *sub b*).

Ovviamente, la questione si pone solo nella misura in cui si ritenga che l'inammissibilità derivante dalla violazione della riserva di collegialità possa essere rilevata in ogni fase del procedimento di primo grado. Al riguardo, in effetti, si potrebbe argomentare che, dal mancato rilievo entro la prima udienza derivi la sanatoria dell'inammissibilità²⁶.

La lettera della norma, però, è intransigente e non sembra esservi spazio per ritenere che un'ipotesi di inammissibilità, qualora non tempestivamente rilevata, possa essere, per così dire sanata. D'altro canto, poiché il mancato rilievo in prima udienza non può comunque trasformare una competenza collegiale in monocratica, le conseguenze del rilievo tardivo non possono essere diverse da quelle espressamente previste per quello tempestivo.

Per quanto riguarda, poi, il trattamento della questione in appello (ipotesi *sub b*) *supra*), il problema interpretativo si pone se si ritiene che l'eccezione di inammissibilità non sia sottoposta a consumazione al termine della prima udienza sommatoria.

In tal caso, l'ordinanza "sommatoria" emessa dal giudice monocratico del Tribunale sarà appellabile per violazione della riserva di

²⁵ V. anche FRADEANI, *Sull'incompatibilità tra il nuovo procedimento sommario di cognizione e le controversie in materia di locazione e comodato*, in *Giur. it.*, 11, p. 397.

²⁶ MACAGNO, *Il processo sommario di cognizione. Brevi note*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3052, invero, sostiene che ove, al momento della decisione, il giudice monocratico si rendesse conto della violazione dell'art. 50-bis c.p.c., dovrebbe limitarsi a procedere ai sensi dell'art. 281-octies c.p.c.

collegialità, ai sensi dell'art. 50-*quater* c.p.c., in applicazione della regola generale posta dall'art. 161, comma 1° c.p.c.²⁷.

Per parte degli interpreti, in caso di rilievo di tale eccezione per la prima volta in appello, il giudice dell'impugnazione dovrebbe emettere un provvedimento di rigetto in rito della domanda *ab initio* inammissibile²⁸. Si afferma, infatti, al riguardo, che non vi sarebbe motivo per cui il difetto processuale abbia in appello un trattamento diverso da quello che avrebbe dovuto avere in primo grado²⁹.

Appare, però, preferibile una soluzione meno rigida e formalistica che consenta di sanare in qualche modo il procedimento sommario svoltosi in primo grado in violazione della riserva di collegialità. A questo proposito, ci si è posti il dubbio se la corte d'appello, rilevato il vizio, debba limitarsi ad annullare l'ordinanza e rimettere la causa in primo grado. A tale dubbio, peraltro, va senz'altro data risposta negativa, non essendo possibile inquadrare il vizio qui in esame in uno di quelli tassativamente previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c. Manca, peraltro, il fondamento logico sotteso alle ipotesi di rimessione della causa in primo grado, ovvero la lesione del diritto al contraddittorio e, in particolare, del principio del doppio grado di giurisdizione³⁰.

La maggioranza degli interpreti, dunque, per motivi di economia e di celerità³¹, ritiene che la corte d'appello, dopo avere annullato l'ordinanza e disposto la rinnovazione degli atti invalidi, debba decidere la controversia nel merito con sentenza³².

²⁷ V. anche TEDOLDI, *op. cit.*, p. 448. Sembra invece potersi escludere che la questione possa essere rilevata d'ufficio dal giudice d'appello, anche in mancanza di specifica impugnazione di parte: al riguardo, PORRECA, *op. cit.*, p. 234 ss., ritiene che la violazione della riserva di collegialità non costituisca una nullità assoluta ma una nullità a regime intermedio, sanabile solo se fatta valere, appunto, in appello, ai sensi dell'art. 161, comma 1° c.p.c.

²⁸ LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1568 ss.; FRADEANI, *op. cit.*, p. 397.

²⁹ LUISO, *op. cit.*, p. 1569.

³⁰ In questo senso anche PORRECA, *op. cit.*, p. 236; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 448.

³¹ TISCINI, *op. cit.*, p. 251; ARIETA, *op. cit.*, p. 746.

³² MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1033; VOLPINO, *op. cit.*, p. 63; GIORDANO, *op. cit.*, p. 842 ss.; TEDOLDI, *op. cit.*,

Altri ancora sostengono che, di per sé, la mancata rettificazione del rito potrebbe portare all'annullamento della decisione solo in caso di violazione delle norme sulla competenza, del principio del contraddittorio o dei diritti di difesa³³. In quest'ottica, si ritiene che il giudice d'appello, dopo avere disposto la conversione del rito, dovrebbe abilitare le parti all'esercizio dei poteri e facoltà precluse dal mancato rilievo del vizio conseguente alla scelta errata del rito stesso³⁴.

Tale ultima soluzione è senz'altro condivisibile, poiché quella più razionale e coerente con i principi generali. A questo risultato, peraltro, si arriva non solo invocando il principio di economia processuale, senz'altro violato sia nell'ipotesi di declaratoria di inammissibilità in appello, sia di “automatica” rinnovazione del procedimento previo annullamento dell'ordinanza impugnata. Appare, infatti, necessario confermare anche in questa sede la lettura “alternativa” del concetto di inammissibilità (se del caso, sotto forma di interpretazione costituzionalmente orientata della norma: v. *infra*) prospettata in questa sede. Senza nessuna automatica declaratoria di nullità della ordinanza di primo grado, la corte d'appello, se del caso avendo messo le parti in condizione di svolgere le attività che l'istruttoria sommaria non aveva consentito, dovrebbe comunque riesaminare la causa e deciderla nel merito, emettendo, in caso di accoglimento dell'impugnazione, un provvedimento sostitutivo rispetto a quello di primo grado.

p. 450; per ARIETA, *op. cit.*, p. 746, dopo l'annullamento della sentenza, dovrebbe avere luogo la rinnovazione atti compiuti dal giudice di primo grado e si dovrebbe pronunciare la decisione nel merito, per motivi di economia e per non attribuire al vizio la capacità di porre nel nulla l'esercizio dei poteri decisori da parte non soltanto del giudice di primo grado ma anche eventualmente da quello d'appello; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 108 ss.; per PORRECA, *op. cit.*, p. 236, peraltro, in una fattispecie di questo tipo, la nullità riguarderebbe solo il provvedimento del giudice e non gli atti che lo hanno preceduto.

³³ PORRECA, *op. cit.*, p. 234; su questi profili v. pure ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 253.

³⁴ CEA, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 143.

5. *Una lettura costituzionalmente orientata di “inammissibilità” in questo contesto*

Alla luce di quanto precede, emerge con evidenza la necessità di trovare, per via interpretativa, una soluzione che possa attenuare (l'invero inutile) rigore formale della disposizione qui in esame.

Al riguardo, ci si può muovere su due direttrici: individuare strumenti per il riesame dell'ordinanza di inammissibilità ovvero (e preferibilmente) dare della disposizione del comma 1° dell'art. 702-ter c.p.c. una lettura adeguata al dettato costituzionale, in termini di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale e di verifica della ragionevolezza dei requisiti processuali imposti dalla legge³⁵.

Per quanto, in particolare, riguarda la seconda prospettiva, si può tentare di leggere il termine “inammissibilità” utilizzato dall'art. 702-ter, comma 2° c.p.c., in senso atecnico e aletterale, come riferito alla impossibilità di proseguire il processo con la cadenze sommarie: a fronte del rilievo della “eccezione di collegialità”, dunque, il giudice non dovrebbe emettere un provvedimento di chiusura in rito del processo, ma piuttosto disporre la conversione del rito, dichiarando “inammissibile” quello sommario e passando al binario ordinario³⁶.

È vero che una simile lettura “estensiva” si scontra con un dato letterale molto preciso, che utilizza una nozione tecnica di ampio utilizzo nel processo proprio per esprimere l'impossibilità di portare avanti un procedimento (o una fase di giudizio) in mancanza di una sua condizione fondamentale³⁷. Fra l'altro, anche dal punto di vista sintattico, la pronuncia di inammissibilità è senz'altro riferita alla “domanda” e non al rito.

Ciò detto, resta comunque il problema di una norma che, dal punto di vista formale, sembra imporre una chiusura in rito del processo a fronte di un difetto che, nel contesto ordinario, non darebbe

³⁵ Anche per Trib. Milano, 19 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*, una chiusura in rito per difetto dell'unico presupposto specifico di ammissibilità sarebbe irragionevole per violazione dei parametri costituzionali posti dagli artt. 3, 24 e 111 Cost.

³⁶ Così CEA, *op. cit.*, p. 142.

³⁷ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 233.

luogo a particolari problemi, ma imporrebbe soltanto un adeguamento della composizione dell'organo decidente e, in appello, neppure potrebbe di per sé giustificare una revisione della decisione resa dal giudice monocratico. Se poi si cerca una *ratio* per giustificare questa disparità di trattamento, che porta a sanzionare in modo tanto severo un errore processuale in altri contesti ritenuto serenamente sanabile, non la si riesce a trovare se non nella volontà di scoraggiare un uso distorto del nuovo rito: ma anche su questo piano, non si comprende perché vizi formali ben più gravi (per esempio, la nullità dell'atto di citazione) siano suscettibili di “correzione”. Né si comprende perché, nel contesto della semplificazione dei riti di cui al decreto legislativo n. 150 del 2011, in caso di errore nella scelta tra i tre modelli procedimentali cui sono stati ricondotti i riti semplificati, sia prevista una semplice conversione del rito, senza mai parlare di “inammissibilità della domanda”.

Già ingiustificata come soluzione in caso di rilievo tempestivo del vizio, la chiusura in rito del procedimento diventa totalmente contraria all'economia processuale e pure al buon senso ove si ammetta il rilievo del vizio stesso in tutto il corso del procedimento di primo grado e anche in quello di appello, addirittura *ex officio*. Ci si trova di fronte, a ben vedere, a una soluzione del tutto irragionevole, che sacrifica numerosi principi processuali fondamentali tra cui, in alcune ipotesi, lo stesso diritto di azione, come nel caso della domanda dichiarata “inammissibile”, la cui riproposizione sia esclusa dal verificarsi di una decadenza.

Della norma qui esaminata, dunque, si impone una interpretazione costituzionalmente orientata, che porti a leggere, come già si è anticipato, il termine “inammissibilità” in modo “atecnico”, inteso non nel senso di implicare una chiusura in rito del processo bensì come impossibilità di utilizzare il rito sommario nei procedimenti riservati al collegio (e in questo senso, dunque, inammissibile), cui consegue la conversione del rito e l'applicazione delle norme ordinarie volte a garantire la decisione collegiale, in primo grado come in appello³⁸. Per tale strada, si persegue il risultato

³⁸ *Contra* ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 250, per cui “se la legge prevede l'inammissibilità della domanda giudiziale, la conversione del procedimento deve ritenersi

di garantire il rispetto delle norme in materia di distribuzione dei poteri decisori tra giudice monocratico e collegio, preservando l'effetto utile della domanda introduttiva e si salvaguardano i canoni di cui agli artt. 24 e 111 Cost., in particolare quello della strumentalità e di effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni sostanziali che devono essere volte a favorire decisioni sul merito anziché in rito, senza alcuna violazione dei diritti di difesa della controparte³⁹.

6. Ancora sull'errore nella scelta del rito: rilievo e conseguenze

I controlli "specifici" da compiere in prima udienza rispetto al rito in esame non sono ancora esauriti. Si deve, infatti, a questo punto riprendere un argomento di cui mi sono occupato nel Capitolo settimo, ovvero l'utilizzabilità del procedimento sommario in alternativa a riti speciali di applicazione esclusiva, o al rito "ordinario" utilizzato in contesti particolari, ovvero, ancora, le conseguenze dell'utilizzo del rito sommario avanti al giudice di pace per liti non sottoposte a tale modello procedimentale a seguito del decreto legislativo n. 150 del 2011⁴⁰.

Nel Capitolo settimo, sono giunto a dare risposta negativa ad alcune ipotesi di tale utilizzo (per esempio, rispetto alle controversie sottoposte al rito del lavoro/locatizio). Sul presupposto che tale risposta sia corretta, ci si deve a questo punto occupare del trattamento procedimentale della causa "erroneamente" proposta con il rito sommario in alternativa ad altri riti speciali.

esclusa e viceversa, per cui *tertium non datur*". Il rilievo non sembra cogliere nel segno, poiché la lettura costituzionalmente orientata della norma è proprio funzionale a scardinare la rigida applicazione del dato testuale che si ponga in contrasto con prevalenti principi costituzionali. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 432 ss., pur criticando la norma in senso analogo a quanto proposto nel testo, invoca un necessario intervento della Costituzionale.

³⁹ In questi termini, condivisibilmente, Trib. Milano, 20 marzo 2015, in *Foro it.*, 2015, I., c. 2949.

⁴⁰ Su questa ipotesi RONCO, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell'incompetenza, dell'inammissibilità della domanda (e del mutamento di rito)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2107.

Il problema deve essere affrontato e risolto in via preliminare in prima udienza, prima di decidere se procedere con l'istruttoria sommaria o non.

Il comma 2° dell'art. 702-ter c.p.c., peraltro, tace rispetto alla verifica qui in esame. L'interprete deve, dunque, trovare una soluzione in base ai principi generali.

La previsione della inammissibilità del ricorso in caso di violazione della riserva di collegialità e l'esplicito riferimento a una “conversione di rito” solo rispetto alla “quantità” dell'attività istruttoria da svolgere possono fare propendere per una soluzione rigida anche per il problema affrontato qui; in tale ottica, pure in ipotesi di errore nella scelta del rito il giudice dovrebbe dichiarare l'inammissibilità del ricorso.

In questo senso si orienta invero la posizione maggioritaria di dottrina e giurisprudenza, sul rilievo che l'art. 702-ter, comma 3° c.p.c. prevede il mutamento di rito solo nell'ipotesi espressamente disciplinata in cui le difese delle parti non richiedano un'istruzione non sommaria, mentre l'art. 702-ter, comma 2° c.p.c., per l'ipotesi in cui vi sia stata una errata scelta del rito, prevede la chiusura del processo con un provvedimento di inammissibilità⁴¹. Alcuni osservano che tale approccio rigoroso sarebbe commisurato all'esigenza

⁴¹ V. per esempio ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 505; ARIETA, *Il rito “semplificato” di cognizione*, in *www.judicium.it*, p. 3; FRADEANI, *op. cit.*, p. 397; MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 113; con riferimento a una controversia soggetta a rito speciale locatizio o a quello del lavoro erroneamente introdotta nelle forme del procedimento sommario di cognizione ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., a favore della inammissibilità e contro il mutamento del rito ai sensi dell'art. 426 c.p.c. v. Trib. Modena, 17 gennaio 2013, in *Giurisprudenza locale - Modena 2013*; Trib. Modena, 18 gennaio 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, I, c. 1015; Trib. Torino, 29 agosto 2014, ord., in *www.giuraemilia.it*; App. Lecce, 16 marzo 2011, n. 813/10, pronuncia l'inammissibilità in grado di appello, giungendo a conclusioni opposte a quelle del giudice di primo grado in merito all'utilizzo del procedimento sommario in alternativa al rito del lavoro. Sul punto v. anche Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1246 e in *Giur. it.*, 2012, p. 388 con nota adesiva, sul punto, di BECHIS, *ivi*, p. 391 ss., che peraltro, *obiter*, ritiene opportuno valutare “una interpretazione estensiva del criterio della complessità della controversia”, in modo da non giungere a una declaratoria secca di inammissibilità ma a un provvedimento di trasformazione del rito che incardini la causa negli esatti binari, evitando le conseguenze pratiche più aberranti”.

di evitare un abuso del processo sommario ovvero a quella di responsabilizzare l'attore nella scelta del rito⁴². Altri ritengono che il mutamento del rito possa essere ammesso unicamente in ipotesi in cui il fenomeno sia espressamente previsto dalla legge, escludendo l'applicazione analogica di una disposizione speciale in materia "quale deve ritenersi quella dettata dal procedimento sommario di cognizione in tema di mutamento del rito"⁴³.

Anche in questo caso, peraltro, ritengo che la strada da seguire sia un'altra.

In effetti, il comma 2° dell'art. 702-ter c.p.c. prospetta l'inammissibilità della domanda che "non rientra tra quelle indicate nell'articolo 702-bis". Quest'ultimo, dal canto suo, al comma 1°, fa riferimento alle sole cause "in cui il tribunale giudica in composizione monocratica".

Ove si ritenga che, per questa ipotesi, si prospetti una inammissibilità in senso proprio (ma v. *supra*), essa potrebbe essere in qualche modo giustificata con la volontà del legislatore di preservare l'integrità della decisione collegiale nelle cause in cui la stessa è prevista. Ma, in ogni caso, tale (non condivisibile) logica non appare consequenzialmente estendibile anche alla diversa ipotesi delle cause, rimesse alla decisione monocratica, ma sottoposte a riti diversi da quello ordinario ovvero a varianti particolari di tale modello procedimentale.

In effetti, rispetto a queste ipotesi, l'inammissibilità non solo non è prospettata dalla legge ma, soprattutto, sul piano dell'interpretazione, sfugge a qualsiasi giustificazione razionale che non sia da riferire a un mero intento sanzionatorio-punitivo, in realtà fine a se stesso e del tutto incompatibile con una prospettiva che vede la tutela giurisdizionale dei diritti come un "servizio" esercitato dallo Stato a favore della collettività⁴⁴.

⁴² RONCO, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell'incompetenza, dell'inammissibilità della domanda (e del mutamento di rito)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2107.

⁴³ Trib. Modena, 25 febbraio 2013, ord., in www.giuraemilia.it.

⁴⁴ In senso analogo, PORRECA, *op. cit.*, p. 130, per cui la chiusura in rito del procedimento sommario di cognizione avviato in fattispecie sostanziali estranee al suo raggio applicativo non risponde ad alcuna logica ricostruttiva costituzionalmente sostenibile.

Anche in questo caso, inoltre, la soluzione proposta dalla maggioranza degli interpreti si pone in violazione dei canoni dell'economia processuale⁴⁵, senza alcuna apprezzabile giustificazione.

Ritenerla una soluzione per evitare l'abuso del processo sommario, d'altronde, implica un intrinseco giudizio di valore negativo sul rito in questione, non giustificato né sul piano teorico né su quello dell'esperienza pratica. Non si comprende, in effetti, perché solo in questa ipotesi di errore o di scelta poco ponderata di rito si debba essere così severi, considerato che, con un'oculata applicazione delle norme, la scelta del rito sommario, anche in caso di cambio di binario istruttorio, può non dilatare i tempi del processo ed essere comunque utile per focalizzare i punti controversi e le necessità istruttorie sin dal momento iniziale del processo.

Né si può condividere il rilievo per cui, in questo modo, si penalizzerebbe una scelta strategica che avrebbe dovuto essere più attenta e che suonerebbe avventatamente tesa a una rapidità processuale che il legislatore non riconosce meritevole di tutela⁴⁶. In fondo, qualsiasi "errore" processuale potrebbe essere evitato con una scelta più ponderata; d'altro canto, l'ordinamento processuale esprime una tendenza a sanare gli errori piuttosto che limitarsi a trarne conseguenze demolitrici sul procedimento in corso. Quanto alla meritevolezza di tutela della rapidità processuale, basta porre mente all'art. 111 Cost. e al valore sistemico dato alla celerità nello smaltimento dei giudizi in tutti gli interventi normativi degli ultimi anni in ambito processuale per convincersi che, in effetti, lo snello svolgimento del procedimento costituisce di per sé un valore nel prisma del giusto processo. Appare, quindi, paradossale considerare un disvalore "l'appetito di velocità"⁴⁷, meritevole addirittura di una sanzione sconosciuta per altre ipotesi analoghe.

A fortiori, dunque, si deve cercare di evitare di parlare anche a questo riguardo di "inammissibilità della domanda", ipotesi non espressamente menzionata dalla norma e realisticamente neppure tenuta in considerazione dal troppo frettoloso legislatore⁴⁸.

⁴⁵ Trib. Mantova, 7 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁶ RONCO, *op. cit.*, p. 2108.

⁴⁷ Così RONCO, *op. cit.*, p. 2108.

⁴⁸ Anche per PORRECA, *op. cit.*, p. 130, l'art. 702-ter, comma 2° c.p.c. si riferisce solo ai casi espressamente normati in tale articolo.

Un supporto alla tesi qui prospettata, in effetti, sembra provenire anche da una sentenza della Cassazione⁴⁹ la quale, nel decidere un regolamento di competenza, senza occuparsi *ex professo* della questione qui esaminata, ha comunque affermato che l'ipotesi di cui all'art. 702-ter, comma 2° c.p.c. (ovvero la pronuncia dell'inammissibilità per le domande non rientranti nell'art. 702-bis c.p.c.) va ristretta al solo caso in cui, pur sussistendo la competenza del tribunale per territorio e per materia o valore, tuttavia, si tratti di controversia per cui il tribunale dovrebbe decidere a composizione collegiale: essa, invece, non riguarda le ipotesi di incompetenza a favore di organi giudiziaria diversi dal tribunale. Una tale lettura sembra estendibile *a fortiori* al tema che stiamo esaminando in queste pagine e che non concerne la competenza.

Una lettura in chiave restrittiva del comma 2° dell'art. 702-bis c.p.c. si giustifica pure in un'ottica costituzionalmente orientata del procedimento qui in esame, in particolare per quanto attiene l'effettività del diritto di azione, la garanzia della ragionevole durata del processo (che dovrebbe limitare interpretazioni volte alla chiusura in rito del procedimento ogni volta in cui tale decisione non precluda la riproposizione *ex novo* della medesima azione), la ragionevolezza della normativa procedimentale.

Da questo punto di vista, propendere per l'inammissibilità del ricorso sommario, si presta a essere:

- inutile sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti, lasciando aperto il terreno alla riproposizione della medesima domanda con una semplice rettifica del modello processuale utilizzato;
- foriero di conseguenze inutilmente gravose per il ricorrente il quale, magari peccando di ingenuità o eccessivo entusiasmo, abbia voluto sfruttare le potenzialità acceleratorie del nuovo procedimento in una situazione non espressamente prevista (ma neppure positivamente esclusa), in un contesto giurisprudenziale tutt'altro che univoco. Oltre agli aspetti più sopra esaminati con riferimento alla violazione della riserva di collegialità, si deve qui fare riferimento al triste destino cui sarebbe soggetta un'opposizione a decreto

⁴⁹ Cass., 8 agosto 2014, n. 17841, ord., in banca dati *iusexplorer*. V. anche Cass., 11 novembre 2011, n. 23691; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 248.

ingiuntivo proposta con le forme del procedimento sommario, in caso di declaratoria di inammissibilità del relativo ricorso. In base ai principi generali, infatti, al debitore opponente sarebbe preclusa la possibilità di chiedere in separata sede il vaglio dell'ingiunzione emessa nei suoi confronti, ormai coperta dall'incontrovertibilità, ai sensi dell'art. 647 c.p.c.⁵⁰.

D'altra parte, come si è già anticipato, una sanzione così rigida per l'errore nella scelta del rito in questo contesto rimarrebbe un esempio isolato nel nostro ordinamento, in cui il legislatore tende a prevedere strumenti per ricondurre un procedimento introdotto in modo irrituale all'interno del corretto alveo processuale.

Anche in questo caso, inoltre, si registrerebbe una incompatibilità rispetto alla soluzione raggiunta nel decreto legislativo n. 150 del 2011 sulla semplificazione dei riti ove, in caso di promozione del giudizio con forme diverse da quelle ivi previste, si configura un semplice mutamento di rito⁵¹.

Appare dunque preferibile (e senz'altro non esclusa sul piano letterale o teleologico) una soluzione diversa rispetto a quella dell'inammissibilità. In particolare, chi scrive ritiene che il giudice, alla prima udienza sommatoria, rilevata l'incompatibilità del nuovo procedimento con il rito cui la causa sarebbe normalmente sottoposta, debba limitarsi a disporre la conversione del rito stesso⁵².

Tale conversione, di norma, prevedrà la fissazione di un'udienza *ex artt.* 183 o 420 c.p.c., nonché di eventuali termini intermedi per la "regolarizzazione" degli atti e l'integrazione delle difese sino a

⁵⁰ Anche Trib. Mantova, 7 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*, predilige un'opzione interpretativa idonea a conservare gli effetti della domanda già proposta dai ricorrenti.

⁵¹ Su questi profili v. anche CATALDI, *op. cit.*, p. 48 ss.

⁵² Così pure DITTRICH, *op. cit.*, p. 1586; DALFINO, *Sull'inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 396; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 248; Protocollo del Tribunale di Roma, cit. che, appunto, in ipotesi di questo tipo, si esprime a favore di una conversione del rito, con fissazione dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c. (o, vi è da ritenere, l'equivalente funzionale di tale udienza nel procedimento di riferimento nel caso specifico). Cfr. anche ACIERNO, *op. cit.*, p. 510. Anche Trib. Catanzaro, 16 novembre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2455, esclude la declaratoria di inammissibilità in questo contesto. V. pure COSTABILE, *Le ricadute sul giudizio di appello della ritenuta compatibilità tra il procedimento sommario di cognizione e le controversie locatizie*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2136.

quel momento svolte dalle parti, in ossequio alla previsione del rito di riferimento⁵³.

In particolare, rispetto alla conversione dal rito sommario in quello del lavoro/locatizio si ritiene applicabile l'art. 426 c.p.c., con la concessione di termine perentorio per integrare le memorie difensive⁵⁴.

Si è sostenuto che, in mancanza di norma espressa sulla conversione del rito e nell'impossibilità di dare un'interpretazione analogica delle norme processuali, alla decisione del giudice in merito all'errore nella scelta del rito, dovrebbe seguire la riassunzione della causa⁵⁵. Tale soluzione ha il merito di fare salvi gli effetti sostanziali e processuali del ricorso inizialmente depositato⁵⁶, ma appare inutilmente macchinosa. Nulla, infatti, sembra escludere la conversione del rito e la prosecuzione del procedimento senza necessità ulteriori atti di impulso e senza soluzione di continuità.

7. *Attività preliminari alla decisione sul binario istruttorio, tra chiarimenti richiesti dal giudice e poteri di allegazione e produzione delle parti*

Come si è ampiamente argomentato nei paragrafi precedenti, l'art. 702-ter, comma 1° c.p.c. disciplina espressamente solo un nocciolo "minimo" di attività che il giudice deve compiere alla prima udienza sommaria, cui si aggiungono le ulteriori verifiche di cui si è

⁵³ Per una fattispecie v. Trib. Mantova, 7 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*.

⁵⁴ PORRECA, *op. cit.*, p. 130 ss.; Trib. Torre Annunziata-Torre del Greco, 10 febbraio 2010, ord., in *Foro it.* 2010, I, c. 1958; Trib. Teramo, 1° dicembre 2010, ord., banca dati *Dejure*; *contra* FRADEANI, *op. cit.*, p. 397, per cui sarebbe improprio sostenere l'incompatibilità tra il nuovo rito e le controversie regolate dal processo del lavoro, ma al contempo applicare, in seno al primo procedimento una norma del secondo. Per una diversa posizione v. Trib. Latina, 3 marzo 2011, ord., banca dati *Dejure*, che converte il rito *ex artt.* 427 e 447-bis c.p.c. ma non concede termine per l'integrazione degli atti introduttivi "attesa la necessaria completezza in punto di domande e richieste istruttorie delle parti degli atti introduttivi del parimenti speciale procedimento sommario di cognizione".

⁵⁵ V. PORRECA, *op. cit.*, p. 108 ss. per cui non sarebbe configurabile la fissazione diretta dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c.; v. anche p. 122 ss.

⁵⁶ V. PORRECA, *op. cit.*, p. 129.

cercato sin qui di dare conto. Anche il comma 3° della norma ha un contenuto per così dire “minimal”, per quello che dice e quello che lascia non detto.

La disposizione in esame, in effetti, va a toccare il cuore di questa fase preliminare della prima udienza, ovvero la decisione in merito al tipo di istruttoria richiesta dalla causa. In particolare, essa prevede che, qualora il giudice ritenga che le difese svolte dalle parti richiedano un’istruttoria non sommatoria, egli debba fissare, con ordinanza non impugnabile l’udienza di cui all’art. 183 c.p.c.

Viene qui in rilievo, dunque, il presupposto fondamentale di utilizzazione del procedimento in esame, ovvero la possibilità di emettere la decisione sulla base di una istruttoria sommatoria: sul punto, si rinvia all’analisi compiuta nel Capitolo decimo.

In questa sede, ci si deve chiedere, in primo luogo, quali attività debbano precedere la decisione del giudice sulla natura dell’istruttoria.

In base alla norma qui in esame, la valutazione del giudice è parametrata alle difese delle parti.

Salvo compiere maggiori approfondimenti sul punto (v. Capitolo decimo), qui si deve evidenziare come all’udienza sommatoria le parti possano ancora esercitare il loro potere di allegazione e di produzione documentale, senza alcuna preclusione. Ciò implica che, prima di decidere sulle modalità di prosecuzione dell’istruttoria, il giudice debba sollecitare il contraddittorio tra le parti in modo senz’altro più intenso rispetto ai poteri che l’art. 183 c.p.c. gli riconosce nel procedimento ordinario.

Egli, dunque, dovrà sollevare le eccezioni e le questioni rilevabili d’ufficio, chiedere i chiarimenti necessari alle parti nonché prendere posizione sulle reciproche linee difensive, cercando di verificare quali fatti siano ammessi o non contestati e quali altri, invece, richiedano di essere accertati. Nell’esercizio di tali poteri, inoltre, il giudice potrà chiedere alle parti di formalizzare le rispettive richieste istruttorie (sul punto, v. *infra*).

La dottrina si è interrogata circa la possibilità per l’attore di proporre, in questa sede, nuove domande o eccezioni che dipendano dalle difese del convenuto ovvero, alla medesima condizione, di chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo.

A me sembra non solo che tali attività possano ma addirittura che esse debbano essere esperite in questa prima udienza sommaria: udienza che, sul piano del c.d. *ius corrigendi* dell'attore, rappresenta l'equivalente funzionale della prima udienza disciplinata dall'art. 183 c.p.c.⁵⁷.

Alla prima udienza, inoltre, le parti possono (ancora) contestare i fatti, ai sensi dell'art. 115 c.p.c.⁵⁸.

Ciò detto, ci si chiede se sia compatibile con il procedimento sommario la concessione da parte del giudice di un termine alle parti per la formalizzazione delle proprie richieste istruttorie ovvero per modificare o precisare le pretese, le eccezioni e le difese sino a quel momento proposte.

Alcuni escludono tale opzione, ritenendola incompatibile con il modello concentrato del procedimento sommario. La prassi sembra essere più possibilista⁵⁹ ma anche in giurisprudenza si evidenzia che, dalla necessità di formulare prove contrarie rispetto a quelle formulate dal resistente, derivi l'opportunità di disporre il mutamento di binario procedurale⁶⁰.

Al riguardo, si deve, a mio parere, evidenziare che nulla, nella legge, richiede o impone che il procedimento sommario, ove non sia disposto il mutamento di binario istruttorio, si risolva in un'unica udienza; la fissazione di un numero limitato di udienza successive (e

⁵⁷ Favorevole alla collocazione della *reconventio reconventionis* nel contesto sommario anche TISCINI, *Modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016, p. 373, anche se l'a. ritiene che il ricorrente, a seguito della decisione del giudice di ritenere che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruttoria non sommaria, potrebbe comunque introdurre *nova* in conseguenza delle difese del convenuto attraverso lo svolgimento delle attività dell'art. 183, comma 5° c.p.c. in sede ordinaria. Si tratta di una tesi a mio avviso non condivisibile, per le ragioni esposte nel testo.

⁵⁸ DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, p. 273.

⁵⁹ Per il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, sarebbe compatibile la concessione di un breve termine per il deposito di memoria per formulare richieste istruttorie, ma incompatibile l'assegnazione di termini per il deposito di più memorie, per evitare di fare del sommario la brutta copia dell'ordinario.

⁶⁰ Trib. Bologna, 29 ottobre 2009, ord., in *Foro it.*, 2010, I, c. 1648, nel convertire il rito osserva che il ricorrente deve essere posto nelle condizioni di poter indicare eventuali prove contrarie (rispetto ai capitoli del resistente).

possibilmente ravvicinate tra loro) è in effetti ritenuta compatibile con il modello procedimentale qui in esame⁶¹.

In ogni caso, un termine deve essere necessariamente concesso alle parti per prendere posizione rispetto a una questione eventualmente rilevata d'ufficio, ai sensi del riformato art. 101 c.p.c. Questo rilievo permette di generalizzare il principio per cui un termine può pure essere concesso in altre ipotesi, purché si garantisca la concentrazione dei tempi e il carattere succinto degli scritti difensivi delle parti.

Nulla, inoltre, impone al giudice di pronunciarsi, in merito alle modalità di prosecuzione dell'istruttoria, direttamente in udienza, ben potendo riservarsi di decidere al riguardo dopo avere consentito alle parti lo scambio di (breve) difese integrative, per meglio rielaborare le argomentazioni presentate nella discussione orale.

8. *La decisione sul binario istruttorio: introduzione*

Qualora, dall'esame delle difese delle parti, il giudice si convinca che la causa richieda un'istruttoria non sommaria, in base al disposto di legge, deve fissare, con ordinanza non impugnabile l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

In sostanza, in questa ipotesi, il procedimento dismette i panni del rito sommario e indossa quelli tradizionali del processo ordinario, regolato dalle disposizioni del secondo libro del codice di rito.

Al riguardo, la maggioranza degli interpreti utilizza il termine "conversione", ancorché, per alcuni, si possa trattare di una conversione "implicita"⁶². Alcuni⁶³, peraltro, osservano che, nella fattispecie, è improprio parlare di conversione del rito. In effetti, come già si

⁶¹ Nel verbale riunione dei Presidenti delle Sezioni civili del Tribunale di Milano del 14 gennaio 2010, si propone l'individuazione di un'udienza dedicata, in cui sia possibile trattare compiutamente la causa, eventualmente provvedere sull'istruttoria e, ove non vi sia necessità di istruttoria, anche alla decisione.

⁶² V. le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena.

⁶³ PORRECA, *op. cit.*, p. 135, per cui il passaggio alla cognizione ordinaria è una semplice evoluzione nell'ambito delle dinamiche di una sequenza unitaria che prevede questa variabile.

è visto, qui il giudice non rettifica un errore nella scelta del modello procedimentale, ma si limita a instradare la causa lungo uno dei due tracciati comunque previsti dalla normativa. A ben guardare, dunque, in questo ambito, si può parlare di “conversione” solo in senso atecnico, nel senso di cambiamento di binario istruttorio rispetto a quello “proposto” dal ricorrente⁶⁴.

Ove si ritenga compatibile l'utilizzo del rito sommario per introdurre cause di lavoro o locatizie, il disposto dell'art. 702-ter, comma 3° c.p.c. dovrà chiaramente essere adattato. In tale contesto, infatti, l'udienza da fissare sarà quella dell'art. 420 c.p.c. e, prima di tale appuntamento, il giudice dovrà fissare alle parti un termine per l'integrazione degli atti (in sostanza, per formalizzare a pena di decadenza le rispettive richieste istruttorie), come previsto dall'art. 426 c.p.c. (v. anche *retro*).

L'ordinanza con cui il giudice dispone il passaggio al rito ordinario è espressamente definita non impugnabile: essa, quindi, non è né revocabile né modificabile nel prosieguo del giudizio⁶⁵.

In altre parole, la valutazione del giudice in merito alla complessità dell'istruttoria non è soggetta ad alcuna forma di controllo⁶⁶ ed è irreversibile⁶⁷, escludendosi, in particolare, la possibilità di proporre contro il relativo provvedimento ricorso in Cassazione *ex art.* 111, comma 7° Cost.⁶⁸.

Sembrerebbe che, a questo riguardo, il legislatore abbia attribuito al giudice una discrezionalità incontrollata. La questione merita però di essere approfondita: sul punto, dunque, si rinvia all'analisi compiuta nel Capitolo dodicesimo.

9. Le preclusioni

Nel paragrafo settimo si è accennato al fatto che, in sede di prima udienza, le parti possano ancora formulare deduzioni, allega-

⁶⁴ BASILICO, *Rapporti con il processo di cognizione ordinaria*, in *Giur. it.*, 2010, p. 734, si esprime in termine di mutamento di rito.

⁶⁵ Conf. DITTRICH, *op. cit.*, p. 1589; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁶ LUIISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., 2009, p. 115.

⁶⁷ MENCHINI, *op. cit.*, p. 1030.

⁶⁸ DITTRICH, *op. cit.*, p. 1589; PORRECA, *op. cit.*, 352.

zioni e produzioni, senza preclusioni. È giunto quindi il momento di affrontare espressamente la questione relativa ai limiti temporali cui sono soggette le attività difensive delle parti nel modello procedimentale qui in esame.

Si tratta, in effetti, di un aspetto che pone qualche problema ricostruttivo.

Invero, come si è visto, con riferimento agli atti iniziali di attore e convenuto, vengono applicate, con qualche adattamento, le regole e le scansioni del procedimento ordinario di cognizione.

È vero che, per quanto riguarda il convenuto, rispetto alla comparsa di risposta nel modello ordinario, si riscontra qui una limitazione alla possibilità di chiamare in causa un terzo, ma si tratta di questione che non attiene, in senso stretto, alle barriere preclusive quanto alla vera e propria inammissibilità della chiamata del terzo, fuori dalle ipotesi di chiamata in garanzia (v. Capitolo decimo).

Il legislatore ha peraltro ommesso di chiarire se la fase processuale successiva, in particolare in caso di mantenimento del binario sommario, sia governata da decadenze o non. Con particolare riferimento alle deduzioni istruttorie e allo *ius corrigendi*, si pone quindi il dubbio se tali attività siano o meno assoggettate a termini preclusivi⁶⁹.

L'art. 702-bis c.p.c., invero, non richiede che ricorso e comparsa di risposta contengano, a pena di decadenza, l'indicazione completa delle rispettive richieste istruttorie di attore e convenuto.

Nel silenzio del legislatore in merito alle attività delle parti nell'ambito della prima udienza istruttoria, gli interpreti si sono divisi.

Per alcuni, in mancanza di esplicita previsione normativa, non vengono qui in rilievo barriere preclusive di sorta⁷⁰. La maggioranza degli interpreti, però, ha raggiunto una posizione opposta, favorevole a ritenere che, superato un determinato momento nell'ambito

⁶⁹ TEDOLDI, *op. cit.*, p.457 evidenzia l'incongruenza di questa lacuna, anche in considerazioni dei termini preclusivi espressamente previsti dall'art. 183-bis c.p.c.

⁷⁰ TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, cit., p. 241, ritiene insolito che un procedimento sommario sia fondato su un regime rigido di preclusioni destinate a maturare nei primi atti difensivi di parte.

del rito sommario, alle parti non sia possibile formulare ulteriori richieste o depositare nuovi documenti⁷¹.

In questo senso si è espressa anche la Cassazione, la quale ha rilevato che come nel rito ordinario, anche nel rito sommario non è prevista nessuna immediata decadenza per la mancata indicazione dei mezzi di prova negli atti introduttivi del giudizio. Piuttosto, si deve argomentare sul piano logico che una compiuta articolazione probatoria, operata già in sede di ricorso e di comparsa di risposta occorra perché il giudice possa consapevolmente adoperare in udienza l'eventuale potere di conversione del rito. Tale scansione porta la Corte a individuare proprio nella pronuncia dell'ordinanza sulla scelta di binario istruttorio la barriera processuale che impedisce alle parti la formulazione di nuove richieste istruttorie⁷².

Come si è visto, alla prima udienza sommaria, dopo alcune verifiche preliminari, il giudice deve compiere la fondamentale decisione in merito al binario su cui avviare l'istruzione della causa. Il fatto che, a seguito di tale decisione, il procedimento possa essere proseguito con le forme dell'istruzione ordinaria non deve far perdere di vista che la prima udienza sommaria è, a tutti gli effetti, la prima udienza del procedimento e che dunque in questa sede debbono essere compiute tutte le attività di allegazione previste con riferimento a tale udienza e compatibili con il modello in esame.

Ciò vuol dire che, come già si è anticipato, la barriera preclusiva prevista dall'art. 183 c.p.c. con riferimento alla prima udienza "ordinaria", vada riferita, nella fase (ancora) sommaria del procedimento iniziato *ex art. 702-bis* c.p.c., appunto alla prima udienza "sommaria".

Il riferimento, ovviamente, è alla possibilità per il ricorrente di formulare eventuali nuove domande o eccezioni la cui proposi-

⁷¹ OLIVIERI, *op. cit.*, p. 731, per il quale anche questo procedimento è retto dal sistema delle preclusioni, da ritenersi oggi principio fondamentale, in funzione della ragionevole durata del processo. Per Trib. Milano, 11 luglio 2013, ord., in *www.ilcaso.it*, le parti hanno l'onere di dedurre negli atti di costituzione tutte le istanze istruttorie che ritengono di formulare ai sensi dell'art. 2697 c.c.

⁷² Cass., 18 dicembre 2015, n. 25547, in *La nuova proc. civ.*, 2016, fasc. 5, che estende tale principio ai procedimenti governati dal rito sommario ai sensi del decreto legislativo n. 150 del 2011.

zione “dipenda” dalle difese del convenuto ovvero di chiedere, alle medesime condizioni, di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo.

Come si argomenta meglio nel capitolo decimo, la proposizione di tali nuove domande ed eccezioni è certamente compatibile con il modello sommario, salva verifica del relativo impatto sulla possibilità di istruire la causa, nel suo complesso o almeno parzialmente, in modo sommario.

Da quanto precede, derivano alcune conseguenze: in primo luogo, l'esercizio dello *ius corrigendi* dell'attore in prima udienza rappresenta una facoltà ma anche un onere. La decisione del giudice di trattenere il procedimento sul binario sommario porta a negare che, successivamente, a tale decisione, l'attore possa ampliare il *thema decidendum*. Per converso, una volta mutato il binario istruttorio, (anche) in considerazione dei nuovi elementi introdotti in prima udienza sommaria, la decisione sul mutamento di rito presuppone che si sia cristallizzato il *thema probandum* e, quindi, a monte il *thema decidendum*.

A fronte di tale compatibilità, si deve ritenere che la relativa barriera preclusiva sia fissata appunto con riferimento alla prima udienza sommaria (piuttosto che alla – eventuale – successiva udienza *ex art. 183 c.p.c.*, fissata in caso di mutamento di rito).

Alla prima udienza sommaria, inoltre, come si è visto, le parti potranno, senza alcuna preclusione, precisare e modificare le proprie pretese, difese ed eccezioni. Considerata la natura del procedimento sommario, peraltro, in giurisprudenza si è configurato in capo alle parti un vero e proprio onere di sollevare ogni propria contestazione circa le pretese e le difese avversarie appunto entro la prima udienza⁷⁵.

I problemi principali si pongono rispetto alle richieste istruttorie.

⁷⁵ Trib. Tivoli, 4 novembre 2010, ord., banca data *Dejure*, per cui il procedimento, seppure deformalizzato nell'istruttoria, è retto da un principio di preclusione. L'attore, dunque, deve sollevare domande e eccezioni contro la difesa del convenuto entro la prima udienza (nella specie, veniva in rilievo una eccezione di prescrizione rispetto alla domanda riconvenzionale).

Come si è visto, i primi atti difensivi delle parti non devono contenere tutte le rispettive richieste di prova o produzioni documentali delle parti.

Parte della dottrina ha criticato tale opzione, osservando che la conseguente possibilità per le parti di proporre le istanze istruttorie in udienza per la prima volta appare singolare, rispetto al modello creato dal legislatore e avendo in mente il modello del processo del lavoro⁷⁴.

Al riguardo, si può osservare che il legislatore ha cercato di evitare di eccedere nella comprensione dei termini per le attività difensive, per non creare ulteriori ostilità rispetto al nuovo modello. Almeno per prudenza, come si è visto nel Capitolo ottavo, è peraltro opportuno che gli atti introduttivi siano completi anche su questo fronte⁷⁵.

Alla prima udienza sommaria, dunque, tutte le parti possono senza alcun limite depositare nuovi documenti e formulare nuove richieste di ammissione di prove costituende⁷⁶.

Nell'ottica di garantire il rispetto del principio del contraddittorio, come si è visto, va anche riconosciuta la possibilità per le parti di ottenere un (breve) termine⁷⁷, per formulare richieste di prova contrarie o a riprova rispetto a quelle avanzate dalla controparte per la prima volta in udienza ovvero per precisare le proprie allegazioni e difese, in ragione di quanto è dedotto dalla controparte in udienza⁷⁸.

⁷⁴ CHIARLONI, *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 720.

⁷⁵ Il Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010, prospetta la necessità di formulare le istanze istruttorie negli atti introduttivi che dovranno perciò contenere una chiara, completa e definitiva indicazione delle predette istanze. Per maggiore univocità, inoltre, si consiglia di evitare il riferimento ai punti della narrativa degli atti difensivi, con mera premessa della formula "vero che".

⁷⁶ V. anche FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 809; CATALDI, *op. cit.*, p. 67. Trib. Busto Arsizio, 8 febbraio 2010, ord., in *www.lexform.it*, menziona il fatto che la carenza probatoria del ricorso non è stata sanata neppure in udienza.

⁷⁷ G. F. RICCI, *op. cit.*, p. 112. V. pure FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 99; VOLPINO, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁸ *Contra* PORRECA, *op. cit.*, p. 244 ss., il quale non ritiene la concessione di tale termine compatibile con la permanenza del procedimento nella fase sommaria; per l'autore, qualora dalla precisazione delle domande e conclusioni derivi l'evidente necessità di concedere termini a difesa per integrare la strategia probatoria, questo dovrebbe essere ritenuto un indice di complessità istruttoria cui farebbe segui-

L'art. 702-ter c.p.c., in effetti, stabilisce che, nella prima udienza, il giudice si debba pronunciare in merito al binario istruttorio su cui instradare il procedimento (ovvero sui due diversi binari in caso di domande cumulate da sottoporre a istruttorie diversamente complesse e articolate). Alla luce di quanto precede, emerge che, in realtà, la decisione in questione, in caso di concessione alle parti di termine per completare le proprie allegazioni o deduzioni, possa avvenire o fuori udienza ovvero in una seconda udienza all'uopo fissata (magari in prosecuzione della stessa prima udienza).

Ciò che più qui rileva è che, con la pronuncia in questione, si chiude la fase preliminare del procedimento. Da questo momento, o la causa passa sul binario ordinario ovvero resta su quello sommario in cui è stata instradata dal ricorrente.

Nel primo caso, il giudice fissa un'udienza *ex art.* 183 c.p.c.: è dunque evidente che, in quella sede, le parti potranno compiere le attività da cui non siano già decadute con riferimento alla prima udienza sommatoria: in particolare, salva l'ipotesi della rimessione in termini (v. *infra*), potranno chiedere la concessione dei termini per il deposito delle memorie *ex art.* 183, comma 6° c.p.c.

Nell'ipotesi opposta, resta nel dubbio il regime preclusivo con riferimento alle nuove istanze istruttorie rispetto a quelle formalizzate sino alla prima udienza.

to la conversione del rito. Con particolare riferimento alla posizione del ricorrente rispetto alle nuove richieste istruttorie del resistente presentate in prima udienza, l'autore afferma che si tratterebbe di una conseguenza inevitabile della scelta di rito fatta dallo stesso ricorrente, giungendo a sostenere che, prevedendo la conversione in caso di necessità di precisare e meglio definire la propria linea difensiva, si bilancerebbe lo strumento di pressione che il legislatore avrebbe messo nelle mani del ricorrente. Premesso che una simile presa di posizione sembra condizionata da una presunzione di abuso nell'utilizzo del nuovo modello procedimentale, ritenere che, da ogni necessità di rimodulazione della linea difensiva della parte rispetto alle allegazioni e produzioni della controparte alla prima udienza sommatoria si possa desumere l'inidoneità della causa a restare incanalata nell'alveo dell'istruzione sommatoria appare una petizione di principio. La verifica sulle caratteristiche dell'istruttoria va piuttosto compiuta in concreto, avendo consentito alla parte di esercitare in modo completo ed esaustivo, per quanto in termini più compattati, le proprie attività di allegazione e deduzioni di richieste istruttorie. Tanto più che, come si è evidenziato, il modello procedimentale qui in esame non presuppone la chiusura del giudizio all'esito di una singola udienza.

Al riguardo, le opzioni interpretative sono le seguenti:

a) l'istruttoria sommaria non è soggetta ad alcuna preclusione rispetto alle nuove prove e le parti possono formulare nuove richieste sino alla chiusura dell'istruttoria⁷⁹; al riguardo, si sostiene, in effetti, che la legge non informa il procedimento sommario al principio di preclusione. Dunque, per tutto il corso del giudizio di primo grado e sino alla precisazione delle conclusioni, sarebbe consentito alle parti sollevare eccezioni rilevabili d'ufficio e formulare istanze istruttorie e produrre documenti⁸⁰;

b) l'istruttoria sommaria è tendenzialmente priva di preclusioni, salva la possibilità per il giudice di fissare un termine alle parti in prima udienza per formalizzare in via definitiva le rispettive richieste istruttorie;

c) l'apertura dell'istruttoria sommaria rappresenta una barriera preclusiva alla formulazione di nuove istanze probatorie⁸¹, nell'ottica di quella che è stata chiamata una "preclusione per fase"⁸² o

⁷⁹ In questo senso, sembrano andare le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena: "Nessuna limitazione temporale è prevista per l'indicare dei mezzi di prova e il deposito di documenti, neppure nel prosieguo del procedimento". TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, cit., p. 259: "le parti sono svincolate da barriere preclusive quanto alla formulazione delle richieste istruttorie".

⁸⁰ MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1109.

⁸¹ Per Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010, all'esito della valutazione in merito alle modalità dell'istruttoria, si devono ritenere inammissibili ulteriori domande, eccezioni e istanze istruttorie; per il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona: "È auspicabile che le parti formulino tutte le proprie istanze, anche istruttorie, negli atti introduttivi o nella prima udienza". Secondo il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, per contro, il momento ultimo per formulare nuovi mezzi di prova è costituito dall'udienza di comparizione sino al momento in cui il giudice provvede sul binario istruttorio. V. anche TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 461 ss., per il quale le parti possono formulare istanza istruttorie soltanto sino all'ordinanza sulle richieste di prova.

⁸² Così PORRECA, *op. cit.*, p. 248, che parla di preclusioni non menzionate ma implicite; l'a., p. 259, aggiunge che la fissazione di un termine decadenziale in prima udienza rispetto alle richieste istruttorie non è formale ma funzionale, dal momento che le parti devono mettere il giudice in condizione di decidere.

“sbarramento funzionale”⁸³. In sostanza, dopo la decisione del giudice in prima udienza, le porte delle deduzioni istruttorie potrebbero riaprirsi solo in caso di rimessione in termini⁸⁴ o di sopravvenienze.

L'ultima soluzione è quella che raccoglie il maggior numero di adesioni e che merita di essere condivisa in quanto meglio rispondente alla *ratio*, allo spirito e alla struttura del nuovo procedimento. Essa, in particolare, è stata fatta propria dai primi protocolli in materia⁸⁵.

In quest'ottica, le parti hanno l'onere di fornire tutti gli elementi utili per decidere in merito all'espletanda istruttoria sino (ma non oltre) la prima udienza sommatoria⁸⁶, poiché in tale sede il giudice deve disporre di tutte le prove precostituite di cui le parti intendono avvalersi e di tutte le richieste di prove costituende di cui le parti stesse chiedano l'ammissione⁸⁷.

⁸³ FABIANI, *op. cit.*, p. 809-10, che, peraltro esclude che a tale “sbarramento” possa fare seguito una formale decadenza, quanto meno sino al momento in cui abbia inizio la vera e propria fase di assunzione della prova. V. pure ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁴ OLIVIERI, *op. cit.*; Trib. Varese, 18 novembre 2009, *cit.*; BOVE, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁵ Protocollo di Verona, *cit.*, punto 17. Per il Protocollo del Tribunale di Roma, *cit.*, per esempio, le parti hanno l'onere di indicare i documenti e articolare le richieste istruttorie nei propri atti introduttivi atteso che il rito sommario non è compatibile con la concessione dei termini per il deposito delle memorie previste dall'art. 183, comma 6°, c.p.c. Ma sino all'udienza e prima che si decida sulla compatibilità dell'istruttoria sommatoria si possono produrre nuovi documenti o formulare richieste di prova contraria quando tali esigenze siano sorte a seguito delle difese svolte dalle parti. Secondo il Protocollo del Tribunale di Bologna *cit.*, invece, all'esito della valutazione compiuta dal giudice in prima udienza, visto anche l'art. 115, comma 2°, c.p.c., debbono ritenersi inammissibili ulteriori domande, eccezioni e istanze istruttorie. Si ritiene quindi necessario che le parti formulino le istanze istruttorie negli atti introduttivi, che dovranno perciò contenere una chiara, completa e definitiva indicazione di tali istanze.

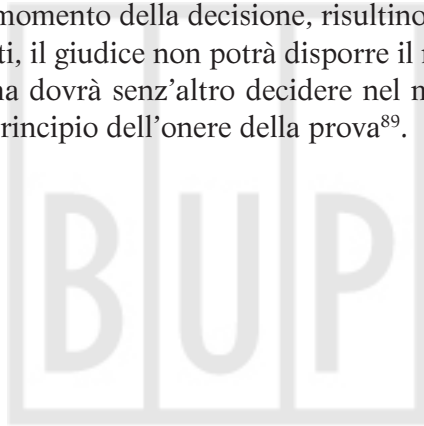
⁸⁶ In questo senso pure BREGGIA, *Il rito sommario, una scommessa da accettare*, p. 2, per cui “il giudice deve essere messo in grado sin dalla prima udienza di stabilire l'entità della trattazione e dell'istruzione necessaria per la causa e quindi avere contezza delle posizioni delle parti e delle richieste istruttorie” (...) “appare dunque ragionevole ritenere che l'udienza segni lo sbarramento per le allegazioni, le contestazioni e le richieste istruttorie”.

⁸⁷ Trib. Tivoli, 4 novembre 2010, *ord.*, in banca data *Dejure*, per cui le domande e le eccezioni devono comunque essere supportate da produzioni doc o richieste istruttorie (nella fattispecie, il giudice qualifica come del tutto generiche le contestazioni del convenuto e sostenute da richiesta di c.t.u. meramente esplorativa).

D'altra parte, la legge stessa prevede che l'acquisizione delle prove possa essere "istantanea", direttamente alla prima udienza sommaria⁸⁸.

La previsione di tale "preclusione per fase" non pone problemi rispetto alla garanzia dei diritti processuali delle parti: in ultima analisi, si tratta di una barriera meno rigida di quella prevista per il processo del lavoro e il suo rigore è comunque attenuato dalla possibilità di convincere il giudice a passare alla cognizione ordinaria nelle cause che richiedano gli accertamenti istruttori più complessi nonché dall'apertura alle nuove prove riscontrabile in fase di appello (sul punto si tornerà).

Da quanto precede deriva che, ove (sino) alla prima udienza sommaria (inclusa), le parti non formulino richieste istruttorie su fatti che, al momento della decisione, risultino non (sufficientemente) dimostrati, il giudice non potrà disporre il mutamento di binario istruttorio ma dovrà senz'altro decidere nel merito, applicando, se del caso, il principio dell'onere della prova⁸⁹.



⁸⁸ Sottolinea questo aspetto FABIANI, *op. cit.*, p. 809.

⁸⁹ Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in www.ilcaso.it, per il quale, se emergesse che alcuni fatti richiedano un'istruttoria, tale attività non potrebbe essere svolta (né su di essa potrebbe fondarsi un'ordinanza di mutamento del rito) se le difese non avessero espressamente avanzato richieste sul punto. Ove il giudice ritenga alcune circostanze non dimostrate, quindi, dovrà decidere la causa nel merito, sulla base del materiale istruttorio a lui sottoposto. Anche per Trib. Busto Arsizio, 8 febbraio 2010, ord., in www.lexform.it, la carenza probatoria *ab origine* del ricorso non può essere sanata con la conversione del rito. Trib. Milano, 11 luglio 2013, ord., in www.ilcaso.it, dal canto suo, rigetta la domanda del ricorrente, senza disporre la conversione di binario istruttorio, in quanto il ricorso non era supportato da idonee richieste istruttorie o produzioni documentali. V. anche Trib. Trani, 7 settembre 2016, ord., in www.ilcaso.it.

CAPITOLO DECIMO

LA DECISIONE SUL BINARIO ISTRUTTORIO

SOMMARIO: 1. La nozione di sommarietà nel contesto di riferimento: confronti con altri modelli. – 2. (Segue): il confronto con il modello camerale. – 3. Un'istruttoria sommaria in quanto deformalizzata e i relativi presupposti. – 4. Di che cosa parliamo quando parliamo di "semplicità istruttoria". – 5. L'istruttoria sommaria tra numero di udienze e mezzi di prova utilizzabili. – 6. Molte variabili per una decisione sul binario istruttorio. – 7. Procedimento sommario e cumulo oggettivo e soggettivo. – 8. (Segue): il cumulo di domande da parte del ricorrente. – 9. (Segue): la domanda riconvenzionale. – 10. (Segue): la scelta di binario istruttorio per la domanda riconvenzionale. – 11. (Segue): la chiamata di terzo su istanza di parte o per ordine del giudice. – 12. (Segue): la *reconventio reconventionis* da parte dell'attore. – 13. (Segue): l'intervento volontario di terzo. – 14. Osservazioni (quasi) conclusive.

1. *La nozione di sommarietà nel contesto di riferimento: confronti con altri modelli*

Come si è anticipato nel capitolo precedente, al cuore della prima udienza del rito sommario di cognizione vi è la scelta in merito al binario istruttorio su cui fare procedere la causa, valutando se le difese delle parti richiedano o meno un'istruttoria sommaria. Si è pure aggiunto che quello qui in esame è un modello procedimentale in cui il ricorrente può solo "proporre" e non "imporre" la sua scelta di rito¹, dal momento che la decisione finale, sul punto, spetta al giudice, nel contraddittorio tra le parti.

¹ Sull'applicazione facoltativa del rito, v. anche le osservazioni di BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in ma-*

Si deve a questo punto capire su quali parametri tale decisione debba essere presa.

Come si è visto nel Capitolo sesto, infatti, quando nel nostro ordinamento processuale si qualifica un certo procedimento come “sommario” le implicazioni di tale qualificazione sono tutt’altro che univoche. Per tracciare i confini della “sommarietà” che viene qui in rilievo e contestualizzare il rito sommario all’interno del sistema processuale civile italiano, è utile metterlo a confronto con le diverse tipologie di cognizione “sommaria” tradizionalmente enucleate nel nostro ordinamento e che si sono passate in rassegna nel Capitolo sesto².

Sul piano della struttura della cognizione (e del relativo “approfondimento”), ci si può, in primo luogo, chiedere se la sommarietà dell’istruttoria di cui all’art. 702-ter c.p.c. sia caratterizzata dalla parzialità della cognizione stessa.

Da questo punto di vista, nulla, nella lettera degli artt. 702-bis ss. c.p.c., induce o autorizza a pensare che l’istruttoria “sommaria” che si svolge nel procedimento ivi delineato debba riguardare solo specifici aspetti (per esempio, la fondatezza dei fatti costitutivi posti dal ricorrente a fondamento della propria domanda) ovvero lasciarne altri a una decisione in separata sede (per esempio, la sussistenza di eccezioni sollevate dal convenuto).

Invero, quando il legislatore intende adottare un simile modello di cognizione parziale lo esplicita con espresse disposizioni *ad hoc*. In mancanza di tali “sintomi” normativi, perciò, deve ritenersi che la cognizione del giudice, nel procedimento qui in esame, riguardi l’intero *thema decidendum*, in base all’ordinario principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

In quest’ottica, si può affermare che la cognizione, nel rito qui in esame, si estende a tutte le questioni di fatto e diritto controverse,

teria di giustizia civile, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 260; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582. V. pure VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 54.

² Vale la pena ricordare, a questo riguardo, anche la “classica” tripartizione del CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1965, p. 202, tra accertamenti con cognizione incompleta perché non definitiva (condanne con esecuzione provvisoria); accertamenti con cognizione incompleta perché parziale (condanne con riserva); accertamenti con cognizione incompleta perché superficiale (ordini di prestazione nel processo monitorio e altri).

con accertamento dei fatti costitutivi e di quelli posti a fondamento delle eventuali eccezioni³, per giungere a escludere che ci si trovi di fronte a un'ipotesi di sommarietà per parzialità⁴.

Ci si può, a questo punto, porre il dubbio se la sommarietà dell'istruttoria di cui all'art. 702-ter c.p.c. sia tale per la superficialità della cognizione.

Poteva, in effetti, considerarsi "superficiale" la cognizione rimessa al giudice di primo grado nel procedimento sommario commerciale di cui all'art. 19 d. legisl. n. 5 del 2003 (v. Capitolo quinto, paragrafo secondo): in quella sede, infatti, si doveva vagliare la manifesta fondatezza della domanda del ricorrente e la manifesta infondatezza delle eccezioni del convenuto. Coerentemente con tale impostazione, l'ordinanza emessa all'esito di questo vaglio era destinata a non passare in cosa giudicata sostanziale se non appellata mentre, in caso di appello, in secondo grado, sarebbe stata compiuta quella cognizione piena ed esaustiva sino a quel momento bypassata. Anche il procedimento sommario previsto dal disegno di legge Mastella (v. Capitolo quinto, paragrafo terzo) si basava su un vaglio di verosimiglianza.

Della (breve) esperienza del procedimento sommario societario, però, il rito introdotto nel 2009 non recupera se non alcuni elementi formali, scarsamente significativi, come la forma dell'atto introduttivo, (nella sostanza) i termini previsti per la comparizione delle parti e la costituzione del convenuto, la forma del provvedimento finale.

A parte ciò, però, il nuovo procedimento sommario ha una funzione e una struttura ben diversi da quelli del suo più prossimo antecedente storico⁵, in questo modo discostandosi nettamente pure dal

³ MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1110; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 139; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 258, ritiene che il ragionamento probatorio che al giudice è imposto sia il medesimo di quello che egli deve svolgere in quello ordinario, per razionalità deduttiva e probabilismo induttivo; MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 923, afferma che l'art. 702-ter, comma 5° non è norma in bianco e anzi conferma che l'istruttoria del giudice è estesa a tutti i fatti rilevanti della causa.

⁴ Anche per MENCHINI, *op. cit.*, p. 1110, la decisione è preceduta da una cognizione che non è parziale ma completa.

⁵ E in effetti la dottrina esclude che vi siano punti di contatto tra i due procedimenti "sommari": cfr. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario*, cit., p. 1582;

rito del progetto Mastella: per quanto ci interessa in questo momento, sul piano della funzione, il principale elemento differenziale è rappresentato dall'idoneità dell'ordinanza emessa all'esito del primo grado ad acquisire l'incontrovertibilità della cosa giudicata sostanziale.

A livello letterale, inoltre, negli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., non è dato rinvenire alcun accenno a una superficialità dell'attività istruttoria compiuta dal giudice⁶: in particolare, non si menziona un vaglio in termini di manifesta (in)fondatezza di domande o eccezioni⁷, o uno *standard* di mera probabilità o verosimiglianza per il convincimento del giudice⁸ ovvero la mancata contestazione da parte del convenuto⁹.

GIORDANO, *Procedimento sommario*, cit., p. 717; CAPONI, *La riforma della giustizia civile*, cit., p. 202; VOLPINO, *Il procedimento sommario*, cit., p. 53; FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 807.

⁶ V. pure FABIANI, *op. cit.*, p. 818.

⁷ V. Protocollo del Tribunale di Bologna, cit.; MENCHINI, *op. cit.*, p. 1030; CAPONI, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, Torino, 2010, p. 202; anche per Trib. Catanzaro 22, febbraio 2012, ord., in *www.altalex.com*, in questo contesto non può invocarsi il paradigma del rito sommario societario. Il Tribunale calabrese osserva che limitare il nuovo rito alle ipotesi di manifesta (in)fondatezza rischierebbe di pregiudicarne irrimediabilmente l'impiego, in netto contrasto con la finalità primaria del legislatore del 2009, ovvero quello di creare un rito di portata generale, alternativo a quello ordinario. In senso difforme v. peraltro LUISO, *Il procedimento sommario* cit., per cui anche in questo contesto si dovrebbe avere riferimento alla manifesta fondatezza/infondatezza della domanda (ovvero alla manifesta infondatezza/fondatezza delle difese del convenuto). Per Trib. Fasano, 4 luglio 2010, in *Arch. loc.*, 2011, p. 215, la *ratio* del nuovo procedimento andrebbe identificata nella manifesta fondatezza della domanda che renda l'istruttoria superflua o riducibile all'assunzione di sommarie infondatezza. Per CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur., Agg.*, XVIII, p. 8, in prima udienza, il giudice potrebbe ritenere che la domanda sia manifestamente fondata o che siano manifestamente infondate le contestazioni della controparte (o viceversa) e pronunciare rispettivamente ordinanza di accoglimento o di rigetto della domanda proposta. CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 729, aggiunge che, quando è necessario procedere ad ammissione di prove costituenti, alla luce delle esigenze acceleratorie del procedimento, la deformalizzazione potrebbe essere giustificata dalla valutazione di manifesta fondatezza/infondatezza della domanda o delle contestazioni del convenuto.

⁸ Cfr. Trib. Taranto, 2 marzo 2010, cit.; Trib. Catanzaro, 22 febbraio 2012, ord., in *www.altalex.com*; TOMMASEO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *La previsione forense*, 2009, fasc. 2, p. 126; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 250. V. però MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore*, cit., p. 1031; Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010.

⁹ CAPONI, *op. ult. cit.*, p. 202.

Non è neppure previsto un limite espresso alle tipologie di prove utilizzabili dal giudice ai fini della propria decisione: anzi, si deve tenere a mente che, per quanto attiene al contenuto dell'atto introduttivo del giudizio, il richiamo ai requisiti di cui all'art. 163 c.p.c. operato dall'art. 702-*bis*, comma 1° c.p.c. si estende pure al n. 5: il ricorso sommario, dunque, deve contenere (anche) l'indicazione dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione. Tale richiamo elimina ogni dubbio in merito alla possibilità di utilizzare, nell'istruttoria, ogni tipo di mezzo di prova, preconstituito o costituendo, senza alcun limite "teorico-giuridico"¹⁰.

Almeno in via di ipotesi, si può, invero, prospettare che nel concetto stesso di "istruttoria sommaria" sia implicita una valutazione in termini di possibilità di ritenere fondata la domanda sulla base di un esame *prima face* delle risultanze degli atti. In quest'ottica, la causa sarebbe da ritenere non idonea a essere istruita in modo non sommario qualora la fondatezza della domanda non emergesse da un esame sommario delle emergenze processuali immediatamente disponibili senza bisogno di alcun ulteriore approfondimento, salvo il compimento degli atti istruttori strettamente necessari, ai sensi dell'art. 702-*ter* c.p.c.

Una simile ricostruzione non sarebbe però condivisibile.

In primo luogo, essa legge nelle norme ciò che le norme non dicono espressamente. Ciò, di per sé, non sarebbe un ostacolo in assoluto, ma sembra esserlo nella fattispecie che ci riguarda. Alla luce dell'esperienza del procedimento sommario commerciale e tenendo in considerazione il modello procedimentale prospettato nel d. d. l. Mastella¹¹, è agevole osservare, infatti, che, se il legislatore avesse voluto in effetti generalizzare l'esperimento compiuto con l'art. 19 d. legisl. n. 5 del 2003, avrebbe formulato le norme in modo ben diverso. Le differenze terminologiche tra le disposizioni regolatrici dei due procedimenti qui considerati sono invece tali da impedire una sostanziale assimilazione tra i due riti, in termini di cognizione sommaria in quanto superficiale¹².

¹⁰ V. pure FABIANI, *op. cit.*, p. 812.

¹¹ V. sul punto le osservazioni di PORRECA, *op. cit.*, p. 250.

¹² Così pure MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici*, cit., p. 1105.

Vi è anche un ulteriore elemento letterale da considerare. Come si vedrà più ampiamente, l'art. 702-ter, comma 5° c.p.c., detta i parametri entro i quali si deve svolgere l'istruttoria sommaria del giudice. La norma ricalca quanto previsto dall'art. 669-sexies c.p.c. in merito all'istruttoria compiuta in sede cautelare, prevedendo che il giudice, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, proceda nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione.

Le assonanze con l'istruttoria cautelare, però, sono più formali che di sostanza¹⁵.

Infatti, dove l'art. 669-sexies c.p.c. parla di atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, l'art. 702-ter fa riferimento agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del procedimento richiesto¹⁴.

In effetti, come si è visto nel Capitolo sesto, nel procedimento cautelare, la decisione deve essere presa con urgenza, soppesando i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. In tale ambito, dunque, il giudice tende a pronunciarsi allo stato degli atti, con una valutazione più probabilistica, prediligendo la prova documentale a quella costituenda, da assumere solo se indispensabile. Ben altro, invece, il contesto di riferimento nel rito sommario, in cui l'urgenza del decidere non è uno dei presupposti di ammissibilità del

¹⁵ Per il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona, le modalità di espletamento dell'istruttoria possono ricalcare quelle del modello cautelare, ferme le differenze di accertamento. Anche LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 139, considera importanti le differenze testuali tra le due norme; in materia v. pure CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 118. Anche Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *La nuova proc. civ.*, 2014, 4, del 20 giugno 2014, si esprime per una sostanziale diversità tra le due tipologie di cognizione: mentre la sommarietà del procedimento cautelare soddisfa l'esigenza di assicurare un diritto con effettività immediata, ed è sinonimo di un accertamento tendenzialmente non approfondito, la sommarietà del procedimento di cognizione mira a definire la lite con rapidità, in ragione della più o meno manifesta fondatezza o infondatezza della domanda e della dipendenza del relativo accertamento da poche e semplici acquisizioni probatorie.

¹⁴ V. pure Fabiani, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 816; VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 66. Per una diversa opinione v. però CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell' "istruzione sommaria": prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, p. 904, che prospetta una "sostanziale equivalenza fra 'indispensabilità' e 'rilevanza'".

procedimento¹⁵ e la legge fa riferimento al tradizionale *standard* della rilevanza della prova costituenda, ai fini della sua ammissione¹⁶.

Inoltre, nel rito sommario, i mezzi di prova vanno (eventualmente) assunti in relazione all'oggetto del provvedimento da emanare e non in funzione della verifica dei presupposti, come nel rito cautelare¹⁷.

In effetti, gli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. non fanno alcun riferimento a una modifica nella ripartizione nell'onere della prova o a una attenuazione di tale onere né, ancora, all'attribuzione di maggiori poteri istruttori al giudice rispetto al rito ordinario. Conseguentemente, gli interpreti sono in sostanza concordi nell'escludere che, nel rito sommario, sia in alcun modo superato o attenuato il principio dell'onere della prova¹⁸. Anche la Cassazione appare aver avallato questa rico-

¹⁵ V. pure PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 223.

¹⁶ In effetti, come osserva TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 260, stante la differenza tra rilevanza e indispensabilità, *rebus sic stantibus*, il criterio per ammettere le prove in sede cautelare è più stringente di quello che deve seguire il giudice del sommario; per PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 251, vanno qui ammessi i mezzi di prova rilevanti e non solamente indispensabili. Nel cautelare, invece, la prova avrebbe una latitudine strumentale rispetto all'urgenza del decidere. CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 7, dal canto suo, svaluta la variante testuale tra artt. 669-*sexies* e 702-*ter* c.p.c., che, nella sostanza, non sembrerebbe poter influire in modo rilevante sulla valutazione del giudice, sul rilievo che anche in ambito cautelare si sosterebbe la sostanziale equivalenza tra indispensabilità e rilevanza.

¹⁷ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 251; al riguardo, appare condivisibile la presa di posizione di Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, che ha escluso vi siano indici per ritenere che il ricorrente possa sottrarsi all'assolvimento dell'onere probatorio delle sue pretese o che sia esentato dal dimostrare i fatti costitutivi della propria domanda o che comunque possa dare una prova meno rigorosa di quella richiesta in un normale processo di cognizione. In questo senso v. anche Trib. Catanzaro, 22 febbraio 2012, ord., in *www.altalex.com* per cui il provvedimento sommario deve avere lo stesso grado di approfondimento che ha ogni altra istruttoria ordinaria; per MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1110, l'accertamento dei fatti si fonda su un'istruttoria estesa a tutti i mezzi di prova richiesti dalle parti e non è ridotta a quelle sole prove ritenute indispensabili da giudice. Anche Trib. Viterbo, 12 luglio 2010, ord., in banca dati *Dejure*, ritiene la cognizione superficiale incompatibile con un sistema giudiziario di accertamento delle pretese azionate, tanto più in considerazione dell'efficacia e dell'appellabilità del provvedimento.

¹⁸ MACAGNO, *Il processo sommario di cognizione. Brevi note*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3055. Al riguardo, per esempio, Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, ha evidenziato che non vi sono indici per ritenere che il ricorrente possa sottrarsi all'assolvimento dell'onere probatorio delle sue pretese o che

struzione, facendo, appunto, riferimento all'applicazione, nel contesto che ci riguarda, dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.¹⁹.

In altre parole, si può concludere che la cognizione che si svolge nel rito sommario non possa qualificarsi come incompleta o superficiale²⁰⁻²¹, in qualsiasi accezione tale superficialità voglia intendersi²².

sia esentato dal dimostrare i fatti costitutivi della propria domanda o che comunque possa dare un prova meno rigorosa di quella richiesta in un normale processo di cognizione), affermandosi al contrario che lo *standard* probatorio a carico delle parti sia quello ordinario. Per una fattispecie, v. Trib. Bari, 22 gennaio 2010, ord., in *www.judicium.it*, commentata da AMENDOLAGINE, *Brevi osservazioni sul procedimento sommario di cognizione in una delle prime applicazioni giurisprudenziali*, ivi, che accoglie la domanda degli attori in forza della presunzione *ex art.* 2051 c.c.¹⁹ Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *La nuova proc. civ.*, 2014, 4, del 20 giugno 2014.

²⁰ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 811, per il quale, l'art. 702-ter c.p.c. riecheggia l'art. 669-sexies c.p.c., depurato delle espressioni che avrebbero potuto far pensare a un accertamento incompleto o comunque superficiale tipico dei provvedimenti cautelari. L'a., p. 812, sostiene che, nel nuovo rito, si prescinda da qualunque ragione oggettivamente idonea a giustificare un'eventuale sommarietà della cognizione, osservando come non sia dato comprendere perché mai ci si dovrebbe accontentare di un accertamento meno approfondito del consueto, all'uopo non potendo essere sufficiente la semplicità della causa: nella prospettiva dell'a., anzi, più la causa è semplice, tanto meno si giustificerebbe una cognizione incompleta o comunque superficiale. Anche per MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1110, ci si trova qui di fronte a una cognizione non superficiale ma completa ed esauriente. DE CRISTOFARO, *Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 303, lo chiama procedimento sommario di cognizione piena, con la precisazione, nella nota 73, che l'istruttoria sommaria andrebbe intesa come istruttoria semplificata, contratta, estesa a tutti i fatti rilevanti, e mai come istruttoria superficiale o tipica. CEA, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 139, a sua volta, rileva che la sommarietà che caratterizza il nuovo giudizio non significa anche superficialità dell'accertamento. Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, argomenta che nel procedimento sommario si usa lo stesso parametro utilizzato per l'ammissione delle prove nel rito ordinario: la sommarietà, dunque, non è da intendere come superficialità o riduzione al minimo delle prove, bensì come omissione di formalità e di formule sacramentali. Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, in *Giur. it.*, 2011, 393, a sua volta, evidenzia come l'istruzione sommaria non sia da intendere in via deteriore come istruttoria superficiale ma marginale, snella, veloce.

²¹ Come evidenzia CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 885, trattazione e istruzione divengono solo più concentrate non già superficiali e cioè in senso stretto sommario.

²² V. anche ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *www.judicium.it*, p. 2, per cui il rito in tema si colloca al di fuori del sistema delle tutele sommarie non cautelari; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 303.

Si può ulteriormente verificare se la sommarietà cui si riferisce l'art. 702-ter c.p.c. riguarda la non definitività ovvero la provvisorietà del provvedimento emesso all'esito del procedimento.

Per alcuni, in effetti, i provvedimenti sommari autonomi, al pari di quelli sommari cautelari, sarebbero provvisori: i primi, nella formazione, ma non nello scopo, i secondi nel fine²³. Tale ricostruzione non appare però applicabile nel caso che ci riguarda.

L'ordinanza emessa dal Tribunale, ai sensi dell'art. 702-ter, comma 6°, e dell'art. 702-quater c.p.c., in effetti, non è una misura non definitiva o provvisoria. Essa, piuttosto, per espressa previsione normativa, ha contenuto decisorio e, ove non appellata, passa in giudicato formale, con conseguente applicabilità dell'art. 2909 c.c.

Sono dunque completamente da escludere sia la funzionale provvisorietà cautelare²⁴ sia la (ritenuta) intrinseca provvisorietà dei procedimenti sommari autonomi.

2. (Segue): il confronto con il modello camerale

Quanto esposto nel paragrafo precedente induce a pensare che la sommarietà dell'istruttoria che caratterizza il rito qui in esame non riguardi né la qualità né la struttura della cognizione.

Come si è visto, il procedimento sommario è governato dall'onere della prova ordinario e, nello stesso, trova applicazione l'onere di contestazione specifica a carico del convenuto, esplicitato a livello normativo nel novellato art. 115 c.p.c.²⁵. Per converso, si può negare che, in tale rito, in deroga ai principi generali in materia, il ricorrente

²³ V. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 15; CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, p. 27.

²⁴ PORRECA, *op. cit.*, p. 50 e 250, per il quale nel testo manca qualsiasi supporto per utilizzare qui una falsaria cautelare.

²⁵ Conf. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 4; ARIETA, *op. ult. cit.*, p. 5; IANNI, *Il procedimento sommario di cognizione: problematiche applicative*, in www.ilcaso.it, p. 8; TOMMASEO, *op. cit.*, p. 127; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 357. Prudente invece, sul punto ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 514. In materia di contestazione dei fatti allegati, v. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 126 ss.

possa trarre alcuna “riduzione” del proprio onere istruttorio in caso di contumacia del convenuto.

L'art. 702-ter c.p.c. fa riferimento all'assunzione di atti di istruzione. Al riguardo, alcuni ritengono che tali atti non coincidano con l'assunzione di veri e propri mezzi di prova, richiamando l'esperienza dell'istruttoria cautelare²⁶. È però preferibile una diversa ricostruzione, alla cui stregua la norma si riferisca all'assunzione di mezzi istruttori che comunque seguono (pur con semplificazioni formali) gli schemi procedurali di cui agli artt. 191 ss. c.p.c.²⁷, aggiungendo che l'ammissione delle richieste istruttorie costituenti deve comunque essere effettuata secondo gli *standards* ordinari della rilevanza e della ammissibilità²⁸.

Si deve pure escludere, in questo rito, una modifica o un adattamento del principio dispositivo²⁹, dal momento che esso non è diretto a tutelare posizioni soggettive tipiche caratterizzate da una certa “debolezza”³⁰. Anche qui, dunque, il giudice è vincolato alle richieste istruttorie formulate o indicate dalle parti³¹, negandosi che il giudice goda di accresciuti poteri inquisitori rispetto al modello ordinario³².

²⁶ CARRATTA, *Le “condizioni di ammissibilità” del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 729.

²⁷ Così BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 725.

²⁸ Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*. Per esempio, Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1246, applica l'art. 2722 c.c. per non ammettere una prova testimoniale in relazione al contenuto di un contratto di assicurazione (relativa alla circostanza se ci fosse stata o meno garanzia di includere polizza casco). V. anche MARTINO, *op. cit.*, p. 924. Appaiono applicabili anche al nostro contesto i rilievi di G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 481, con riferimento all'istruttoria cautelare: “il riferimento alla possibilità di omissione di ogni formalità non essenziale al contraddittorio fa riferimento a regole che operano sullo stesso piano del contraddittorio e quindi che riguardano la dinamica della prova, cioè la sua formazione e acquisizione e non la possibilità di superare divieti di legge; (...) allorché il codice ha consentito il superamento dei limiti di ammissibilità delle singole prove, lo ha espressamente detto, come per esempio nel caso dell'art. 421, comma 2°, c.p.c.”.

²⁹ Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010.

³⁰ FABIANI, *op. cit.*, p. 817.

³¹ Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*.

³² Trib. Piacenza 26 maggio 2011, cit., che menziona gli artt. 257 e 281-ter c.p.c.; Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di

Tale considerazione, in effetti, induce anche a ritenere l'istruttoria del rito sommario radicalmente diversa da quella prevista per i procedimenti in camera di consiglio.

Nel rito camerale, la cognizione è definita sommaria in senso stretto in quanto l'istruttoria ha luogo su tutti gli elementi della fattispecie con la tecnica delle sommarie informazioni e quindi con l'utilizzazione di mezzi di prova atipici e/o atipicamente assunti³³ e ampi profili di inquisitorialità. In tale sede, in effetti, assume rilevanza l'oggetto dell'accertamento piuttosto che le modalità in cui tale accertamento è compiuto, fermo il rispetto delle garanzie processuali fondamentali.

In mancanza di precisi riferimenti testuali, inoltre, non vi è motivo di ampliare i poteri officiosi del giudice per effetto dell'occasione del modello procedurale, tanto più che il rito sommario è utilizzabile sulla base della scelta unilaterale dell'attore³⁴.

In effetti, in questo contesto, l'istruttoria sommaria non è caratterizzata, a differenza da altri modelli "speciali" parimenti qua-

Mantova del 9 dicembre 2010; BIAVATI, *op. cit.*, p. 192; BESSO, *op. cit.*, p. 725; FERRI, *op. cit.*, p. 99; FABIANI, *op. cit.*, p. 811, che osserva: "il giudice è il signore dell'organizzazione del processo (...) ma non anche della quantità e qualità della prova assunta"; ACIERNO, *op. cit.*, p. 513; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 748; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., p. 814; PORRECA, *op. cit.*, p. 2621 ss.; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 123. Di diverso avviso VOLPINO, *op. cit.*, p. 67, per cui "la sommarietà dell'istruttoria si presta dunque a determinare un ampliamento dei poteri probatori esercitabili d'ufficio dal giudice"; in senso difforme anche le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena, ove si esprime l'opinione che, per il giudice, sia possibile acquisire prove documentali anche in assenza dell'istanza di parte prevista dall'art. 210 c.p.c., dando altresì conto che, per alcuni giudici di tale Tribunale, dall'art. 702-ter c.p.c. sarebbe desumibile un potere istruttorio officioso del giudice. La Cassazione, dal canto suo, sembra ritenere che, nel procedimento sommario, i poteri inquisitori del giudice possano essere ampliati: essa, infatti, ha affermato che la scelta del giudice di merito di esercitare o meno gli ampi poteri d'iniziativa istruttoria concessigli dall'art. 702-ter, comma 5° c.p.c. esprimerebbe una valutazione discrezionale, nel prisma del principio dell'onere della prova: Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, cit.

³³ LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 116.

³⁴ In questi termini FABIANI, *op. cit.*, p. 811, che aggiunge: "Si può anche acconsentire a un uso meno burocratico delle iniziative officiose, ma il palinsesto dei mezzi di prova rimessi alla discrezionalità del magistrato non deve rivelarsi più ampio di quello stabilito nel rito ordinario".

lificati come “sommari”, dall’officiosità, né l’art. 702-ter c.p.c. fa in alcun modo cenno alla possibilità (contemplata invece, per esempio, dall’art. 738 c.p.c.) che il giudice assuma, di propria iniziativa “informazioni”³⁵⁻³⁶.

Inoltre, a monte della decisione del giudice di procedere per via sommaria, vi è la possibilità per le parti di articolare difese e richieste complete ed esaustive. Il discrimine non è tra “ammettere e non ammettere”, in un’ottica deformalizzante, ma di “convertire o non convertire” il binario istruttorio, in base all’ampiezza del *thema probandum*, apprezzato in base a criteri ordinari.

Da quanto precede, si può concludere che, sul piano della struttura istruttorio, quella del rito sommario non sia assimilabile neppure al modello del procedimento in camera di consiglio.

3. *Un’istruttoria sommaria in quanto deformalizzata e i relativi presupposti*

La disamina compiuta nelle pagine precedenti porta a escludere la possibilità di ricondurre la sommarietà del rito qui analizzato all’interno delle tradizionali categorie dell’istruttoria sommaria sul piano strutturale ovvero dell’oggetto dell’istruttoria stessa.

Tale analisi, infatti, dimostra che l’oggetto dell’istruttoria del procedimento disciplinato dagli artt. 702-bis ss. c.p.c., corrisponde in tutto e per tutto a quello che sarebbe l’oggetto di un processo a cognizione piena³⁷. Alle stesse conclusioni può giungersi per quanto riguarda l’approfondimento di tale attività istruttorio.

³⁵ BALENA, *op. cit.*, p. 814. FABIANI, *op. cit.*, p. 805-6, osserva che, nel rito camerale, prevale il carattere inquisitorio, concludendo che i due tipi di sommarietà sono molto diversi.

³⁶ Si afferma al riguardo che, se quella qui offerta è una tutela dichiarativa ad ampio raggio, essa va ascritta al principio fondamentale del diritto di azione, di cui è segmento non obliterabile il diritto alla prova. Le parti hanno, dunque, il diritto di concorrere alla individuazione dei mezzi di prova, senza che il giudice possa disporre le prove a suo piacimento, non consentendo alle parti di formulare richieste: FABIANI, *op. cit.*, p. 808 ss.

³⁷ LUISSO, *op. cit.*, p. 139.

Per cercare la chiave di lettura appropriata della nozione di sommarietà qui in esame, si deve partire dal dettato normativo.

L'art. 702-ter, comma 4° c.p.c., stabilisce che, ove il giudice non ritenga di passare al binario "ordinario", debba procedere nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del procedimento richiesto, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Si è appena visto che, sul piano della struttura istruttorio, quella qui in esame non è una cognizione parziale o superficiale e che essa, dunque, debba svolgersi seguendo i principi e con l'approfondimento della cognizione ordinaria, rispetto ai fatti costitutivi della domanda del ricorrente e a quelli estintivi, modificativi e impeditivi posti eventualmente dal convenuto alla base delle proprie eccezioni.

Ciò che caratterizza l'istruttorio del rito qui analizzato è dunque l'"omissione delle formalità non essenziali al contraddittorio".

Omettere le formalità non essenziali al contraddittorio vuol dire applicare gli schemi formali del rito ordinario in modo meno rigido e quindi deformalizzato³⁸, configurando l'istruttorio come sommaria sul piano non della struttura, bensì del *modus procedendi* e dunque in versione semplificata rispetto al modello ordinario³⁹.

Il contenuto "minimo" dell'istruzione sommaria nel nostro contesto va, dunque, inteso con riferimento alla semplificazione delle forme, alla riduzione dei termini processuali, alla scarna disciplina positiva, alla omessa predeterminazione analitica da parte della legge degli atti e della loro consecuzione temporale, all'assenza di divi-

³⁸ LUISEO, *op. cit.*, p. 139, per cui l'istruzione ha a oggetto i fatti rilevanti e dunque è sommaria non perché è parziale ma perché non segue le regole del secondo libro del c.p.c. è dunque è deformalizzata, come accade per il processo cautelare.

³⁹ V. anche LUISEO, *op. cit.*, p. 139; BALENA, *op. cit.*, p. 812, per il quale la sommarietà del rito in esame deve essere intesa come mera semplificazione di ogni fase del processo successiva a quella introduttiva. Per Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., www.ilcaso.it, nel procedimento sommario si usa lo stesso parametro utilizzato per l'ammissione delle prove nel rito ordinario. Secondo il Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010, il termine sommario non si traduce in limitazioni probatorie in ordine alla tipologia del mezzo ma si riferisce soltanto all'organizzazione del processo.

sioni in fasi⁴⁰⁻⁴¹. In altre parole, come la dottrina maggioritaria mette in rilievo, il rito qui in esame è sommario e semplificato, in quanto le varie fasi di esso sono contratte e concentrate, e non scandite in modo netto, tramite udienze o attività che ne tracciano i confini⁴².

Che il legislatore abbia pensato al procedimento sommario come a un procedimento semplificato rispetto al rito ordinario, d'altra parte, emerge con chiarezza dal disposto dell'art. 54, comma 4°, lett. b), n. 2 della legge n. 69 del 2009, che, nell'ambito della riduzione dei riti speciali, prevede l'assoggettamento a tale modello delle cause in cui siano "prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa"⁴³.

Se questa è la chiave di lettura del tipo di sommarietà che caratterizza il procedimento in esame, resta da capire quali condizioni

⁴⁰ Nella giurisprudenza di merito, in effetti, si fa ritualmente riferimento alla deformalizzazione e alla rapidità dell'attività istruttoria per compiere i necessari accertamenti di fatto. Cfr. per esempio Trib. Mondovì, 12 novembre 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino, 11 febbraio 2010, *ivi*; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, in *www.dirittoeprocesso.com*, per cui il giudice è chiamato a effettuare una valutazione complessiva e di sintesi del materiale di causa, prefigurando il percorso che si rende necessario per la decisione e la sua compatibilità con le forme semplificate. In questo senso si è ormai orientata anche la giurisprudenza di legittimità: Cass., ord., 14 maggio 2013, n. 11465, in banca dati *Pluris*.

⁴¹ Sono dunque condivisibili i rilievi di CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1118, per cui la differenza tra cognizione piena e cognizione sommaria nel contesto che ci riguarda non tocca la funzione (in entrambi i casi, tutela dichiarativa), né sfiora una diversità logica dell'attività di conoscenza ma riguarda la struttura del procedimento. Anche per LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 484, una cosa è la sommarietà del procedimento, altra cosa è la sommarietà della cognizione. Il fatto che un procedimento sia "sommario" non vuol dire che esso sia anche "a cognizione sommaria": esso sarà "a cognizione sommaria", e non invece "a cognizione piena", soltanto quando esistono specifiche norme processuali – diverse da quelle che determinano la sommarietà del procedimento – che limitano l'ordinaria configurazione del contraddittorio e/o dell'istruzione probatoria

⁴² MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1106.

⁴³ Trib. Varese, 18 novembre 2009, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 406; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *www.judicium.it*, p. 2; per il Protocollo del Tribunale di Bologna, cit., il termine "sommario" non si traduce in limitazioni probatorie in ordine alla tipologia del mezzo ma si riferisce soltanto all'organizzazione del processo. Cfr. CAPONI, *op. cit.*, p. 206; VOLPINO, *op. cit.*, p. 53.

giustificchino un'istruzione non analiticamente regolata dalle norme ma rimessa per ampia alle direttive del giudice nel contraddittorio tra le parti⁴⁴.

La ricerca di tali condizioni appare meno intuitiva di quanto possa apparire⁴⁵.

Dal punto di vista descrittivo, si può affermare che possa essere deformalizzata l'istruttoria delle cause che presentino i caratteri della "semplicità".

Si tratta, peraltro, di un parametro "mobile" e di non agevole definizione⁴⁶, per la cui delimitazione è utile partire dal testo normativo. L'art. 702-ter, comma 3° c.p.c., infatti, indica che la decisione del giudice in merito alla scelta del binario istruttorio va collegata alle "difese svolte dalle parti": è questo, dunque, il parametro "quantitativo" e "qualitativo" con cui valutare la semplicità della lite ai fini della deformalizzazione della relativa attività procedimentale⁴⁷. In altre parole, se, in questo rito, l'istruttoria sommaria implica la deformalizzazione dell'attività procedurale con riferimento alle "difese delle parti", lo *standard* di riferimento diventa quello della maggiore

⁴⁴ V. LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 139.

⁴⁵ LUIO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1569, per esempio, osserva che, mentre si comprende il significato di un'istruttoria sommaria laddove la domanda sia palesemente fondata/infondata, non è facile individuare sulla base di quali criteri il giudice possa scegliere tra istruire la causa in modo deformalizzato oppure nei modi ordinari. Tale dottrina, dalle difficoltà appena menzionate, giunge a concludere che il giudice potrebbe giustificare la scelta di procedere all'istruttoria in un modo oppure nell'altro solo facendo riferimento a una valutazione di (relativa) certezza o incertezza sulla fondatezza della domanda.

⁴⁶ Tanto che esso viene utilizzato pure dalla dottrina che ritiene che l'analisi del giudice debba avere a oggetto (anche) la manifesta fondatezza o infondatezza della domanda: v. LUIO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 139 ss., con riferimento alla domanda palesemente fondata o infondata, ovvero di puro diritto o documentalmente istruita o nella quale si riscontrino pochi fatti controversi, con prove di facile soluzione.

⁴⁷ BASILICO, *Rapporti con il processo di cognizione ordinaria*, in *Giur. it.*, 2010, p. 735 osserva che, facendo riferimento alle difese delle parti, la legge evita giudizi astratti o personalistici, per giungere a una valutazione discrezionale ma comunque fondata su elementi concreti e riconducibili al comportamento processuale delle parti stesse. L'affermazione è condivisibile, poiché mette in rilievo come la scelta del binario istruttorio non sia rimessa alla discrezionalità del giudice ma abbia un preciso riferimento "oggettivo", per quanto indeterminabile a priori.

o minore semplicità di tali “difese”: la semplificazione del procedimento con cui si esprime l’istruzione sommaria è quindi l’espressione e la conseguenza della semplicità della controversia, mentre il presupposto implicito di tale istruttoria è la natura non complessa della lite.

La deformalizzazione dell’istruttoria, nel prisma dell’accelerazione processuale ma nell’ottica di compiere una cognizione non parziale né superficiale, è, infatti, compatibile solo con una materia del contendere che permetta di svolgere tutte le attività istruttorie necessarie in tempi rapidi ma con il fine di giungere a un accertamento esaustivo.

Il legislatore, in sostanza, ha preso atto che le controversie non sono tutte uguali e che i ritmi e le scansioni previste dagli artt. 163 ss. c.p.c. possono essere inutilmente “ingombranti” per le liti più “semplici”: in relazione a queste ultime, dunque, si è ritenuto opportuno prevedere modalità meno rigide di istruzione e decisione⁴⁸.

4. *Di che cosa parliamo quando parliamo di “semplicità istruttoria”*

Avendo collegato la “semplicità” della lite alle “difese delle parti”, si deve ora stabilire i presupposti per qualificare tali difese, appunto, come semplici.

Il legislatore, come si è visto, non definisce *a priori* la tipologia di controversie in relazione alle quali il procedimento va applicato⁴⁹.

A fronte di tale silenzio, alcuni riferiscono il criterio della “semplicità delle difese delle parti” all’“oggetto” non complesso⁵⁰ o “strutturalmente semplice”⁵¹ della causa.

⁴⁸ Cfr. anche ARIETA, *Il rito “semplificato” di cognizione*, cit., p. 1.

⁴⁹ BESSO, *op. cit.*, p. 725. D’altra parte, come osserva CADIET, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1303, a p. 1304, la nozione di complessità non ha una connotazione giuridica *a priori*.

⁵⁰ Trib. Varese, 18 novembre 2009, cit.; BOVE, *op. cit.*, p. 6, parla di “semplicità della causa”.

⁵¹ DITTRICH, *op. cit.*, p. 1584.

Al riguardo, a mio avviso, si deve tenere a mente che, nella norma in esame, la “semplicità delle difese” è messa in relazione con l’attività istruttorio necessaria per la decisione: la “semplicità” che viene qui in rilievo, dunque, non è quella della lite in quanto tale, bensì quella degli accertamenti su cui si deve compiere l’istruttorio stessa. Essa, quindi, riguarda senz’altro i “fatti” su cui si fondano la pretesa del ricorrente e le eventuali eccezioni del convenuto⁵².

Limitando l’analisi, in questo momento, alla semplicità “in fatto” della controversia, si rende necessaria una qualificazione, di cui peraltro già sono stati anticipati i presupposti.

Se la semplicità che viene qui in rilievo è quella che incide sull’attività istruttorio da svolgere, parlare di fattispecie “semplici” non vuol dire limitare l’utilizzo del rito sommario a situazioni ridotte all’osso sul piano dei fatti rilevanti per la decisione. Non necessariamente, infatti, una fattispecie strutturalmente semplice si presta a essere oggetto di una istruttorio sommaria come quella che viene qui in rilievo: si può fare l’esempio della controversia in cui la decisione richieda la verifica di una serie ridotta di fatti, rispetto ai quali, però, non esistano prove documentali e le parti formulino articolate richieste di prove orali specularmente contrapposte da cui possa derivare la necessità di un confronto tra testimoni.

Per converso, anche una fattispecie molto “intricata”, sul piano oggettivo e soggettivo, a determinate condizioni, può prestarsi a un’istruttorio sommaria, quando, ai fini della decisione, gli accertamenti istruttori non siano complessi ovvero quando la prova possa essere desunta da elementi documentali che non richiedano attività “costituende” in corso di giudizio⁵³ o, ancora, quando sussista la possibilità di risolvere casi anche oggettivamente “complessi” con la decisione di una questione di diritto⁵⁴.

⁵² In questo senso v. pure TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, cit., p. 254; BALENA, *op. cit.*, p. 814.

⁵³ Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 393. Per TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 486, la complessità della lite ben potrebbe derivare “dalla quantità dei documenti prodotti in giudizio dalle parti e da molteplici questioni ermeneutiche a essi inerenti”.

⁵⁴ Trib. Varese, 18 novembre 2009, cit.; CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in *www.judicium.it*, p. 3 ammette

Da quanto precede, si trae la conferma che il riferimento, almeno in questo contesto, a livello normativo, non è tanto alla semplicità o alla complessità della fattispecie in quanto tale, quanto alla maggiore o minore “quantità” istruttoria da svolgere per accertare i fatti controversi su cui si deve fondare la decisione⁵⁵ e alla “qualità” di tale attività istruttoria⁵⁶.

In altre parole, e salvo quanto si vedrà in merito alla “complessità giuridica” (v. Capitolo dodicesimo), ciò che rileva qui è la semplicità della lite sul piano dell’attività istruttoria, ossia degli accertamenti fattuali che il giudice deve compiere per verificare

l’uso del procedimento sommario anche rispetto a un processo a oggetto complesso per la vicenda dedotta o per la *causa petendi*; per Trib. Verona, 5 febbraio 2010, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 2452, le cause semplici non presentano pluralità di questioni da risolvere, non richiedono accertamenti complessi, non necessitano di attività istruttorie di lunga indagine o numerose.

⁵⁵ Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit., per cui non è la complessità delle questioni poste a inibire la decisione con il rito sommario bensì la formazione della prova, ancora in divenire rispetto alle tesi difensive propuginate, le quali devono risultare scoperte di supporto dimostrativo ed esigenti detto supporto. Anche per Trib. Viterbo, 12 luglio 2010, ord., in banca dati *Dejure*, non è la complessità delle questioni poste, sul piano teleologico, a inibire la decisione sommaria, bensì, sul piano strumentale, la formazione della prova, ancora in divenire, rispetto alle tesi difensive propuginate; Trib. Catanzaro, 22 febbraio 2012, ord., in *www.altalex.com*, osserva che l’istruttoria è sommaria perché dura poco e dura poco perché “pochi, semplici e rapidi sono gli atti istruttori da svolgere”. Quando l’istruttoria costituenda è di mero contorno, essa, dunque, può prendere la forma dell’istruttoria sommaria. Per BESSO, *op. cit.*, p. 725, l’idoneità al rito semplificato va appurata non tanto e non soltanto in base all’oggetto della domanda, quando considerando le questioni di diritto sollevate dalle parti, i fatti controversi e le istanze istruttorie da esse avanzate; CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l’uso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1104.

⁵⁶ MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1105, per il quale lo spartiacque sarebbe rappresentato dalla compatibilità delle difese con l’attività istruttoria non ordinaria per quantità e qualità. CARRATTA, *Le “condizioni di ammissibilità”*, cit., p. 729, ritiene che si debba guardare alla natura semplice o complessa dell’istruzione e della trattazione, in termini di facile accertabilità sul piano del *quid disputandum* o in base a quantità/qualità degli atti di istruzione da compiere. OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 732, dal canto suo, reputa decisiva la considerazione del giudice circa il rapporto tra le indagini da compiere e i tempi e le attività occorrenti. Il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010 ritiene utilizzabile il rito sommario per cause semplici che non richiedano accertamenti in fatto complessi e quindi che non necessitano di un’attività istruttoria di lunga durata.

la (in)fondatezza della domanda attorea⁵⁷: in effetti, l'art. 702-ter c.p.c. fa riferimento proprio alla "non sommarietà" dell'istruttoria di causa come parametro di riferimento al fine del passaggio al rito ordinario.

In quest'ottica, un'istruttoria non si presta a essere qualificata come "sommatoria", nel contesto che ci interessa, quando abbia a oggetto sia un'articolata serie di attività istruttorie sia un ridotto numero di incombenti complessi (come nel caso di una consulenza tecnica che richieda l'intervento di una pluralità di periti con competenze diverse ovvero l'analisi di numerosi profili⁵⁸ o un numero ridotto di testimonianze da assumere per via di rogatoria internazionale).

Per converso, sarà sommaria l'istruttoria quando "*risulti non complessa, limitata nel numero delle prove costituenti da assumere, e quindi esperibile in tempi brevi*"⁵⁹.

Alla luce della prima esperienza applicativa, si possono elencare alcuni elementi che i giudici tendono a valutare per stabilire il grado di "complessità" dell'istruttoria nell'ambito che ci riguarda:

- la presenza di un cumulo oggettivo o soggettivo di domande connesse: in questo contesto, in particolare, si tende a considerare indice di "complessità" il fatto che vi siano domande suscettibili di definizione con sentenze parziali⁶⁰;

- la quantità di elementi fattuali che siano da qualificarsi come "controversi" secondo gli ordinari criteri: da questo punto di vista, viene adeguatamente valorizzato l'onere di contestazione specifica

⁵⁷ V. pure BIAVATI, *op. cit.*, p. 189; CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell'istruzione sommaria: prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, p. 903. BOVE, *op. cit.*, p. 6; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 4; Protocollo del Tribunale di Roma, cit.; Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in www.ilcaso.it.

⁵⁸ Trib. Piacenza, 28 ottobre 2011, in www.ilcaso.it, con riferimento a una c.t.u. contabile che avrebbe dovuto prendere in considerazione diversi periodi di un rapporto bancario, a seconda della differente individuazione del termine di decorrenza della prescrizione eccepita dal convenuto, ciò che avrebbe comportato la necessità di svolgere varie ipotesi di calcolo alternative tra loro.

⁵⁹ Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010.

⁶⁰ Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010.

oggi codificato nell'art. 115 c.p.c.⁶¹⁻⁶². In questo contesto, d'altro canto, come si è visto, in applicazione dei principi ordinari (e forse incongruamente), la contumacia continua a svolgere il ruolo di *ficta contestatio*. Ciò detto, a fronte di una contestazione generica o della esposizione di una fattispecie palesemente inidonea a fare insorgere in capo al ricorrente il diritto di cui questi chiede la tutela, in base ai principi ordinari, il giudice può essere in condizione di decidere senza bisogno di compiere alcuna attività istruttoria. In questi termini (ma solo in questi), si può ritenere che anche nel rito sommario assuma rilevanza la manifesta (in)fondatezza delle domande o delle eccezioni delle parti⁶³;

⁶¹ Trib. Mantova, 18 aprile 2011, ord., www.ilcaso.it, in cui vengono elencati i fatti non contestati, in relazione al contesto in cui era stato creato un trust nel quale erano poi stati conferiti i beni in un'impresa in decozione: il Tribunale evidenzia che le allegazioni del ricorrente, in merito al concepimento dell'operazione quando la società era in stato di decozione, "non hanno trovato alcuna confutazione, nemmeno generica, da parte dei convenuti". Trib. Parma, 8 giugno 2010, ord., in una causa per la nullità di un ordine di acquisto di azioni in mancanza di contratto quadro, sulla base di tale pacifica mancanza, si limita ad applicare la legge (art. 1423), dichiarando la nullità del contratto. Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, in www.dirittoeprocesso.com, che fa riferimento a "episodi infiltrativi" non contestati in senso fattuale, passando poi a verificare la relativa responsabilità. Trib. Torino, 11 febbraio 2010, ord., in *Giur. mer.* 2010, 2451, ove, la convenuta, comparsa in udienza, aveva espressamente riconosciuto la morosità, soltanto adducendo giustificazioni in ordine alla propria precaria situazione finanziaria. Anche Trib. Tivoli, 4 novembre 2010, ord., in banca data *Dejure*, esamina i fatti pacifici tra le parti. Trib. Busto Arsizio, 8 febbraio 2010, ord., in www.lexform.it, mette in rilievo i fatti pacifici (nella specie, il recesso del socio, che era presupposto per azione di risarcimento danni). Sul ruolo dell'art. 115 c.p.c., v. anche OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, cit., p. 733; BECHIS, in *Giur. it.*, 2012, p. 388 p. 394, per cui, peraltro, l'applicazione dell'art. 115 c.p.c. potrebbe costituire un deterrente all'utilizzo del rito sommario. In generale, sulla riforma dell'art. 115 a opera della legge n. 69 del 2009, v. di recente, TARUFFO, *Commento all'art. 115*, in CARRATTA, TARUFFO, *Poteri del giudice, in Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2011, p. 483.

⁶² A tal riguardo, Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1246, ha affermato che la non contestazione è il cuore-motore del procedimento sommario in quanto consente al giudice di valutare appunto che l'istruttoria non sia complessa: nella fattispecie, la responsabilità (relativa a un sinistro stradale in cui era stata coinvolta un'auto presa e noleggiato) non era, limitandosi il resistente a criticare alcune clausole scritte e non del contratto di noleggio.

⁶³ Con questa precisazione può condividersi l'affermazione di ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, cit., p. 747, per cui il giudice non è chiamato qui

- la prevalenza delle questioni di diritto rispetto a quelle di mero fatto⁶⁴;
- la (in)disponibilità di prove documentali rilevanti ai fini dell'accertamento degli elementi fattuali, ove controversi o contestati, in base agli ordinari standard probatori⁶⁵;
- la disponibilità di accertamenti peritali formati *ante causam* ai sensi degli artt. 696 o 696-bis c.p.c.⁶⁶;

a effettuare una prognosi sulla fondatezza o infondatezza della domanda ma nella valutazione complessiva e di sintesi che giustifica la prosecuzione nelle forme semplificate può ritenersi compresa anche quella sulla eventuale manifesta fondatezza o manifesta infondatezza.

⁶⁴ Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit., per il quale la marginalità della prova deve essere ravvisata quando appaiono prevalenti le questioni in diritto sollevate dalle parti.

⁶⁵ Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010; Trib. Verona, 5 febbraio 2010, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 2452, rispetto a una controversia vertente sull'interpretazione di un contratto di fideiussione; Trib. Cagliari, 6 novembre 2009, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 409 (un'azione relativa a compravendita immobiliare, con prova documentale - atto pubblico -); Trib. Torino, 11 febbraio 2010, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 2451, che osserva: "la ricorrente ha prodotto a fondamento delle proprie allegazioni ampia documentazione (non tutta "tipica", ma non contestata dalla convenuta, non costituitasi ma comparsa in udienza)"; Trib. Mantova, 18 aprile 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, menziona i documenti che la portano a ritenere che l'atto di trust di cui si discuteva mirasse a perseguire effetti contrastanti con l'interessi della società i cui beni erano stati conferiti nel fondo. Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit., evidenzia la marginalità dell'istruttoria quando assuma valenza assorbente la prova precostituita documentale ex art. 187 c. 1 c.p.c. In Trib. Viterbo, 12 luglio 2010, ord., in banca dati *Dejure*, relativa alla liquidazione di onorari di avvocato, l'attività difensiva è ritenuta dimostrata dai documenti prodotti (copia degli atti giudiziari) ritenuti comprovanti la natura del giudizio intrapreso e il relativo esito. Per Trib. Modena, 10 marzo 2011, ord., invece, l'avvenuto pagamento di una somma non dovuta sarebbe stato dimostrato da un RAV di Equitalia mentre, rispetto alla riconvenzionale del convenuto, si rileva la mancanza in atti di una prova sull'esistenza di un rapporto di domiciliazione da cui si potesse far derivare una responsabilità colpevole in capo all'istituto ricorrente in conseguenza di un mancato tempestivo pagamento di una rata dovuta a un consorzio di bonifica. Ulteriori fattispecie documentali si riscontrano in Trib. Nola, 8 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Catanzaro 22 febbraio 2012, ord., in *www.altalex.com*; Trib. Brescia, 13 aprile 2016, ord., in *www.ilcaso.it*.

⁶⁶ Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010; OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, cit., p. 733. Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, dispone la chiamata a dare chiarimenti del c.t.u. che aveva esperito una perizia ex art. 696-bis c.p.c., ritenendo ammissibile l'acquisizione di tale elaborato preventivo, per esigenze di economia processuale; per una fattispecie, Trib. Bologna, 26 settembre 2011, ord., in *www.*

- l'eventuale svolgimento di una fase cautelare *ante causam*⁶⁷, pur nella consapevolezza che gli accertamenti compiuti in tale sede non siano di per sé vincolanti nel successivo giudizio di merito;
- la possibilità di accogliere la domanda esercitando poteri equitativi⁶⁸.

La prassi, in effetti, conferma come l'analisi, ai fini della scelta del binario istruttorio, tenda a concentrarsi sulla quantità e sulla qualità dell'attività istruttoria necessaria ad accertare i fatti controversi⁶⁹; in quest'ottica, si ritiene sintomo di "complessità" il fatto che l'istruzione della causa richieda l'assunzione di mezzi di prova sequenziali⁷⁰ ovvero di un'articolata serie di mezzi istruttori⁷¹. Poiché, peraltro, in questo rito, si applicano, come si è visto, gli ordinari *standard* in termini di ammissibilità e rilevanza della prova costituenda, il giudice non dovrà considerare tanto il "peso" quantitativo delle richieste istruttorie delle parti, quanto l'incidenza qualitativa delle stesse, al netto delle istanze inammissibili o irrilevanti⁷².

In effetti, uno dei principali compiti del giudice, nel rito in esame, è proprio riuscire a "filtrare" le richieste istruttorie delle parti

giuraemilia.it, in cui il giudice accoglie la domanda sui danni subiti dall'attore sulla base della perizia acquisita *ante causam*.

⁶⁷ OLIVIERI, *op. cit.*, p. 733.

⁶⁸ Trib. Fasano, 4 luglio 2010, *cit.*, che liquida il danno per un'occupazione *sine titulo* applicando l'art. 1226 c.c. (tramite rinvio dell'art. 2056 c.c.), con valutazione in termini equitativi.

⁶⁹ Il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona parla di istruttoria breve e agevole, utilizzabile per le cause semplici che non presentano pluralità di questioni da risolvere, non richiedono accertamenti complessi, non necessitano di attività istruttorie di lunga indagine o numerose.

⁷⁰ Cfr. Protocollo sul procedimento sommario di cognizione predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Bologna *cit.* Per una fattispecie, Trib. Piacenza, 28 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it*, in cui l'istruttoria avrebbe dovuto svilupparsi prima con un ordine di esibizione documentale *ex art.* 210 c.p.c. e poi con una c.t.u. contabile sui documenti così acquisiti.

⁷¹ Per una fattispecie, Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 20 novembre 2009, *ord.*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1648, ove si evidenzia la necessità di un'istruttoria non sommaria rispetto a una causa in cui era stata articolata una serie articolata di mezzi istruttori (prove orali, c.t.u., perizia fonica, acquisizione di documentazione bancaria e di scritture private).

⁷² Trib. Lamezia Terme, 24 febbraio 2012, *decr.*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 1669 osserva, in effetti, che una causa può presentarsi suscettibile di decisione immediata per l'inammissibilità o irrilevanza delle prove articolate delle parti.

(in particolare, quelle del convenuto), scartando quelle che appaiano, in base ai criteri ordinari, superflue o non conformi al modello legale di ammissibilità, per concentrare la sua decisione in merito al binario istruttorio solo su quelle effettivamente meritevoli di trovare accoglimento. Solo in questo modo, infatti, si può arginare la tattica del convenuto, non interessato alla più rapida definizione del giudizio, di proporre richieste probatorie esuberanti, per indurre il giudice a cambiare il binario istruttorio solo come affrettata reazione alla “mole” di tali istanze⁷³.

5. *L'istruttoria sommaria tra numero di udienze e mezzi di prova utilizzabili*

Avere fatto riferimento alla semplicità istruttoria della causa come parametro di riferimento per la decisione sul binario sul quale instradare la causa richiede la soluzione di ulteriori profili applicativi.

In primo luogo, nulla mi sembra imporre che, nel contesto di un'istruttoria sommaria in quanto semplificata, l'attività istruttoria si debba esaurire in un'unica udienza⁷⁴. Il rito sommario, infatti, non richiede l'esaurimento dell'*iter* procedimentale in un numero prestabilito di udienze. E se la fissazione di un numero limitato di udienze necessarie per l'assunzione delle informazioni sommarie appare compatibile con il rito cautelare, intrinsecamente connotato dall'urgenza, *a fortiori* ciò potrà avvenire nel contesto qui in esame, in cui la rapidità della decisione è la conseguenza della deformalizzazione procedimentale e non il suo presupposto.

Si può dunque ammettere che l'istruttoria si sviluppi (anche) in un numero limitato di udienze⁷⁵, possibilmente tra loro ravvici-

⁷³ V. al riguardo le osservazioni condivisibili di Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*.

⁷⁴ In questo senso anche TEDOLDI, *op. cit.*, p. 396.

⁷⁵ Le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena ritengono opportuno il mutamento di rito in caso di prevedibile necessità di più di due udienze.

nate⁷⁶, in modo da garantire la concentrazione della fase istruttoria⁷⁷, funzionale alla decisione della causa a seguito di discussione orale. In quest'ottica, una corretta implementazione del rito in esame implica di necessità un'organizzazione *ad hoc* degli uffici giudiziari.

Come abbiamo visto, la legge non ha compiuto una scelta aprioristica (ancorché implicita) in merito alle tipologie di mezzi di prova utilizzabili nel rito sommario⁷⁸: di per sé, dunque, nessun mezzo di prova è incompatibile con tale tipo di procedimento⁷⁹. In particolare, l'istruttoria sommaria non è sicuramente incompatibile con lo svolgimento di attività probatoria costituenda⁸⁰. Resta, però, incerta la "quantità istruttoria massima", superata la cui soglia il giudice dovrà cambiare il binario istruttorio della causa, passando a quello ordinaria.

Al riguardo, in mancanza di riferimenti normativi, appare impossibile e inopportuno cercare di individuare parametri fissi, ancorché in via di mera prassi.

Di norma, l'assunzione di un unico mezzo di prova sarà compatibile con la sommarietà dell'istruttoria⁸¹.

⁷⁶ GIORDANO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1217. V. anche CONSOLO, LUISO, *Assestamenti funzionali per l'effettività piena del procedimento sommario di cognizione: una prima conclusione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 520; Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010; Trib. Firenze, 22 maggio 2012, ord., www.ilcaso.it, ritiene che l'art. 702-ter, comma 5°, c.p.c. consenta il rinvio della prima udienza per lo sviluppo di incumbenti necessari.

⁷⁷ Trib. Taranto, 2 marzo 2010 cit.

⁷⁸ Per il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona, la valutazione sulla compatibilità prescinde dal tipo di prove da assumere.

⁷⁹ Trib. Piacenza, 28 ottobre 2011, in www.ilcaso.it.

⁸⁰ Così, pare, DIDONE, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 420. V. anche BIAVATI, *op. cit.*, p. 190; Protocollo Valore Prassi, cit., punto 21. Cfr. Trib. Taranto, 2 marzo 2010, cit., per cui dev'essere senz'altro consentita l'assunzione di prove di tipo diverso da quelle documentali, altrimenti non avrebbe senso la disposizione dell'art. 702-ter c.p.c. che permette al giudice di procedere nel modo più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto.

⁸¹ Cfr. anche il Protocollo del Tribunale di Bologna, cit.

Rispetto alla testimonianza, tale compatibilità sussisterà qualora debba essere escusso un numero esiguo di testi su limitate circostanze di fatto⁸².

Di per sé compatibili vanno pure ritenuti l'interrogatorio formale⁸³ e il giuramento (anche suppletorio)⁸⁴.

Sempre nel prisma della semplicità (in termini quantitativi e qualitativi), può essere svolta in modo sommario anche un'istruttoria basata su una pluralità di mezzi di prova interdipendenti⁸⁵.

La c.t.u., a sua volta, non si mostra di per sé incompatibile⁸⁶: anzi, nell'esperienza applicativa, essa appare utilizzata sovente⁸⁷. Ovviamente, essa deve avere a oggetto verifiche tecniche "semplici" e che possano essere compiute in tempi ridotti⁸⁸.

⁸² Trib. Bologna, 29 ottobre 2009, ord., in *Foro it.*, 2010, I, c. 1648, che converte il rito sul presupposto della necessità di un'istruzione probatoria approfondita, rilevando: "se la superfluità di un'istruzione probatoria orale può considerarsi sicuramente un indice rilevante della compatibilità del rito sommario, la sua necessità può considerarsi compatibile con la struttura del rito sommario solamente qualora sia limitata a un numero esiguo di testi, da escute su limitate circostanze di fatto"; così pure Trib. Fermo-Sant'Elpidio a Mare, 6 dicembre 2011, ord., in *www.personaedanno.it*. V. anche BREGGIA, *op. cit.*, p. 3; ACIERNO, *op. cit.*, p. 511.

⁸³ BREGGIA, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁴ Purché la capitolazione permetta alla parte di scegliere se giurare e vincere o non giurare e perdere: così PORRECA, *op. cit.*, p. 271. Per l'ammissibilità dell'interrogatorio anche FABIANI, *op. cit.*, p. 812.

⁸⁵ Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010.

⁸⁶ Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, cit.; Trib. Cosenza, 27 settembre 2014, ord., in *www.ilcaso.it*.

⁸⁷ V. anche G. F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, p. 110; BREGGIA, *op. cit.*, p. 3; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, ord., in *www.dirittoeprocesso.it*; nell'ambito di una controversia bancaria, Trib. Campobasso, 9 maggio 2013, in banca dati *iusexplorer*, afferma: "La controversia sottoposta all'esame di questo Tribunale non necessità di una attività istruttoria complessa, in quanto le questioni da trattare sono esclusivamente di natura giuridica e l'istruttoria attiene a un verifica tecnica contabile della gestione del conto corrente, sulla base del contratto sottoscritto tra le parti e il riscontro con la documentazione bancaria (estratti conto), essendo pacifico il presupposto dell'esistenza di un negozio giuridico in essere tra la Banca e il cliente". Diversa l'opinione di ACIERNO, *op. cit.*, p. 515, per cui l'esigenza di procedere a un accertamento tecnico sarebbe "tendenzialmente incompatibile con la scelta del procedimento sommario".

⁸⁸ Cfr. Trib. Brescia, 10 febbraio 2010, ord., in *www.ilcaso.it*; Trib. Taranto, 2 marzo 2010, cit.; Protocollo valore prassi, cit. parla di c.t.u. "ridotta nei tempi e

Problemi si riscontrano rispetto all'eventuale proposizione di una querela di falso o all'instaurazione di un giudizio di verifica-zione di scrittura privata.

In effetti, la querela di falso implica l'apertura di una fase inci-dentale davanti al collegio, con un arresto temporaneo dell'istrutto-ria di causa. In linea di massima, dunque, al momento di autorizzare la querela, ai sensi dell'art. 222 c.p.c., il giudice dovrà valutare se disporre il mutamento del binario istruttorio⁸⁹. Poiché, però, come si è più volte affermato, l'urgenza non è un presupposto di "utilizza-bilità" del procedimento sommario, non sembra che, nell'ipotesi in esame, il mutamento sia un atto dovuto o automatico. Ove, infatti, il documento rispetto al quale sia stata sollevata la querela costi-tuisca un elemento decisivo di prova in un contesto di istruzione documentale e la querela stessa non implichi accertamenti istruttori complessi, ben potrebbe il giudice sospendere la causa mantenendo la causa sul binario dell'istruttoria sommaria⁹⁰.

A maggior ragione, il mutamento di binario non sarà automati-co rispetto all'eventuale verifica-zione di una scrittura privata: qui, infatti, l'incidente di verifica-zione si svolge avanti al medesimo giu-dice monocratico e nulla esclude che il relativo accertamento possa essere compiuto con modalità semplificate. Inoltre, la verifica della scrittura potrebbe costituire l'unico incomben-te istruttorio prima della decisione ed essere pertanto compatibile con la trattazione sommaria. Anche in questo caso, dunque, il mutamento di binario istruttorio non sarà automatico, ma da verificare caso per caso⁹¹.

semplificata nei contenuti". Per un esempio sulle tecniche per contrarre i tempi di una perizia, v. Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, cit. Per Porreca, *op. cit.*, p. 270, sarebbe possibile che il perito esponesse la sua relazione oralmen-te in udienza.

⁸⁹ Così Protocollo del Tribunale di Bologna, cit.; in senso difforme MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 141, il quale ritiene che la querela di falso sia sempre incompatibile con il rito sommario.

⁹⁰ In senso difforme TEDOLDI, *op. cit.*, p. 614.

⁹¹ Secondo il Protocollo del Tribunale di Bologna, cit., in questo caso, la com-patibilità con l'istruttoria sommaria andrebbe verificata caso per caso. Anche per PORRECA, *op. cit.*, p. 265, querela di falso e verifica-zione di scrittura privata non necessariamente implicherebbero l'abbandono delle vie accelerate; v. pure TEDOLDI, *op. cit.*, p. 612; in senso contrario, invece, MASONI, *op. cit.*, p. 142.

6. Molte variabili per una decisione sul binario istruttorio

È evidente che quelle fornite nelle pagine precedenti siano mere indicazioni di massima.

Appare, in effetti, impossibile predeterminare in via generale e astratta il “quantum” di attività istruttorie qualificabile come “non complessa” o, per converso, la soglia superata la quale tale attività cessa di essere “semplice”. La caratteristica del modello di “sommarietà” qui in esame, dopo tutto, è proprio che essa non si presta a essere determinata con certezza *a priori*, ma va verificata nel vivo del contraddittorio, con una valutazione *ex post* rispetto al momento della proposizione della domanda⁹².

In un contesto di questo tipo, sulla scelta del binario istruttorio da parte del giudice non influiscono solo le attività del ricorrente, ma anche quelle del convenuto e dell'eventuale terzo chiamato o intervenuto volontariamente: e, infatti, la decisione del giudice rispetto all'istruzione sommaria (o non) giunge a dipendere non tanto e non solo dal contenuto dell'atto introduttivo del giudizio, quanto anche e soprattutto dalle difese fatte valere dalle altre parti, con una notevole serie di “variabili” (più o meno preventivabili *ex ante*) in merito alla maggiore o minore complessità della lite ai fini qui rilevanti.

Tra le diverse variabili da considerare in questo contesto si possono menzionare, in via meramente esemplificativa⁹³, la presentazione di una domanda riconvenzionale, una chiamata in causa di terzo da parte del convenuto, un intervento volontario di terzo, una chiamata di terzo su ordine del giudice, la proposizione di nuove domande, eccezioni e richieste istruttorie da parte dell'attore, rese necessarie dalle difese del convenuto⁹⁴, le nuove richieste istruttorie del convenuto rispetto alle nuove domande, eccezioni o istanze del ricorrente, il rilievo officioso di eccezioni di merito o di rito, l'ammissione di prove su iniziativa del giudice⁹⁵.

⁹² Cfr. il Protocollo del Tribunale di Bologna, cit.

⁹³ V. in argomento pure ARIETA, *Il rito “semplificato” di cognizione*, cit., p. 747.

⁹⁴ Così pure VOLPINO, *op. cit.*, p. 65; PORRECA, *op. cit.*, p. 204.

⁹⁵ PORRECA, *op. cit.*, p. 182 evidenzia le maggiori conseguenze, in questo contesto, del rilievo d'ufficio di eccezioni o dell'ammissione di prove *ex officio*.

7. Procedimento sommario e cumulo oggettivo e soggettivo

È opportuno, a questo punto dell'esame degli elementi che determinano la complessità piuttosto che la semplicità della causa sul piano degli accertamenti istruttori, analizzare le ipotesi di processo "complesso", sul piano oggettivo e soggettivo, per verificarne la astratta compatibilità con il rito sommario.

A differenza dal procedimento sommario commerciale, il rito introdotto dagli artt. 702-bis ss. c.p.c. contiene alcune disposizioni espressamente dedicate alla connessione oggettiva e soggettiva. In generale, peraltro, come si vedrà a breve, la nuova normativa non esprime un *favor* per il *simultaneus processus*, cercando di preservare la snellezza e la semplicità del procedimento contro le "complicazioni" istruttorie derivanti dal cumulo di domande e di soggetti coinvolti⁹⁶.

D'altro canto, di per sé, il cumulo oggettivo o soggettivo⁹⁷ non implica una presunzione assoluta di complessità della lite⁹⁸. In questo senso si è già espressa anche parte della giurisprudenza di merito⁹⁹, che ha ritenuto il procedimento sommario compatibile con gli artt. 102, 105, 106 e 107 c.p.c.¹⁰⁰.

⁹⁶ Come osserva PORRECA, *op. cit.*, p. 193, nella logica del modello procedimentale qui in esame, il cumulo processuale non corrisponde a un'economia dei giudizi ma rende complesso il giudizio.

⁹⁷ Ritiene non sempre condizionante l'esistenza di una pluralità di parti BASILICO, *op. cit.*, p. 735.

⁹⁸ BESSO, *op. cit.*, p. 725, nota 31; con riferimento alle cause litisconsortili, v. pure CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1105.

⁹⁹ Trib. Verona, 5 febbraio 2010, ord., in *Giur. mer.*, 2010, p. 2452.

¹⁰⁰ V. anche CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 87 ss. Per contro, altra giurisprudenza ha espressamente ritenuto che anche la dimensione soggettiva del processo sia tra gli elementi da considerare ai fini del mutamento del binario istruttorio, nel senso che il "coinvolgimento, necessario od opportuno, di parti ulteriori rispetto a quelle ordinarie" possa contribuire a rivelare la necessità di trattare la lite con il giudizio ordinario: Trib. Torino, 3 dicembre 2013, ord., in www.giuraemilia.it. Tale osservazione, di per sé, può essere condivisibile, purché non si traduca, nella pratica, in automatiche conversioni di binario istruttorio non appena ci si trovi di fronte a un processo litisconsortile. Il Tribunale di Torino nella sentenza in esame, in effetti, constatata la necessità di integrare il contraddittorio ai sensi dell'art. 102 c.p.c. nei confronti della parte promittente venditrice di un contratto, dispone il passaggio al

Vale la pena, a questo punto, analizzare alcune delle ipotesi che si possono prospettare in questo ambito.

8. (Segue): il cumulo di domande da parte del ricorrente

L'art. 702-*bis* c.p.c. non pone alcun limite all'applicazione delle norme ordinarie che consentono:

- a un ricorrente di proporre un cumulo di domande, anche non altrimenti connesse, nei confronti del medesimo convenuto;
- a un ricorrente di agire nei confronti di una pluralità di convenuti;
- a una pluralità di ricorrenti di agire nei confronti di un singolo convenuto¹⁰¹;
- a una pluralità di ricorrenti di agire nei confronti di una pluralità di convenuti.

Per quanto l'aumento del numero delle parti e/o delle domande in seno a un procedimento appaia inversamente proporzionale alla possibilità di istruire l'intero giudizio in via sommaria, come già si è detto, non è scontato che, in una controversia che presenti simili "cumuli", debba essere automaticamente disposto il mutamento di binario istruttorio¹⁰².

rito ordinario senza ulteriori indagini sulla complessità della lite. Mi pare più corretto, in un'ipotesi del genere, che il giudice valuti caso per caso l'incidenza di tale cumulo sull'idoneità della controversia a essere istruita in modo sommario.

¹⁰¹ Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, in una fattispecie in cui cinque ricorrenti avevano agito contro il medesimo convenuto (un promotore finanziario), rigetta la domanda di separazione, in applicazione degli artt. 53 e 103 c.p.c., rilevando che le domande degli attori avevano alla base i medesimi fatti storici e omogenee erano le contestazioni in diritto svolte dalla convenuta. Nel caso specifico, l'istruttoria era omogenea, in quanto non erano state dedotte prove costituenti, e ci si basava su una perizia unitaria resa ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. Il Tribunale, anzi, afferma che la separazione avrebbe comportato un aggravio e un'ingiustificata e diseconomica moltiplicazione di attività processuale (ovvero, la convocazione del medesimo perito per il medesimo chiarimento in cinque diversi processi).

¹⁰² Rispetto alle ipotesi appena prospettate, si possono presentare i seguenti scenari processuali: *a*) su alcune delle domande cumulate è prevista la decisione collegiale: ai sensi del comma 2° dell'art. 702-*ter* c.p.c., il giudice dovrà dichiarare tali domande inammissibili (v. anche BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giu-*

9. (Segue): la domanda riconvenzionale

Si può ora passare ad analizzare le ipotesi di “complessità” sopravvenuta, a causa e in conseguenza delle attività processuali del convenuto.

Nessun dubbio sussiste circa la proponibilità, nel procedimento sommario, di una domanda riconvenzionale, essendo tale ipotesi

stizia civile, cit., p. 816). Se, però, si intende la nozione di inammissibilità utilizzata dalla norma con riferimento alla impossibilità di sottoporre tali domande a un'istruttoria sommaria, ne deriva che, rispetto alle domande per cui è prevista la decisione collegiale, dovrà essere disposto il mutamento del binario istruttorio, con separazione delle stesse, sulla falsariga di quanto avviene rispetto alle domande riconvenzionali (v. *infra*); b) su alcune delle domande cumulate il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'art. 702-ter, comma 1°, c.p.c.: in questo caso, avrà luogo una separazione di tali domande, che dovranno essere riassunte avanti al giudice indicato come competente, in base alle regole ordinarie; c) alcune domande vengono ritenute idonee alla decisione non sommaria e altre non. In tale ipotesi si deve ulteriormente distinguere: c1) laddove le domande cumulate possano essere separate e decise autonomamente senza incorrere in un rischio di conflitto pratico di giudicati, il giudice, alla prima udienza sommaria, dovrà disporre per alcune il mutamento di binario istruttorio (con conseguente, anche implicita, separazione di cause) e, per le altre, la prosecuzione su quello sommario. In questo caso, per le domande “separate” sarà necessario formalizzare una nuova iscrizione a ruolo, in base alle norme ordinarie; tale soluzione, che si fonda sia su quanto espressamente previsto rispetto alla domanda riconvenzionale che sull'interpretazione logica, non è invero ritenuta condivisibile da parte della dottrina e della giurisprudenza che preferisce ritenere che, in una ipotesi di questo tipo, operi una rinuncia alla decisione sommaria, con conseguente mutamento di binario per tutte le domande cumulate (v. anche TISCINI, *op. cit.*, p. 257-8, ritiene che si possa configurare dalla norma sulla riconvenzionale un criterio di separazione che può trovare collocazione altrove, per poi arrivare a dire che nel bilancio di costi e ricavi, sia da ritenere preferibile individuare quella sulla riconvenzionale come una norma speciale e considerare il cumulo tra domande come una ipotesi di rinuncia alla decisione sommaria: il cumulo, dunque, andrebbe conservato ma le più cause dovrebbero essere trattate e decise con il rito ordinario. Trib. Busto Arsizio, 8 febbraio 2010, ord., in www.lexform.it, a sua volta, esclude possibilità di separare le domande del ricorrente); c2) qualora le domande cumulate siano legate tra un loro di connessione forte che ne ostacoli la separazione (per esempio, qualora per le domande rispetto alle quali fosse configurabile un'istruttoria sommaria dovrebbe comunque essere disposta la sospensione necessaria, in attesa della decisione su quelle sottoposte a istruttoria ordinaria), la causa dovrà essere considerata nel suo complesso come non idonea a un'istruttoria sommaria, con conseguente passaggio al binario ordinario di tutte le domande cumulate (v. pure Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010).

espressamente prevista e disciplinata dalla legge, a partire dalla specificazione di un termine decadenziale per la proposizione di tale domanda entro il termine di costituzione previsto alla legge, senza alcuna automatica rimessione in termini in caso di mutamento di binario istruttorio¹⁰³.

Nessun limite oggettivo, poi, viene posto rispetto alla domanda autonoma che il convenuto può avanzare in questa sede, restando dunque applicabili i “parametri” di cui all’art. 36 c.p.c.

Anche per la domanda riconvenzionale, peraltro, devono sussistere i presupposti speciali di ammissibilità previsti rispetto alla domanda principale: in sostanza, la domanda dovrà essere soggetta alla decisione monocratica nonché idonea a essere istruita in modo sommario.

Delle verifiche del giudice di merito alla domanda riconvenzionale si occupano i commi 2° e 3° dell’art. 702-ter c.p.c.

La prima disposizione estende a tale domanda i controlli circa la competenza e la riserva di collegialità, prevedendo la possibilità di una declaratoria (anche parziale), rispettivamente, di incompetenza ovvero di inammissibilità.

Per quanto riguarda tale inammissibilità, valgono le considerazioni svolte rispetto alla domanda principale: anche qui, dunque, le interpretazioni possibili si polarizzano tra una chiusura in rito dell’esame sulla riconvenzionale¹⁰⁴ e un passaggio di quest’ultima al binario della istruzione ordinaria, con un provvedimento (anche implicito) di separazione tra la domanda del ricorrente e quella del convenuto¹⁰⁵.

In effetti, pure rispetto alla domanda riconvenzionale, la disposizione in esame conferma la sua testuale rigidità, lasciando intendere che una domanda riconvenzionale riservata alla decisione collegiale non possa trovare ingresso in un procedimento sommario.

Rispetto a quanto già si è visto con riferimento alla domanda principale, peraltro, tale ingiustificata rigidità ha implicazioni an-

¹⁰³ V. anche ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, 308 ss.

¹⁰⁴ In questo senso BASILICO, *op. cit.*, p. 736.

¹⁰⁵ Così PORRECA, *op. cit.*, p. 229.

cora più perniciose. Se interpretato alla lettera, infatti, il comma 2° dell'art. 702-ter c.p.c. esclude ogni ipotesi di *simultaneus processus* tra domanda principale e riconvenzionale, anche nel caso in cui esista una forte connessione oggettiva, con la possibilità di creare un grave corto circuito processuale e sostanziale.

In base alla tesi più rigorosa, infatti, il giudice dovrebbe dichiarare inammissibile la domanda riconvenzionale, per lasciare proseguire il procedimento solo per quella principale, ancorché senza alcuna garanzia che quest'ultima sia in effetti istruita in modo sommario, dal momento che la decisione sulla inammissibilità precede, logicamente, quella sulla scelta del binario istruttorio: una soluzione, dunque, del tutto incongrua e che, comunque, non garantisce in alcun modo la rapida definizione della domanda principale. A conferma di questo assunto, basta considerare l'ipotesi della domanda riconvenzionale che sia pregiudiziale rispetto a quella principale: "estromessa" dal procedimento principale, essa sarà proposta in via autonoma, creando in separata sede quel vincolo di presupposto logico-necessario che, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., porta alla sospensione del procedimento sommario ancora eventualmente pendente.

Ove poi il giudizio sulla domanda principale "dipendente" fosse già stato definito nelle more della riproposizione della domanda pregiudiziale, il vincolo tra le due domande si riproporrebbe comunque in appello.

L'irragionevolezza di questa interpretazione letterale della norma si è già manifestata nella sua applicazione pratica. Il Tribunale di Biella¹⁰⁶, infatti, si è trovato di fronte a un procedimento *ex artt. 702-bis ss. c.p.c.*, in cui il ricorrente aveva proposto una domanda relativa al rilascio di certi immobili ricevuti in legato per testamento pubblico. Si trattava di una domanda sottoposta alla decisione monocratica e di per sé astrattamente idonea alla decisione sommaria. Il convenuto, dal canto suo, nel costituirsi in giudizio, aveva chiesto, in via riconvenzionale, la declaratoria della nullità del testamento in questione per incapacità naturale del *de cuius*: per tale domanda era, invece, prevista la riserva di collegialità, ai sensi dell'art. 50, n.

¹⁰⁶ Trib. Biella, 9 febbraio 2010, ord., in banca dati *Dejure*, che richiama la norma sulla *translatio* del procedimento avanti al giudice amministrativo.

6 c.p.c. Le due domande, d'altro canto, erano sicuramente legate da un vincolo di pregiudizialità-dipendenza, non potendosi decidere in merito al legato senza avere previamente risolto la questione della validità del testamento, che di tale legato era il presupposto giuridico. Era evidente, dunque, la necessità di una trattazione congiunta delle due domande.

Come si è visto, però, la lettera dell'art. 702-ter, comma 3° c.p.c. in un'ipotesi del genere sembra escludere tale cognizione congiunta. Anzi, la norma pare negare anche la semplice possibilità di separare le due domande, facendo prendere a ciascuna di esse un diverso binario istruttorio: con il risultato processualmente "assurdo" di rendere pure inammissibile la sospensione *ex art.* 295 c.p.c. della domanda principale (relativa al rilascio degli immobili lasciati in legato), mancando l'attuale pendenza della causa pregiudiziale, dichiarata inammissibile con ordinanza non impugnabile e dunque con una immediata chiusura del rapporto processuale a essa relativo.

In ogni caso, non si è mancato di osservare l'illogicità anche della soluzione più *soft*, per cui la domanda riconvenzionale pregiudiziale potrebbe essere separata da quella principale dipendente, dal momento che, ove quest'ultima dovesse comunque essere sospesa *ex art.* 295 c.p.c., a tempo indeterminato, davvero non avrebbe alcun senso ostinarsi nel volere preservare la natura sommaria del procedimento.

Si tratta di un circolo vizioso di non agevole soluzione, a cui il Tribunale di Biella ha ritenuto opportuno dare una risposta drastica, giungendo a dichiarare inammissibili entrambe le contrapposte domande. Il nodo gordiano è stato così sciolto, ma in modo inappagante dal punto di vista sia delle parti sia dell'ordinamento¹⁰⁷: la lite, infatti, non è stata risolta e realisticamente è proseguita in altra sede, con le forme ordinarie.

In effetti, anche il Tribunale di Bari, sezione distaccata di Acquaviva¹⁰⁸ è giunto a ritenere che l'inammissibilità della riconvenzionale

¹⁰⁷ Anche per CATALDI, *op. cit.*, p. 111, la soluzione proposta dal Tribunale di Biella non è appagante.

¹⁰⁸ Trib. Bari-Acquaviva, 22 aprile 2010, ord., in banca dati *Dejure*.

si estenda alla domanda principale, ossia all'intero procedimento, in un giudizio in cui la domanda principale aveva a oggetto il pagamento di una somma pretesa in qualità di erede testamentario e la riconvenzionale riguardava (anche qui) l'impugnazione del testamento.

Gli esempi appena riportati dimostrano l'opportunità, anzi la necessità, di dare, del comma 2° dell'art. 702-ter c.p.c. una lettura adeguatrice, ispirata ai principi, più che del giusto processo, della razionalità che deve infondere ogni disposizione normativa in campo processuale.

Si conferma, dunque, la necessità di interpretare la norma in esame nel senso che, ove la domanda riconvenzionale (come già visto per la principale) sia sottoposta alla decisione collegiale, essa non debba essere dichiarata inammissibile in senso tecnico ma piuttosto non sottoponibile al procedimento sommario, con conseguente "conversione del rito" e sua separazione dalla domanda principale¹⁰⁹. Ove, poi, tale separazione venga a recidere una connessione forte tra domanda riconvenzionale e domanda principale, sul *favor* legislativo per la decisione "sommaria" sulla domanda del ricorrente devono prevalere le ragioni di opportunità del *simultaneus processus*. In effetti, seppure, di per sé, la sospensione del processo *ex art.* 295 c.p.c. possa essere disposta anche rispetto a un procedimento sommario (*v. infra*), qualora la domanda principale non possa essere decisa a prescindere dalla soluzione della domanda riconvenzionale a natura pregiudiziale proposta in seno al medesimo procedimento, tale domanda non si presta a essere istruita in modo sommario e, in ogni caso, appare contrario all'economia processuale disporre la separazione tra le due domande, sapendo in partenza che una di esse dovrà comunque restare sospesa a tempo indeterminato, per poi essere riassunta. Appare, dunque, necessario disporre il mutamento di binario istruttorio per tutte le domande contrapposte, giungendo a una unitaria decisione da parte del collegio¹¹⁰.

¹⁰⁹ Per Trib. Bari-Acquaviva, 22 aprile 2010, cit., però, una simile separazione sarebbe "palesamente in contrasto con la letterale formulazione del comma 2 dell'art. 702 ter".

¹¹⁰ In questo senso anche COSSIGNANI, *Della sospensione per pregiudizialità del procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2331; CATALDI, *op. cit.*, p. 112.

Il medesimo trattamento è stato previsto per le ipotesi di connessione propria, in presenza di domande contrapposte riferite a unico rapporto negoziale (continenza) per le quali è prevista la riunione obbligatoria (art. 39 c.p.c.)¹¹¹.

Allo stesso risultato appena proposto si potrebbe pervenire per altra strada, meno coraggiosa sul piano dell'interpretazione della nozione di "inammissibilità" contenuta nella norma qui in esame, ma comunque "manipolatrice" della disposizione in esame, per quanto attiene l'ordine logico delle questioni su cui si deve pronunciare il Tribunale in questa sede.

In particolare, si può prospettare che il giudice decida in merito alla idoneità della domanda principale a essere istruita in modo non sommario prima di pronunciarsi in merito alla violazione della riserva di collegialità rispetto alla domanda riconvenzionale. In quest'ottica, ritenendo la domanda principale inadeguata all'istruttoria formale (anche) in relazione alla necessità di istruire la domanda riconvenzionale, si potrebbe disporre il mutamento di binario istruttorio rispetto a tutte le domande proposte, ciò che eviterebbe di prendere posizione sulla inammissibilità della riconvenzionale e preserverebbe l'unità dell'istruttoria sulle contrapposte domande¹¹².

Tra le due soluzioni proposte, la prima (ovvero la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 702-ter, comma 2° c.p.c.) appare, peraltro, meno macchinosa e comunque più adeguata alla situazione. In effetti, la seconda soluzione, in ipotesi, non potrebbe operare laddove anche la domanda riconvenzionale sottoposta alla decisione collegiale fosse astrattamente idonea a essere istruita in modo sommario, ricadendo così nel corto circuito cui si accennava all'inizio della presente analisi.

¹¹¹ Indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena; il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona si riferisce a ipotesi di pregiudizialità, continenza, accessoriarietà.

¹¹² Per OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, cit., p. 733, per ogni ipotesi (riconvenzionale non sommaria e collegiale), si deve consentire al giudice il potere di inserire anche le domande riconvenzionali fra le difese che richiedono un'istruzione non sommaria.

10. (Segue): la scelta di binario istruttorio per la domanda riconvenzionale

Ove la domanda riconvenzionale debba essere decisa dal giudice monocratico del tribunale, alla prima udienza, il giudice dovrà compiere anche rispetto a essa la scelta del binario istruttorio.

La legge, al riguardo, dispone che, qualora la domanda riconvenzionale non possa essere istruita in via sommaria, rispetto a essa debba essere disposto il mutamento di binario, con conseguente sua separazione dal procedimento principale.

In sostanza, si afferma qui un approccio analitico e non globale all'oggetto del processo, che porta a svalORIZZARE il *simultaneus processus*¹¹³, prediligendo, a livello di *policy*, la trattazione "sommaria" almeno della domanda principale, sia nell'ottica di evitare un uso strumentale della riconvenzionale da parte di convenuti che vogliono allungare i tempi della decisione della lite, sia per affermare un approccio per così dire "minimal" alla ragionevole durata del processo: come a dire, che se non si riesce a decidere l'intero *thema decidendum* in tempi accelerati, che almeno ciò accada per parte delle domande: una sorta di logica della "riduzione del danno" applicata all'ambito procedimentale¹¹⁴.

In conseguenza di questa opzione legislativa, si ripropongono qui tutte le problematiche già evidenziate nel paragrafo precedente. Anzi, esse divengono qui ancora più pressanti, poiché è ben più probabile che una domanda riconvenzionale non si presti a una istruttoria sommaria, in quanto, per esempio, bisognevole di complessi approfondimenti in fatto, piuttosto che essere (semplicemente) sottoposta alla riserva di collegialità dell'art. 50-bis c.p.c.

¹¹³ Per BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 129, allo stesso risultato si dovrebbe arrivare nell'ipotesi in cui, delle eventuali domande cumulate dall'attore, alcune soltanto si prestino a una decisione sommaria.

¹¹⁴ Per una fattispecie, v. Trib. Latina, 3 marzo 2011, ord., in banca dati *Dejure*: con riferimento a un affitto di ramo di azienda, il locatore contestava l'inadempimento e comunque in via subordinata l'accertamento della cessazione del rapporto di affitto alla scadenza. Il convenuto, per contro, sollevava contestazioni *ex art.* 1460 c.c. per essere stata costretto a eseguire lavori straordinari spettanti al locatore. Il Tribunale ha accolto la domanda subordinata e per il resto ha convertito il rito.

Ancora una volta, ci si trova qui a doversi lamentare della mancanza di elasticità del legislatore del 2009: con l'aggravante di avere voluto avviluppare in vincoli di vario tipo un modello procedimentale che si voleva flessibile e adattabile alle caratteristiche della singola controversia.

La scelta legislativa qui in esame cerca di evitare che, tramite la proposizione di domande riconvenzionali anche solo tenuamente connesse alla domanda principale, il convenuto riesca a ottenere la conversione del rito (e dunque un ritardo nella definizione della lite), ma, al contempo, ignora che vi sono situazioni in cui, come si è visto, la separazione delle domande crea gravissimi corto circuiti logico-giuridici: tale scelta non appare condivisibile ed è stata giustamente criticata¹¹⁵.

In effetti, come già si è avuto modo di argomentare, vi sono ipotesi in cui la connessione tra la domanda principale e la riconvenzionale è così forte da non tollerare la rigida soluzione apparentemente "imposta" dal legislatore (almeno a livello di interpretazione letterale delle norme).

In ultima analisi, la separazione potrà avvenire solo rispetto a cause con connessione poco intensa, tra domande compatibili tra loro¹¹⁶.

Anche in questo ambito, infatti, si giunge a ritenere che, invece, nelle ipotesi di connessione "forte" (per pregiudizialità o incompatibilità) tra domanda principale e domanda riconvenzionale, cui fa riscontro un cumulo non separabile di domande, si debba dare un'interpretazione teleologica e non letterale del comma 4° dell'art. 702-ter c.p.c., prevedendo che il giudice disponga il mutamento di rito per tutte le domande cumulate¹¹⁷, a prescindere dal fatto che una di esse possa, in astratto, essere istruita in modo sommario.

¹¹⁵ BALENA, *op. cit.*, p. 815, per cui la soluzione del legislatore è assolutamente inappagante.

¹¹⁶ BALENA, *op. loc. cit.*

¹¹⁷ MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1106, prospetta la conservazione del cumulo processuale per le ipotesi di connessione forte come criterio generale; PORRECA, *op. cit.*, p. 192; GIORDANO, *Procedimento sommario*, cit., p. 735; MACAGNO, *op. cit.*, p. 3053; CAPONI, in *La riforma della giustizia civile*, cit., p. 200; ACIERNO, *op. cit.*, p. 512; Protocollo Valore Prassi, cit., punto 19. DITTRICH, *op. cit.*, p. 1593, peraltro, evidenzia che si possa ammettere anche una situazione opposta rispetto a quella espressamente disciplinata dalla legge: e cioè

Una tale interpretazione è necessaria per evitare un possibile contrasto tra giudicati¹¹⁸.

A ben vedere, peraltro, si tratta di una soluzione comunque obbligata.

Come si è visto, nel procedimento qui in esame, la sommarietà della cognizione non è riconducibile alla sommarietà per superficialità o per parzialità, dovendosi il giudice pronunciare sull'intera domanda, in tutti i suoi elementi di fatto e di diritto astrattamente rilevanti. In effetti, sulla domanda principale, il modello procedimentale qui analizzato non prospetta una decisione "allo stato degli atti" o con riserva delle eccezioni. Da questo punto di vista, dunque, non si può neppure concepire una decisione "sommaria" del giudice solo sulla domanda principale dipendente e che non esamini la domanda pregiudiziale relativa a un elemento costitutivo della pretesa del ricorrente.

Analoghe considerazioni possono essere formulate rispetto alla domanda riconvenzionale "incompatibile".

Le argomentazioni che precedono, *mutatis mutandis*, possono essere estese alla domanda proposta dal convenuto nei confronti del terzo chiamato in causa, sia che si limiti tale chiamata alla garanzia, sia che la si estenda a tutte le ipotesi di comunanza di cause o almeno a quelle caratterizzate da una connessione forte.

11. *(Segue): la chiamata di terzo su istanza di parte o per ordine del giudice*

Almeno in linea teorica, i meccanismi istruttori del rito sommario appaiono compatibili con la chiamata in causa di un terzo su istanza di parte e su ordine del giudice¹¹⁹.

che sia la riconvenzionale a poter essere istruita in via sommaria, con prosecuzione della domanda principale con le forme ordinarie.

¹¹⁸ BALENA, *op. cit.*, p. 815.

¹¹⁹ Come ammonisce BIAVATI, *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2173, peraltro: "altro è dire che l'intervento *iussu iudicis*, ovvero l'integrazione del contraddittorio in caso di litisconsorzio necessario, siano in sé compatibili con il procedimento sommario, e altro è invece ritenere che siano sempre possibili".

Lo stesso art. 702-*bis* c.p.c., in effetti, ammette tale chiamata da parte del convenuto.

Il comma 5° di tale norma, in particolare, prevede che il convenuto, a pena di decadenza, in comparsa di risposta, dichiari se intende chiamare in causa un terzo: sin qui, nulla di nuovo, rispetto al modello ordinario.

La norma, però, menziona espressamente la sola chiamata del terzo in garanzia, senza fare riferimento all'altra ipotesi prevista dall'art. 106 c.p.c., ovvero la chiamata del terzo cui si ritenga la causa comune.

La grande maggioranza degli interpreti ritiene che si sia trattato di un *lapsus* del legislatore, il quale *minus dixit quam voluit*¹²⁰. In tale ottica, si opina che anche in questo contesto debbano trovare applicazione tutte le ipotesi di connessione previste dall'art. 106 c.p.c., pena l'irragionevolezza della disposizione¹²¹.

¹²⁰ Per ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, cit., p. 743 "La limitazione in ordine alla chiamata di terzo in garanzia deve ritenersi una vera e propria inesattezza del testo normativo"; v. pure BALENA, *op. cit.*, p. 807, che osserva: "alcune delle fattispecie solitamente ricondotte al concetto della "comunanza di causa" sono caratterizzate da un nesso non meno intenso di quello che caratterizza la connessione tra la causa principale e quella di garanzia": al riguardo, l'a. fa l'esempio della connessione per alternatività; GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 840; MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 106, il quale prospetta che la limitazione della chiamata del terzo alla sola ipotesi codificata passibile di censura costituzionale, in quanto priva di giustificazione; VOLPINO, *op. cit.*, p. 61; G. F. RICCI, *op. cit.*, p. 105; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1568; OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, cit., p. 731; CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 883; DIDONE, *op. cit.*, p. 418; BOVE, *op. cit.*, p. 3; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 3; ACIERNO, *op. cit.*, p. 508. DITTRICH, *op. cit.*, p. 1594, peraltro, propone una soluzione intermedia, per cui la chiamata del terzo per comunanza di cause potrebbe avvenire in udienza, con possibilità per il giudice di ammetterla o non.

¹²¹ OLIVIERI, *op. cit.*, p. 731; IANNI, *op. cit.*, p. 9 si esprime in termini di "interpretazione costituzionalmente orientata. Parte della giurisprudenza si è collocata sulla stessa linea. Il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, per esempio, ritiene che, dando una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 702-*bis* c.p.c., si debba ammettere la chiamata del terzo appunto per tutte le ipotesi previste dall'art. 106 c.p.c.; Trib. Verona, 5 febbraio 2010, cit., per cui il convenuto nel rito sommario deve godere delle stesse possibilità di chiamata in causa di terzi previste per il convenuto nel rito ordi-

La mia conclusione, invero, è di segno opposto. La formulazione del comma 5° dell'art. 702-*bis* c.p.c., infatti, non appare casuale. Essa ricalca la dizione dell'art. 167, ultimo comma, c.p.c., introducendo però il riferimento alla chiamata del terzo in moto troppo "preciso". In altre parole, penso che il legislatore abbia effettivamente voluto limitare alla chiamata in garanzia le ipotesi di allargamento soggettivo del processo per iniziativa del convenuto¹²².

La *ratio* di una simile scelta è facilmente intuibile: cercare di evitare che, attraverso il coinvolgimento di terze parti, il convenuto "complichi" (anche in modo "abusivo") l'oggetto dell'istruttoria di causa, così da determinare la conversione di rito¹²³.

In effetti, come si sta argomentando in queste pagine, tutto l'impianto normativo del rito sommario delinea un disfavore del legislatore rispetto al *simultaneus processus* in caso di cumulo oggettivo o soggettivo¹²⁴.

In quest'ottica, la norma ha, in effetti, una sua ragionevolezza.

Come tutte le regole generali e astratte, peraltro, essa non considera che vi possono essere situazioni in cui, dalla mancata chiamata del terzo, possa derivare per il convenuto un sensibile nocimento, non risolvibile tramite l'instaurazione di un diverso procedimento.

Si può fare l'esempio della c.d. *laudatio actoris*, ovvero della situazione in cui il convenuto neghi la propria legittimazione passiva (per esempio, rispetto alla causazione di un danno aquiliano), indicando, come effettivo legittimato passivo un soggetto diverso (appunto, il terzo). In questa ipotesi, dall'inammissibilità della chiamata del terzo "a cui la causa è comune" potrebbe derivare un conflitto pratico di giudicati, dal momento che la sentenza resa nel

nario; il protocollo sul procedimento sommario di cognizione predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Roma, a sua volta, afferma che la chiamata in causa del terzo debba essere ammessa in tutti i casi di comunanza della causa previsti dall'art. 106 c.p.c.

¹²² Su questa prospettiva v. pure SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 457.

¹²³ PORRECA, *op. cit.*, p. 189, condivide, parlando, 190, di "tasso di semplificazione tipizzato e necessitato *ex lege*".

¹²⁴ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 195.

giudizio sommario non potrebbe essere “opposta” al terzo che non ha partecipato al giudizio¹²⁵.

Della norma in esame si impone, dunque, un'interpretazione costituzionalmente orientata che, senza aprire le porte in modo indiscriminato a ogni ipotesi di “comunanza di cause”, permetta al giudice, caso per caso, di valutare se la chiamata del terzo sia effettivamente funzionale a una più adeguata difesa del convenuto ovvero se la connessione pur esistente tra le diverse posizioni soggettive tolleri la mancata attuazione del *simultaneus processus*¹²⁶.

In altre parole, il convenuto, oltre a dichiarare la propria intenzione di chiamare in causa un terzo, dovrebbe esporre le ragioni a supporto della propria richiesta di chiamata, esplicitando i possibili nocimenti che potrebbero derivargli in caso di mancata autorizzazione.

Il giudice, a quel punto dovrebbe vagliare l'istanza e, in caso di accoglimento della stessa, autorizzare la chiamata, disponendo il rinvio dell'udienza per consentire la citazione del terzo¹²⁷.

In effetti, non si tratta di un vaglio inedito, dopo che la Cassazione, esprimendo un principio di diritto dalle implicazioni pratiche

¹²⁵ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 202. In effetti, proprio in una situazione di *laudatio actoris*, Trib. Genova, 16 gennaio 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, I, c. 1648, non ha autorizzato la chiamata in causa di un terzo indicato dal convenuto come responsabile esclusivo del danno lamentato dal ricorrente, rilevando che il legislatore avrebbe inteso introdurre un procedimento di rapida definizione. Nella medesima direzione, vanno le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena: “Ci si è chiesti che provvedimenti deve assumere il giudice in caso di chiamata del terzo non in garanzia (per esempio, ipotesi frequente in materia risarcitoria del debitore alternativo). È emersa l'opinione che non deve fissare una nuova udienza e deve dichiarare inammissibile la chiamata”. Come ha messo in evidenza BALENA, *op. cit.*, p. 808, d'altro canto, “in non pochi casi la chiamata in causa del terzo è strumentale a una più agevole e compiuta difesa del convenuto, che non può essere certamente sacrificata – pena l'incostituzionalità delle norme ora considerate – sull'altare della “semplificazione” del rito”.

¹²⁶ In questo senso pure SANTANGELI, *op. cit.*, p. 457-8, per cui in questo caso la chiamata di terzo è “sottoposta alla valutazione di preventiva congruità da parte del giudice”.

¹²⁷ Nell'ottica della deformalizzazione, peraltro, BIAVATI, *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, cit., p. 2173, con riferimento all'intervento *iussu iudicis*, ritiene che il giudice possa ordinare la chiamata, fissare l'udienza successiva e incaricare la parte più diligente di notificare al terzo una copia autentica del ricorso e del provvedimento.

non del tutto condivisibili, ha espressamente previsto che, nel rito ordinario, anche in ipotesi di chiamata del terzo da parte del convenuto, non possa sussistere alcun automatismo, essendo necessaria la previa autorizzazione del giudice, su base discrezionale (e largamente incontrollabile)¹²⁸.

Da questo punto di vista, nel contesto che ci riguarda, il giudice non dovrebbe fare altro che compiere la valutazione che la Cassazione¹²⁹ comunque gli ha riservato, adottando *standard* più rigorosi rispetto a quello ordinari e tendenzialmente richiedendo la sussistenza di una connessione forte (per esempio, per pregiudizialità o per incompatibilità). Per converso, il giudice, nell'esercizio del vaglio discrezionale che la Cassazione ha previsto rispetto all'autorizzazione alla chiamata del terzo, ben potrebbe non autorizzare anche quella del terzo "in garanzia"¹³⁰.

Nulla esclude, poi, che alla prima udienza "sommaria" il ricorrente possa chiedere di essere autorizzato a coinvolgere nella causa un terzo la cui chiamata dipenda dalle difese dal convenuto¹³¹. Alla luce della tesi qui sostenuta in merito all'udienza *ex art.* 183 c.p.c. cui il giudice rinvia in caso di mutamento di binario istruttorio (v. Capitolo tredicesimo), anzi, ove l'attore non formuli tale richiesta *in limine litis*, essa gli sarà preclusa nell'eventuale prosieguo del giudizio con le forme "ordinarie".

¹²⁸ Rimarca il vaglio discrezionale del giudice il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, che richiama i parametri dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo. Applica questa giurisprudenza a una chiamata "in garanzia" proposta in seno a un procedimento sommario Trib. Bologna, 26 settembre 2011, ord., in *www.giuraemilia.it*, affermando: "La chiamata in causa della Carrozzeria (...) comporterebbe quindi soltanto un rallentamento del processo per la proposizione di una domanda di cui già si può constatare l'infondatezza".

¹²⁹ V. Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *www.ilcaso.it*.

¹³⁰ Così, per esempio, Trib. Milano, 11 luglio 2013, ord., in *www.ilcaso.it*, che ha negato tale autorizzazione ritenendo che la chiamata del terzo avrebbe comportato il ritardo nella definizione di un processo già maturo per la decisione.

¹³¹ IANNI, *op. cit.*, p. 10; PORRECA, *op. cit.*, p. 239. BALENA, *op. cit.*, p. 808, considera doveroso pensare, nel silenzio della norma, che anche l'attore, per il rispetto del principio della parità delle armi, possa essere autorizzato dal giudice a chiamare in causa un terzo.

Non si può escludere neppure, *a priori*, la chiamata per ordine del giudice del terzo cui si ritenga la causa “comune”, ai sensi dell’art. 107 c.p.c.¹⁵²: in questo senso, in effetti, si è espressa parte della giurisprudenza di merito¹⁵³.

Ovviamente, l’aumento dei soggetti coinvolti nel processo tenderà a “complicare” la lite, sì da indurre il giudice a ritenerla non (più) idonea a un’istruttoria sommaria: si tratta però di una soluzione che non appare possibile dare per scontata¹⁵⁴, ma che dovrà essere valutata caso per caso, tenendo sempre in considerazione la quantità e la qualità degli accertamenti istruttori da compiere. Di per sé, invece, i meccanismi processuali previsti dalla legge per consentire la chiamata del terzo nel processo non appaiono idonei a implicare un automatico spostamento di binario istruttorio proprio perché non incidono sull’attività istruttoria in senso stretto.

Sorgono anche in questo ambito i dubbi relativi alle conseguenze della sottoposizione della domanda proposta nei confronti del terzo a una competenza collegiale ovvero a una competenza esclusiva o, ancora, della necessità di sottoporre tale domanda a una istruttoria non sommaria¹⁵⁵.

¹⁵² Così pure IANNI, *op. cit.*, p. 11; TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, cit., p. 244.

¹⁵³ Trib. Verona, 5 febbraio 2010, ord., in *Giur. mer.* 2010, p. 2166, su cui BIAVATI, *op. cit.*, p. 2168: nella specie, è ammessa la chiamata *ex art. 107 c.p.c.*, con citazione a udienza fissa nel rispetto dei termini previsti per il convenuto. Ammettono tale chiamata il Protocollo del Tribunale di Roma cit.; ACIERNO, *op. cit.*, p. 508. G. F. RICCI, *op. cit.*, p. 113, sottolinea che la chiamata in questione, anche ove non comportasse la conversione del rito, implicherà comunque il rinvio dell’udienza per consentire la citazione in giudizio del terzo.

¹⁵⁴ TISCINI, *op. cit.*, p. 245, senza escluderla, sembra ritenere più realistico che l’esigenza della chiamata riveli quel livello di complessità che giustifica la prosecuzione per la cognizione piena.

¹⁵⁵ Trib. Lagonegro, 7 marzo 2012, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2058, in una fattispecie in cui, sulla chiamata in garanzia sussisteva la competenza esclusiva del foro erariale *ex art. 25 c.p.c.*, è giunto a disporre la separazione, per preservare l’istruttoria sommaria sulla domanda principale. Per un commento adesivo BONAFINE, *Procedimento sommario di cognizione, chiamata in causa ex art. 106 c.p.c. e applicabilità (analogica) dell’art. 702-ter*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2060 ss. Probabilmente, però, in ipotesi di questo tipo, si sarebbe dovuto favorire lo spostamento di tutto il procedimento avanti al foro erariale, per poi verificare se il procedimento dovesse essere tutto deciso in via sommaria o con una globale conversione di binario istruttorio, sulla falsariga di quanto visto per la domanda riconvenzionale.

In caso di chiamata in garanzia che debba essere istruita in modo non sommario, dalla connessione forte esistente con le domande proposte tra attore e convenuto, sembra doversi giungere alle stesse conclusioni raggiunte rispetto alla domanda riconvenzionale connessa in modo inscindibile con quella principale, per arrivare, anche qui, a un globale mutamento di binario istruttorio, onde favorire il *simultaneus processus*.

12. (*Segue*): la reconventio reconventionis da parte dell'attore

In seno al procedimento sommario, il ricorrente può formulare nuove domande la cui proposizione dipenda dalle difese del convenuto¹⁵⁶.

L'eventuale *reconventio reconventionis*, come già si è visto, deve essere formulata nella prima udienza sommaria, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 183 c.p.c. per il giudizio ordinario¹⁵⁷.

Rispetto a tale nuova domanda, devono essere rispettati tutti i presupposti di ammissibilità del procedimento sommario (competenza del tribunale in composizione monocratica e idoneità a essere decisa con un'istruttoria formale).

Trattandosi di domanda dipendente dalle difese del convenuto, essa potrà trovarsi a seguire le sorti della domanda riconvenzionale a cui sia connessa. Ove questa sia dichiarata inammissibile o separata dal procedimento sulla domanda principale (*v. retro*), la *reconventio reconventionis* collegata a essa da una c.d. "connessione forte" dovrà trovare il medesimo destino. Realisticamente, in situazioni del

¹⁵⁶ Così PORRECA, *op. cit.*, p. 239; OLIVIERI, *op. cit.*, p. 731, ammette eventuali domande nuove del ricorrente. L'assenza di disciplina ha fatto propendere per l'incompatibilità della chiamata in causa di terzo *ex art.* 183, comma 5° c.p.c. con il procedimento sommario: la conseguenza è la necessaria trasformazione in rito ordinario, pena una interpretazione incostituzionale delle norme, perché limitative dei diritti di difesa delle parti: così le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena.

¹⁵⁷ Per il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, tale attività innovativa va effettuata nella prima udienza sommaria.

genere, tutte le domande cumulate si troveranno a essere trasferite sul binario ordinario.

13. (Segue): l'intervento volontario di terzo

L'intervento volontario di terzo è sicuramente compatibile con il modello procedimentale qui in esame¹³⁸, pur in limiti temporali ridotti rispetto al modello ordinario¹³⁹. Intervenendo oltre il termine di costituzione previsto per il convenuto (dieci giorni prima della prima udienza), infatti, il terzo, per così dire, prende il processo nello stato in cui si trova, preclusioni e decadenze incluse¹⁴⁰.

Vale anche a questo riguardo l'osservazione di massima da cui è partita la presente analisi: ovvero che le norme tendono a sfavorire il cumulo processuale¹⁴¹. Il che vuol dire che, in caso di intervento

¹³⁸ V. anche TEDOLDI, *op. cit.*, p. 388. Trib. Padova, 25 luglio 2011, ord., in *Giur. it.*, 2012, p. 1855, affronta la questione dell'ammissibilità dell'intervento ex art. 105 c.p.c. dell'assicuratore del danneggiato in una causa promossa da quest'ultimo contro i soli responsabili civili nel contesto dell'art. 702-bis c.p.c., senza porsi alcun preliminare problema in relazione alla configurabilità di un intervento volontario in tale tipo di rito. Per PORRECA, *Il procedimento sommario: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 845, però, l'intervento autonomo di terzo potrebbe essere dichiarato inammissibile, almeno quando non integri il contraddittorio necessario. V. anche GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 840.

¹³⁹ GIORDANO, *Procedimento sommario* cit., p. 727; BOVE, *op. cit.*, p. 3; MACAGNO, *op. cit.*, p. 3049; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 3. Più prudente ACIERNO, *op. cit.*, p. 508; TISCINI, *op. cit.*, p. 244; per IANNI, *op. cit.*, p. 10, l'intervento volontario di terzo dovrebbe essere ammesso entro il termine stabilito per la costituzione del convenuto nel rito del lavoro.

¹⁴⁰ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit. p. 209, per il quale il terzo che interviene tardivamente di sicuro non può proporre richieste istruttorie collegate a una sua domanda nuova, poiché un' indefinita riapertura dell'ambito oggettivo del procedimento è incompatibile con il modello legale. A p. 210, l'a. aderisce alla tesi per cui il terzo potrebbe intervenire tardivamente ma accettando il processo nello stato nel quale si trova, potendo esercitare poteri di allegazione e assertivi ma non anche istruttori. Di conseguenza, la domanda del terzo andrebbe decisa in base alle prove già acquisite senza poterne espletare altre. In questo modo, l'a. osserva, non si aumenta neppure la complessità della lite, visto che il valore ponderale istruttorio resta al medesimo livello.

¹⁴¹ Con riferimento all'intervento di terzo, CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009*, n. 69, cit., p. 884, per il quale il silenzio della legge non ne implica l'esclusione ma certo un tendenziale sfavore.

volontario di terzo, aumenteranno esponenzialmente le possibilità che il giudice opti per il mutamento di binario istruttorio¹⁴².

14. Osservazioni (quasi) conclusive

La disamina che precede conferma che la scelta del rito sommario da parte del ricorrente sarà di norma operata senza alcuna effettiva certezza circa la futura evoluzione del procedimento.

E, infatti, la possibilità di istruire e decidere la causa con le forme del rito sommario è rimessa alla discrezione del giudice¹⁴³, in base alle caratteristiche della fattispecie concreta ovvero alle esigenze contingenti dello stesso giudicante (le quali non necessariamente saranno collegate all'effettiva complessità o semplicità della fattispecie)¹⁴⁴.

D'altra parte, poiché la valutazione del giudice, ancorché motivata, è comunque insindacabile¹⁴⁵, sussiste una notevole imprevedibilità in merito al destino di un ricorso proposto ai sensi dell'art.

¹⁴² Vi è chi ritiene, peraltro, che l'intervento del terzo dovrebbe trovare gli stessi limiti previsti per la chiamata del terzo da parte del convenuto: PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 205, per il quale il modello procedimentale qui in esame pone limiti alla *complex litigation*: l'intervento, dunque, andrebbe ammesso solo quando sarebbe ammissibile la chiamata del terzo. La soluzione non convince: in effetti, i presupposti sostanziali che giustificano l'intervento volontario di terzo, nelle varie ipotesi disciplinate dall'art. 105 c.p.c., non coincidono con quelli sottesi alla chiamata del terzo su istanza di parte *ex art.* 106 c.p.c. Ne segue che il riferimento restrittivo all'intervento su istanza del convenuto nell'art. 702-bis c.p.c. (v. *retro*) non può automaticamente estendersi anche alle diverse fattispecie disciplinate dall'art. 105 c.p.c.

¹⁴³ Per Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, il criterio del comma 3° dell'art. 702-ter c.p.c. è abbastanza vago e discrezionale, per poi aggiungere che, mettendo l'accento sull'attività istruttorie, la norma: "risponde a esigenze di migliore obiettività e uniformità nell'interpretazione della norma". Il criterio della complessità o difficoltà della causa, per contro, risulterebbe estremamente soggettivo, in quanto influenzato dalla competenza, specializzazione ed esperienza del singolo giudice. TISCINI, *op. cit.*, p. 254, mette in evidenza la "vastissima discrezionalità" del giudice nel disporre la conversione del rito.

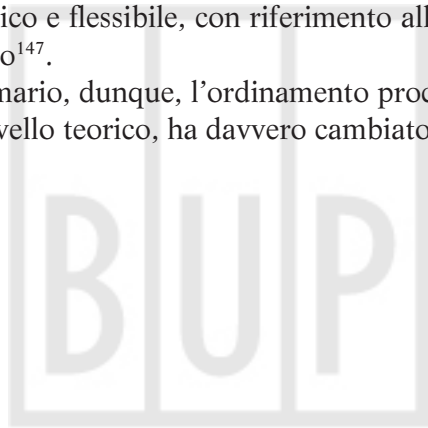
¹⁴⁴ BALENA, *op. cit.*, p. 805, ritiene che la valutazione sull'istruzione non sommaria sia rimessa a una valutazione discrezionale del giudice.

¹⁴⁵ Così anche ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 510.

702-bis c.p.c., potendosi facilmente prevedere discrasie applicative da un ufficio giudiziario all'altro e financo tra singoli giudici dello stesso ufficio. Ciò costituisce un notevole ostacolo all'utilizzo del rito sommario nella prassi, caduto in una sostanziale "desuetudine" applicativa dopo esordi non proprio incoraggianti rispetto alla "tenuta" della scelta operata dal ricorrente all'esito delle valutazioni operate dal giudice alla prima udienza.

Per quanto però ci interessa in questa sede, possiamo senz'altro confermare che un rito meno rigido sul piano formale in ragione della semplicità della lite appare coerente con il principio di flessibilità delle forme processuali¹⁴⁶. *L'iter* procedimentale è qui, infatti, solo sommariamente delineato dal legislatore, lasciando così al giudice definirne meglio i limiti e la portata, senza schemi precostituiti, appunto in modo elastico e flessibile, con riferimento alle caratteristiche del caso concreto¹⁴⁷.

Con il rito sommario, dunque, l'ordinamento processuale civile italiano, almeno a livello teorico, ha davvero cambiato volto.



¹⁴⁶ FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 197, la considera una significativa applicazione dell'idea di elasticità. Per TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 131, l'elasticità può essere vista come strategia o scelta fondamentale per avere un processo che funzioni

¹⁴⁷ Sull'applicazione dell'idea di elasticità da parte del legislatore, BIAVATI, *Apunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 188; CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell' "istruzione sommaria": prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, p. 905.



CAPITOLO UNDICESIMO

UN INTERMEZZO LO SWITCH DI BINARIO ISTRUTTORIO NEL PROCEDIMENTO ORDINARIO

SOMMARIO: 1. Fonti normative. – 2. Ambito di applicazione del meccanismo previsto dall'art. 183-bis c.p.c. – 3. I presupposti per il mutamento del binario istruttorio. – 4. La decisione del giudice, nel prisma del principio del contraddittorio. – 5. (Segue): la “trattazione scritta”. – 6. La precisazione delle richieste istruttorie.

1. *Fonti normative*

Nelle pagine precedenti, si è evidenziato come l'introduzione del rito sommario abbia rappresentato una significativa innovazione in uno scenario processuale nel quale, sino a quel momento, i principi della flessibilità e della proporzionalità avevano trovato ben poco spazio. Si è pure messa in risalto la novità del meccanismo al centro del nuovo rito, ovvero la decisione che il giudice compie in prima udienza rispetto alla scelta del binario istruttorio sul quale instradare la causa.

Il rito sommario, sul piano sistematico, ha senz'altro svolto un ruolo molto importante ma, nella pratica, nei primi anni di applicazione, non è riuscito a portare a una vera rivoluzione culturale¹, tanto che se ne parla come di un'esperienza fallimentare.

¹ V. pure ANSANELLI, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 343, che, peraltro, ridimensiona la prospettiva del legislatore del 2014.

Il legislatore sembra, peraltro, riporre grandi speranze nella capacità dell'istruzione sommaria di contribuire alla riduzione dei tempi di smaltimento dei procedimenti civili e, di recente, ha arricchito lo scenario con un nuovo meccanismo processuale di sicuro interesse nel contesto del presente studio.

Il riferimento è all'art. 14 del decreto legge n° 132 del 12 settembre 2014, recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*", convertito nella legge n. 162 del 10 novembre 2014², il quale, tra altre misure eterogenee, volte, almeno nell'intenzione, a snellire alcuni passaggi del processo civile³, alla rubrica "*Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*", ha introdotto un meccanismo procedimentale che consente, appunto, al giudice, adito con le forme del procedimento ordinario di cognizione, di effettuare un cambio di binario, a favore dell'istruzione sommaria.

In sostanza, con questa innovazione, si è reso biunivoco il rapporto tra rito ordinario e rito sommario⁴, dando risposta a quanti, dopo l'introduzione degli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., avevano lamentato che il legislatore, introducendo un rito sommario suscettibile di essere ricondotto al binario istruttorio ordinario, non avesse previsto

² Pubblicato in *Gazz. uff.*, n. 261 del 10 novembre 2014; su un precedente "storico" della nuova norma emerso nei lavori della c.d. Commissione Vaccarella v. TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 495. V. anche TURATTO, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 739.

³ V. anche BASILICO, *Art. 183 bis: passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1749.

⁴ Molto critico per questa innovazione SCARSELLI, *Il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 55 ss., per il quale del passaggio dall'ordinario al sommario "non v'è affatto bisogno"; tale passaggio, anzi, per l'a., significa "negare alle parti i diritti del giusto processo regolato dalla legge". Per SANTANGELI, in *La nuova riforma del processo civile*, a cura di Santangeli, Roma, 2015, p. 158: "La soluzione lascia straniti". Rilievi critici anche di TRAPUZZANO, in GIORDANO, TRAPUZZANO, *La riforma del processo civile. Commentario al d.l. n. 132/2014, conv. con mod. in l. n. 162/2014. Aggiornato alle circolari ministeriali nn. 2309/2015 e 6/2015 in tema di negoziazione assistita*, Milano, 2015, p. 177, per cui l'esigenza di giungere in tempi brevi alla definizione del processo ordinario potrebbe essere soddisfatta mediante altri strumenti già rinvenibili nell'ordinamento, anche per evitare una "indiscriminata diffusione della tutela sommaria".

anche la possibilità opposta, ovvero che il rito ordinario potesse, dopo la sua instaurazione, essere instradato su un binario sommario, su iniziativa della controparte o anche del giudice⁵.

Più nel dettaglio, l'art. 14 ha previsto l'inserimento nel codice di rito di un nuovo art. 183-*bis*, alla cui stregua, nelle cause ordinarie⁶ in cui il tribunale giudica in composizione monocratica⁷, il giudice, nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio anche mediante trattazione scritta, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'articolo 702-*ter* c.p.c.

In sostanza, come si è anticipato, il giudice, alla prima udienza, può, di propria iniziativa, modificare il binario procedimentale ordinario scelto dall'attore, per passare a un'istruttoria sommaria, nel senso che stiamo analizzando in queste pagine.

Si tratta di una innovazione introdotta quasi di sottocchi e la cui rilevanza sistematica non pare essere stata sufficientemente evidenziata. Prima però di occuparci di tale profilo, occorre analizzare le modalità operative del nuovo snodo procedimentale.

⁵ V. BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 195, peraltro, ritiene che il rito sommario introduca un "vero e proprio *case management* italiano". V. anche le osservazioni di BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 121, che osserva che, a differenza da altri modelli europei, qui il giudice è privo di potere d'ufficio e di indicazioni circa i criteri utili a orientare la sua discrezione. Cfr. pure MINARDI, *Il processo sommario di cognizione. Seconda lettura*, in *www.altalex.it*, p. 2; CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 729; MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1103; TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 134, per cui la decisione sul rito avrebbe dovuto essere rimessa al "confronto tra parti e giudice nel corso di una udienza preliminare e preparatoria sull'esempio dell'*audience d'appel de cause* del modello francese". V. pure TURATTO, *op. cit.*, p. 738, definisce la previgente disciplina "del tutto irrazionale".

⁶ A esclusione, quindi, delle controversie in materia di lavoro, considerata la collocazione della nuova norma nel corpo del codice di rito: TURATTO, *op. cit.*, p. 744.

⁷ È esclusa dunque l'operatività della norma nelle controversie avanti al Giudice di pace e in quelle attribuite in unico grado alla corte d'appello o, ancora, in quelle attribuite in grado di appello al tribunale: TURATTO, *op. cit.*, p. 741.

2. *Ambito di applicazione del meccanismo previsto dall'art. 183-bis c.p.c.*

L'ambito oggettivo di applicazione della nuova norma è il medesimo dell'art. 702-bis: anche qui, infatti, il mutamento di binario istruttorio è previsto solo nelle cause "monocratiche" del Tribunale, a esclusione di quelle collegiali, nonché delle cause pendenti avanti al giudice di pace o alla corte d'appello, così come ne va altresì escluso l'impiego nei giudizi di appello da proporre in Tribunale⁸.

La norma, inoltre, alla luce della sua collocazione successiva all'art. 183 c.p.c., sembra indicare che il mutamento di binario istruttorio sia possibile in tutti (e soli) i procedimenti di cognizione in cui sia prevista, appunto, una prima udienza di trattazione ai sensi dello stesso art. 183 c.p.c., e, dunque, solo nei procedimenti assoggettati al rito di cui agli artt. 163 c.p.c.

In questo contesto, quindi, vengono meno le perplessità e i dubbi in merito al possibile utilizzo del rito sommario in alternativa al rito ordinario in contesti particolari (v. Capitolo settimo). Qui, infatti, il presupposto di applicazione della norma è che la causa sia stata instaurata con le forme ordinarie previste per un determinato tipo di controversia (in ipotesi, anche un'opposizione a decreto ingiuntivo⁹ o un'opposizione all'esecuzione nella fase di merito successiva all'eventuale pronuncia sulla sospensiva, e così via), potendo sempre, in tale contesto, il giudice disporre il mutamento di rito alla prima udienza.

Per contro, la collocazione della nuova norma e il suo tenore letterale fanno ritenere che il passaggio di rito istruttorio non sia possibile nei procedimenti speciali di cognizione piena in cui manchi una prima udienza *ex art. 183 c.p.c.* (*in primis*, il rito del lavoro e quello locatizio)¹⁰. D'altra parte, in tali riti speciali, le regole procedimen-

⁸ TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 178. Per una fattispecie, in materia di revocatoria fallimentare, v. Trib. Reggio Emilia, 13 maggio 2016, ord., in *La nuova proc. civ.*, 2016, 4.

⁹ TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 179; Trib. Vercelli, ord., 23 marzo 2016, in banca dati *Pluris*.

¹⁰ In questo senso anche SANTANGELI, *op. cit.*, p. 160; TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 178.

tali sono di base strutturate in modo da (almeno potenzialmente) avere tempistiche più celeri rispetto a quelle ordinarie.

3. *I presupposti per il mutamento del binario istruttorio*

La decisione di mutare il binario istruttorio spetta al giudice, magari su stimolo di una delle parti¹¹, ma anche a prescindere da qualsiasi indicazione in tal senso di queste ultime¹².

Le parti, d'altro canto, hanno un notevole incentivo a prospettare al giudice il passaggio al rito sommario: la relativa richiesta è infatti tra quei rimedi preventivi al cui utilizzo, oggi, dopo la riforma del 2015¹³, la legge Pinto subordina l'accesso al risarcimento per eccessiva durata del processo¹⁴. In altre parole, la parte che non provi

¹¹ Con riferimento alla posizione del convenuto v. TURATTO, *op. cit.*, p. 741.

¹² V. anche CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1178. ANSANELLI, *op. cit.*, p. 351, evidenzia il carattere innovativo di questa disposizione: "mai prima d'ora era stata attribuita al giudice la facoltà di scegliere fra più modelli di trattazione all'interno del medesimo modulo procedimentale, costituito dal processo ordinario di cognizione".

¹³ Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità 2016), che innova la normativa in tema di indennizzo da irragionevole durata del processo, sul piano sia dell'*an* sia del *quantum*.

¹⁴ La riforma del 2015 introduce l'onere di attivare rimedi preventivi, per rendere ammissibile la eventuale successiva domanda di indennizzo da irragionevole durata. Nella relazione illustrativa che accompagna il disegno di legge n. 2111 del 2015 si legge: "i rimedi preventivi devono, dunque, essere esperiti prima che la durata del processo divenga irragionevole ed entro un termine (6 mesi) utile a che il giudice possa concretamente velocizzare il procedimento. Il principale rimedio acceleratorio è costituito dal ricorso nelle forme del rito sommario di cognizione nonché dall'istanza di conversione dal rito ordinario al rito sommario. L'adozione del rito sommario a cognizione piena non comporta una significativa rinuncia a facoltà processuali né tantomeno produce alcuna lesione del diritto di difesa". L'art. 1-*bis* (Rimedi all'irragionevole durata del processo), enuncia, al comma 1°, il diritto della parte di un processo a esperire rimedi preventivi alla violazione della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, specificando, al comma 2° che chi (e, aggiungo, solo chi...), pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'articolo 1-*ter*, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo ha diritto a una equa riparazione). I rimedi preventivi di cui parla la norma appena menzionata sono elencati nell'art. 1-*ter* (Rimedi preventivi). Si tratta in particolare dell'introduzione del giudizio nelle forme del procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-*bis* ss. c.p.c.,

di avere fatto ricorso a tale meccanismo (se disponibile) non potrà poi lamentarsi se il suo processo sia durato oltre il termine ritenuto equo dalla legge.

La formulazione della norma configura la decisione di modificare il binario istruttorio come una ipotesi generale, applicabile anche in caso di contumacia¹⁵; in effetti, se non è richiesto l'assenso delle parti costituite, *a fortiori* sarà irrilevante quello della parte non costituita. Premesso, peraltro, che la decisione sul binario istruttorio dovrà essere presa dopo avere compiuto le rituali verifiche sulla regolare instaurazione del contraddittorio¹⁶, ci si deve chiedere se la parte dichiarata contumace debba essere informata di tale decisione. A tale domanda, si deve dare risposta positiva: e ciò non perché la norma richieda che la decisione del giudice sia presa dopo avere stimolato il contraddittorio tra le parti. In base ai principi generali, infatti, tale riferimento non può che essere alle parti costituite. La comunicazione al contumace dell'ordinanza che dispone il mutamento di binario istruttorio si impone invece sul rilievo che tale decisione è idonea a modificare la visione strategica del processo, rispetto al suo sviluppo e alla sua decisione (e alla relativa impugnazione) così che, dalla stessa, possa sicuramente derivare l'interesse del contumace a modificare la sua condotta processuale e assumere un ruolo attivo nel giudizio pendente¹⁷.

Il presupposto per tale mutamento, peraltro, appare diverso rispetto a quello previsto, nel caso inverso, dal testo dell'art. 702-ter c.p.c. Come si è visto nel capitolo precedente, quest'ultimo articolo prevede il passaggio al rito ordinario quando le difese svolte dalle parti richiedono un'istruttoria non sommaria, senza ulteriori speci-

della richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario a norma dell'articolo 183-bis c.p.c., entro l'udienza di trattazione e comunque almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis. Nelle cause in cui non si applica il rito sommario di cognizione, ivi comprese quelle in grado di appello, inoltre, costituisce rimedio preventivo proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'articolo 281-sexies c.p.c., almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis. Chiude il nuovo sistema l'art. 2 (Diritto all'equa riparazione) che espressamente qualifica come inammissibile la domanda di equa riparazione proposta dal soggetto che non abbia esperito i rimedi preventivi all'irragionevole durata del processo di cui all'art. 1-ter.

¹⁵ SANTANGELI, *op. cit.*, p. 160; TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 182.

¹⁶ Così anche BASILICO, *op. cit.*, p. 1750.

¹⁷ In questo senso v. anche TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 182.

ficazioni; nel nuovo art. 183-*bis* c.p.c., invece, si fa riferimento a un duplice *standard* di complessità: da un lato, quella della lite, dall'altro, quella dell'istruzione probatoria.

Per un verso, dunque, anche nella norma di più recente introduzione si conferma che l'eventuale mutamento di binario è collegato a una valutazione di "non complessità". Dall'altro, però, andando in controtendenza rispetto all'interpretazione inizialmente prevalente dell'art. 702-*ter* c.p.c., il legislatore della degiurisdizionalizzazione ha riferito tale semplicità non solo agli accertamenti istruttori eventualmente necessari per la verifica dei fatti controversi¹⁸, ma anche alla lite nel suo complesso. L'intenzione del legislatore, in effetti, appare quella di indicare al giudice di tenere conto, oltre che delle complessità istruttorie, anche delle eventuali complessità del procedimento sul piano sia soggettivo sia oggettivo.

Sotto il primo profilo, per esempio, può venire in rilievo l'opportunità di coinvolgere terze parti nel procedimento; sotto il secondo, sempre a titolo esemplificativo, può farsi riferimento alla quantità di domande proposte e di questioni di fatto e di diritto sollevate.

In quest'ottica, quindi, diversamente da quanto si prospetta(va) per l'art. 702-*ter* c.p.c., si giunge a ritenere che anche la complessità "giuridica" della lite possa essere sufficiente per escludere il mutamento di binario istruttorio¹⁹: il che può costituire un ostacolo inopportuno all'applicazione dello *switch* istruttorio previsto dalla norma.

¹⁸ V. TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 242 ss. Sulla complessità dell'istruttoria DELLA VEDOVA, *Alcune riflessioni intorno all'art. 183 bis del codice di rito civile e al giudizio sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*, p. 7; Trib. Padova, 5 ottobre 2016, *La nuova proc. civ.*, 2017, n. 1, in una fattispecie in cui l'attore aveva chiesto la nullità parziale del contratto di mutuo relativamente alla clausola sugli interessi corrispettivi e di mora, ritiene che il rito possa essere convertito, ai sensi della norma in esame, se l'unica istanza istruttoria è una richiesta di c.t.u.

¹⁹ Anche per SANTANGELI, *op. cit.*, p. 165, verrebbe in rilievo "anche la semplice complessità di una controversia in ipotesi pur integralmente priva di attività istruttoria"; v. anche i rilievi di TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 180, per cui la conversione del rito si adatta prevalentemente "alle liti che appaiano prima facie di semplice soluzione in fatto e in diritto e che, al contempo, possano essere definite in via documentale ovvero con un'attività probatoria del tutto marginale e celere"; TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario*, cit., p. 498; MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 927.

4. *La decisione del giudice, nel prisma del principio del contraddittorio*

La nuova norma propone dubbi interpretativi di un certo rilievo.

In primo luogo, essa presuppone che il giudice debba valutare la “complessità” della causa in seno all’udienza di prima comparizione di cui all’art. 183 c.p.c.²⁰, senza però ben chiarire le dinamiche procedurali di tale valutazione.

Pur nel silenzio della norma, appare evidente che il giudice, prima di esprimersi ai sensi dell’art. 183-*bis* c.p.c., debba preliminarmente compiere tutte le attività previste dal comma 1° dell’art. 183 c.p.c., per esempio per regolarizzare eventuali difetti nell’instaurazione del contraddittorio²¹.

A questo punto, nel rito ordinario, si svolgerebbero le attività di integrazione e modificazione del *thema dedicendum*, con l’eventuale esercizio del c.d. *ius corrigendi*, in particolare, da parte dell’attore.

Ci si deve chiedere allora se tali attività debbano precedere una prima presa di posizione del giudice sul mutamento del binario istruttorio oppure se esse siano da esercitare dopo tale presa di posizione, nell’ambito di quel contraddittorio che la norma richiede si sviluppi prima che il giudice formalizzi la sua decisione in merito alla scelta di binario.

La soluzione preferibile appare la prima: in effetti, sembra prematuro esprimere valutazioni sulla complessità della lite prima che le parti abbiano potuto almeno rispondere alle difese dell’altra²². Soprattutto, la nuova norma non può pregiudicare l’esercizio di attività che le parti (e in particolare l’attore) possono (e debbono) compiere a pena di decadenza in seno alla prima udienza. D’altra parte,

²⁰ V. anche ANSANELLI, *op. cit.*, p. 357.

²¹ In questo senso pure TEDOLDI, *La conversione*, cit. p. 508; VIOLA, *La nuova prima udienza con lo switch procedimentale ex art. 183 bis c.p.c. (legge 162/2014 in tema di degiurisdizionalizzazione): passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *La nuova proc. civ.*, 12 giugno 2015, par. 4; METAFORA, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1186.

²² V. anche ANSANELLI, *op. cit.*, p. 358; SANTANGELI, *op. cit.*, p. 161.

avrebbe ben poco senso attivare il meccanismo previsto dall'art. 183-*bis* c.p.c. senza, per esempio, avere esteso il contraddittorio nei confronti del terzo che l'attore sia stato autorizzato a chiamare appunto alla prima udienza.

Insomma, alla luce di quanto precede, il giudice è chiamato a pronunciarsi in merito all'eventuale mutamento del binario istruttorio dopo avere consentito alle parti di esercitare le attività difensive previste dai commi 4° e 5° dell'art. 183 c.p.c.²³

D'altra parte, tali attività possono essere canalizzate dal giudice proprio alla verifica delle questioni controverse tra le parti anche ai fini di valutare l'eventuale semplicità della lite²⁴.

Nell'espletamento delle attività disciplinate dall'art. 183 c.p.c., come noto, il giudice può trovarsi a concedere termini alle parti, con fissazione di un'udienza che rappresenta la prosecuzione della prima. Ciò vuol dire che la decisione di mutamento di binario istruttorio non deve necessariamente essere presa alla prima udienza dal punto di vista cronologico, rilevando, piuttosto che essa sia presa nell'ambito di un'udienza dedicata alle attività previste dall'art. 183 c.p.c. Per contro, una volta chiusasi la prima udienza (di norma, con la concessione dei termini previsti dal comma 6° dell'art. 183), il mutamento di binario istruttorio non sarà più possibile²⁵.

Il meccanismo previsto dall'art. 183-*bis* c.p.c. aspira ad avere applicazione generale ma è evidente che esso possa trovare un utilizzo limitato nelle cause "complesse" dal punto di vista oggettivo (con la proposizione di un'articolata serie di – contrapposte – domande

²³ Per SANTANGELI, *op. cit.*, p. 167, il *thema decidendum* dovrebbe essere definitivamente fissato nella prima udienza, prima di passare alla fissazione a pena di decadenza del *thema probandum*. Trib. Modena, 9 settembre 2015, *La nuova proc. civ.*, 2015, n. 3, al riguardo, osserva "L'esigenza del contraddittorio e la possibilità di modificare la domanda in prima udienza rischiano peraltro di vanificare la portata accelerativa della nuova norma".

²⁴ In quest'ottica, alcuni ritengono che il giudice possa pure disporre, in via preliminare, l'interrogatorio libero delle parti: SANTANGELI, *op. cit.*, p. 162.

²⁵ SANTANGELI, *op. cit.*, p. 161; TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 182.

ed eccezioni) o soggettivo (con il coinvolgimento di una pluralità di parti).

Con questo, non si vuole dire che dal cumulo di domande o di parti nel processo derivi necessariamente l'impossibilità di disporre il mutamento di binario istruttorio: in effetti, anche in queste cause il livello di complessità effettiva può essere ridotto, alla luce dell'art. 115 c.p.c. o della natura documentale del contenzioso²⁶.

Al riguardo, ci si deve, peraltro, chiedere se, ai fini di un eventuale cambiamento di binario istruttorio, le varie domande cumulate debbano essere considerate nel loro complesso o isolatamente, ammettendo una eventuale ammessa scissione tra domande, a seconda della rispettiva "semplicità" istruttoria.

Alcuni escludono tale seconda opzione, affermando che al giudice sarebbe inibito, in questo contesto, di disporre la separazione dei procedimenti e che la causa dovrebbe essere valutata nel suo complesso²⁷.

Anche a questo riguardo, paiono però da preferire soluzioni elastiche, che tengano conto del legame di connessione esistente tra le domande. La scissione, dunque, sarà da escludere in tutte le ipotesi di domande interconnesse, pregiudiziali, subordinate, alternative²⁸. Ove, però, ci si trovi di fronte a un mero cumulo oggettivo nei confronti del medesimo convenuto, il giudice potrebbe ritenere che le domande cumulate presentino un diverso regime di complessità intrinseca, potendo disporre la separazione delle domande che si prestino a essere decise con una cognizione sommaria e che non siano strettamente connesse alle altre per cui sia richiesta una cognizione ordinaria.

Ad analoghe conclusioni, può giungersi rispetto al rapporto tra domanda principale e domanda riconvenzionale: ove la connessione tra tali domande sia "debole" (tale per cui la decisione dell'una non implichi o pregiudichi quella dell'altra), nulla esclude

²⁶ E, in effetti, parte della dottrina ammette tale cambiamento di binario anche in caso di *reconventio reconventionis* o di chiamata in causa di terzo: SANTANGELI, *op. cit.*, p. 162.

²⁷ TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 181.

²⁸ Così anche TURATTO, *op. cit.*, p. 749.

che il giudice ne possa disporre la separazione, assoggettandole a un modello differenziato di istruttoria. Si tratta di una soluzione che soddisfa l'economia processuale²⁹ e che non è sconosciuta al nostro ordinamento (v. per esempio quanto previsto dagli artt. 35 e 36 c.p.c.).

5. (Segue): la "trattazione scritta"

L'art. 183-bis c.p.c. dispone che la decisione di mutare il binario istruttorio sia presa nel contraddittorio, anche mediante trattazione scritta³⁰.

Il senso della disposizione è chiaro: trattandosi di questione sollevata d'ufficio, in coerenza con quanto previsto dall'art. 101 c.p.c., il giudice è tenuto a consentire alle parti di prendere preventivamente posizione al riguardo. Tale previsione appare anche coerente con il principio di collaborazione tra giudice e parti che, come si è visto in queste pagine, anima sempre più i sistemi processuali contemporanei. Pure qui, in effetti, possiamo individuare un "germe" di gestione manageriale del processo civile italiano.

In quest'ottica, perde di significato il dubbio che ci si potrebbe porre: ovvero se il principio posto dall'art. 101 c.p.c., come riformato nel 2009, si riferisca solo alle questioni di rito e di merito che possano essere oggetto di decisione e dunque implicare la definizione del procedimento.

²⁹ SANTANGELI, *op. cit.*, p. 163. BASILICO, *op. cit.*, p. 1752, dal canto suo, ritiene preferibile l'opzione di escludere automaticamente la possibilità di *translatio* in presenza di una domanda riconvenzionale.

³⁰ ANSANELLI, *op. cit.*, p. 357 osserva che questa pare essere l'opzione favorita dal legislatore. TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario*, cit., p. 508, peraltro, ritiene indesiderabile che si consolidi nella prassi il ricorso a tali difese scritte. Anche per TURATTO, *op. cit.*, p. 750, i principi di economia processuale e della ragionevole durata del processo impongono di ritenere che la disposizione in esame configuri un'eccezione rispetto alla regola. Critico CONSOLO, *È legge (con poche modifiche) il d. l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1076, per il quale "il rischio è quello che si occupino tempo e pagine per discutere di una questione meramente procedurale, anziché del merito della lite".

Premesso che una decisione sul binario istruttorio si presta a incidere sull'esito del giudizio, si deve osservare che il principio di collaborazione, nel prisma dei principi ispiratori del *case management*, impone di coinvolgere le parti in tutte le decisioni idonee a modificare o condizionare lo svolgimento del processo e che dunque non abbiano implicazioni "ordinatorie" nel senso più basilare del termine (per esempio, il rinvio a un'udienza successiva o la decisione sul numero di testi da sentire a una determinata udienza).

I meccanismi procedurali che la previsione in esame implica sono però tutt'altro che evidenti³¹.

La giusta esigenza di attuare il contraddittorio sull'opzione procedimentale prospettata dal giudice presuppone che alle parti sia concesso uno *spatium deliberandi* in relazione alla stessa³². È lo stesso art. 183-*bis*, in effetti, a prevedere che tale contraddittorio possa attuarsi anche "con atto scritto", ciò che implica, di necessità, una sfasatura temporale tra prospettazione e decisione del giudice.

Si tratta, a questo, punto, di capire quali possano essere le migliori prassi per dare attuazione al disposto normativo, nel prisma dei principi costituzionali del diritto al contraddittorio e della definizione della lite in un tempo ragionevole, anche per fugare già prospettati dubbi di incompatibilità con la nostra carta fondamentale.

Una prima opzione prevede che, alla prima udienza, il giudice comunichi alle parti di ritenere opportuno il mutamento di binario istruttorio, con immediata discussione orale della questione e decisione seduta stante.

Tale percorso appare senz'altro attuabile nei procedimenti più semplici, per esempio quelli contumaciali, e in quelli in cui le parti si presentino in udienza "preparate" a discutere sulle modalità di svolgimento dell'istruttoria: un simile scenario, oggi, appare invero abbastanza inverosimile, ma la situazione potrebbe essere destinata

³¹ TURATTO, *op. cit.*, p. 748, osserva che sarebbe stato più proficuo consentire che il passaggio al rito sommario potesse essere disposto anche dopo l'udienza di trattazione, con l'ordinanza che decide sull'ammissione dei mezzi di prova.

³² Altrimenti ragionando, appaiono giustificati i dubbi di incostituzionalità sollevati da SCARSELLI, *Il nuovo arti. 183 bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 57.

a cambiare, in attuazione di quella rivoluzione culturale sottesa a una effettiva applicazione della norma.

Un'ulteriore situazione prospettabile è quella nella quale, dopo che il giudice, in udienza, abbia esternato la sua valutazione sul cambio di binario istruttorio, almeno una delle parti chieda di potere prendere posizione al riguardo per iscritto. La legge non prevede che la "trattazione scritta" sia un atto dovuto, in caso di richiesta. In effetti, l'apertura di una parentesi "scritta" appare rimessa alla valutazione del giudice e non un diritto assoluto della parte³³. Si potrebbe, anzi, sostenere che, oggi, anche alla luce di quanto previsto dalla legge Pinto in merito ai c.d. "rimedi preventivi", le parti abbiano un vero e proprio onere di presentarsi in udienza preparate a discutere sull'ipotesi qui in esame³⁴.

La parte interessata avrà comunque l'onere di specificare le ragioni che giustificano, a suo dire, la concessione di un termine per il deposito di una difesa scritta: per esempio, la necessità di prendere posizione sulle argomentazioni delle parti all'udienza stessa e sino a quel momento non conosciute ovvero di fornire una migliore articolazione dei mezzi istruttori di cui intende avvalersi. È evidente che in tale memoria scritta si possa arrivare a inserire anche contenuti non direttamente afferenti il mutamento di rito (per esempio, le attività attuative dello *ius corrigendi* ovvero quelle di allegazione comunque consentite in questa fase processuale), purché si tratti di materiale idoneo a incidere almeno in via indiretta sulla decisione sul rito³⁵.

³³ SANTANGELI, *op. cit.*, p. 168 ss., con critiche. Per METAFORA, *op. cit.*, p. 1184, il giudice potrebbe ritenere che le parti possano prendere posizione in udienza.

³⁴ In effetti, Trib. Modena, 9 settembre 2015, *La nuova proc. civ.*, 2015, n. 3, afferma che "L'art. 183 bis c.p.c. indica un favor per la tendenziale uniformazione dei riti in punto di definizione del thema decidendum e del thema probandum già nella fase introduttiva, sulla falsariga del rito del lavoro, almeno con riferimento a ciò che in quella fase è già obiettivamente deducibile. La possibilità di cambiare binario dovrebbe indurre le parti ad allegare nell'atto introduttivo tutti i profili astrattamente deducibili che innervano le domande in relazione alla vicenda sostanziale che costituirà lo sfondo del thema decidendum". Per CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1178, appare inopportuno dedicare di *default* una parentesi scritta alla scelta del binario istruttorio.

³⁵ ANSANELLI, *op. cit.*, p. 358.

L'importante, da questo punto di vista, è tenere distinte, sul piano procedimentale e funzionale, la memoria scritta prevista (eventualmente) dall'art. 183-*bis* c.p.c. da quelle cui si riferisce il comma 6° dell'art. 183 c.p.c. e che potranno essere depositate laddove il giudice si convinca che la causa debba proseguire sul binario istruttorio ordinario.

Eventuali tentativi dilatori delle parti potranno essere eventualmente sanzionati sul piano della ripartizione delle spese di lite, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

Una variante rispetto allo scenario che precede è la possibilità che il giudice disponga la prosecuzione della prima udienza a un'udienza successiva per la discussione orale della questione: tale variante appare, d'altro canto, accettabile solo laddove tale differimento dell'udienza avvenga in tempi molto contenuti (ciò che, nella realtà quotidiana di molti tribunali, appare una chimera).

Infine, si può anche rappresentare l'ipotesi in cui il giudice, dopo l'iscrizione a ruolo della causa, letta la citazione (e magari anche la comparsa del convenuto), convintosi che si possa trattare di una controversia idonea a essere istruita in modo sommario, differisca l'udienza ai sensi dell'art. 168-*bis*, comma 5° c.p.c., invitando le parti, nel relativo decreto, a presentarsi pronte a discutere sull'ipotesi del cambiamento di binario istruttorio³⁶.

Si tratta, a ben vedere, della soluzione più coerente con il dettato normativo nonché con i principi di ragionevole durata del processo e di economia processuale. Essa, peraltro, presuppone che il giudice, con un congruo anticipo rispetto alla data d'udienza indicata dall'attore, riesca a trovare il tempo di leggere la citazione e formarsi un pronostico sulla complessità della lite: pronostico che, peraltro, in alcune materie si presta a essere agevole, alla luce della "serialità" delle contestazioni prospettate o prospettabili (per esempio, in materia di opposizione a precetto o di opposizione a decreto ingiuntivo).

³⁶ SCARSELLI, *Il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 57, prospetta l'opportunità che il giudice anticipi la propria valutazione di cambiare il binario istruttorio con ordinanza comunicata alle parti prima dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c.

Per espressa previsione legislativa, l'ordinanza che dispone il cambiamento rito è non impugnabile: ne deriva che la questione non possa essere rimessa in discussione nel corso dell'istruttoria sommaria³⁷.

Più in generale, si può evidenziare che l'art. 183-bis c.p.c. non preveda alcuno strumento di reazione immediata³⁸ in capo alle parti avverso la decisione del giudice sul binario istruttorio³⁹.

Laddove, dunque, il giudice decida di mantenere la lite sul binario ordinario, la parte eventualmente interessata a un'istruttoria sommaria (e che magari abbia chiesto essa stessa l'attivazione del meccanismo previsto dalla norma in esame) non avrà altro rimedio che la richiesta di risarcimento danni per eccessiva durata del processo, ai sensi della legge Pinto, ricorrendone i presupposti.

Per contro, si ritiene che la decisione di passare all'istruttoria sommaria possa costituire motivo di appello contro la sentenza resa all'esito del giudizio laddove si riesca a dimostrare che tale decisione abbia indebitamente compresso il diritto di difesa delle parti (per esempio, rispetto alla compiuta esposizione delle istanze istruttorie). I margini per un'impugnazione basata su tali rilievi appaiono peraltro, in concreto, abbastanza ridotti, dal momento che, dovendosi escludere un diritto soggettivo alla tutela giurisdizionale con il rito ordinario⁴⁰, l'eventuale errore del giudice potrebbe essere sanzionato come motivo di nullità solo quando l'errore del giudice sulla convertibilità del rito abbia determinato una effettiva lesione del diritto di difesa delle parti⁴¹.

³⁷ TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario*, cit., p. 505, che osserva "electa una via non datur recursus ad alteram"; TURATTO, *op. cit.*, p. 751. Critica tale scelta normativa BASILICO, *op. cit.*, p. 1753, in ragione del fatto che le parti del processo vengono condotte verso forme processuali riduttive delle garanzie fornite dalla cognizione piena a prescindere dalla loro volontà.

³⁸ ANSANELLI, *op. cit.*, p. 361; SANTANGELI, *op. cit.*, p. 164 esclude qualsiasi rimedio impugnatorio.

³⁹ Parla di decisione "a sorpresa" SCARSELLI, *op. cit.*, c. 57.

⁴⁰ Così TURATTO, *op. cit.*, p. 752.

⁴¹ In questi termini, condivisibilmente, MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 938.

Per alcuni, potrebbe costituire motivo di appello avverso la sentenza la mancata concessione del termine richiesto dalla parte per il deposito di una memoria scritta in merito al mutamento di binario istruttorio⁴². A ben vedere, peraltro, per motivare una riforma in appello della decisione di primo occorre dimostrare non tanto che il giudice abbiano compresso il diritto delle parti a contraddire preventivamente in merito alla scelta del binario istruttorio quanto che, da tale compressione, sia derivata la scelta di un binario istruttorio che abbia impedito alla parte di esercitare in modo pieno ed effettivo il proprio diritto di difesa (per esempio, non consentendole di formulare tutte le proprie richieste istruttorie).

6. *La precisazione delle richieste istruttorie*

La decisione del giudice di instradare la causa sul binario sommario ha rilevanti implicazioni procedurali, di cui la norma non chiarisce l'operatività, sollevando ulteriori importanti dilemmi interpretativi.

L'art. 183-*bis* c.p.c., infatti, prevede che, il giudice, avendo deciso di mutare il binario istruttorio, debba invitare le parti a indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria.

In primo luogo, si osserva che tale disposizione comporterebbe che il *thema decidendum* e il *thema probandum*, siano definiti nella medesima udienza in cui il giudice dispone la conversione del diritto, con una sostanziale anticipazione alla prima udienza delle attività di allegazione e contestazione per le quali nel rito ordinario si prevede la possibilità di prendere posizione con la prima e la seconda memoria depositate nei termini concessi ai sensi dell'art. 183, comma 6° c.p.c.⁴³.

In sostanza, la norma configura una "contestualità" tra la decisione di mutare il binario istruttorio e la formalizzazione da parte

⁴² SANTANGELI, *op. cit.*, p. 169.

⁴³ MARTINO, *op. cit.*, p. 932.

dei litiganti delle rispettive istanze istruttorie. E, in effetti, il “cuore” della scelta del giudice (e la *ratio* della novità normativa) sta proprio nell’accelerazione all’*iter* processuale che deriva dalla deformalizzazione e dalla concentrazione della fase istruttoria, a cominciare dal superamento della “coda scritta” dell’udienza *ex art.* 183 c.p.c., eliminando la concessione del triplo termine di cui al comma 6° di tale norma⁴⁴.

L’applicazione della norma, peraltro, richiede un necessario bilanciamento tra la funzione acceleratrice del nuovo strumento processuale e il rispetto delle garanzie processuali delle parti. Anche in questo ambito, infatti, appare opportuno prevedere un’applicazione flessibile della norma, come la norma stessa prevede.

Il giudice potrà infatti ragionevolmente richiedere alle parti di formalizzare seduta stante le rispettive richieste istruttorie solo laddove tale richiesta sia compatibile con la natura della causa, il precedente svolgimento del processo e il diritto costituzionalmente garantito alla prova.

Si può pensare, a questo riguardo, all’ipotesi in cui le parti abbiano già anticipato le proprie richieste istruttorie nella memoria scritta depositata prima di decidere sullo *switch* procedimentale e dunque siano in grado, all’udienza successiva (ma *v. infra*) di presentare le proprie prove contrarie. *A fortiori*, questo può valere per le cause documentali, in cui le parti abbiano già allegato ai rispettivi atti iniziali i documenti rilevanti⁴⁵ e possano depositare, in prima

⁴⁴ Per Trib. Vercelli, ord., 23 marzo 2016, in banca dati *Pluris*, la nuova norma ha, in effetti, un intento acceleratorio (più che deflattivo). Il giudice piemontese, al riguardo osserva: “un banale calcolo aritmetico consente di cogliere il risparmio di tempi processuali conseguibile attraverso il passaggio al rito sommario, e derivante dall’azzeramento (nella migliore delle ipotesi) o dalla riduzione a meno di un terzo (nella peggiore) dei tempi connessi all’appendice di trattazione di cui al sesto comma dell’art. 183 c.p.c., per tacere di quelli connessi alla fase decisoria *ex art.* 281-quinquies, comma 1, c.p.c.”. V. le critiche di SCARSELLI, *op. cit.*, c. 56, per cui la norma “scardina il Sistema delle preclusioni in primo grado”, in modo non chiaro e subdolo. MARTINO, *op. cit.*, p. 933 osserva che la norma delinea un rito particolarmente concentrato, caratterizzato dalla possibile dilazione delle sole deduzioni istruttorie e produzioni documentali.

⁴⁵ TRAPUZZANO, *op. cit.*, 2015, p. 185, per esempio, ritiene che le parti possano cautelativamente formulare le proprie istanze istruttorie e depositare i propri documenti sin dai rispettivi atti introduttivi. V. pure DELLA VEDOVA, *op. cit.*, p. 12.

udienza, eventuali documenti “contrari”. Non dovrebbero porre particolari problemi anche le cause contumaciali, in cui sarà nell’interesse dell’attore accelerare i tempi e non si porrà il problema della prova contraria.

La norma qui in esame è, peraltro, solo apparentemente rigida: e infatti, nella frase successiva, essa prevede, a richiesta, la “possibilità” che il giudice fissi una nuova udienza e un termine perentorio non superiore a quindici giorni per l’indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali, con l’indicazione di un termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria⁴⁶.

Per quanto il legislatore si sia espresso in termini di possibilità e non di obbligo circa la concessione di questo doppio termine, appare opportuno dare della norma una interpretazione ispirata ai principi della collaborazione e del *case management*⁴⁷.

Il giudice, in particolare, come regola, non potrà respingere la richiesta di termine di almeno una delle parti laddove abbia sollevato l’opzione di mutamento di rito alla prima udienza e deciso al riguardo, nel contraddittorio orale delle parti, seduta stante. Se, infatti, si può sostenere che, dopo la riforma, faccia parte degli oneri difensivi delle parti prepararsi ad affrontare la questione posta dall’art. 183-*bis* c.p.c., non si può arrivare al punto di imporre un implicito superamento del sistema delle preclusioni che non prevede un onere decadenziale di anticipazione delle richieste istruttorie delle parti alla prima udienza. Un conto, in effetti, è richiedere alla parte di chiarire al giudice di quali mezzi istruttori si voglia avvalere nel prosieguo del giudizio, altro è pretendere che tali mezzi istruttori siano dedotti in prima udienza in modo esaustivo⁴⁸.

⁴⁶ Per TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario*, cit., p. 509 si tratterebbe di una “assai modesta dimidiazione dei tempi” ordinari dell’art. 183, comma 6° c.p.c.

⁴⁷ V. anche le osservazioni di TURATTO, *op. cit.*, p. 754.

⁴⁸ Per TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 119, peraltro, le dinamiche della nuova norma “di fatto [anticipano] una preclusione che, seppure non enunciata, opera per implicito”. A p. 120 l’a. precisa che “preclusione implicita non vuol dire costruzione artificiosa di una preclusione che la legge non contempla”, bensì “vuol dire piuttosto allertare le parti in ragione di una dinamica “molto probabile” che il rito tenderà ad assumere”, con riferimento a un “comportamento processuale auspicato e auspicabile nell’interesse degli stessi protagonisti del processo”.

D'altro canto, si può osservare che, ove il giudice disponga il mutamento di rito con ordinanza pronunciata fuori udienza, in quella sede il giudice possa concedere i termini per le deduzioni istruttorie, con contestuale udienza per l'eventuale ammissione delle istanze così formulate dalle parti⁴⁹.

Alcuni, con riferimento al diritto costituzionale alla prova e all'esigenza di assicurare alle parti tempi ragionevoli per apprestare le proprie richieste istruttorie, risolvono il problema sostenendo che, nonostante l'utilizzo del verbo potere, per l'istruttore la concessione del termine in esame sarebbe obbligatorio⁵⁰. Tale indirizzo appare invero eccessivamente rigido: esso, in particolare, non tiene conto dell'ambiente deformalizzato in cui, a questo punto, la causa è stata instradata. Uno dei corollari dalla semplificazione dell'istruzione sommaria è, infatti il superamento dei rigidi requisiti formali stabiliti dalla legge per l'articolazione delle richieste istruttorie, in particolare quelle relative alle prove orali costituenti, nel senso esposto, rispetto al rito sommario, nel Capitolo tredicesimo.

In quest'ottica, dopo la decisione di mutamento di binario istruttorio, la parte, per esempio, potrà limitarsi a indicare il nominativo dei testimoni di cui si voglia avvalere e le circostanze sulle quali richiede che gli stessi vengano sentiti, senza onere di capitolazione delle relative domande. Adottando tali *standard* deformalizzati, d'altro canto, diviene assai più agevole ammettere che il giudice possa, alla stessa prima udienza, richiedere alle parti di precisare le rispettive richieste istruttorie senza concedere il termine per il deposito di memorie scritte.

Resta il problema della prova contraria che, anche in un'ottica deformalizzata, può comunque richiedere valutazioni e consultazioni incompatibili con una precisazione alla stessa (prima) udienza in cui le parti articolano le rispettive richieste di prova diretta⁵¹. Anche la preparazione più attenta, in effetti, come è stato notato, potrebbe non mettere in condizione di formulare istanze di prova

⁴⁹ TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁰ MARTINO, *op. cit.*, p. 930.

⁵¹ V. pure TURATTO, *op. cit.*, p. 756.

contraria contestualmente alla deduzione della relativa prova diretta⁵².

E dunque, la concessione del termine non potrà essere negato, come regola, per la formulazione della (eventualmente sola) prova contraria, per esempio e perlomeno laddove la prova diretta sia stata richiesta solo in prima udienza (e non, per esempio, nei primi atti difensivi delle parti).

Da quanto precede, emerge una disciplina procedimentale piuttosto diversa rispetto a quella esaminata per il rito sommario.

Nel procedimento disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., infatti, le parti possono dedurre nuove richieste istruttorie e produrre nuovi documenti solo entro la prima udienza, prima che il giudice si pronunci in merito al binario istruttorio. Qui, invece, dopo la prima (o, forse, la “seconda” prima) udienza, si prevede la possibilità di una “coda” scritta, per quando in tempi molto concentrati, con la fissazione di una ulteriore udienza, successiva alla scadenza di tali termini⁵³. La diversità di trattamento è peraltro giustificata: ove, nel rito sommario, le parti fanno sin dall’inizio che la prima udienza rappresenta la loro barriera preclusiva in materia di prova (almeno nel caso in cui il giudice non disponga il mutamento di binario), nell’art. 183-*bis* c.p.c., le parti arrivano in prima udienza senza essere tenute a completare, già in quella sede, i rispettivi *thema decidendum* e *probandum*.

⁵² Su questi aspetti v. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo*, cit., p. 1178; Consolo, *È legge (con poche modifiche)*, cit., p. 1077, osserva che la “formulazione di prova contraria (magari costituenda) “in presa diretta (...) è “a dire poco diabolica”. Per SCARSELLI, *op. cit.*, c. 54, la norma appare scritta “da chi non ha confidenza con i tribunali”. Trib. Bologna, 28 maggio 2015, ord., in *www.ilcaso.it*, nel concedere un termine di 5 giorni alle parti per l’indicazione dei mezzi di prova, afferma, peraltro, che tale deroga alla procedura prevista dal legislatore in via ordinaria “la quale indica di regola “la stessa udienza” per la deduzione dei mezzi di prova “esclusivamente nella novità della disposizione legislativa”, così lasciando intendere che, una volta metabolizzata la novità da parte dei difensori, tale termine non sarà più concesso...

⁵³ MARTINO, *op. cit.*, p. 930.

Dalla disamina compiuta nelle pagine precedenti si desume in effetti che l'art. 183-*bis* c.p.c. possa avere un'applicazione "a fisarmonica", per quanto riguarda il numero delle udienze e la quantità di attività difensiva che possano essere tenute o compiute prima di dare corso all'istruttoria sommaria in senso proprio.

Nei casi più semplici e almeno in linea teorica, tutto potrebbe concentrarsi in un'unica udienza: dalla prospettazione del giudice in merito al cambio di binario istruttorio, al contraddittorio con le parti sul punto, alla relativa decisione, alla precisazione delle istanze istruttorie dirette e contrarie, alla relativa ammissione. Nella prassi, una simile concentrazione appare però difficilmente realizzabile, per i motivi esposti nei paragrafi che precedono. Sembra realistico, in effetti, che l'*iter* procedimentale previsto dalla norma si completi in due e a volte addirittura tre udienze, in particolare laddove il giudice abbia concesso termine alle parti per esercitare un contraddittorio scritto in merito al prospettato *switch*⁵⁴. In quest'ottica, dunque, la fase iniziale del processo si viene a sviluppare su (almeno) due udienze successive, la prima dedicata alle attività previste dai primi cinque commi dell'art. 183 c.p.c. nonché alla scelta del binario istruttorio e la seconda all'ammissione dei mezzi istruttori richiesti dalle parti⁵⁵, dopo la concessione dei termini per il deposito di memorie scritte. Considerato che per la fissazione di tale seconda udienza la legge non prevede tempi prestabiliti (e comunque si sarebbe trattato di termini meramente ordinatori), il rischio è che i tempi del processo si dilatino⁵⁶ e sostanzialmente giungano a coin-

⁵⁴ Per MARTINO, *op. cit.*, p. 931, infatti, l'istruttore, con il provvedimento con cui assegna i termini per la trattazione scritta della questione relativa alla conversione, dovrebbe fissare a data successiva l'udienza nella quale provvederà a pronunciare l'ordinanza di mutamento del rito, ovvero deciderà per la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario.

⁵⁵ In realtà, la legge non chiarisce a quali attività dovrebbe essere dedicata tale seconda udienza: V. pure MARINO, *Attuazione delle sentenze e provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 1076, per il quale tale udienza in concreto potrebbe ridursi a mera comparizione dei difensori per sentirsi assegnare i termini per le due memorie istruttorie.

⁵⁶ V. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo*, cit., p. 1178.

cidere con quelli del procedimento ordinario, vanificando così gran parte dell'utilità pratica della nuova disposizione.

Il meccanismo stabilito dall'art. 183-*bis* c.p.c. è peraltro contraddittorio⁵⁷. In effetti, in base al tenore letterale della norma, prima il giudice decide il mutamento di binario istruttorio e solo in seguito dispone che le parti formalizzino le rispettive richieste e produzioni istruttorie alla medesima udienza ovvero nella "coda" scritta prevista dalla legge: con l'evidente rischio che, dopo la decisione di mutare il binario istruttorio, vengano fatte richieste istruttorie idonee a rendere complessa quella che appariva come una controversia semplice sul piano probatorio.

In un'ottica di deformalizzazione, inoltre, richiedere la fissazione di un'udienza successiva, dedicata all'ammissione delle istanze di prova delle parti appare una superfetazione, incoerente con le finalità di accelerazione del procedimento sottese all'introduzione del nuovo meccanismo processuale⁵⁸. Tale previsione appare tanto più sorprendente ove si consideri che, nel rito ordinario, l'art. 183 c.p.c. neppure impone, dopo la concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c., la fissazione di un'udienza per l'esame e l'ammissione delle istanze istruttorie delle parti: e, in effetti, parte (minoritaria) della giurisprudenza ritiene che dopo la scadenza del terzo di tali termini, il giudice si possa pronunciare direttamente sulle istanze delle parti con ordinanza emessa fuori udienza, sciogliendo una riserva all'uopo assunta all'udienza di prima comparizione e trattazione.

D'altro canto, la lettera della norma può essere intesa nel senso di non imporre in ogni caso necessariamente la fissazione di un'ulteriore udienza, anche laddove siano stati concessi i termini per il deposito di memorie e repliche istruttorie. Così interpretando la disposizione in esame, in effetti, poche settimane dopo la prima udienza, il giudice potrebbe essere già in condizione di pronunciarsi con ordinanza sulle richieste delle parti e dare corso all'istruzione sommaria.

⁵⁷ V. anche DELLA VEDOVA, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸ V. pure ANSANELLI, *op. cit.*, p. 361.

È ancora presto per dire se il nuovo meccanismo procedurale abbia svolto una funzione efficace ai fini della semplificazione delle forme processuali e dell'accelerazione dei tempi di decisione delle cause. L'impressione è che, sinora, l'art. 183-*bis* c.p.c. abbia trovato ridotta applicazione pratica, anche per scarsa conoscenza da parte degli utenti.

I rari casi pubblicati documentano, peraltro, che il nuovo meccanismo si presta a un utilizzo molto efficiente.

In una delle prime applicazioni del nuovo istituto, il Tribunale di Bologna ha disposto il mutamento del binario istruttorio in un'opposizione a decreto ingiuntivo qualificata come “*del tutto generica e priva di qualsiasi riscontro documentale*”⁵⁹. Sempre in un'opposizione a decreto ingiuntivo (cominciata con atto di citazione notificato all'inizio di gennaio 2015), il Tribunale di Vercelli⁶⁰, alla prima udienza di comparizione del 15 aprile 2015, ha dapprima disposto il mutamento del rito nelle forme del processo sommario di cognizione con concessione del duplice termine di cui all'art. 183-*bis* c.p.c. All'udienza del 27 maggio 2015, poi, in mancanza di istanze istruttorie, ha rinviato per la discussione orale all'udienza del 2 marzo 2016, per poi pronunciare una ventina di giorni dopo la sua decisione, riuscendo così a chiudere il procedimento in poco più di un anno. Il Tribunale di Padova, dal canto suo⁶¹, utilizzando lo *switch* previsto dall'art. 183-*bis* c.p.c., è stato in grado di decidere una controversia (relativa alla nullità parziale di un contratto di mutuo) in meno di un anno dalla sua iscrizione a ruolo.

⁵⁹ Trib. Bologna, 28 maggio 2015, ord., in *www.ilcaso.it*.

⁶⁰ Trib. Vercelli, ord., 23 marzo 2016, in banca dati *Pluris*.

⁶¹ 5 ottobre 2016, ord., in *La nuova proc. civ.*, 2016, fasc. 5, del 5 ottobre 2016.



CAPITOLO DODICESIMO

UNO SNODO COMUNE PER LA SCELTA DEL BINARIO ISTRUTTORIO

SOMMARIO: 1. Due riti alternativi, un unico snodo istruttorio? – 2. Un unico regime di (ir)reversibilità della scelta del binario istruttorio. – 3. Un'unica nozione di "causa complessa". – 4. Le conseguenze in caso di riunione tra procedimenti introdotti con riti diversi. – 5. Scelta di binario istruttorio e discrezionalità giudiziaria.

1. *Due riti alternativi, un unico snodo istruttorio?*

Con l'introduzione dell'art. 183-*bis* c.p.c., è stato chiuso un cerchio.

Oggi, in effetti, si può affermare che nelle cause di competenza del giudice unico del Tribunale e non sottoposte a riti speciali di cognizione ordinaria, sia sempre previsto uno snodo procedurale per la scelta, da parte del giudice, del binario istruttorio sul quale collocare la lite.

Nel rito sommario, tale snodo è di applicazione necessaria; nel rito ordinario esso è, invece, rimesso alla valutazione del giudice nel caso specifico e, nell'applicazione pratica, sembra scontare un utilizzo molto scarso, nonostante l'incentivo rappresentato dalle previsioni della legge Pinto (forse non ancora sufficientemente assimilate dagli operatori pratici). L'impressione è che, nella grande maggioranza dei casi, alla prima udienza, il giudice conceda di *default* i termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c., senza un effettivo esame della complessità della lite. Alla meglio, dunque, nel rito ordinario, l'applicazione dello *switch* istruttorio è episodica.

Questi profili operativi non scalfiscono la rilevanza sistematica del combinato disposto degli artt. 702-ter e 183-bis c.p.c. Oggi, dunque, si può affermare che, almeno a livello teorico, esista in effetti un doppio binario istruttorio tra cause semplici e cause complesse, la cui scelta è rimessa al giudice, sentite le parti, nella fase introduttiva del processo. Sebbene tale scelta si debba fondare su un dialogo tra i soggetti del processo, non si può affermare che essa possa essere condizionata dalle richieste delle parti. La gestione del processo in modo proporzionale alle caratteristiche della singola lite appare infatti sottratta alla disponibilità delle parti.

Questa affermazione richiede qualche approfondimento.

Rispetto al procedimento sommario, in effetti, non si escludeva che il mutamento di binario istruttorio potesse essere disposto a seguito della richiesta congiunta delle parti o anche del solo attore, senza contestazioni da parte del convenuto¹.

Dopo l'introduzione dell'art. 183-bis c.p.c., però, si può dubitare che il giudice sia vincolato a disporre tale mutamento a fronte di una concorde o non contestata richiesta di parte. In effetti, oggi, nel processo ordinario, il passaggio all'istruttoria sommaria può essere disposto dal giudice di propria iniziativa e a prescindere dalle richieste delle parti. Anche alla luce delle innovazioni apportate alla legge Pinto, in effetti, sembra che rientri, oggi, nel potere di direzione del giudice anche la scelta in merito al tipo di attività istruttoria da svolgere nel procedimento, per valorizzare l'interesse pubblico alla più celere definizioni delle liti. In un tale contesto, specularmente, si può concludere che il giudice possa tenere il procedimento sul binario sommario anche disattendendo una concorde richiesta delle parti di passare al rito ordinario. Una tale decisione (magari poco verosimile nella pratica) è opportuno sia comunque ben motivata.

Il sistema creato con le riforme del 2009 e del 2014 è, d'altro canto, scarsamente coordinato e, alla luce dei fatti, ormai pleonasti-

¹ Trib. Varese, 4 aprile 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, per cui i litiganti, prima della decisione del giudice sulle prove conservano la facoltà di "negoziare" il rito (da sommario a ordinario). In particolare, al ricorrente andrebbe riconosciuto un vero e proprio *ius poenitendi* rispetto al rito prescelto, tenuto conto dell'esigenza sostanziale di tutelare il diritto e non lo strumento che tende a soddisfarlo.

co. Come meglio si vedrà nelle conclusioni, in effetti, un sistema che prevede un rito ordinario che può trasformarsi in sommario e un sommario che può diventare ordinario non appare efficiente: esso, anzi, non appare riconducibile a un progetto sorretto da una logica interna.

Come si è visto nelle pagine precedenti, le parti arrivano alla prima udienza sommaria consapevoli che in quella sede il giudice deciderà sul tipo di istruttoria adeguata per la causa. Alla prima udienza ordinaria, invece, le parti arrivano senza sapere se il giudice prospetterà loro il cambiamento di binario istruttorio. Soprattutto, mentre nel rito sommario le preclusioni istruttorie sono funzionalmente collegate alla prima udienza, nel rito ordinario, le parti non sono tenute a formulare le rispettive istanze probatorie né negli atti introduttivi né alla prima udienza. Proprio per questo motivo, il meccanismo dell'art. 183-bis c.p.c., dovendo garantire il diritto a difendersi provando di parti che non hanno oneri decadenziali in materia istruttoria con riferimento alla prima udienza, si dimostra così farraginoso e poco pratico. In un contesto in cui le parti non hanno ancora l'onere di formalizzare le rispettive richieste probatorie, d'altro canto, è legittimo chiedersi come possa il giudice essere in grado di valutare la complessità dell'istruttoria sin dalla prima udienza².

D'altro canto, l'impatto del nuovo art. 183-bis c.p.c. sull'intera struttura del processo civile rimodellata dalla riforma del 1990 (e successivi adattamenti) è più profondo di quanto non appaia a prima vista.

In primo luogo, l'inserimento della nuova norma nell'ambito della disciplina del procedimento ordinario di cognizione dimostra che anche l'istruttoria sommaria in quanto semplificata sia da considerare come una cognizione piena³.

Fino al 2014, inoltre, si poteva argomentare che per il giudice la concessione dei termini per il deposito delle memorie *ex art.*

² V. le osservazioni di SCARSELLI, *Il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 56; METAFORA, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1187.

³ V. anche TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 116.

183, comma 6° c.p.c. fosse un atto dovuto, salve le ipotesi in cui la causa si prestasse a essere rimessa immediatamente in decisione su qualche questione pregiudiziale o preliminare non bisognevole di approfondimenti istruttori.

L'introduzione dell'art. 183-*bis* c.p.c. non ha di per sé scardinato il sistema delle preclusioni disciplinato dall'art. 183 c.p.c.⁴ In effetti, le parti ancora oggi non sono tenute a formulare entro la prima udienza le proprie richieste istruttorie e produzioni documentali a pena di decadenza⁵. E, però, esse hanno in qualche modo perso il diritto a ottenere la concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c., per il perfezionamento del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

Nell'ipotesi in cui il giudice decida di azionare il passaggio all'istruttoria sommaria, infatti, le parti hanno solo il diritto di interloquire con il giudice stesso rispetto a tale prospettiva e, in caso di effettivo passaggio all'istruttoria semplificata, di dedurre e produrre in ambito istruttorio in conformità a quanto previsto dall'art. 183-*bis* c.p.c. In quest'ottica, le parti appaiono oggi onerate non tanto di anticipare le rispettive richieste istruttorie entro la prima udienza, quanto di recarsi a tale udienza avendo già esposto (od essendosi preparate a esporre) al giudice le tipologie di prova di cui intendono avvalersi per dimostrare i fatti contestati dalla controparte, sulla falsariga di quanto è previsto nel contesto del procedimento europeo di ingiunzione.

Più in generale, inoltre, sarà opportuno che i primi atti difensivi delle parti siano più completi nell'articolazione della fattispecie, più schematici e magari più succinti, in linea peraltro con le tendenze globali in questo ambito. Ciò detto, è comunque opportuno che il giudice adotti un approccio prudente⁶.

⁴ In effetti, parte della dottrina ha sostenuto che la norma, di fatto, abbia, in modo indiretto, modificato le preclusioni processuali: SCARSELLI, *op. cit.*, c. 56.

⁵ Mette in dubbio questa affermazione METAFORA, *op. cit.*, p. 1189, per cui le parti, oggi, sarebbero costrette ad articolare tutti i mezzi di prova e produrre la documentazione sin dagli atti introduttivi o comunque ad arrivare in udienza già preparate anche a indicare il nominativo dei testi.

⁶ V. pure TURATTO, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 755.

2. *Un unico regime di (ir)reversibilità della scelta del binario istruttorio*

Nel paragrafo precedente si è giunti a concludere che, nel nuovo assetto del processo civile italiano, ci si trovi di fronte a due modelli alternativi di istruttoria, in base alle valutazioni del giudice circa la semplicità o la complessità della lite.

La disciplina del passaggio dal rito sommario a quello ordinario, peraltro, non corrisponde esattamente a quella prevista per l'ipotesi opposta. Si impone dunque un tentativo di ricostruzione omogenea, per evitare di trattare in modo diverso le due situazioni.

Un primo elemento di diversità lo si riscontra nel regime di stabilità dell'ordinanza che dispone il mutamento di binario istruttorio. Nell'art. 183-*bis* c.p.c. si fa riferimento a una ordinanza non impugnabile e dunque, in base ai principi generali, non revocabile dallo stesso giudice che l'ha pronunciata. Ciò vuol dire che, dopo la decisione di mutare binario istruttorio, il procedimento non possa ritornare al tracciato ordinario⁷: il passaggio dal rito ordinario a quello sommario è dunque irreversibile⁸.

Per converso, sino all'introduzione dell'art. 183-*bis* c.p.c., in mancanza di specifiche disposizioni normative, si era ritenuta non irreversibile la decisione del giudice di dare corso all'istruttoria sommaria alla prima udienza dell'art. 702-*bis* c.p.c.⁹, sul rilievo che

⁷ Così TRAPUZZANO, in GIORDANO, TRAPUZZANO, *La riforma del processo civile. Commentario al d.l. n. 132/2014, conv. con mod. in l. n. 162/2014. Aggiornato alle circolari ministeriali nn. 2309/2015 e 6/2015 in tema di negoziazione assistita*, Milano, 2015, p. 183.

⁸ MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 938, una volta disposto il mutamento di rito, non si può tornare indietro.

⁹ LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, *Giur. it.*, 2009, p. 1569; MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1030; RENZI, *Le decisioni di cui all'art. 702-ter c.p.c. nel procedimento sommario di cognizione*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 355 ss.; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1590; VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 64; LOMBARDI, *È arrivato il nuovo procedimento sommario di cognizione generale*, p. 5; ACIERNO, *Il*

le complessità dell'istruttoria possano emergere anche nel corso dell'attività volta all'assunzione delle prove, per esempio, laddove si presenti l'opportunità di compiere accertamenti istruttori più approfonditi di quelli inizialmente prospettati¹⁰ o sopraggiunga l'opportunità di assumere una testimonianza *de relato* ai sensi dell'art. 257 c.p.c., mettere due testimoni a confronto, disporre d'ufficio la testimonianza di una persona in grado di conoscere la verità, ai sensi dell'art. 281 c.p.c., delegare l'assunzione di una prova costituenda ad altro giudice, nazionale o straniero, riunire la causa a un altro procedimento connesso e così via. In ipotesi di questo tipo, contrariamente agli iniziali pronostici, viene meno la possibilità di svolgere l'istruttoria con forme semplificate. In mancanza di difformi indicazioni nel testo della norma, dunque, era coerente prevedere che il giudice, anche dopo la prima udienza sommaria, potesse rivedere la sua decisione iniziale e decidere di passare al rito ordinario¹¹.

Questa ricostruzione, di gran lunga maggioritaria, è però oggi entrata in crisi a seguito appunto dell'introduzione nel codice di rito dell'art. 183-bis c.p.c. Appare, infatti, irragionevole che la decisione

nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative, in *Corr. giur.*, 2010., p. 512; CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in *www.judicium.it*, p. 9 ss., che, in questo caso, solleva dubbi in merito all'utilizzabilità delle prove "acquisite durante lo stato di rito speciale"; PORRECA, *Il processo sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 327; OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 732, per il quale il potere discrezionale del giudice circa la trasformazione della cognizione in ordinaria non potrebbe ritenersi consumato dall'ammissione degli atti ritenuti rilevanti, dovendo operare per tutte la durata del procedimento. Trib. Varese, 18 novembre 2009, il *www.ilcaso.it*, invero, nega che, dopo la iniziale valutazione, possa disporsi la "conversione del rito" (in ipotesi, neppure in caso di ammissione di nuove prove d'ufficio).

¹⁰ In questo senso pure FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 810, per il quale il giudice potrebbe decidere di trasformare il rito nel corso dell'assunzione della prova, quando si renda conto che occorre un'istruzione non sommaria.

¹¹ LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1569; MENCHINI, *op. cit.*, p. 1030; DITTRICH, *op. cit.*, p. 1590; VOLPINO, *op. cit.*, p. 64; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 5; ACIERNO, *op. cit.*, p. 512; CAPPONI, *op. cit.*, p. 9 ss., che, in questo caso, solleva dubbi in merito all'utilizzabilità delle prove "acquisite durante lo stato di rito speciale"; PORRECA, *op. cit.*, p. 327; OLIVIERI, *op. cit.*, p. 732, per il quale il potere discrezionale del giudice circa la trasformazione della cognizione in ordinaria non potrebbe ritenersi consumato dall'ammissione degli atti ritenuti rilevanti, dovendo operare per tutte la durata del procedimento.

sul modello istruttorio sia sottoposta a regimi “di tenuta” diversificati a seconda che la domanda sia inizialmente proposta con ricorso sommario o con citazione.

Per coerenza sistematica, dunque, si impone una lettura unitaria delle due diverse ipotesi, prevedendo che anche la decisione del giudice di mantenere la causa nell'alveo del rito sommario sia a sua volta irreversibile¹².

3. *Un'unica nozione di “causa complessa”*

La differenza più sostanziale tra i due regimi sta però nella definizione stessa del parametro per la scelta del binario istruttorio.

Prima della novità introdotta nel 2014, in effetti, rispetto al rito sommario, parte della dottrina e della giurisprudenza estendeva il vaglio sulla “complessità” della lite al numero delle questioni di diritto controverse tra le parti¹⁵. In quest'ottica, alcuni giungevano a ritenere che una domanda costitutiva potesse incontrare resistenza nell'essere decisa in fase sommaria, in quanto caratterizzata da un certo grado di complessità¹⁴. Altri, avevano affermato che il rito sommario sarebbe stato incompatibile con quei giudizi che impli-

¹² V. pure MARTINO, *op. cit.*, p. 929. *Contra*, METAFORA, *op. cit.*, p. 1183.

¹⁵ In questo senso CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 198, con riferimento a una questione di diritto sulla quale incidano molteplici fonti, o rispetto alla quale si sia creato un contrasto di orientamenti giurisprudenziali, o si debba effettuare una scelta tra diverse opzioni relative a novità normativa: per l'a., in tali situazioni, l'incompatibilità della controversia con il procedimento sommario potrebbe essere la semplificazione della trattazione e della fase decisoria, che non consentirebbero uno sviluppo dialettico del contraddittorio adeguato alla complessità del caso di specie.

¹⁴ TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 254. il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona, tra gli *standard* di compatibilità include il numero delle questioni di diritto controverse tra le parti; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.* 2009, p. 814, dal canto suo, fa riferimento alla complessità della controversia, valutata essenzialmente alla luce del numero e dell'entità delle questioni di fatto e di diritto controverse tra le parti.

chino l'esame e la soluzione di questioni tecniche o giuridiche di una certa complessità, che possono richiedere una trattazione non semplificata, sia per l'esigenza delle parti di svolgere e puntualizzare le proprie difese, sulla base di quelle della controparte sia per quella del giudicante di far chiarire alle parti i rispettivi assunti nello svolgimento successivo delle udienze, formando in maniera graduale il proprio convincimento¹⁵.

La maggioranza degli interpreti, peraltro, tra cui chi scrive, si era inizialmente orientata a ritenere che la semplicità della lite dovesse essere valutata con riferimento ai soli elementi fattuali e alle relative necessità di accertamento istruttorio, negando che la complessità giuridica della lite potesse di per sé portare al mutamento di binario istruttorio¹⁶. Nell'ottica della "semplicità istruttorio" della causa, in-

¹⁵ Trib. Verona, 9 ottobre 2011, ord., in *Giur. mer.*, 2011, p. 2427. Per Trib. Torino, 3 dicembre 2013, ord., in *www.giuraemilia.it*, tra gli elementi da valutare, nel contesto delle "difese svolte dalle parti", vi sarebbero anche "le argomentazioni giuridiche che ciascuna parte adduce".

¹⁶ Così pure Trib. Lamezia Terme, 12 marzo 2010, cit., per cui "non è la complessità delle questioni poste, sul piano teleologico, a inibire la decisione con il rito sommario bensì, sul piano meramente strumentale, la formazione della prova, ancora in divenire, rispetto alle tesi difensive propugnate, le quali devono risultare scoperte di supporto dimostrativo ed esigenti detto supporto"; v. pure Trib. Lamezia Terme, 24 febbraio 2012, decr., in *Dir. fam.*, 2012, p. 1669. PORRECA, *op. cit.*, p. 252, ritiene compatibile il rito sommario con cause complesse in diritto ma seriali rispetto a orientamenti consolidati. V. però la difforme opinione di ACIERNO, *op. cit.*, p. 510. Per Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*, l'elemento decisivo su cui valutare la percorribilità o meno del rito sommario è l'attività istruttorio che deve essere svolta e non invece l'oggetto della domanda o la tipologia della controversia. La distinzione tra cause assoggettabili o meno al rito sommario non è, quindi, quella tra cause facili e cause difficili in base all'oggetto della domanda e alle questioni da trattare e decidere, bensì tra cause che richiedono un'attività istruttorio articolata e complessa e cause che richiedono un'istruzione breve e semplice (o addirittura non richiedono affatto attività istruttorio), da individuarsi esclusivamente in base al *thema probandum* 'proposto dalle parti; v. anche Trib. Campobasso, 9 maggio 2013, in banca dati *iusexplorer*; per Trib. Torino, 3 dicembre 2013, ord., in *www.ilcaso.it*, per contro, l'oggetto della verifica non sono soltanto le deduzioni istruttorie articolate dalle parti, ma il complesso delle difese svolte dalle stesse, comprensive anche delle "argomentazioni giuridiche che ciascuna parte adduce". Parte della dottrina e della giurisprudenza, invero, estende il vaglio sulla "complessità" della lite al numero delle questioni di diritto controverse tra le parti. In questo senso CATALDI, *op. cit.*, p. 198, con riferimento a una questione di diritto sulla quale incidano molteplici fonti, o rispetto alla quale si sia creato un contrasto di orientamenti giurisprudenziali, o si debba effettuare una scelta tra diverse opzioni relative a no-

fatti, la complessità della controversia in diritto può venire in rilievo, a livello quantitativo e qualitativo, solo in via indiretta, laddove la fattispecie giuridicamente rilevante si componga di un'articolata serie di circostanze controverse. Di per sé, le incertezze sull'interpretazione di un certo complesso di norme, i contrasti dottrinari o giurisprudenziali in merito a un determinato istituto, l'elevato tecnicismo di una disciplina specifica sono, in effetti, elementi esterni all'istruttoria in senso stretto, nel prisma del brocardo "iura novit curia". In quest'ottica, anche cause molto complesse in diritto, quindi, ma "semplici" sul piano della ricostruzione del "fatto" avrebbero dovrebbero essere ritenute compatibili con l'istruttoria sommaria¹⁷.

vità normativa: per l'a., in tali situazioni, l'incompatibilità della controversia con il procedimento sommario potrebbe essere la semplificazione della trattazione e della fase decisoria, che non consentirebbero uno sviluppo dialettico del contraddittorio adeguato alla complessità del caso di specie. In quest'ottica, alcuni giungono a ritenere che una domanda costitutiva possa incontrare resistenza nell'essere decisa in fase sommaria, in quanto caratterizzata da un certo grado di complessità: TISCINI, *op. cit.*, p. 254. il Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona, tra gli *standard* di compatibilità include il numero delle questioni di diritto controverse tra le parti; BALENA, *op. cit.*, p. 814, dal canto suo, fa riferimento alla complessità della controversia, valutata essenzialmente alla luce del numero e dell'entità delle questioni di fatto e di diritto controverse tra le parti. In giurisprudenza, invece, si è affermato che il rito sommario sarebbe incompatibile con quei giudizi che implichino l'esame e la soluzione di questioni tecniche o giuridiche di una certa complessità, che possono richiedere una trattazione non semplificata, sia per l'esigenza delle parti di svolgere e puntualizzare le proprie difese, sulla base di quelle della controparte sia per quella del giudice di far chiarire alle parti i rispettivi assunti nello svolgimento successivo delle udienze, formando in maniera graduale il proprio convincimento: Trib. Verona, 9 ottobre 2011, ord., in *Giur. mer.*, 2011, p. 2427. Per Trib. Torino, 3 dicembre 2013, ord., in www.giuraemilia.it, tra gli elementi da valutare, nel contesto delle "difese svolte dalle parti", vi sarebbero anche "le argomentazioni giuridiche che ciascuna parte adduce".

¹⁷ Per Trib. Viterbo, 12 luglio 2010, ord., banca dati *Defjure*, la marginalità dell'attività istruttoria potrebbe essere ravvisata quando appaiono prevalenti le questioni di diritto sollevate dalle parti ovvero quando assume prevalenza la prova preconstituita documentale, anche rispetto alla natura costituenda dell'espletanda istruttoria; Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in www.ilcaso.it, osserva che il criterio della complessità o difficoltà della causa risulterebbe estremamente soggettivo, in quanto influenzato dalla competenza, specializzazione ed esperienza del singolo giudice; v. anche CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1105, per cui potrà essere introdotta con le forme sommarie anche un processo complesso, per la vicenda dedotta o per la causa petendi invocata.

Tale iniziale presa di posizione, però, è stata messa in crisi dall'entrata sulla scena dell'art. 183-*bis* c.p.c.: come si è anticipato nel capitolo precedente, infatti, ai fini dello *switch* istruttorio dall'ordinario al sommario previsto da tale norma, si prevede espressamente che il giudice possa tenere conto anche della complessità della lite in quanto tale, e dunque anche in considerazione dei suoi profili giuridici, pure con riferimento alla complessità delle varie domande ed eccezioni proposte¹⁸.

Appare, infatti, opportuno, a questo punto, adattare lo stesso *standard* di "complessità" nei due diversi momenti processuali in cui il giudice monocratico è oggi chiamato a decidere se istruire la causa in modo semplificato o non.

D'altra parte, si deve anche considerare che, nel formulare il testo dell'art. 183-*bis* c.p.c., il legislatore abbia realisticamente tenuto conto delle interpretazioni sviluppatesi intorno al precedente art. 702-*ter* c.p.c., intendendo così fornire una sorta di interpretazione autentica pure di tale norma¹⁹. Conforta in questa conclusione il fatto stesso che nel testo della nuova norma, il cambio di binario istruttorio sia stato legato a un presupposto (la complessità della lite) meno indefinito ed ellittico rispetto a quello utilizzato dall'art. 702-*ter* c.p.c. (l'idoneità della lite a essere istruita in modo sommario). Il legislatore, insomma, ha voluto così, da un lato, avallare l'orientamento interpretativo che aveva identificato nella semplicità della controversia il parametro sul quale apprezzare l'idoneità della lite a essere istruita in modo sommario, dall'altro precisare che la nozione di semplicità dovesse avere confini più ampi rispetto a quelli sino a quel momento individuati.

Pur restando perplesso circa l'opportunità di considerare la complessità giuridica della controversia ai fini della decisione sul tipo di istruttoria, mi pare opportuno rivedere la posizione inizialmente presa. Seppure sia realisticamente la più corretta rispetto al testo dell'art. 702-*ter* c.p.c., sul piano sistematico, essa deve cedere rispetto alla necessità di coordinare tale norma con il successivo art. 183-*bis* c.p.c.

¹⁸ Così pure TISCINI, *op. cit.*, p. 117.

¹⁹ In questo senso pure ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, p. 354.

Anche ai fini del passaggio dal rito sommario a quello ordinario, dunque, si deve ritenere che pure la complessità giuridica della fattispecie debba essere tenuta in considerazione dal giudicante²⁰.

4. *Le conseguenze in caso di riunione tra procedimenti introdotti con riti diversi*

Le osservazioni che precedono hanno importanti ricadute in tema di rito applicabile in caso di riunione tra procedimenti introdotti con rito diverso. Il tema, in effetti, sembra doversi affrontare in modo differente dopo l'introduzione dell'art. 183-bis c.p.c.

La norma di riferimento, in caso di riunione per connessione tra un procedimento sommario e uno soggetto a rito diverso, è l'art. 40 c.p.c. Come noto, tale norma, al comma 3°, in caso di riunione tra procedimenti sottoposti, rispettivamente, a un rito speciale e al rito ordinario, prevede la prevalenza di quest'ultimo, salvo che per le controversie in materia di lavoro.

Prima dell'introduzione dell'art. 183-bis c.p.c., dunque, la riunione tra un procedimento sommario e uno ordinario avrebbe portato automaticamente al mutamento di binario istruttorio nel primo procedimento, a prescindere dal fatto che fosse proprio tale procedimento ad assorbire quello connesso, proposto per secondo con le forme ordinarie. Le implicazioni di "procedure-shopping" di tale conclusione erano piuttosto evidenti.

Nell'ottica di valorizzare l'utilizzo del rito sommario, anche alla luce della *ratio legis* di sacrificare le esigenze del *simultaneus processus* per valorizzare la semplicità istruttoria di parte del *thema decidendum* (in particolare con riferimento al meccanismo di "separazione" delle domande riconvenzionali o rispetto alle quali il giudice ritenga inadeguata una istruttoria non sommaria), peraltro, si poteva all'epoca sostenere che la riunione tra procedimenti governati da riti diversi potesse non essere disposta (salve ipotesi

²⁰ V. anche TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 493.

di connessioni “forti”)²¹ proprio per evitare l’automatico passaggio dal rito sommario a quello ordinario. Appare, in effetti, incongruo disporre tale riunione con il risultato di frustrare la *ratio* sottesa all’art. 702-ter, comma 4° c.p.c.²². In altre parole, non ha senso prevedere un meccanismo di riunione rispetto a domande che, se proposte *ab origine* in un’unica sede processuale, sarebbero state soggette a separazione proprio per evitare il cambio di binario istruttorio per tutte. La regola di massima che si poteva all’epoca proporre era la seguente: la riunione tra cause governate da riti diversi non va disposta in tutti i casi in cui, ove la domanda oggetto del procedimento connesso fosse stata proposta in via principale o riconvenzionale in seno al giudizio sommario, essa sarebbe stata separata dalle domande per cui la causa sarebbe proseguita con le forme dell’istruzione sommaria.

Dopo l’introduzione dell’art. 183-bis c.p.c., i termini del discorso sono almeno in parte mutati. Anche nel rito ordinario, oggi, si prevede la possibilità di mutare il binario istruttorio.

In caso di riunione, un’applicazione “funzionale” dell’art. 40 c.p.c. non deve portare necessariamente al mutamento del binario istruttorio nel procedimento iniziato come sommario ben potendo verificarsi, anche dopo la riunione, che, nonostante il cumulo così realizzatosi, la causa sia ancora globalmente idonea a essere istruita con le forme sommarie²³. Tale condizione, per esempio, si può re-

²¹ Per le medesime ragioni esposte in queste pagine per cui, in caso di cumulo oggettivo originario, in deroga alle previsioni di legge, non si deve disporre la separazione delle domande unite inidonee a essere istruite in modo sommario, procedendo, piuttosto, a una globale conversione di binario istruttorio.

²² OLIVIERI, *op. cit.* Al riguardo, non paiono condivisibili i rilievi di cui alle indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena, alla cui stregua: “È emersa da parte di alcuni l’opinione che la scelta del rito sommario non possa sacrificare le esigenze della trattazione congiunta delle cause connesse e che quindi sia consentita e debba essere favorita la riunione in ipotesi di connessione, escluse quelle di connessione impropria, con la conseguente esigenza, in caso di riti differenti (ordinario e sommario), di trattare tutte le domande con il rito sommario”. La deroga all’art. 40 c.p.c., infatti, non appare conforme al dato normativo e si pone in posizione antinomica rispetto al disposto dell’art. 702-ter, comma 4°, c.p.c.

²³ In questo senso anche TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 371.

alizzare in caso di riunione della stessa causa ai sensi dell'art. 273 c.p.c., in particolare laddove il procedimento iniziato per primo (e dunque "assorbente" rispetto a quello proposto per secondo) sia proprio quello introdotto con le forme dell'art. 702-bis c.p.c.). Ma anche in caso di riunione tra cause connesse si può giungere al medesimo risultato, laddove la domanda sottoposta al rito ordinario sia idonea a essere istruita in modo sommario e la riunione con l'altra introdotta con il rito sommario non implichi una maggiore complessità della lite unitariamente considerata.

Alla regola espressa in precedenza (e che resta comunque valida, qualora se ne condividano i presupposti), dunque, se ne può oggi formulare un'altra: ovvero che, in caso di riunione tra un procedimento sommario e uno ordinario, il giudice, prima di disporre il mutamento di binario istruttorio nel procedimento instaurato *ex art. 702-bis c.p.c.* debba preliminarmente verificare se, anche dopo tale riunione, possa essere disposto lo *switch* previsto, per la causa ordinaria, dall'art. 183-bis c.p.c.

5. *Scelta di binario istruttorio e discrezionalità giudiziaria*

La decisione in merito alla scelta di binario istruttorio, a prescindere dal contesto in cui debba essere presa, è condizionata, come si è visto, da un'articolata serie di "variabili" e viene a dipendere da una decisione del giudice non vincolata da parametri ben definiti dalla legge e che viene sovente qualificata come discrezionale²⁴. Appare dunque opportuno, a tale proposito, aprire una parentesi proprio sulla discrezionalità del giudice, per verificare se la scelta del giudice in merito al binario istruttorio della lite nata come "sommaria" pos-

²⁴ TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 496, p. 502, ove l'a. scrive: "Non vi sono (...) formule precostituite, generali e astratte, per spiegare in che consista questo potere discrezionale del giudice di proseguire la causa in forme semplificate e rapide o di adottare il canone inverso"; MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 917; BASILICO, *Art. 183 bis: passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1751; TURATTO, *op. cit.*, p. 747.

sa davvero essere qualificata come tale e individuare i limiti dell'esercizio di tale scelta.

Roberto Marengo, nel suo studio monografico sul tema della discrezionalità giudiziaria²⁵, sviluppa la tesi per cui le norme di legge, quando utilizzano il verbo “potere” rispetto alla condotta del giudice, nella maggior parte dei casi intendono che il giudice provveda solo ove sussistano determinati presupposti: ove questi si riscontrino, l'atto è dovuto e non discrezionale²⁶. Più nel dettaglio, il comportamento del giudice sarebbe da considerare un dovere vincolato²⁷ quando i presupposti dell'atto sono compiutamente descritti dalla norma. Si parla, invece, di dovere discrezionale, quando il soggetto agente ha il compito di individuare la causa, cioè lo scopo dell'atto, quale fissato dalla norma, per determinare il contenuto della propria condotta²⁸⁻²⁹. Forme di tali doveri discrezionali³⁰ sono riscontrate laddove il giudice debba operare scelte, ovvero decidere se porre in essere l'atto oppure non, e, in caso affermativo, individuare, tra più possibili contenuti del dovere da compiere, quello che appaia, alla luce di criteri obiettivi, il più idoneo al perseguimento dello scopo

²⁵ MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, p. 39, per cui la questione della discrezionalità sorge in relazione alle discipline pubblicistiche, per l'esigenza di conciliare il carattere autoritativo dell'attività dell'organo pubblico con la doverosità della funzione.

²⁶ MARENGO, *op. cit.*, p. 55; v. anche PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 265, a p. 271 ss.

²⁷ Sui requisiti cui la legge subordina l'esercizio dei doveri vincolati del giudice, PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 666.

²⁸ MARENGO, *op. cit.*, p. 70; l'a., p. 56, afferma che l'attribuzione di discrezionalità presuppone l'intento del legislatore – che privilegia il soddisfacimento di un interesse o valore, assegnandolo come scopo all'agente – di non obliterare altri valori che rilevino nella situazione concreta. Conseguenza necessaria di tale intento, per la dottrina qui in esame, è che la condotta sia descritta in modo incompleto, dovendosi lasciare margine di apprezzamento di tale pluralità d'interessi.

²⁹ Le norme discrezionali, per contro, sono quelle in cui siano volutamente indeterminati i fatti riconducibili alla previsione normativa: per SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 479, sintomo della discrezionalità sia l'utilizzo dell'espressione “può” o di locuzioni elastiche nelle disposizioni di legge. FABBRI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 742, per cui rispetto all'interpretazione di tali norme, l'atto giudiziale di sussunzione comporta un'opzione e non semplicemente una cognizione.

³⁰ E non di potere-dovere, come avviene quando il soggetto agente trova in se stesso il criterio per stabilire se e come porre in essere l'atto.

fissato dalla norma, tenendo in considerazione l'interesse ovvero il valore che la norma intende far prevalere³¹.

³¹ In questa linea di pensiero, quando la norma non sia a contenuto vincolato, il contenuto dell'atto va scelto dal soggetto agente in correlazione con un altro elemento della condotta, cioè la causa che compare nel modello normativo di atto a contenuto non vincolato e consiste nell'interesse al quale il soggetto deve commisurare la scelta: MARENGO, *op. cit.*, p. 67, p. 98-99. La dottrina, peraltro, laddove al giudice siano rimesse valutazioni discrezionali, si divide tra quanti ritengono che questi dovrà, di norma, operare un bilanciamento degli interessi tra le parti, consistendo la discrezionalità giudiziaria proprio in tale attività di ponderazione (PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 665 ss., ove l'a. cerca di individuare con certezza i requisiti cui la legge subordina l'esercizio di veri e propri doveri vincolati del giudice); e quanti, invece, dal canto loro, escludono che il giudice, nell'ambito della sua attività e ai fini della sua decisione, possa procedere alla comparazione degli interessi – concreti o generali – dedotti in lite, essendo egli costantemente tenuto ad agire riferendosi a criteri oggettivi (MARENGO, *op. cit.*, p. 65-66). In quest'ottica, si afferma che si può effettivamente parlare di discrezionalità giudiziaria solo quando le norme rimettono al giudice la comparazione in concreto dell'interesse fissato dalla norma stessa come causa dell'atto con gli altri interessi sui quali l'atto stesso è destinato a incidere, talvolta al fine di decidere se porlo in essere, in altri casi semplicemente al fine di determinare in tutto o in parte la modificazione materiale in cui il contenuto consiste. La comparazione rimessa al giudice concerne, dunque, gli interessi incorporati nelle norme e consiste in un ragionamento su valori: MARENGO, *op. cit.*, p. 323; per l'a., p. 70 ss., di regola, il giudice civile non è munito di discrezionalità rispetto ai provvedimenti di merito ma soltanto a quelli di rito. In relazione ai primi, infatti, egli è vincolato dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e all'accertamento del diritto soggettivo. Rispetto ai secondi (come nel caso dell'art. 38 c.p.c. ovvero della determinazione delle modalità di assunzione del mezzo di prova, rispetto al quale il giudice ha discrezionalità sia nella scelta del mezzo da utilizzare che nella determinazione delle modalità della relativa assunzione: p. 84) invece, si rileva un variegato ricorso alla discrezionalità, affermandosi che il compito del giudice dotato di un dovere discrezionale consiste nella constatazione fattuale in cui l'atto si inserisce (ovvero lo stato del processo) e nell'individuazione della causa posta dalla norma: tali attività costituiscono per il giudice un dovere vincolato, importando soltanto giudizi di fatto o interpretativi. Il giudice è dotato di discrezionalità nella determinazione del contenuto dell'atto – sotto il profilo della decisione se attivarsi o meno – se la norma non descrive i presupposti (o, nel descriverli in modo generico, lascia al giudice ulteriori margini) e l'atto da porre in essere involge una pluralità di interessi divergenti, come nel caso della decisione in merito all'urgenza o alla gravità. Anche in tali casi, peraltro, la scelta del giudice non cade sul presupposto, bensì sul contenuto dell'atto, sotto il profilo della decisione se attivarsi o meno: in sostanza, la norma lascia al giudice – una volta verificata la sussistenza delle circostanze che costituiscono il presupposto – un margine ulteriore di scelta in termini di opportunità. Inoltre, il giudice viene ritenuto dotato di discrezionalità nella fissazione del contenuto – sotto il profilo della determinazione della modificazione materiale in cui l'atto consiste – se quest'ultima non è descritta dalla norma e l'atto involge, ancor qui, una pluralità d'interessi

Marengo, peraltro, giunge a concludere che, nella maggioranza dei casi, quello del giudice sia un dovere vincolato piuttosto che un dovere discrezionale³². Nella maggior parte dei casi, infatti, la descrizione normativa dei presupposti è esauriente e l'accertamento delle relative circostanze costituisce per il giudice, appunto, un dovere vincolato. Vi sarebbe, invece, vera discrezione solo se, una volta compiuta la verifica delle relative circostanze, il giudice, per decidere se porre o meno in essere l'atto, debba provvedere anche alla comparazione degli interessi sui quali l'atto è destinato a incidere (per esempio, valutata ogni altra circostanza)³³.

divergenti. Seguendo questa linea di pensiero, si afferma che, poiché il giudice non può ricorrere a valutazioni soggettive, l'agire discrezionale deve essere informato a criteri oggettivi. L'esercizio della discrezionalità è, dunque, indirizzato alla individuazione di quella che, tra le varie soluzioni possibili in merito alla determinazione della causa dell'atto, appare come la più opportuna. Non si tratta di attività meramente ricognitiva, che consiste in percezione e conseguente affermazione di una realtà: l'agire discrezionale dipende piuttosto dall'uso di criteri non fattuali ma valutativi, ossia di criteri obiettivi di opportunità, con consistono in dati verificabili *pro tempore* in un contesto determinato: Marengo, *op. cit.*, p. 76, per cui l'oggettività di tali criteri si trae dal consenso formato intorno a essi nell'ambito della comunità.

³² MARENGO, *op. cit.*, p. 328; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 665; l'a. limita al minimo gli spazi di discrezionalità del giudice, dal momento che le norme descriverebbero in modo analitico le fattispecie cui è collegato il dovere vincolato e non il potere discrezionale del giudice stesso. Per esempio, per MACCARRONE, *Contraddittorio e modelli di trattazione fondati sul principio di preclusione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, Torino, 2008, p. 669, a p. 686, una volta che il giudice abbia valutato che sussistano i presupposti per autorizzare la chiamata del terzo da parte dell'attore, il rinvio dell'udienza sarebbe un atto dovuto e non discrezionale.

³³ MARENGO, *op. cit.*, p. 329 ss., per il quale in altri casi, la norma descrive i presupposti ricorrendo a concetti imprecisi o formulazioni generiche che spetta al giudice coerenza. Il più delle volte, il di lui compito si esaurisce nel relativo giudizio di fatto o interpretativo: una volta che il giudice abbia definito in via interpretativa concetti imprecisi che pur incorporando valori hanno natura fattuale di essi non potrà che affermare o negare la sussistenza, in base a un giudizio di fatto che non importa margini di valore in termini di opportunità: per la dottrina qui in esame, dunque, sarebbe del tutto improprio invocare in proposito la discrezionalità. In quest'ottica, quando, per esempio, le norme fanno riferimento all'urgenza, alla necessità e alla indispensabilità, tali concetti coinvolgono l'interesse del soggetto ma solo in quanto esso patisca determinate circostanze che il giudice deve limitarsi ad accertare. La dottrina in esame osserva che, in talune ipotesi, la norma, descrivendo i presupposti mediante il ricorso a concetti o definizioni generici, sembra affidare al giudice un margine di apprezzamento sul piano dei valori. Tale margine, tuttavia, non attiene alla verifica della sussistenza del presupposto. Quali esempi di norme processuali che

Sulla base di questa ricostruzione del principio di discrezionalità, si può ora meglio valutare se la decisione del giudice in merito alla scelta del binario istruttorio abbia effettivamente natura discrezionale, ovvero se essa possa essere qualificata come un potere discrezionale o, ancora, piuttosto, come un vero dovere vincolato.

In effetti, il presupposto di tale scelta, come abbiamo visto, è caratterizzato da una certa indefinitezza. Al riguardo, dunque, il giudice effettua una valutazione che ha come oggetto un presupposto fattuale (ovvero la circostanza che le difese delle parti richiedano un'istruttoria (non) sommaria" o, più in generale, che la lite e l'istruttoria probatoria siano più o meno complesse) rispetto alla cui verifica il giudice non è chiamato a un bilanciamento (discrezionale) di interessi. Nella valutazione circa la complessità della lite e dell'istruttoria, infatti, il giudice non è chiamato a dare giudizi di valore ma ad analizzare il "quantum" di questioni giuridiche sollevate e di attività istruttoria necessaria per l'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, contestati e non già altrimenti provati³⁴, in base alle richieste e alle produzioni delle parti³⁵.

prevedono un potere discrezionali, si menzionano l'art. 175 c.p.c. o le disposizioni che prevedono la concessione di termini (PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 666; ID., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 277). Le norme in materia di sospensiva dell'esecutività di decisioni giudiziali, per contro, sono elastiche ma non attribuiscono al giudice un potere discrezionale tramite il quale dovrebbe ponderare gli interessi contrapposti delle parti: la decisione del giudice, in effetti, in questi casi è mera applicazione conseguente al riscontro di *fumus boni iuris* e *periculum in mora* nella fattispecie concreta (PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 665-666; ID., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 276). Con riferimento all'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruttoria, ai sensi dell'art.-186 *quater* c.p.c., inoltre, si osserva che il verbo "può" utilizzato in tale norma va interpretato come manifestazione di un potere-dovere del giudice, per negare un ampio margine di discrezionalità in capo a quest'ultimo nel concedere o negare l'ordinanza in oggetto (SANTANGELI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruttoria*, Milano, 2001, p. 69, per cui, p. 73, può affermarsi il dovere del giudice di pronunciare sempre sull'istanza con cognizione piena, e pieno esame delle eccezioni).

³⁴ Al riguardo, peraltro, CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1178, argomenta che, per evitare l'applicazione dell'art. 183 *bis* c.p.c., le parti potrebbero essere incoraggiate a "contestare tutto".

³⁵ Sembra, in sostanza, sussistere qui la medesima situazione che porta Marengo, *op. cit.*, p. 239-240 a qualificare, come esempio di dovere vincolato, quello previsto dall'art. 669-*sexies*, comma 2° c.p.c., per la pronuncia della misura caute-

Una volta, poi, che si sia appurato che la causa e la relativa istruttoria siano semplici, la scelta del binario istruttorio non dipende da una valutazione discrezionale del giudice: in sostanza, quest'ultimo, verificata la sussistenza o la mancanza del presupposto (a seconda del contesto), non è libero di decidere comunque di (non) disporre il mutamento di binario istruttorio, nell'esercizio di un potere discrezionale.

Né può ritenersi discrezionale, in questa analisi, la scelta da parte del giudice della fonte cui attingere le informazioni: egli, infatti, resta vincolato dal principio dispositivo, dalle richieste delle parti, dai limiti di ammissibilità e rilevanza posti dalla legge in merito all'ingresso nel processo di prove costituenti. Se, come si è visto, nel rito sommario, resta invariato il tradizionale principio dell'onere della prova e non si prevede un ampliamento dei poteri istruttori che il giudice possa esercitare d'ufficio, si conferma che l'analisi sulla "semplicità istruttoria" della causa resta vincolata a precisi elementi fattuali e non a un bilanciamento di interessi operato dal giudice all'esito della verifica del presupposto prestabilito dalla legge.

In altre parole, si può confermare che, nella fattispecie, ci troviamo di fronte a un vero e proprio dovere vincolato del giudice, dal momento che la determinazione del binario istruttorio rappresenta una conseguenza inevitabile dell'accertata sussistenza del presupposto indicato dalle norme

Per trarre le conclusioni da quanto precede: molteplici sono i fattori di cui il giudice può e deve tenere conto nella sua decisione in merito al binario istruttorio su cui collocare la lite. L'accertamento che egli è chiamato a compiere riguarda la semplicità della controversia, con particolare riferimento alla quantità di attività istruttoria da svolgere per l'accertamento dei fatti contestati e (non senza perplessità) alla complessità delle questioni giuridiche da risolvere. Alcuni di questi fattori possono essere desunti dalla domanda, altri

lare *inaudita altera parte* e che ha come presupposto il fatto che "la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento". In tale caso, infatti, il presupposto normativo viene descritto genericamente, dal momento che non vengono configurate le circostanze idonee a integrare il rischio del potenziale pregiudizio, ha natura fattuale ed è oggetto di mero accertamento, senza margini di valutazione.

dal comportamento processuale delle parti dopo l'instaurazione del giudizio.

Una volta però che il giudice abbia accertato che l'attività istruttoria da compiere sia quantitativamente limitata e che la lite non presenti complesse questioni giuridiche, mantenere la controversia sul binario sommario non è una decisione discrezionale ma un dovere vincolato.

Tale conclusione appare fondamentale per caratterizzare il ruolo e la responsabilità del giudice nell'ambito del rito sommario.

In particolare, all'esito della prima udienza sommaria, il giudice è chiamato a dare adeguata motivazione alle sue conclusioni sulla natura dell'istruttoria di causa, con preciso riferimento ai fatti controversi che appare necessario accertare e alla quantità di attività istruttoria richiesta per compiere tale accertamento.

La caratteristica di tale dovere vincolato, peraltro, è che la sua violazione non appare rimediabile (per esempio, in sede di impugnazione) né sanzionabile, se non in via indiretta, in base alle disposizioni della legge Pinto o della nuova normativa sulla responsabilità civile dei giudici.

Il primo rilancio del rito sommario nell'applicazione pratica, in effetti, passa proprio dalla consapevolezza circa la natura non discrezionale della decisione del giudice in merito alla scelta del binario istruttorio.



CAPITOLO TREDICESIMO

CHE COSA VUOL DIRE ISTRUIRE LA CAUSA IN MODO SOMMARIO?

SOMMARIO: 1. Il mutamento di binario istruttorio: aspetti procedurali. – 2. (Segue): le attività che si svolgono nell'udienza *ex art. 183 c.p.c.* fissata dal giudice al momento di convertire il binario istruttorio. – 3. (Segue): mutamento di binario istruttorio, rimessione in termini del convenuto e preclusioni. – 4. (Segue): sulla possibilità che sia la stessa prima udienza sommaria a convertirsi seduta stante in udienza *ex art. 183 c.p.c.* e le conseguenze di tale proposta interpretativa. – 5. L'istruttoria sommaria: aspetti procedurali. – 6. (Segue): l'istruttoria sommaria come istruttoria deformalizzata: proposte ricostruttive. – 7. Il ruolo delle prove atipiche: un tentativo di ricostruzione generale. – 8. (Segue): atipicità del *modus* di assunzione di una prova tipica; il confine con la prova illecita. – 9. (Segue): le prove atipiche sostitutive di prove tipiche. – 10. (Segue): prove atipiche per la modalità di loro assunzione: *slight reprise...* – 11. (Segue): l'efficacia delle prove atipiche. – 12. (Segue): tirando le fila: istruzione sommaria e prove atipiche. – 13. Altri aspetti di sommarietà del procedimento: rapporti con gli istituti generali del processo. – 14. (Segue): rito sommario, ordinanze anticipatorie di condanna, provvedimenti cautelari: questioni di (in)compatibilità.

1. *Il mutamento di binario istruttorio: aspetti procedurali*

Come si è visto nei capitoli precedenti, alla prima udienza (oggi, sommaria od ordinaria), il giudice è chiamato a pronunciarsi in merito al binario istruttorio sul quale fare proseguire la causa.

Possiamo ora esaminare più nel dettaglio le dinamiche procedurali per l'ipotesi in cui il giudice adito *ex art. 702-bis c.p.c.* decida di disporre che la causa sia istruita in modo non sommario, con particolare attenzione ai problemi della gestione del procedimento.

Al riguardo, il comma 3° dell'art. 702-ter c.p.c., molto laconicamente, si limita a dire che, in tal caso, debba essere fissata l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., con applicazione delle disposizioni del libro II del codice di rito. La forma di tale decisione è l'ordinanza¹.

Come già si è evidenziato, quello che si verifica, nell'ipotesi qui esaminata non è una conversione di rito, quanto una modifica di binario procedurale, specificando che i termini conversione o mutamento di rito sono utilizzati qui solo in senso atecnico. Si pone a questo punto il problema di dare un'esatta interpretazione di tale disposizione e capirne le implicazioni procedurali.

Alcuni sostengono che il procedimento sommario, in caso di cambio di binario istruttorio, assumerebbe una struttura bifasica, a natura la prima sommaria, la seconda ordinaria. In quest'ottica, con il mutamento di binario, il procedimento dovrebbe ripartire *ex novo*, in sostanza tenendo fermo solo l'atto introduttivo del giudizio ma applicando, per il resto, tutte le norme del secondo libro del codice di rito, a partire da quelle relative alla costituzione del convenuto².

Un simile approccio non appare convincente.

In primo luogo, esso si fonda su una petizione di principio: ovvero che, in caso di conversione del rito, sussista una presunzione di

¹ Trattandosi di un provvedimento prosecutorio che non definisce il giudizio (o una sua fase autonoma), peraltro, si deve escludere che tale ordinanza possa contenere una decisione sulle spese di lite: OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 735; TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 263. In effetti, a seguito di tale provvedimento, il processo prosegue nella medesima sede e con il medesimo numero di ruolo, avanti allo stesso magistrato, ma seguendo regole procedurali diverse, senza soluzione di continuità.

² V. per esempio l'Ordine di servizio del Presidente del Tribunale di Bologna del 9-11-2009, punto 6; BECHIS, in *Trasformazione e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, a cura di Besso, Frus, Rampazzi, Ronco, Bologna, 2015, p. 416, assimila questa fattispecie a quella prevista dall'art. 164, comma 3° c.p.c. con riferimento alle nullità della *vocatio in ius* nella citazione: "la fattispecie a confronto differiscono tra loro esclusivamente sul piano formale, mentre il problema da risolvere è esattamente lo stesso". L'a. peraltro è consapevole che la soluzione proposta porti ad ampliare i tempi del procedimento e propone di rimediare a tale inconveniente prevedendo che il giudice possa fissare l'udienza *ex art. 183 c.p.c.* oltre i 90 giorni dall'instaurazione del contraddittorio e non dall'udienza sommaria. Contro un'automatica rimessione in termini v. TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 551.

vessatorietà nella scelta (o meglio, nella “proposta”) di rito da parte del ricorrente, cui deve contrapporsi una automatica (e, in ipotesi, neppure richiesta...) rimessione in termini. Tale impostazione non tiene conto del fatto che la decisione del giudice possa dipendere dalle difese dello stesso convenuto ovvero dei terzi eventualmente coinvolti nella causa, a prescindere da qualsiasi mala fede, forzatura o errore di valutazione del ricorrente.

Come ogni valutazione generale e astratta, inoltre, essa omette di considerare che non per qualsiasi causa che richieda una istruzione non sommaria si rende pure necessaria la riapertura dei termini per l'esercizio dei poteri di allegazione e deduzione. Al contrario, la decisione del giudice normalmente si fonderà su quanto le parti hanno effettivamente già presentato agli atti di causa, così dimostrando *in re ipsa* di essere riuscite a predisporre in modo efficace le proprie difese (risultate appunto non idonee all'istruttoria sommaria). D'altro canto, come si è visto nel Capitolo ottavo, i termini previsti dall'art. 702-bis c.p.c. non sono di necessità più compressi di quelli previsti in sede ordinaria. Essi, anzi, sono sostanzialmente uguali ai termini ordinari in caso di dimidiazione da parte del Presidente ai sensi dell'art. c.p.c. e addirittura superiori rispetto a quelli previsti per il rito del lavoro. Inoltre, si tratta di termini minimi, la cui fissazione, nel caso concreto, non è rimessa al ricorrente (magari interessato a “rubare il tempo” all'avversario), bensì al giudice, che dovrebbe stabilire la data di notifica del ricorso al convenuto considerando non solo l'oggetto della domanda e la quantità della documentazione a essa allegata ma, soprattutto, la lontananza, nel tempo, della data di fissazione dell'udienza. In altre parole, vi dovrebbe essere un rapporto di diretta proporzionalità tra la data dell'udienza e quella prevista per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione di tale udienza: aumentando la distanza nel tempo dell'udienza dovrebbe proporzionalmente aumentare il lasso di tempo intercorrente tra tale udienza e la data della notifica. Non risponde, in effetti, ad alcuna logica fissare l'udienza a distanza, magari, di dieci/dodici mesi dal deposito del ricorso prevedendo poi che la notifica debba avvenire entro il termine minimo di 40 giorni, salvo poi disporre, in caso di mutamento di binario istruttorio, l'automatica rimessione in termini a favore del convenuto. In ipotesi di questo tipo, se contrazione dei

diritti di difesa del convenuto vi è stata, si può prospettare che essa sia stata resa possibile (e forse inconsapevolmente incoraggiata) da un'inadeguata calibratura dei ritmi processuali, nei limiti previsti dalla legge, da parte dello stesso giudice.

2. *(Segue): le attività che si svolgono nell'udienza ex art. 183 c.p.c. fissata dal giudice al momento di convertire il binario istruttorio*

Si deve inoltre considerare che, dopo il mutamento di rito da sommario a ordinario, l'udienza fissata *ex art. 183 c.p.c.*, sul piano numerico, non è più effettivamente la prima udienza del procedimento, bensì la seconda. L'osservazione può sembrare ovvia, almeno a livello matematico, ma non lo è dal punto di vista procedimentale.

Come si è visto, infatti (v. Capitolo tredicesimo), vi è una certa sovrapposizione tra le verifiche del giudice e le attività delle parti cui si riferisce l'art. 183 c.p.c.³ e quelle che necessariamente hanno (avuto) luogo già in sede di prima udienza sommaria.

Alcuni sostengono che, all'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, fissata ai sensi del comma 2° dell'art. 702-ter c.p.c., dovrebbero essere compiute, e se del caso ripetute, tutte le attività previste nei dieci commi in cui si dipana la norma sulla udienza di prima comparizione e trattazione nel rito ordinario⁴, a prescindere da quanto avvenuto nel corso della prima udienza sommaria. Per esempio, nell'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, l'attore potrebbe ancora proporre le nuove domande dipendenti dalle difese del convenuto⁵. Mi sembra però una tesi non meritevole di adesione. In ultima analisi, infatti, essa tende a svalutare l'attività già svolta nella fase preliminare del procedimento sen-

³ In generale, sull'argomento, di recente, CONSOLO, *I nuovi artt. 180-185 e 184 c.p.c.: una prima diagnosi sul nuovo rito "concentrato" ed "elastico"*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 805 ss.

⁴ Così il Protocollo di Verona, cit., punto 28, per cui, alla prima udienza di trattazione ordinaria: "le parti possono, e il giudice deve, compiere tutte le attività previste dall'art. 183 c.p.c., anche se alcune di esse siano già state compiute od omesse nella fase sommaria".

⁵ TISCINI, *op. cit.*, p. 245, sostiene che alla udienza *ex art. 183 c.p.c.* il ricorrente avrebbe ancora spazio per la chiamata del terzo.

za alcuna giustificazione testuale o logica. In un'ottica di economia processuale e di *ne bis in idem*, un simile approccio si potrebbe condividere solo nella misura in cui si ritenesse che, nella prima udienza sommaria, gli accertamenti compiuti dal giudice e le attività difensive delle parti fossero ontologicamente e teleologicamente diversi da quelli previsti dall'art. 183 c.p.c.: in altre parole, meno accurati e approfonditi i primi e meno intense o dettagliate le seconde.

Ma come abbiamo visto (v. Capitolo nono):

a) tutti i controlli compiuti dal giudice nella prima udienza sommaria e i relativi provvedimenti (in merito alla regolarità dell'instaurazione e all'integrità del contraddittorio, alla sanatoria di eventuali atti nulli, alla verifica su giurisdizione e competenza e così via) sono eseguiti con i medesimi *standard* di approfondimento e completezza di quelli normalmente compiuti nella prima udienza ordinaria. Da questo punto di vista, solo per fare un esempio, non si capisce quale senso possa avere riesaminare la posizione di un convenuto non costituitosi in giudizio e già dichiarato contumace nella fase sommaria preliminare del procedimento, magari dopo avere prudenzialmente disposto la rinnovazione della notifica dell'atto introduttivo;

b) tutte le attività difensive delle parti (*ius variandi*, *ius corrigendi*, rilievo dell'eccezione di incompetenza) si sono svolte con pienezza di poteri e nel completo rispetto del principio del contraddittorio.

3. (Segue): mutamento di binario istruttorio, rimessione in termini del convenuto e preclusioni

Da quanto esposto nel paragrafo precedente, è possibile trarre alcune conclusioni.

In primo luogo, il mutamento di binario istruttorio da sommario a ordinario e la fissazione dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c. non dovrebbero implicare alcuna automatica rimessione in termini⁶, non previ-

⁶ Cfr. anche MONDINI, *I provvedimenti dei presidenti dei Tribunale di Genova e di Bologna per la prima applicazione del procedimento sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 518; OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*,

sta dalle norme e di cui non si avverte la necessità nella struttura del procedimento in esame.

Si può, in effetti, escludere che la “proposta” del ricorrente di procedere per via sommaria implichi, per ciò solo, una violazione dei diritti di difesa del convenuto o che si possa prospettare una presunzione di vessatorietà di tale proposta. Un approccio di questo tipo, in effetti, si fonderebbe su una preconcetta e non giustificata diffidenza nei confronti del nuovo rito.

Di norma, quindi, il convenuto resta vincolato alle eventuali scadenze maturate ai sensi dell'art. 702-ter c.p.c.⁷, con la conseguenza che, una volta fissata l'udienza *ex art.* 183 c.p.c., come regola, non dovrà essere concesso pure un termine per il deposito da parte del convenuto, venti giorni prima di tale udienza, di una memoria di costituzione integrativa⁸.

Quanto precede non vuol dire che, in determinate ipotesi, il diritto di difesa del convenuto non possa in effetti essere stato indebitamente compresso: tale situazione, però, non può essere presunta in via generale e astratta, ma deve fondarsi sulle risultanze del caso concreto. In particolare, essa presuppone l'istanza della parte interessata, non avendo senso rimettere in termini il convenuto che non abbia chiesto di godere di tale beneficio.

In base alle caratteristiche del caso concreto (per esempio, l'obiettivo complessità della fattispecie sul piano istruttorio, come desumibile dalla lettura dello stesso ricorso introduttivo o le difficoltà incontrate dal convenuto straniero nell'organizzare le sue difese

2010, p. 731; CONSOLO, LUISO, *Assesamenti funzionali per l'effettività piena del procedimento sommario di cognizione: una prima conclusione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 520; BASILICO, *Rapporti con il processo di cognizione ordinaria*, in *Giur. it.*, 2010, p. 736; Verbale riunione dei Presidenti delle Sezioni civili del Tribunale di Milano del 14 gennaio 2010. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 810, pur critico, rispetto a paventati usi distorti dell'istituto da parte dell'attore, osserva che “il convenuto, nonostante la conversione del rito, resta definitivamente assoggettato alle preclusioni previste dall'art. 702 ter e già prodottesi con lo spirare del termine per la costituzione in giudizio”.

⁷ In questo senso anche le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena.

⁸ Anche per CAPPONI, *op. cit.*, p. 6: “il provvedimento di “conversione” del rito non prevede regolarizzazione o integrazioni degli atti compiuti”.

avanti al giudice italiano), dunque, il giudice potrà rimettere il convenuto in termini, in sostanza concedendo un termine per il deposito di una comparsa integrativa⁹.

A rigore, peraltro, la rimessione in termini va concessa tenendo in considerazione non la situazione esistente al momento in cui è disposto il mutamento di binario istruttorio, bensì quella relativa alla fase preliminare sommaria del procedimento. In effetti, la compressione del diritto di difesa del convenuto si registra con riferimento all'iniziale termine di costituzione concesso o fissato ai sensi del comma 3° dell'art. 702-*bis* c.p.c. Da questo punto di vista, non può esistere un'alternativa tra rimessione in termini per la fase ordinaria e prosecuzione della cognizione sommaria sulla base della difesa inizialmente depositata e inficiata dalla lesione del diritto di difesa. L'ordinanza sommaria, infatti, costituendo un equivalente funzionale della sentenza ordinaria, non può essere emessa senza avere previamente sanato qualsiasi prospettabile lesione di diritto processuale fondamentale delle parti¹⁰. In altre parole, di norma, il convenuto deve chiedere di essere rimesso in termini (*rectius*: di poter disporre di un termine per integrare le proprie difese) nel momento stesso in cui si costituisce in giudizio, esponendo le ragioni per cui il suo diritto di difesa debba intendersi violato nel caso concreto ed esplicitando i temi difensivi e il materiale probatorio che assuma di non essere riuscito ad approfondire o a procurarsi a causa e in conseguenza della scelta di rito del ricorrente. Al riguardo, in effetti, più che di rimessione in termini, si può parlare di estensione dei termini.

⁹ In questo senso anche CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 792-bis c.p.c.*, p. 2; DIDONE, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 419; CONSOLO, LUISO, *op. cit.*, p. 520; MONDINI, *op. cit.*, p. 519; ARIETA, *op. cit.*, p. 4; Protocollo di Verona cit., punto 27. In senso difforme BECHIS, *op. cit.*, p. 413 ss., per il quale la soluzione proposta nel testo “suscita comprensibili resistenze connesse al carattere eccezionale della rimessione in termini”.

¹⁰ Incongruente appare la soluzione del Protocollo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio valore prassi di Verona, per cui, nel caso di conversione del procedimento, sarebbe possibile la rimessione in termini ex art. 153 c.p.c. qualora l'eccessiva compressione del termine a comparire nella fase sommaria non abbia consentito al convenuto di articolare compiutamente le proprie difese.

Su tale istanza, il giudice non si può pronunciare fuori udienza, dovendo ovviamente stimolare il contraddittorio con il ricorrente. Alla prima udienza sommaria, dunque, compiute le verifiche di *routine*, il giudice, si dovrà pronunciare sulla richiesta del convenuto, prima peraltro di decidere in merito alla prosecuzione dell'istruzione. Non si può infatti sostenere che, per il semplice fatto che sia concesso un termine al convenuto per integrare le proprie difese, la causa diventi inidonea a essere istruita in modo non sommario.

Prima di pronunciarsi al riguardo, infatti, il giudice deve essere in grado di conoscere le difese definitive delle parti, potendo verificarsi che il convenuto, nel termine concessogli per integrare le proprie difese, non modifichi in modo sostanziale la sua linea difensiva o comunque che egli introduca nuove domande o eccezioni, supportate però da adeguata documentazione, o relative a fatti non contestati dal ricorrente o che prospettino questioni di mero diritto.

In ipotesi di questo tipo, in effetti, la natura dell'istruttoria non viene resa sostanzialmente più complessa rispetto a quella inizialmente prospettabile e dunque nulla osta a conservare la causa sul binario istruttorio. Al riguardo, d'altro canto, può riscontrarsi l'interesse dello stesso convenuto a una decisione in tempi più rapidi di quelli ordinari.

In altre parole, alla eventuale conversione del rito si deve arrivare comunque dopo avere valutato e se del caso autorizzato l'istanza di estensione dei termini del convenuto.

La soluzione qui proposta non appare incompatibile con la struttura del procedimento sommario, che, come si è visto, non è affatto destinato a esaurirsi in una singola udienza.

Seguendo questo percorso ricostruttivo, si supera il bisogno di discutere in merito alla rimessione in termini, più o meno automatica, come conseguenza del provvedimento di mutamento di binario istruttorio¹¹.

¹¹ Non sono dunque condivisibili gli orientamenti espressi da alcuni uffici giudiziari, in cui, come si è anticipato, si prevede che, in caso di prosecuzione del processo con le forme ordinarie, il giudice debba concedere al convenuto un termine di comparizione ai sensi dell'art. 163-*bis* c.p.c. nonché un termine *ex art.* 166 c.p.c. per il deposito di una "nuova" comparsa di costituzione, dando per scontato che il "più ristretto termine" di costituzione nella fase sommaria non abbia consentito al

Sulle premesse esposte nelle pagine precedenti, si può specificare che, se il cambiamento di binario istruttorio avviene a favore del giudizio ordinario, di regola, non dovranno essere disposte regolarizzazioni e integrazioni degli atti di parte: come si è argomentato, infatti, le attività che i litiganti hanno compiuto (a pena di decadenza) entro la prima udienza sommaria sono le stesse che essi avrebbero dovuto porre in essere nella prima udienza ordinaria.

A diversa soluzione si perviene, invece, laddove si ritenga possibile “proporre” il modello sommario anche nelle cause di lavoro/locatizie: in questo caso, infatti, come già si è visto in altro contesto (v. Capitolo settimo), dovendo passare a un procedimento a più intenso tasso preclusivo, nel fissare l’udienza *ex art.* 420 c.p.c., il giudice dovrà concedere i termini per la regolarizzazione degli atti, come previsto dall’art. 426 c.p.c.

Giunti all’udienza *ex art.* 183 c.p.c., poi, come si è anticipato, il giudice e le parti non potranno né dovranno rinnovare o ripetere le attività già compiute o che avrebbero dovuto essere compiute nella prima udienza effettiva del procedimento. Si è già fatto l’esempio, a questo riguardo, della declaratoria di contumacia della parte non costituitasi¹²: ora, si può aggiungere la decadenza del giudice dalla possibilità di rilevare d’ufficio la propria incompetenza¹³ o il man-

resistente la piena formulazione delle eccezioni e delle richieste istruttorie. Così dispone l’ordine di servizio del Presidente del Tribunale di Bologna del 9 novembre 2009, in *Corr. giur.*, 2010, p. 501. Anche il Presidente del Tribunale di Genova, in *Corr. giur.*, 2010, p. 502, ha espresso un simile orientamento, prevedendo un’automatica “rimessione in termini” del convenuto nell’ipotesi di conversione del rito. Per una critica alla rigidità di queste prese di posizione v. BREGGIA, *Il rito sommario, una scommessa da accettare*, p. 4.

¹² Concorda, per quanto riguarda le attività previste dai commi 1° e 2° dell’art. 183 c.p.c., BASILICO, *op. cit.*, p. 737.

¹³ Non vi sono, infatti, elementi testuali o sistematici per ritenere che, in caso di conversione di binario istruttorio, la fissazione dell’udienza *ex art.* 183 possa implicare che, in tale sede, si possa o si debba rinnovare l’analisi in merito alla sussistenza del giudice adito. Al contrario, si deve ritenere che una volta che, in sede di udienza sommaria, il giudice si sia pronunciato al riguardo ovvero la questione di competenza non sia stata ritualmente sollevata o rilevata, di tale questione, in caso di cambiamento di binario istruttorio, non si possa ulteriormente trattare o decidere, essendo essa ormai definitivamente risolta o comunque “assorbita”. A tale “riapertura” della questione si oppone, in caso di pronuncia di ordinanza affermativa della competenza del giudice adito, il fatto che la stessa possa essere riesaminata

cato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione o della negoziazione assistita, dal momento che sul punto il giudice si è (o si sarebbe) già dovuto pronunciare entro la prima udienza sommaria¹⁴.

Quanto all'attore, egli non potrà esercitare lo *ius variandi* di cui all'art. 183, comma 5° c.p.c.¹⁵, dal momento che avrebbe dovuto svolgere tale attività, a sua volta, alla prima udienza sommaria. Con questa interpretazione, peraltro, si evita di avvantaggiare il ricorrente rispetto alle altre parti. Consentire all'attore di proporre una *reconventio reconventionis* dipendente dalle difese già formulate dal convenuto nel costituirsi prima dell'udienza sommaria costituirebbe un poco giustificabile vantaggio per il ricorrente che ben sarebbe stato in grado di proporre la sua nuova domanda "dipendente" alla prima udienza sommaria.

Non si può parlare di preclusione, invece, rispetto all'attività di precisazione e modificazione delle domande e delle eccezioni delle parti, dal momento che tale *ius corrigendi* è esercitabile entro la scadenza del primo termine concesso *ex art. 183, comma 6° c.p.c.* In caso di conversione del rito, dunque, le parti avrebbero maggiori occasioni di esercitare la c.d. *emendatio libelli*.

Ovviamente, il giudice può ancora chiedere chiarimenti alle parti o sottoporre alla loro attenzione le questioni e le eccezioni rilevabili d'ufficio, per stimolare il contraddittorio sul punto: si tratta in

solo in sede di regolamento di competenza; e, in caso di mancato rilievo, il disposto dell'art. 38 c.p.c. che esprime la volontà del legislatore di definire, in un modo o nell'altro, la questione di competenza *in limite litis*, ovvero, al più tardi, al momento del "primo contatto" tra giudice e parti. È vero che l'art. 38 c.p.c. riferisce il termine decadenziale per il rilievo d'ufficio dell'incompetenza all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.: esso deve però intendersi come rinvio non formale, con riferimento alla prima udienza di comparizione delle parti avanti al giudice, a prescindere dal contesto processuale di riferimento. V. anche CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 100; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 224,

¹⁴ V. anche BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in *www.judicium.it*, p. 5. Per TISCINI, *op. cit.*, p. 249, i vizi dei presupposti processuali si sanano in udienza, prima dell'eventuale conversione.

¹⁵ In senso difforme, BASILICO, *op. cit.*, p. 737; PORRECA, *op. cit.*, p. 330, per cui, all'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, l'attore potrebbe ancora esercitare lo *ius variandi* di cui al comma 5° di tale norma, poiché le preclusioni implicite della fase sommaria non rimarrebbero nella fase formale.

effetti di attività che, di regola, il giudice può e deve compiere in qualsiasi momento del processo.

4. *(Segue): sulla possibilità che sia la stessa prima udienza sommaria a convertirsi seduta stante in udienza ex art. 183 c.p.c. e le conseguenze di tale proposta interpretativa*

L'analisi appena compiuta dimostra che, a ben vedere, le “nuove” attività che giudice e parti possono compiere all'udienza *ex art. 183 c.p.c.* sono poche. Nella normalità dei casi, in effetti, le parti si limiteranno a chiedere la concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c., per il deposito delle memorie e delle repliche istruttorie. È così agevole concludere che, di norma, in caso di conversione del rito, la fissazione, all'esito della prima udienza sommaria, di una successiva udienza *ex art. 183 c.p.c.* sarà un incombente inutile (in quanto nessuna attività dovrà o potrà essere compiuta *medio tempore*) e, anzi, idoneo a ritardare indebitamente lo svolgimento del processo.

In altre parole, il testo del comma 3° dell'art. 702-ter c.p.c., in un'ottica volta a valorizzare l'economia processuale e garantire la ragionevole durata del giudizio, non va letto come se imponesse al giudice di fissare una udienza in data successiva. Ciò che tale norma richiede è piuttosto l'esplicitazione che il contesto processuale è mutato e che si possono a questo punto porre in essere le ulteriori attività previste per la prima udienza ordinaria e sino a quel momento non esperite in sede “sommaria”. Nulla esclude, quindi, che il giudice possa soddisfare tale incombente procedimentale semplicemente disponendo la chiusura della fase preliminare sommaria e “trasformare” seduta stante la “prima udienza sommaria” in udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.*, per svolgere, sul momento, tutte le residue attività previste¹⁶. In particolare, all'esito di questa stessa udienza “convertita”, a richiesta di parte, dovranno essere concessi, se richiesti, i termini previsti dal comma 6° dell'art. 183 c.p.c.¹⁷.

¹⁶ V. pure PORRECA, *op. cit.*, p. 331, per il quale, p. 332, per tale “trasformazione” dell'udienza non servirebbe neppure il consenso delle parti.

¹⁷ MACAGNO, *op. cit.*, p. 3052.

Possono peraltro ipotizzarsi alcune ipotesi in cui tale “trasformazione” immediata della prima udienza sommaria in prima udienza *ex art.* 183 c.p.c. non possa aver luogo.

In primo luogo, ove si debba passare al rito del lavoro/locatizio, come si è visto, il giudice è, comunque, tenuto a fissare un termine per il deposito delle memorie integrative delle parti. In questo caso, è inevitabile, quindi, fissare una successiva udienza *ex art.* 420 c.p.c.

Ove, poi, il giudice si sia pronunciato sulla richiesta di rimessione in termini del convenuto direttamente in prima udienza sommaria, disponendo simultaneamente il mutamento di binario istruttorio (si tratta di *modus procedendi* diverso da quello qui proposto – v. *supra* – ma pure ipotizzabile), sarà fissata un’udienza successiva *ex art.* 183 c.p.c., concedendo un previo termine al convenuto per integrare la propria comparsa di costituzione.

Infine, ove una delle parti sia rimasta contumace, la necessità di notificare a quest’ultima l’ordinanza di mutamento di binario istruttorio (v. *retro*, Capitolo nono) impone di fissare un’udienza successiva, per consentire al contumace di costituirsi almeno in tale sede e potere utilmente compiere le attività processuali da cui non sia già decaduto.

Con il compimento delle attività sopra descritte, il procedimento perde i suoi elementi di specialità e di sommarietà e prosegue seguendo le norme e le scansioni del procedimento ordinario di cognizione.

La decisione di mutare il binario istruttorio non è soggetta a strumenti di riesame o di controllo. In sostanza, dunque, essa si presenta come irreversibile.

5. *L’istruttoria sommaria: aspetti procedurali*

Dopo avere cercato di ricostruire come deve essere gestito il passaggio dal rito sommario all’istruzione ordinaria, cercherò di dare risposta a un dilemma invero elusivo, ovvero cosa significhi istruire una causa in modo sommario nel contesto che ci interessa qui.

Il comma 5° dell’art. 702-ter c.p.c., al riguardo, prevede che il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al

contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o la rigetto della domanda.

Questa frase, come già si è visto, è solo apparentemente analoga a quella utilizzata dal legislatore nel contesto dell'istruttoria cautelare (art. 669-*sexies* c.p.c.). In effetti, la "sommarietà" che caratterizza l'istruttoria del procedimento qui in esame non ha nulla a che fare, sul piano della struttura o della funzione, con quella cautelare (v. Capitolo sesto, paragrafo sesto).

È chiaro allora che, laddove l'art. 702-*ter*, comma 5° c.p.c., si riferisce al modo "ritenuto più opportuno" dal giudice, rispetto agli atti di istruzione, la norma non intende lasciare mano libera sul piano della "qualità" dell'accertamento da compiere. Piuttosto, il giudice ha libertà di movimento per quanto attiene le modalità con le quali operare l'assunzione delle prove e, in generale, lo svolgimento del processo. In altre parole, viene sui in rilievo il "come" dell'istruttoria. In effetti, il criterio dell'opportunità è sufficientemente vago e generico da rimettere al giudice un notevole margine "discrezionale".

Parlare oggi di discrezione giudiziale nel contesto di un rito improntato alla deformalizzazione impone di tenere in considerazione uno scenario di riferimento che appare essersi evoluto nel tempo.

Il comma 5° dell'art. 702-*ter* c.p.c., in effetti, individua due limiti all'attività del giudice in questo ambito. Il riferimento è, in particolare, alla necessità di "sentire le parti" e alla "possibilità di omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio" che, letta specularmente, impone al giudice di rispettare in ogni caso il diritto al contraddittorio che è una delle componenti essenziali della nozione costituzionale del giusto processo.

Tali limiti, in ultima analisi, condividono un elemento di fondo. Essendo ormai pacifico che il contraddittorio debba attuarsi non solo nei rapporti tra le parti ma anche tra queste ultime e il giudice, è evidente che l'istruttoria "deformalizzata" di cui la norma in esame tratteggia i confini presuppone un confronto dialettico in merito allo svolgimento delle attività istruttorie (e procedurali in senso lato) necessarie a mettere il magistrato in condizione di emettere la sua decisione.

Rispetto a tale “confronto” la dottrina più attenta alla prospettiva comparatistica ha da subito avvertito l’eco di un movimento culturale che da qualche tempo si pone alla base delle riforme processuali di molti paesi: un movimento, che, come si è visto nel Capitolo primo, valorizza la collaborazione e la cooperazione tra il giudice e le parti, unite dal comune obiettivo di raggiungere una decisione giusta, in tempi ragionevoli, con costi non eccessivi¹⁸. Principi questi, non sconosciuti al nostro ordinamento (v. Capitolo secondo), ma ancora senz’altro non adeguatamente implementati.

6. *(Segue): l’istruttoria sommaria come istruttoria deformalizzata: proposte ricostruttive*

Nel Capitolo primo, si è dato conto delle principali linee evolutive del processo civile in ambito (extra)europeo. Da tale (necessariamente incompleta e meramente esemplificativa) rassegna, è emerso che il processo civile dell’inizio del terzo millennio cerca, *inter alia*, di dare attuazione ai principi di proporzionalità e di flessibilità, attraverso l’utilizzo di forme di *case management* che valorizzano il principio di collaborazione tra giudice e parti. Si è pure evidenziato come, almeno sino a epoca molto recente, il legislatore italiano non avesse saputo trarre ispirazione da tali movimenti di politica processuale a livello mondiale.

In uno scenario contrassegnato da tendenziale rigidità delle regole procedurali e da un utilizzo indiscriminato o poco consapevole delle risorse giudiziarie, l’introduzione, nel 2009, del procedimento sommario di cognizione ha rappresentato il primo (timido) tentativo del nostro legislatore di introdurre nell’ordinamento un rito di cognizione piena ispirato ai principi di flessibilità e di proporzio-

¹⁸ Il concetto stesso di collaborazione tra avvocati può peraltro essere difficile da configurare, alla luce dei contrapposti interessi sottesi alla loro condotta professionale e processuale: v. le osservazioni di VERKIJK, *Beyond winning: judicial case management and the role of lawyers in the principles of transnational civil procedure*, in *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, a cura di van Rhee, Anversa, 2008, p. 70 ss.

nalità¹⁹, valorizzando un utilizzo delle risorse parametrato alle caratteristiche del caso concreto. Con l'entrata in scena dell'art. 183-bis c.p.c., tale esperimento settoriale è stato (almeno teoricamente) esteso a tutto il contenzioso civile avanti al giudice monocratico del Tribunale.

È dunque di notevole interesse valutare come possa trovare attuazione concreta la deformalizzazione sottesa alla nozione di sommarietà che qui viene in rilievo.

Le norme che disciplinano l'istruttoria sommaria, come si è visto, si limitano a prevedere che possano essere omesse tutte le formalità non indispensabili al contraddittorio. L'istruttoria di ogni giudizio, dunque, deve essere "adattata" alle esigenze del caso concreto, senza possibilità di stabilire aprioristicamente modalità e scansioni dell'istruttoria sommaria in quanto semplificata²⁰.

¹⁹ V. anche CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 726, che mette in rilievo come il legislatore abbia così voluto introdurre nel nostro ordinamento processuale i criteri indubbiamente nuovi dell'elasticità e della proporzionalità; DE CRISTOFARO, in *Codice di procedura civile commentato. La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, diretto da Consolo, Assago, 2012, p. 31.

²⁰ Per un esempio della deformalizzazione del procedimento sommario, v. Cass., 15 gennaio 2015, n. 592: nella fattispecie (una controversia di cui alla legge 2 febbraio 1963, n. 69, art. 63, di impugnazione di un sanzione disciplinare irrogata nei confronti di un giornalista dal Consiglio Nazionale dell'ordine dei giornalisti, la cui disciplina processuale è oggi disciplinata dall'art. 27 del decreto n. 150 del 2011, sulla semplificazione dei riti), in sede di appello, con due differenti decreti, assunti nella medesima data, il presidente della Corte d'appello adita aveva fissato, in due giorni diversi, l'udienza per la delibazione dell'istanza di sospensione dell'efficacia della sanzione e quella per la trattazione del merito. Il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei giornalisti si era costituita alla prima tra le due udienze, fissata esclusivamente per la delibazione della sospensiva. La corte distrettuale aveva poi in effetti sospeso l'efficacia esecutiva della sentenza impugnata e del provvedimento assunto dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti. Nella successiva udienza fissata per la trattazione del merito compariva la sola ricorrente. La Corte d'appello, a quel punto, dava atto del mancato riscontro della notificazione del decreto presidenziale con il quale era stata fissata l'udienza per la disamina del merito e invitava la ricorrente a fornir prova dell'avvenuta rituale notifica del medesimo decreto. La ricorrente, dal canto suo, forniva riscontro esclusivamente della notificazione del decreto presidenziale recante fissazione dell'udienza per la delibazione dell'istanza interinale. All'udienza fissata per tale verifica compariva altresì il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei giornalisti, al solo scopo di eccepire l'estinzione del procedimento. In effetti, la Corte d'appello adita dichiarava improcedibile il recla-

Si può comunque tentare di fornire alcune chiavi di lettura e principi di massima, per orientare la formazione di prassi condivise e condivisibili, in un contesto applicativo ancora abbastanza incerto²¹.

mo, sul rilievo che il decreto presidenziale di fissazione dell'udienza per la trattazione del merito non risultasse notificato dalla ricorrente al Consiglio Nazionale né nel termine concesso né successivamente". La Corte osservava pure che la parte resistente si era costituita nella sola fase (sub procedimentale) per l'inibitoria, mentre non si era costituita per la fase di merito, sicché non poteva ritenersi sanato il vizio di notifica. La Corte di cassazione, rilevato che il ricorso alla corte distrettuale, "in pari tempo interinale e di merito", era stato, unitamente al decreto presidenziale recante fissazione dell'udienza esclusivamente per la deliberazione della sospensiva, ritualmente notificato al Consiglio Nazionale, nonché che quest'ultimo, nel costituirsi, "seppur precipuamente per l'udienza fissata per la deliberazione dell'istanza interinale", aveva svolto anche difese di merito, conferma il proprio insegnamento secondo cui il provvedimento cautelare chiesto in corso di causa dà vita a un subprocedimento incidentale, come tale privo di autonomia rispetto alla causa di merito. In quest'ottica, il Consiglio Nazionale si era "costituito a tutto tondo" e il contraddittorio si era radicato in toto "a seguito della notifica del ricorso con il decreto di fissazione dell'udienza" sulla sospensiva. La Corte rileva altresì come la comparizione del Consiglio dell'Ordine a tale prima udienza avesse comunque esplicato un effetto sanante - quantunque la notificazione, giacché mancante (per l'udienza destinata alla cognizione piena), fosse giuridicamente inesistente e benché la comparizione fosse avvenuta al solo fine di eccepire l'estinzione del giudizio - dal momento che lo scopo della notificazione degli atti di *vocatio in ius* è quello di attuare il principio del contraddittorio, "sicché tale finalità è raggiunta con la costituzione in giudizio del destinatario dell'atto e rimane conseguentemente sanato con effetto *ex tunc* qualsiasi eventuale vizio della notificazione stessa". Per quanto più ci interessa qui, la Corte, a supporto della sua argomentazione, osserva che il rito sommario, di cui all'art. 702-bis c.p.c., applicabile al procedimento ai sensi dell'art. 27 del decreto n. 150 del 2011, "è segnato - così come il rito cautelare uniforme ed, a fortiori, il rito camerale (...) - dall'omissione di ogni formalità non essenziale al contraddittorio ovvero dall'operatività in forma "essenziale", depurata ossia da qualsivoglia superfluo formale onere aggiuntivo, della garanzia del contraddittorio. In siffatta proiezione la disposta duplicazione dell'onere notificatorio in rapporto al medesimo atto, certo ambivalente, tuttavia destinato a dar vita a un iter procedimentale unitario, risulta in contrasto con l'esigenza di funzionamento in guisa semplificata, "essenziale", appunto, del principio *audiatur et altera pars*".

²¹ Come osserva Trib. Bologna, 29 ottobre 2009, cit.: "il parametro dell'istruzione non sommaria fotografa una conseguenza senza indicarne le cause". Al riguardo MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p.1109, afferma che nell'istruttoria del rito sommaria si riscontrerebbe una pressoché illimitata libertà delle forme. L'affermazione appare invero un po' forte, anche alla luce delle considerazioni che verranno fatte al riguardo nel testo.

Sicuramente, nell'istruttoria sommaria sono valorizzati i tradizionali canoni (ormai trattati nel rito ordinario alla stregua di cimeli impolverati) dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza della trattazione e della decisione²². In effetti, l'istruttoria sommaria privilegia le difese orali: le norme non prevedono il deposito di memorie scritte dopo gli atti iniziali di ciascuna parte: il loro utilizzo, come già si è visto, non sembra vietato, ma senz'altro va limitato al minimo indispensabile²³.

Inoltre, fondamentali parametri di riferimento sono proprio i principi di flessibilità e di proporzionalità²⁴ di cui si è ampiamente parlato in questa trattazione. E proprio nell'ottica della flessibilità, come si è già argomentato, l'istruttoria sommaria non deve necessariamente esaurirsi in una sola udienza²⁵.

Per quanto riguarda la trattazione in senso ampio, il primo elemento di semplificazione del rito è rappresentato dal fatto che il giudice, avendo instradato la lite sul binario sommario, non debba concedere i termini di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c.²⁶. In effetti, all'apertura dell'istruttoria sommaria si arriva in ogni caso dopo che le parti hanno formalizzato le rispettive istanze istruttorie e completato le produzioni documentali.

Il cuore della questione riguarda piuttosto le modalità di svolgimento dell'istruttoria in senso stretto.

Come si è visto, riecheggiando l'art. 669-*sexies* c.p.c., l'art. 702-*ter* c.p.c. stabilisce che il giudice, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, proceda nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione, senza però dare indicazioni concrete sulle mo-

²² In questo senso Trib. Firenze, 22 maggio 2012, ord., in *www.ilcaso.it*, per cui il comma 5° dell'art. 702-*ter* c.p.c. esclude una trattazione frammentata o eccessivamente protratta e invita le parti e il giudice a un confronto processuale concentrato e risolutivo in un medesimo contesto spazio temporale. V. anche TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 247.

²³ LOMBARDI, *op. cit.*, p. 5.

²⁴ In questo senso anche MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1108.

²⁵ MACAGNO, *op. cit.*, p. 3055; Protocollo di Verona, cit., punto 17; PORRECA, *op. cit.*, p. 320.

²⁶ MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 917, a p. 924.

dalità in cui l'istruttoria deformalizzata possa avere luogo. D'altra parte, sarebbe una contraddizione in termini pretendere di delineare in via generale e astratta i confini della "deformalizzazione" procedurale che il giudice può attuare in questo contesto.

Peraltro, proprio le modalità per chiedere e assumere le prove costituende sono uno dei profili su cui più può incidere la semplificazione delle forme processuali sottesa al nuovo rito.

Su questo, non tutti sono d'accordo: alcuni interpreti, infatti, ritengono che nell'ambito qui in esame si debbano tendenzialmente seguire le regole ordinarie sull'ammissione e l'assunzione delle prove, in considerazione della natura non superficiale dell'accertamento²⁷.

L'argomentazione non convince. Come si è già visto, infatti, il modello procedurale ordinario non detiene il monopolio degli accertamenti non superficiali, sicuramente compatibili anche con altre modalità di assunzione della prova, come appunto si verifica nel rito qui in esame. Si può anzi dubitare che i mezzi di prova previsti dal codice di rito costituiscano strumenti efficaci per l'accertamento della verità, in particolare per quanto riguarda le deposizioni della parte e le testimonianze dei terzi.

Si deve dunque ammettere la possibilità di assumere in modo atipico le prove tipiche, superando i rigori formali previsti dalle regole ordinarie²⁸. Ovviamente, il mezzo di prova deformalizzato non può trasformarsi in mezzo illecito²⁹ e le modalità di attuazione della

²⁷ BALENA, *op. cit.*, p. 814, considerata la natura non superficiale dell'accertamento, ritiene difficile immaginare che l'assunzione delle prove possa sottrarsi (se non per profili del tutto secondari e trascurabili) all'applicazione delle regole ordinarie.

²⁸ BOVE, *op. cit.*, p. 7. Per ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 748, le prove possono essere raccolte senza il rispetto delle regole di assunzione contenute nel II libro del c.p.c.; FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 814-5.

²⁹ Su una definizione di prova illecita, v. di recente GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 699 ss., per cui vanno considerate tali le prove che entrano in possesso della parte in modo illegale o per qualsiasi motivo si formano illegittimamente fuori dal processo. V. anche PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei da-*

deformalizzazione non possono snaturare il mezzo stesso³⁰. Sulla questione si tornerà *infra*, parlando dell'utilizzo, nel nostro contesto, della c. d. prove atipiche.

I maggiori margini di manovra si riscontrano rispetto alla prova per testimoni.

In base alle norme ordinarie, la richiesta di tale mezzo di prova è circondata da alcune formalità, il cui mancato rispetto inficia l'ammissibilità della richiesta stessa.

In primo luogo, la parte richiedente deve formulare le domande che intende rivolgere al teste, sotto forma dei c.d. "capitoli" (l'art. 244 c.p.c., a dire il vero, utilizza l'espressione "articoli separati").

Il requisito dell'indicazione specifica dei fatti dovrebbe da un lato consentire al giudice di valutare l'ammissibilità e la rilevanza della prova, dall'altro mettere la controparte in grado di compiere a sua volta tale vaglio e formulare eventuali prove contrarie³¹.

Nell'esperienza pratica, la redazione di tali "capitoli" è sovente molto delicata. Il difensore, come è noto, deve formulare le proprie "domande" in modo che non contengano giudizi di valore e che siano sufficientemente precise e specifiche con riferimento alla loro contestualizzazione spazio-temporale.

ti personali e il diritto alla difesa, in *Contr. impr.*, 2014, p. 51 ss., che osserva che nell'ambito del processo civile non è prevista alcuna disciplina specifica che escluda la possibilità di utilizzare prove precostituite tramite un'interferenza illecita nella sfera privata di una delle parti, evidenziando l'inefficienza di un sistema processuale che consente, da un lato, di produrre in giudizio prove illecite per consentire alla parte di esercitare il proprio diritto di difesa, e, dall'altro di ammettere la possibilità di un'azione risarcitoria per sanzionarne la condotta illecita, riconoscendo una somma di denaro a titolo di riparazione, per concludere che il giudice dovrebbe escludere, tra i mezzi istruttori offerti dalle parti, quelli illeciti. Per TARUFFO, *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 77 sarebbe del tutto improprio qualificare come atipica una prova illecita allo scopo di giustificare l'ammissibilità.

³⁰ FABIANI, *op. cit.*, p. 815.

³¹ FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 731, esprimendosi a favore della necessaria capitolazione delle domande da porre al teste, osservava che su fatti non sufficientemente specificati non sarebbero possibili seri giudizi di ammissibilità e rilevanza né scelte difensive consapevoli da parte dell'avversario: l'insufficiente determinazione del fatto avrebbe, insomma, messo il giudice nell'impossibilità di dichiarare la rilevanza di una circostanza che non riesca a identificare.

A ben vedere, peraltro, l'onere di "articolazione" previsto dall'art. 244 c.p.c., seppure collegato, come si è visto, al diritto di difesa delle parti (e anche, si può ritenere, a un'esasperazione del principio dispositivo), si presta a ingabbiare le richieste istruttorie in angusti e avviliti vincoli formali. Invero, anche a causa delle non sempre adeguate capacità espositive del difensore e della esaustività delle informazioni in suo possesso (oltre a tendenze giudiziali eccessivamente propense a "tagliare" i capitoli di prova orale formulati dalle parti), i limiti posti dall'art. 244 c.p.c. possono indurre a privilegiare l'inammissibilità della prova richiesta, a costo di sacrificare l'accertamento della realtà dei fatti.

L'articolazione delle specifiche domande deve inoltre essere accompagnata da una puntuale indicazione dei soggetti a cui tale domande dovrebbero essere rivolte. Anche questo requisito è funzionale all'esercizio del diritto di difesa della controparte.

Non è questa la sede per esaminare più approfonditamente la questione. La mia opinione, peraltro, è che l'intera parte del libro II del codice di rito dedicata all'istruzione probatoria dovrebbe essere drasticamente riformata e ammodernata. In attesa di una riforma necessaria ma che non si profila all'orizzonte, *de iure condito*, la deformalizzazione dell'attività istruttoria prevista per il rito sommario può essere intesa nel senso di superare alcune delle rigidità formali di cui si è appena dato conto, favorendo non solo la rapidità nell'assunzione della prova ma anche un migliore utilizzo della prova orale ai fini dell'accertamento della verità.³²

³² Non tutti gli interpreti, peraltro, sembrano disposti a cogliere, per così dire, l'occasione offerta dall'art. 702 *ter* c.p.c. In effetti, vi è una netta contrapposizione tra quanti sostengono che anche nel rito sommario viga l'obbligo di "articolazione" delle domande da porre ai testi (Trib. Mondovì, 12 novembre 2009 cit.; Protocollo sul procedimento sommario di cognizione del 4 febbraio 2010 predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Roma, in *Foro it.*, 2010, V, c. 195; Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010. Trib. Busto Arsizio, 8 febbraio 2010, ord., in *www.lexform.it*, fa riferimento a capitoli inammissibili perché generici, valutativi ovvero irrilevanti, escludendo la possibilità di individuare i fatti rilevanti successivamente, attraverso l'esame del teste, in spregio al principio del contraddittorio; Trib. Milano, 11 luglio 2013, ord., in *www.ilcaso.it*. ritiene inammissibili le prove richieste da parte ricorrente in quanto non erano stati indicati i fatti specifici su cui i testi avrebbero dovuto rispondere, mancavano capitoli specifici e la narrativa dell'atto

Nel contesto di riferimento, appare da favorire una opzione interpretativa deformalizzata, che svincoli la formulazione della prova testimoniale dalla necessaria capitolazione delle relative domande. Ingabbiare l'esame del teste all'interno dei binari canonici dell'istruttoria "formale" del rito ordinario appare, in effetti, una contraddizione in termini.

Escludere l'onere di capitolazione delle domande senz'altro attribuisce al giudice un ruolo più incisivo nell'ambito della raccolta della prova testimoniale, mettendolo in condizione di formulare egli stesso le domande specifiche, con riferimento alle circostanze di massima indicate dalle parti. Questo non sembra però rappresentare una violazione del principio dispositivo, né un ampliamento dei poteri inquisitori del giudice. Anzi, in un contesto del genere, il giudice potrebbe meglio raccogliere le indicazioni e i suggerimenti dei difensori rispetto ai chiarimenti o agli approfondimenti della deposizione del teste, permettendo di giungere a un migliore accertamento della situazione.

Con queste modalità d'esame, peraltro, il giudice potrebbe essere meglio in grado di cogliere le eventuali contraddizioni del teste e di valutarne l'attendibilità e la genuinità, senza assistere all'avvilente spettacolo di deposizioni preconfezionate e indirizzate, come troppo spesso si riscontra nella prassi.

Quanto precede richiede una precisazione.

era comunque organizzata per punti discorsivi ("inframmezzati da elementi valutativi di vario contenuto"), non convertibili in capitoli in via indiretta.) e chi, invece, preferisce ritenere coerente con la deformalizzazione dell'istruttoria prevista dalla legge la possibilità, per la parte, di limitarsi a indicare le circostanze di massima su cui intende fare sentire dal giudice il terzo a conoscenza dei fatti: G. F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, p. 110; DITTRICH, *op. cit.*, p., 1595; MARTINO, *op. cit.*, p. 925; Trib. Varese, 18 novembre 2009, cit.; Protocollo di Verona, cit., punto 21; PORRECA, *op. cit.*, p. 270; Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010. Per CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 885, capitoli e quesiti potranno essere deformalizzati e financo elisi, anche con riferimento alla c.t.u.). DE SIMONE, *Le prime esperienze giurisprudenziali in tema di procedimento sommario di cognizione: prassi a confronto. Doc. n. 201/2010, 7 maggio 2010*, in www.ilcaso.it, p. 20, dà conto di come, nella prassi applicativa, in alcuni casi si sia dato ingresso alle prove testi senza capitolazione.

Non richiedere la capitolazione delle domande per il testimone non vuol dire lasciare al giudice mano libera di chiedere al teste ciò che vuole. Nel prisma del principio dispositivo, resta, infatti, onere della parte, ai fini dell'ammissibilità delle relative istanze, pur senza arrivare a formulare domande specifiche precedute dalla locuzione "vero che", specificare comunque gli aspetti della fattispecie o le circostanze su cui intende fare escutere il teste³³. Per esempio, ci si può riferire alle modalità di svolgimento di un determinato incidente stradale, ovvero alle circostanze in cui ebbe a svolgersi una certa trattativa tra le parti, facendo riferimento all'esposizione dei fatti contenuta nel proprio atto difensivo.

In tal modo, il giudice è comunque messo in grado di vagliare l'ammissibilità e la rilevanza della prova e la controparte di formulare prove contrarie sulle medesime circostanze, così garantendo il diritto di difesa e il contraddittorio.

Per contro, non sembra opportuno esonerare la parte dalla previa indicazione specifica dei soggetti indicati come testimoni, come pure parte della dottrina ritiene possibile³⁴. La controparte, infatti, deve anche in questo contesto processuale essere messa a conoscenza dell'effettiva esistenza e dell'identità dei "terzi" chiamati a deporre, per compiere i necessari accertamenti in merito ai loro rapporti con la controparte e alla sussistenza di eventuali profili di incapacità o inattendibilità.

Il testimone, inoltre, deve rendere anche in questo contesto l'impegno di rito previsto dall'art. c.p.c.³⁵: in effetti, come è stato evidenziato, il terzo che viene sentito nel rito sommario non è un

³³ Così anche PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 270.

³⁴ PORRECA, *op. cit.*, p. 270 ss., per il quale la mancata previa indicazione dei soggetti da escutere non impedirebbe di articolare controprove rispetto alle articolazioni rese note e di contraddire attraverso di essi.

³⁵ Protocollo del Tribunale di Roma, cit.; Protocollo di Verona, cit., punto 22; CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009*, n. 69, cit., p. 885. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 20, rileva che, dai questionari raccolti, emerge che solo raramente è stata consentita l'audizione di sommari informatori. Nella maggior parte dei casi si è, piuttosto, dato ingresso alle prove testi previo giuramento dei testi stessi; MARTINO, *op. cit.*, p. 925, osserva che tale giuramento risponde al principio costituzionale del giusto processo. *Contra* TEDOLDI, *op. cit.*, p. 591.

mero informatore³⁶ ma un teste a ogni effetto e le sue dichiarazioni possono costituire l'unico elemento istruttorio tenuto in considerazione dal giudice per una decisione destinata ad acquisire efficacia di giudicato. È dunque necessario che tale deposizione, pur nella deformalizzazione del contesto, sia circondata dalle cautele e dalla serietà che i suoi effetti impongono.

Per alcuni, inoltre, potrebbe evitarsi l'intimazione dei testimoni³⁷: ma questo pare un po' pericoloso e comunque l'intimazione costituisce un elemento "esterno" rispetto alle modalità di assunzione della prova, come tale non toccato dalla semplificazione che caratterizza l'istruttoria sommaria. D'altra parte, l'intimazione del testimone costituisce per la parte una garanzia rispetto al rischio di decadenze dalla prova qualora il teste non si presenti e, al contempo, un onere per documentare di avere posto in essere quanto in suo potere per assicurare la presenza del teste stesso. Escludere tale intimazione, dunque, da un lato offre il destro a pratiche dilatorie, dall'altro espone la parte all'incognita della reazione del giudice all'assenza del teste non intimato.

Un certo margine di "sperimentazione" nel contesto in esame si riscontra anche rispetto alla consulenza tecnica d'ufficio.

Nell'esperienza applicativa, la c.t.u. è spesso utilizzata come unico strumento istruttorio (in senso lato). Da questo punto di vista, essa appare compatibile con un'istruttoria semplificata, laddove l'esperimento di tale incumbente fornisca al giudice tutti gli elementi necessari per la decisione.

Si possono prospettare diverse ipotesi di deformalizzazione dei meccanismi procedurali per la sua ammissione e assunzione, per esempio, sottoponendo al perito un quesito meno "strutturato" rispetto al procedimento ordinario³⁸. In un provvedimento di merito³⁹, invece, si è disposta la convocazione del consulente che aveva redatto un accertamento tecnico preventivo, per fornire

³⁶ PORRECA, *op. cit.*, p. 270.

³⁷ PORRECA, *Il procedimento sommario: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 845.

³⁸ CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 885.

³⁹ Trib. Piacenza, 26 maggio 2011, ord., in *www.ilcaso.it*.

chiarimenti al riguardo, nonché al fine di verificare se si trattasse di questioni esplicabili con una mera trattazione orale o se necessitasse piuttosto di un'integrazione di indagini e valutazioni peritali. Nella specie, il giudice, onde consentire al consulente di partecipare all'udienza conoscendo le critiche a lui mosse dalla parte convenuta, ha onerato quest'ultima di dare comunicazione delle proprie osservazioni al perito entro un determinato termine prima dell'udienza.

In alcuni casi, è stata prevista una tempistica molto ridotta per la convocazione del perito e per la redazione dell'elaborato⁴⁰.

Si tratta di prassi senz'altro condivisibili, sul presupposto, ovviamente, che l'oggetto della perizia non sia di complessità tale da non potere essere affrontato in modo adeguato in questi tempi ristretti. Ove così non fosse, d'altro canto, il giudice dovrebbe optare per il mutamento di binario istruttorio.

7. *Il ruolo delle prove atipiche: un tentativo di ricostruzione generale*

Da più parti si osserva che un'istruttoria deformalizzata costituisca il terreno privilegiato per l'utilizzabilità delle prove atipiche⁴¹.

Non è questa la sede per parlare, in generale, del ruolo nel processo civile delle prove atipiche, ovvero, in via descrittiva, di quei mezzi di prova che appaiono rilevanti per l'accertamento dei fatti

⁴⁰ Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, in *www.dirittoeprocesso.com*, per esempio, ha convocato il c.t.u. per il giuramento e l'assunzione dell'incarico a distanza di un paio di settimane, precisando da subito che il perito avrebbe dovuto depositare la sua relazione definitiva entro 30 giorni dall'accettazione, avendo prima inviato un elaborato provvisorio ai consulenti di parte, concedendo a questi ultimi almeno 5 giorni per formulare le proprie osservazioni. Nel medesimo provvedimento, il perito è stato invitato a comunicare tempestivamente per fax alla cancelleria eventuali situazioni ostative all'accettazione dell'incarico.

⁴¹ V. però LOMBARDI, *op. cit.*, p. 4. Minoritaria resta invece la dottrina che ritiene che nel procedimento sommario siano ammissibili solo le stesse prove utilizzabili nella cognizione piena: si tratterebbe infatti di questione idonea a incidere sul contenuto della decisione e la scelta del rito non potrebbe condizionare la pronuncia di merito, per non violare gli artt. 3 e 111 Cost: OLIVIERI, *op. cit.*, p. 732.

ma che non sono ricompresi nel catalogo dei mezzi di prova specificamente regolati dalla legge⁴².

Come noto, il dubbio sulla utilizzabilità delle prove atipiche nel processo civile si è posto poiché, in tale ambito, manca una norma equivalente all'art. 189 c.p.p. che espressamente autorizza l'utilizzo delle prove non disciplinate dalla legge nel giudizio penale⁴³. Questo

⁴² TARUFFO, *Fatti e prove*, cit. G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale. Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 176, evidenzia, peraltro, come la nozione di atipicità non possa ridursi agli strumenti di prova non previsti dalla legge, facendo, al riguardo, l'esempio degli strumenti previsti dal diritto ma la cui assunzione nel processo avviene in una sede diversa da quella in cui vengono valutati ovvero previsti dal diritto, ma a tutt'altro scopo (es.: uso come mezzo di prova della sentenza o della c.t.u.). V. anche, di recente, PATTI, *Prove*, in *Commentario del Codice civile e codice collegati Scialoja – Branca – Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2015, p. 336. Nell'elaborazione scientifica, peraltro, riempire di contenuto tale descrizione si è rivelato arduo e fonte di notevoli contrasti, tanto da mettere in dubbio la stessa possibilità di ricondurre a una categoria unitaria fenomeni invero significativamente diversi tra loro. Per CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679, nota 1, l'idea di ricondurre a una categoria unitaria le fonti e/o gli strumenti potenzialmente utili alla formazione del convincimento del giudice, ma non previsti dalla disciplina legale dell'istruzione probatoria, sembra avere incontrato qualche immeritato successo presso la dottrina italiana, ma è sconosciuta nella dottrina francese o tedesca. A p. 717, l'a. considera impossibile disciplinare in modo unitario tutti i fenomeni probatori in qualche misura estranei alla tipologia normativa, per quanto ne riguarda ammissibilità/efficacia. G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, pp. 46 ss., osserva (p. 50) che "il concetto di atipicità, anche solo con riferimento alla fonte di prova, si dilata sino a ricomprendere una serie di fenomeni eterogenei, che male si riconducono a unità, sia per la diversa natura e sia per una probabile diversa efficacia"; rileva come nei confronti della atipicità riferita alla fonte di prova tendenzialmente non esiste alcun preciso divieto normativo, aggiungendo però come non sia sufficiente dire che la prova atipica designa esclusivamente mezzi probatori non previsti dall'ordinamento, dovendo essa includere anche le ipotesi di utilizzo di prove tipiche raccolte in un altro giudizio (*contra* v. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, p. 150, per cui "la prova aliunde non [sarebbe] riconducibile in qualità di species nel più ampio genus della prova atipica", sia perché il riferimento alla teoria delle prove atipiche non aiuterebbe a far luce sul problema della prova aliunde, sia perché la prova raccolta in un altro processo non avrebbe nulla di atipico) o di uso a fini probatori di strumenti previsti dal diritto, ma per altro scopo.

⁴³ V., di recente, Trib. Reggio Emilia, 1° dicembre 2014, NRG 7430/13, in *Giur. it.*, 2015, p. 624, con nota parzialmente critica di MAGGIO, *La prova nel processo civile: i poteri del giudice nella valutazione delle prove atipiche*, *ivi*, p. 625, con espresso riferimento all'utilizzo nel processo civile degli atti dell'istruttoria penale e amministrativa, quali gli accertamenti e i verbali di sommarie informazioni

silenzio normativo è stato interpretato in maniera invero speculare dalla dottrina contraria (che, in sostanza, invoca un principio di tassatività dei mezzi di prova in ambito civile)⁴⁴ e da quella, maggiori-

assunte dagli organi di Polizia nell'immediatezza dei fatti, di perizie rese in un diverso giudizio tra le stesse parti od altre parti, come per esempio la consulenza del P.M. disposta nell'ambito di un procedimento penale, di pronunce penali come il decreto di archiviazione del G.i.p.; Trib. Reggio Emilia, 3 luglio 2014, in *www.giuraemilia.it*. V. anche COMOGGIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, p. 54 ss. Per CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 51 ss., l'assenza di una formale norma di chiusura non potrebbe essere interpretata come generale ammissibilità di prove c.d. innominate, alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 1° Cost., con riferimento all'inciso secondo cui il processo "giusto" deve essere "regolato dalla legge". Si avrebbe di fatto una violazione della riserva di legge posta da tale norma tutte le volte che si concedesse al giudice – come si fa ammettendo la legittimità della formazione del convincimento sulla base anche di prove c.d. atipiche – di regolare direttamente tutti i profili di conciliabilità dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione di queste prove. con il rispetto delle garanzie del c.d. giusto processo. Una diversa lettura dell'inciso dell'art. 111, comma 1° Cost. in questo ambito, per l'a., porterebbe ad ammettere, implicitamente, che ai fini della pronuncia giudiziale, il giudice potrebbe scegliere discrezionalmente fra il metodo istruttorio disciplinato dal II libro del c.p.c. e quello indicato, per la procedura camerale, dall'art. 738, comma 2°, c.p.c., e dunque potrebbe addirittura prescindere dall'acquisizione dei necessari supporti probatori sulle allegazioni fattuali, limitandosi a una valutazione di mera verosimiglianza delle stesse, senza possibilità di assicurare il controllo sul rispetto delle garanzie del giusto processo da parte del legislatore ordinario. Per G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit, p. 74 ss., peraltro, peccherebbe di "superficialità" chi ritenesse risolto il problema dell'ammissibilità delle prove atipiche nel processo civile come riflesso dell'art. 189 c.p.p., in quanto espressione di una "tendenza generale del nostro orientamento".

⁴⁴ Per CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit, p. 51 ss., per esempio: "se è vero che nel nostro codice di rito civile manca una norma generale che espressamente preveda o escluda l'ammissibilità di qualsiasi mezzo di prova non contemplato dalla legge, è parimenti vero, però, che, da un lato, nell'ambito del processo penale è lo stesso legislatore a prevedere espressamente, nell'art. 189 c.p.p., la possibilità per le parti di richiedere 'prove non disciplinate dalla legge' purché risultino idonee all'accertamento dei fatti e non pregiudichino la 'libertà morale' della persona e che, dall'altro lato, nell'ambito del processo civile, quando il legislatore ha voluto improntare la valutazione del giudice a mezzi di prova diversi da quelli tipizzati nel codice civile lo ha espressamente stabilito". L'a. aggiunge che il raggiungimento del convincimento giudiziale non costituirebbe un valore assoluto per il nostro ordinamento: di conseguenza, se si ammettesse l'utilizzabilità di prove atipiche si lascerebbe al giudice di stabilire discrezionalmente se nel caso sottoposto al suo esame debba prevalere l'obiettivo della formazione del convincimento giudiziale o altri valori altrettanto rilevanti. L'a., p. 49 ss., dal silenzio del c.p.c. sulla tassatività prove, trae la conseguenza che si tratti di un modo per selezionare le fonti del convincimento giudiziale, intendendo le fonti contenute nel codice come limite

taria, favorevole all'utilizzo della prova atipica nello stesso ambito, non ritenendo immanente nel nostro sistema un principio di tassati-

alla stessa possibilità per il giudice di individuarne altre, anche alla luce del “carattere altamente formalizzato” dello strumento processuale: “Se è vero, infatti, che il ‘formalismo’ finisce per risolversi in un’inutile complicazione, se non vera e propria negazione, della tutela giurisdizionale, è anche vero, però, che occorre nettamente distinguere da ciò il ruolo imprescindibile della ‘forma’ e considerare che la previsione legislativa di mezzi e procedimenti probatori tipici per l’accertamento delle allegazioni fattuali risponde a imprescindibili esigenze di certezza e di sicurezza nelle relazioni fra privati e di garanzia di quest’ultimi contro l’abuso di poteri discrezionali del giudice”. I sostenitori della tesi della tassatività dei mezzi di prova giustificano il proprio approccio con la necessità di salvaguardare i diritti delle parti contro l’eventuale abuso dei poteri discrezionali del giudice e di conformare il processo a cognizione piena al principio del giusto processo regolato dalla legge (v. CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo 1, 2008, p. 888, che esclude la possibilità di ricorrere alle prove atipiche nel processo a cognizione piena. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 504 ss., argomenta che, tra gli scopi del processo civile, non vi sarebbe quello di perseguire la verità materiale ma solo quello di procedere alla fissazione formale dei fatti controversi e tale fissazione formale è corretta non quando corrisponde alla verità ma più semplicemente quando ha rispettato le regole del procedimento. In quest’ottica, il giudice potrebbe servirsi per la conoscenza dei fatti solo di percezioni ottenute in determinati modi, dato che il legislatore ha espressamente indicato quali debbano essere i mezzi di prova legittimamente utilizzabili nel processo) in particolare rispetto al principio del contraddittorio nella formazione della prova (v. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 712 ss., il quale peraltro individua due eccezioni al criterio dell’inammissibilità della prova atipica, rispetto alle prove non ripetibili ovvero qualora, nei processi aventi a oggetto diritti disponibili, “tutte le parti acconsentano all’uso della prova atipica”. L’a., p. 715 ss., per esempio, ritiene privo di rilevanza probatoria lo scritto proveniente dal terzo, formatosi fuori dall’iter procedurale prescritto per l’assunzione della prova testimoniale dagli artt. 244 ss. c.p.c., con l’eccezione delle dichiarazioni di scienza provenienti dal terzo ma documentate da dichiarazioni scritte di altri soggetti, dotati di potestà certificative, per quanto senza alcuna efficacia rispetto al contenuto intrinseco della dichiarazione in questione. CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 218 ss., ricostruisce la cognizione sommaria cercando di dimostrare che alla fine si utilizzino comunque fonti di conoscenza tipiche, in quanto espressamente previste dalla legge per il caso concreto. Per CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 752, arriva a sostenere che di qualsiasi teoria delle prove atipiche si possa fare vantaggiosamente a meno. Gli eterogenei fenomeni ricondotti a questa nozione non si presterebbero, infatti, a essere assoggettati a una disciplina unitaria quanto ad ammissibilità/efficacia. A p. 735, l’a. conclude che, non potendosi enucleare regole generali uniformi, non rimane che valutare caso per caso l’ammissibilità, la legittimità e l’efficacia di ciascuna pseudo prova, in base alle indicazioni reperibili dal diritto (con riferimento, per esempio, agli artt. 116, comma 2°, 310, comma 3°, 698, comma 3° c.p.c.).

vità della prova e anzi valorizzando l'art. 189 c.p.p. come espressione di una tendenza generale dell'ordinamento)⁴⁵.

Qui appare di particolare rilievo la distinzione tra “prova” definita come “atipica” nel senso di “prova innominata” (in quanto non prevista dalla legge) ovvero come deviazione “da uno schema probatorio già esistente”, con riferimento, dunque, non al mezzo di prova in quanto tale ma al meccanismo della relativa assunzione⁴⁶: nel primo caso, l'atipicità riguarda la “fonte” del convincimento del giudice, nel secondo, il “modo” di assunzione della prova⁴⁷.

Si tratta di una distinzione molto rilevante per il contesto che ci riguarda e su cui si tornerà.

Traendo le fila da un dibattito annoso (e non ancora giunto a risultati definitivi), si può ritenere prevalente l'orientamento favorevole all'utilizzo nel processo civile della prova tipica intesa come “prova innominata”, per quanto con motivazioni diversificate e accumulate da un distacco dal formalismo.

⁴⁵ In effetti, la tematica relativa all'utilizzo della prova atipica nel processo è l'espressione della inadeguatezza (e, se si vuole, dell'arretratezza) della disciplina codicistica in materia. Come osserva TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 377, la discussione in materia è tipica del diritto italiano, non dubitandosi, negli altri ordinamenti, della possibilità di utilizzare senza problemi prove che noi chiameremmo atipiche, come documenti o come prova per indizi o presunzioni. A favore dell'utilizzo delle prove atipiche, l'a., p. 379, osserva, in particolare, che la legge pone delle regole di esclusione rispetto a prove non ammesse, senza che questo implichi una tassatività di quelle ammesse. V. G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 173 ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 139, per cui “l'esclusione delle prove atipiche è comunque inaccettabile soprattutto sotto il profilo epistemico: nessuno storico o nessuno scienziato, infatti, rifiuterebbe di prendere in considerazione un dato conoscitivo o un'informazione utile solo perché non esiste una regola espressa che gli consenta espressamente di farne uso”. MAGGIO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 626, osserva che l'assenza di una norma di chiusura del catalogo legale delle prove “ha da sempre costituito il “grimaldello” per permettere l'ingresso delle prove innominate nel nostro sistema giuridico processuale”.

⁴⁶ Su questa tematica v. anche, di recente, FERRARI, F., *La “prova migliore”*. *Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004, p. 338; G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 177. Per alcuni, peraltro, non si potrebbe parlare di atipicità rispetto alla “fonte materiale di prova”, dal momento che i modi di conoscenza della realtà, presente o passata, sono solo quattro, ovvero la conoscenza diretta (o sensoriale), quella indiretta (tramite il ricorso a tecnologie o metodologie scientifiche), le dichiarazioni di scienza e i documenti: così GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 705 ss. V. pure COMOGLIO, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁷ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 41 ss.

Se alcuni evidenziano la necessità di favorire l'utilizzo di strumenti che permettano di raggiungere un più appagante grado di verità materiale⁴⁸, nel prisma della garanzia del diritto alla prova⁴⁹, altri richiamano l'intrinseca atipicità dell'indizio alla base del ragionamento presuntivo⁵⁰ e delle sommarie informazioni utilizzabili dal

⁴⁸ V. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, numero speciale, p. 81, per cui gli ordinamenti giuridici moderni mostrano un progressivo distacco dal formalismo e da una verità processuale sensibile unicamente a esigenze di certezza formale, di favore di una efficace ricostruzione dei fatti e quindi di una tendenziale coincidenza tra verità materiale e verità giuridica; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 273. Sull'utilizzo come prova del documento proveniente da un terzo, v. di recente BERTOLINO, *Documento in senso forte e documento in senso debole*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 858, per la quale, qualora si tratti di dichiarazioni di scienza, tali documenti possono trovare un ostacolo al loro ingresso nel processo nelle regole che disciplinano l'assunzione della prova testimoniale nel processo civile, per affermare che tali regole potranno essere superate qualora il documento rappresenti la sola modalità per il giudice di percepire la dichiarazione di scienza del terzo, "per esempio in caso di morte od irreperibilità od incapacità di agire sopravvenuta del dichiarante". Fa riferimento all'utilizzo delle prove atipiche per l'accertamento della verità G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 175 ss.; Id., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 181 ss., esprimendo, come regola, il favore per ogni fonte di prova atipica, a meno che, nel caso specifico, essa non sia vietata, direttamente o indirettamente dalla legge. V. anche PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, p. 161.

⁴⁹ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 223, per cui si "deve consentire alle parti di potere utilizzare ogni mezzo di indagine che in concreto appaia rilevante per l'accertamento dei fatti di causa, purché non sia escluso da specifiche disposizioni di legge".

⁵⁰ Ravvisando nella categoria delle presunzioni semplici la via attraverso la quale le prove atipiche possono entrare nel processo civile: v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 381. L'a., p. 382, ritiene, d'altro canto, che l'argomento dell'atipicità dell'indizio non sia necessario per dimostrare che le prove atipiche non possono essere escluse dal processo civile, affermando che non serve fare riferimento al catalogo delle prove disciplinate dalla legge per ammettere quelle atipiche. Quel catalogo, in effetti, non sarebbe né tassativo né completo e dunque qualsiasi elemento fuori catalogo sarebbe utilizzabile se è utile per accertare il fatto. La dottrina in esame giunge a concludere che nessun limite sia dunque, in linea generale, configurabile quanto all'ammissibilità di fonti di prova atipiche. Anche Ricci ritiene inadeguata la riconduzione delle prove atipiche all'indizio, perché in questo modo non si considerano le prove atipiche che mostrano una piena efficacia ricostruttiva del fatto, superiore in certi casi, addirittura a quella delle normali prove tipiche: G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 175, con riferimento alle indagini ematologiche o del d.n.a.; v. anche PIRONI, *Sulla disciplina processuale delle scritture provenienti dal*

terzo estraneo alla lite, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 253. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 700 ss., per contro, rifiuta la tesi per cui l'ammissibilità delle prove atipiche si potrebbe desumere dalla presenza nel repertorio dei mezzi di prova dell'indizio, cui è attribuita natura intrinsecamente atipica. In particolare, a p. 705, l'a. argomenta che, anche a volere ammettere che la prova indiziaria possa definirsi atipica, non se ne potrebbe certamente trarre l'ulteriore conseguenza che il riconoscimento normativo di questa prova renda lecita l'utilizzazione di fonti di prova e di procedimenti probatori diversi da quelli previsti dalla legge. A p. 708, l'a. aggiunge che altro è il problema della legittimità di una prova, altro è quello della sua efficacia e non si può risolvere scontandole nell'ambito del primo le incertezze che si prospettano nell'ambito del promo (poiché questo ragionamento implicherebbe il rovesciamento del rapporto di pregiudizialità). CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice*, cit., p. 56, dal canto suo, rileva che è certamente vero che il legislatore, opportunamente, non predetermina la nozione di indizio, lasciando il giudice libero di individuare i fatti sui quali fondare il procedimento inferenziale alla base della prova presuntiva. Ma quando si ammetta la possibilità che il giudice utilizzi le c.d. prove atipiche come indizi dai quali trarre vere e proprie presunzioni, in realtà si utilizza l'atipicità della nozione di indizio in modo non proprio ortodosso. In primo luogo, infatti, quando si parla di atipicità dell'indizio si fa riferimento, tradizionalmente, alla circostanza che sussiste una miriade di fatti che, ove siano provati (con prove dirette e non con prove presuntive, stante il divieto di *praesumptio de praesumpto*), o siano notori o non contestati, possono costituire fatti noti dai quali trarre la probabile esistenza del fatto ignoto. Quando, invece, si fanno rientrare le prove atipiche fra gli indizi si utilizza una nozione diversa e più ampia di atipicità dell'indizio, includendovi anche fatti che sono noti per il giudice non perché provati (con strumenti probatori tipici), o notori o non contestati, ma perché provati in modo atipico. E dunque, impropriamente si richiama l'atipicità della nozione di indizio al fine di utilizzare le prove atipiche come indizi: l'atipicità che rileva nel caso di specie è solo quella degli strumenti ritenuti idonei a rendere noto il fatto storico sul quale il giudice può fondare il procedimento inferenziale alla base della presunzione. E questo, francamente, non solo ha poco a che fare con l'atipicità della nozione di indizio, ma finisce per far rientrare dalla finestra proprio le prove atipiche che si era cercato di cacciare dalla porta, determinando una vera e propria elusione delle regole di esclusione poste dallo stesso legislatore nei confronti delle prove tipiche. In quale altro modo è da intendere la valutazione come indizi, per esempio, della testimonianza scritta proveniente dal terzo o della perizia stragiudiziale o delle prove assunte in altri processi sui medesimi fatti di causa, se non come un escamotage – finemente argomentato – per eludere la volontà del legislatore di avere solo la testimonianza orale e la perizia solo giudiziale o di fondare il convincimento del giudice solo sulle prove assunte o prodotte nel corso del processo? Risultato, quest'ultimo, che, per l'a., diventa ancor più grave se si considera l'altro diffuso orientamento giurisprudenziale che, in palese contrasto con l'art. 2729 c.c., ritiene sufficiente un solo indizio al fine di fondarvi in via presuntiva il convincimento giudiziale, a meno che non vi sia, in concreto, la possibilità di svolgere ragionamenti presuntivi di segno contrario.

giudice in numerosi contesti, nonché l'ampiezza della nozione di documento⁵¹⁻⁵².

A fronte di un dibattito dottrinale molto acceso, la giurisprudenza, dal canto suo, da tempo ha aperto le porte del processo civile alle prove atipiche anche con eccessivo entusiasmo⁵³, affermando che, in mancanza di una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, le prove atipiche debbono ritenersi *tout court* ammissibili⁵⁴. A sostegno di tale conclusione, si fa riferimento al principio

⁵¹ V. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 55 ss.; TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., p. 72, il quale menziona pure il principio inclusivo di rilevanza, per il quale ogni elemento probatorio utile per l'accertamento dei fatti è ammissibile, salvo che sia escluso da una specifica norma di legge. Per l'a., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 379, gli argomenti che fanno capo alla pretesa "natura" del catalogo legale delle prove appaiono a priori poco convincenti. Solo in presenza di una norma esplicita che dichiarasse l'inammissibilità di ogni mezzo di prova non specificamente previsto dalla legge si potrebbe essere certi della tassatività del catalogo in questione. Una norma del genere nel nostro ordinamento, però, per l'a., non esiste. Va precisato che la dottrina che ritiene inesistente il principio di tassatività della prova esprime riserve alla tesi per cui una prova atipica sarebbe ammissibile in quanto analoga a una prova tipica: tale tesi infatti, in qualche modo, valorizza il principio di tassatività della prova che vorrebbe negare e comunque si presta a incertezze: v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 381. *Contra* pure G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 175, per cui non tutti i mezzi istruttori non contemplati dalla legge hanno una precisa fattispecie di riferimento prevista dal codice; v. anche G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 145.

⁵² Per tali percorsi, due autorevoli dottrine giungono, l'una, a qualificare come prova ciò che serve a dimostrare il fatto, non ciò che la legge denomina come tale (TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 380, per cui, di regola, ogni elemento di prova rilevante va ammesso, salvo che vi siano norme o ragioni specifiche per escluderlo), l'altra, sulla base del diritto alla prova, ad attribuire alla parte la piena facoltà di servirsi di tutti i mezzi di accertamento del fatto che appaiano rilevanti, purché non espressamente vietati (G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 174).

⁵³ TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., p. 73, parla di impiego tendenzialmente indiscriminato delle prove atipiche più diverse.

⁵⁴ FERRARI, F., *op. cit.*, p. 339 ss.; per FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, 2005, p. 453 ss., non può configurarsi un principio di tipicità degli strumenti ricostruttivi utilizzabili, dovendosi peraltro "evitare che la ricostruzione del fatto si trasformi in una terra di nessuno". V. Cass., 12 aprile 2017, n. 9415, ove la Corte afferma: "Dalla mancanza nell'ordinamento processuale vigente di una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova è dato desumere che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento tutti gli elementi ritualmente acquisiti nel corso del processo"; Cass., 4 giugno 2014, n. 12577; Trib. Reggio Emilia, 1° dicembre 2014, NRG 7430/13;

del libero convincimento del giudice⁵⁵ o a quello di economia processuale ovvero al criterio di salvaguardia del fatto compiuto⁵⁶.

Trib. Reggio Emilia, 1° dicembre 2014, NRG 7430/13, in *Giur. it.*, 2015, p. 624, con nota parzialmente critica di MAGGIO, *op. cit.*, p. 625, con espresso riferimento all'utilizzo nel processo civile degli atti dell'istruttoria penale e amministrativa, quali gli accertamenti e i verbali di sommarie informazioni assunte dagli organi di Polizia nell'immediatezza dei fatti, di perizie rese in un diverso giudizio tra le stesse parti od altre parti, come per esempio la consulenza del P.M. disposta nell'ambito di un procedimento penale, di pronunce penali come il decreto di archiviazione del G.i.p.; Trib. Reggio Emilia, 3 luglio 2014, in *www.giuraemilia.it*; Trib. Reggio Emilia, 23 maggio 2013, in *La nuova proc. civ.*, 4 giugno 2013. V. anche COMOGLIO, *op. cit.*, p. 54 ss. CAVALLONE, *op. cit.*, p. 689 ss., peraltro, prospetta la futilità della questione se quello delle prove sia o no un numero chiuso, dal momento che in relazione a ciascuna ipotesi specifica di prova atipica si dovrebbe applicare la disciplina di istituti tipici. Per l'a., dunque, p. 691, ciò che interessa sapere non è se il repertorio delle prove sia chiuso o aperto, bensì se taluni requisiti o condizioni, previsti dalla legge per l'ammissione o l'assunzione di una prova, abbiano o meno carattere essenziale e inderogabile, osservando che il richiamo alla nozione di atipicità non può servire a legittimare deviazioni dai modelli normativi dei diversi procedimenti probatori che non trovassero la propria giustificazione nell'ambito stesso delle discipline dell'istruzione. A p. 697, l'a. rifiuta la tesi secondo la quale la mancanza di una norma di chiusura del repertorio legale delle prove avrebbe come conseguenza la non esclusività delle forme espressamente regolate di acquisizione.

⁵⁵ *Contra* CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., p. 45, che osserva: "Quel che lascia perplessi di una simile operazione è, anzitutto, la giustificazione delle c.d. prove atipiche in nome del c.d. libero convincimento del giudice e dunque in nome dell'art. 116 c.p.c. In realtà, dire che il giudice deve valutare i risultati probatori secondo il suo prudente apprezzamento non significa affatto – comunque non necessariamente – che il giudice possa liberamente individuare le fonti del suo convincimento e quindi ammettere nel novero delle prove elementi che, per il legislatore, non vanno considerati tali. Voglio dire che al fine di stabilire se le fonti del convincimento del giudice siano (debbano essere) solo quelle selezionate dal legislatore o se invece lo stesso giudice possa selezionarne di nuove o di diverse non mi pare si possa partire dalla regola fissata dall'art. 116 c.p.c. (libero o prudente convincimento non coincide con libera o prudente scelta delle prove), in quanto quest'ultimo fa riferimento espresso ai criteri che il giudice deve seguire nella valutazione dei risultati probatori e non anche nella individuazione delle fonti del suo convincimento".

⁵⁶ V. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 59; Trib. Reggio Emilia, 3 luglio 2014, in *www.giuraemilia.it*. Gli interpreti evidenziano, come la giurisprudenza faccia larghissimo uso delle prove atipiche senza formulare criteri per il loro impiego nell'ambito del giudizio di fatto: TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 387. Rispetto a tale fenomeno, CAVALLONE, *op. cit.*, p. 685, parla di "involuzioni della giurisprudenza pratica in materia di prove atipiche" e della "diffusa convinzione che tutte le informazioni intorno ai fatti di causa che compaiono sulla scena del processo possano essere utilizzate dal giudice per la formazione del proprio convincimento".

Senza poter entrare più nel dettaglio del dibattito, e pur con qualche riserva rispetto ad alcune derive giurisprudenziali, appare comunque condivisibile il rilievo per cui negare l'uso delle prove atipiche nell'attuale panorama sarebbe oggi "tanto antistorico quanto antiscientifico"⁵⁷.

8. *(Segue): atipicità del modus di assunzione di una prova tipica; il confine con la prova illecita*

Dopo avere aderito, nel paragrafo precedente, all'orientamento favorevole all'ammissibilità delle prove atipiche in quanto non espressamente previste nel catalogo istruttorio del codice di rito, si deve ora verificare l'ammissibilità della prova che sia atipica in quanto assunta in modo non conforme a quanto previsto a livello normativo per la corrispondente prova tipica⁵⁸.

Da questo punto di vista, come si è visto, l'atipicità non concerne tanto il mezzo di prova, quanto il modo in cui la prova perviene nel giudizio⁵⁹. Si può qui fare riferimento, a titolo esemplificativo,

⁵⁷ Così G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 455; per LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1447, la categoria delle prove atipiche rappresenta ormai una realtà del diritto vivente, della quale occorre prendere atto. CORDOPATRI, *Profili processuali dell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 48, qualifica come "non più discussa" l'utilizzazione della prova atipica nel processo ordinario.

⁵⁸ Per GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 706, anzi, di prova atipica si potrebbe parlare solo con riferimento alle modalità di formazione della prova; in questo senso v. pure LOMBARDO, *op. cit.*, p. 1450. Altra dottrina, invece, sul rilievo che, tendenzialmente, le prove atipiche hanno natura documentale, ritiene irrilevante la modalità con cui la prova documentale atipica viene formata, concentrandosi piuttosto sulla modalità con cui essa viene acquisita al processo: TARUFFO, *Fatti e prove*, cit., p. 74; per FURNACIARI, *op. cit.*, p. 455, nell'esperienza pratica, le ipotesi di prove atipiche considerate si riferiscono a strumenti ricostruttivi tipici, solo per un verso o per l'altro irregolarmente assunti o acquisiti, poiché i modelli logici configurabili non sono infiniti e qualsiasi strumento ricostruttivo ipotizzabile non può che essere ricondotto a uno di tali modelli. In quest'ottica, per l'atipicità non vi sarebbe alcun margine, dovendosi piuttosto parlare di deroghe a talune delle regole che disciplinano gli strumenti ricostruttivi tipici. Sul tema v. pure G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 177.

⁵⁹ G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 177; Taruffo, *Fatti e prove*, cit., p. 74.

alla prova astrattamente tipica ma che sia stata raccolta in una sede diversa da quella in cui viene adoperata o al mezzo probatorio tipico utilizzato con una finalità diversa da quella che tradizionalmente gli sarebbe riservata⁶⁰.

Non necessariamente la risposta positiva data alla questione al centro del paragrafo precedente implica un'analoga apertura rispetto al problema qui analizzato⁶¹.

Il problema si pone, in particolare, poiché, in questa accezione, la nozione di prova atipica rischia di sovrapporsi a quello di prova illecita o nulla.

La categoria delle prove illecite, invero, non ha una disciplina normativa nell'ambito del processo civile⁶² e, nell'esperienza pratica, si riscontrano orientamenti discordanti in merito alla sua definizione e pure al suo utilizzo nel processo⁶³.

Possono essere qualificate come illecite, innanzi tutto, le prove formate fuori dal giudizio o acquisite/assunte in giudizio con mezzi illegali o illegittimi, metodi penalmente illeciti, atti che comportino violazioni di diritti costituzionalmente protetti⁶⁴, dei segreti professionale, d'ufficio e di Stato⁶⁵ o, ancora, di norme a tutela della privacy⁶⁶. La nozione è poi utilizzata da alcuni, in senso estensivo, anche per riferirsi alle prove nulle o assunte con modalità divergenti da quelle all'uopo previste. Soprattutto in questa ultima accezione, il

⁶⁰ Trib. Reggio Emilia, 1° dicembre 2014, NRG 7430/13; Trib. Reggio Emilia, 3 luglio 2014, in *www.giuraemilia.it*. Su questi temi, Comoglio, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, p. 59 ss.

⁶¹ In effetti, alcuni autori, pur favorevoli all'uso di fonti di prova atipiche, esprimono posizioni di chiusura sul tema qui in esame, ritenendo che la nozione di atipicità non possa servire a legittimare deviazioni dai modi di acquisizione tipici: FERRARI, F., *op. cit.*, p. 338; v. anche le osservazioni di COMOGGIO, *op. cit.*, p. 54.

⁶² In materia, di recente, GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 945 ss.

⁶³ Si è occupato di questa tematica di recente, PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit.

⁶⁴ COMOGGIO, *op. cit.*, p. 64; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, tomo 1, Torino, 1994, p. 193, che fa riferimento alle prove costituenti il risultato di un'attività penalmente rilevante; v. anche G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 30 ss.

⁶⁵ CIVININI, *op. cit.*, p. 194; *amplius*, sul punto, PASSANANTE, *op. cit.*, p. 85 ss.

⁶⁶ Su questi profili, v. PASSANANTE, *op. cit.*, p. 127.

confine con le prove atipiche appare labile: in effetti, in tale ottica, la linea di separazione tra prove illecite, prove nulle o ammesse in violazione di una norma che ne stabilisce l'inammissibilità o in violazione di norme che ne regolamentano le modalità di assunzione in giudizio⁶⁷ tende a sfumare.

A mio avviso, peraltro, la nozione di prova illecita non postula una “devianza” rispetto ai mezzi di prova previsti dalla legge e alle modalità procedurali di loro acquisizione nel processo⁶⁸, ma fa riferimento al primo gruppo delle ipotesi sopra considerate: in altre parole, il problema, sul piano della illiceità, non è assumere una prova con modalità diverse da quelle previste dalla legge, quanto utilizzare o far valere nel giudizio materiali (normalmente documenti) ottenuti o formati in violazione di norme sostanziali specifiche a tutela di diritti fondamentali dell'individuo ovvero integrando fattispecie di reato⁶⁹, in casi per la cui violazione sia prevista una sanzione⁷⁰. In quest'ottica, può qualificarsi prova illecita, a titolo di esempio, il documento prodotto in giudizio in violazione del diritto costituzionale alla segretezza della corrispondenza della controparte e non, invece, la prova testimoniale ammessa in violazione dell'art. 246 c.p.c.⁷¹.

⁶⁷ Taruffo, *Fatti e prove*, cit., p. 75.

⁶⁸ Come osserva PASSANANTE, *op. cit.*, p. 104 ss., assumere una prova nel rispetto delle regole processuali all'uopo previste non costituisce per la parte un obbligo, ma un onere, dal cui mancato assolvimento deriva il mancato conseguimento del risultato auspicato (e l'illegittimità della prova così assunta) ma non una sanzione.

⁶⁹ V. pure A. GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit., p. 946 ss. Appare convincente la tesi di PASSANANTE, *op. cit.*, p. 85 ss., per il quale, p. 155, è illecito il mezzo di prova preconstituito per acquisire materialmente il quale, fuori dal processo, la parte abbia violato norme di diritto sostanziale munite di sanzione o di quel mezzo di prova costituendo, nell'assumere il quale al processo si violino norme di diritto sostanziale munite di sanzione.

⁷⁰ Per PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, p. 147, proprio la sanzione è l'elemento distintivo in grado di tracciare il discrimine tra ciò che è illecito e ciò che non lo è.

⁷¹ *Contra*, G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 178, include nel novero delle prove illecite anche quelle formate in violazione di un divieto normativo, come nel caso della testimonianza stragiudiziale resa da un soggetto incapace di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c. L'a., dunque, conclude che non possono gabellarsi per prove atipiche prove che sono di per sé vietate e quindi illecite: così.

In altre parole, mi pare che la nozione di illiceità debba essere tenuta distinta da quella di prova inammissibile o di prova nulla, arrivando a concludere che tutte le prove illecite sono inammissibili (o comunque non utilizzabili)⁷², ma non tutte le prove inammissibili o nulle sono pure illecite. In altre parole, si deve tracciare in modo netto una linea di confine tra prove atipiche e prove illecite⁷³, considerando le seconde sempre come inammissibili e comunque non utilizzabili dal giudice ai fini della decisione proprio per le modalità *contra legem* della loro acquisizione⁷⁴, a prescindere dalla modalità della loro formazione.

Per contro, si può escludere che la prova assunta deviando dalle disposizioni previste dalla legge per le prove tipiche sia per ciò solo illecita.

Tale conclusione appare di non poco conto. Se, come appare opportuno, la prova illecita è da ritenersi non utilizzabile dal giudice⁷⁵, tale inutilizzabilità può essere fatta valere in sede di gravame. La prova “deviante”, invece, non è, in quanto tale, inutilizzabile dal giudice, come dimostra la disciplina della prova nulla: a titolo esemplificativo, una eventuale violazione dell’art. 246 c.p.c., in effetti, costituisce un *error in procedendo*, ma ove non tempestivamente fatta valere dalla controparte, la relativa nullità è sanata e ben può il giudice dare valore istruttorio a tale testimonianza (con i filtri, comunque doverosi, della verifica della relativa attendibilità e genuinità).

⁷² V. ampiamente A. GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit. p. 954 ss.

⁷³ In questo senso anche PASSANANTE, *op. cit.*, p. 155 ss.

⁷⁴ Approfondimenti in COMOGLIO, *op. cit.*, p. 65 ss. La giurisprudenza, peraltro, a questo riguardo, appare seguire un approccio più permissivo, giungendo a utilizzare prove assunte in violazione di norme di legge: v. PATTI, *op. cit.*, p. 339.

⁷⁵ In questo senso, di recente, Cass., 8 novembre 2016, n. 22677, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1689, rispetto alla produzione in un giudizio di separazione di un file audio che il marito aveva depositato dopo averlo sottratto in maniera fraudolenta alla moglie. Per una diversa opinione, v. PASSANANTE, *op. cit.*, *passim*, per il quale, p. 403, per escludere la prova illecita dal processo sia necessaria una disposizione espressa (la cui introduzione dovrebbe peraltro avvenire a determinate condizioni, per essere conforme al principio del giusto processo e al diritto alla prova costituzionalmente garantiti).

Ciò chiarito, resta da verificare se una prova “deviante” rispetto al modello legale possa trovare ingresso nel processo sotto forma di prova atipica.

Al riguardo, bisogna tenere in considerazione due diversi profili: da un lato, infatti, si collocano le prove tipiche assunte nel processo con modalità non conformi al dettato normativo ma senza per ciò perdere la loro connotazione ontologica (per esempio, la prova testimoniale ammessa ed esperita senza la previa formulazione dei relativi capitoli); dall'altro, si pongono invece prove che si formano fuori dal processo, senza rispettare un modello prestabilito dal legislatore e con funzione sostitutiva di prove costituenti tipiche: il riferimento, in particolare, è alle dichiarazioni scritte di terzi, qualificabili come testimonianze stragiudiziali, sconosciute in quanto tali al legislatore ma funzionalmente corrispondenti alla testimonianza giudiziale cui il medesimo terzo possa essere sottoposto nel corso del giudizio.

Tra tali due categorie vi sono punti di contatto, ma appaiono prevalere le divergenze, tanto da richiedere un'analisi separata.

9. *(Segue): le prove atipiche sostitutive di prove tipiche*

In mancanza di divieti espressi o taciti, si tende ad ammettere l'utilizzo di prove atipiche sostitutive di equivalenti prove tipiche⁷⁶. L'esempio più precipuo, come si è visto, è costituito dalla testimonianza stragiudiziale scritta: ovvero, dalla dichiarazione di un terzo in merito ai fatti di causa raccolta per iscritto fuori dal processo,

⁷⁶ V. PIRONI, *op. cit.*, p. 254, per cui tale utilizzo sarebbe funzionale all'accertamento della verità. Contro, per TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 633, a p. 640 ss., le prove atipiche sostitutive ed equipollenti delle prove costituenti vanno ritenute, sino a contraria indicazione di legge, del tutto inammissibili e non solo munite di minore efficacia probatoria. E questo non per il principio di tipicità quanto per la centralità della garanzia del contraddittorio che verrebbe meno laddove il convincimento del giudice potesse fondarsi su fonti probatorie funzionalmente corrispondenti a quelle previste per il processo ma formatesi *inaudita altera parte* (procedimenti analoghi a quelli previsti dal legislatore come procedimenti in contraddittorio, ma aventi invece struttura unilaterale). Per una critica, v. G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 465.

discostandosi sia dalle regole sulla prova testimoniale tradizionale sia da quelle, di recente introduzione sulla testimonianza giudiziale scritta⁷⁷.

Per alcuni, si tratterebbe di prove nulle e non di prove atipiche, in quanto prove tipiche per testimoni ma nulle secondo le norme che ne disciplinano le modalità di assunzione in giudizio. Il loro utilizzo non dovrebbe dunque essere ammesso per non eludere le garanzie e le regole tipiche del processo⁷⁸. Un'opposta tesi ricostruttiva, per contro, ritiene che una dichiarazione di contenuto testimoniale resa da un terzo fuori dal processo non possa essere definita nulla o illecita perché non effettuata secondo le norme processuali sulla testimonianza. Piuttosto, la dichiarazione stragiudiziale di un terzo dovrebbe essere in linea di principio ammissibile se rilevante, e non potrebbe essere esclusa solo perché non si sia formata secondo le regole che disciplinano l'assunzione della testimonianza in giudizio⁷⁹.

Appare d'altro canto meritevole di condivisione una ulteriore posizione, alla cui stregua le prove atipiche "sostitutive" di prove tipiche non dovrebbero essere ritenute inammissibili, senza però che esse possano beneficiare dello stesso valore delle prove tipiche cui si

⁷⁷ L'atipicità generale della testimonianza scritta permane anche dopo l'introduzione dell'art. 257-bis c.p.c., per tutte le ipotesi di dichiarazioni di terzi raccolte per iscritto con modalità diverse da quelle all'uopo previsto dalle nuove disposizioni codicistiche. V. anche PAPAGNI, *Procedimento possessorio e assunzione "atipica" della testimonianza scritta senza i limiti dell'art. 257-bis c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 1304 ss.; DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 589, a p. 600. Trib. Genova, 16 giugno 2015, in *La nuova proc. civ.*, 2016, n. 5, ritiene che non abbia utilità istruttoria un documento contenente una dichiarazione scritta, resa in violazione del principio del contraddittorio, in assenza delle formalità tipiche di raccolta della prova orale e senza il rispetto delle forme di cui all'art. 257-bis c.p.c.

⁷⁸ CREVANI, in *Istruzione probatoria*, a cura di Taruffo, Bologna, 2014, p. 745 ss., che la ritiene peraltro un'ipotesi di nullità relativa, superabile in alcune ipotesi particolari (per esempio, la morte del testimone), in cui alla testimonianza scritta potrebbe essere attribuito valore indiziario. Per Trib. Milano, 26 giugno 2015, ord., le dichiarazioni testimoniali scritte prodotte dalle parti sono inammissibili, in quanto forma surrettizia di testimonianza scritta non ammessa dall'ordinamento, fuori dai limiti posti dall'art. 257-bis c.p.c.

⁷⁹ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit. p. 355, anche con riferimento alla dichiarazione stragiudiziale di soggetto incapace di testimoniare. Anche la giurisprudenza le considera prove atipiche, valutabili come indizi: Cass., 20 ottobre 2010, n. 21525.

sostituiscono⁸⁰: in tale ottica, dunque, il *focus* si sposta dall'ammissibilità della prova "sostitutiva" a quella della sua efficacia.

La prova atipica sostitutiva di quella tipica, dunque, sarà di norma ammissibile ma alla stessa dovrà essere attribuita una efficacia "inferiore" rispetto a quella tipica non ritualmente esperita⁸¹.

Un limite a tale utilizzo lo si riscontra peraltro non sul piano processuale, bensì su quello sostanziale: e tale limite va valorizzato al massimo proprio se si ritiene la prova atipica liberamente utilizzabile e valutabile. Attraverso l'utilizzo di una prova atipica sostitutiva, infatti, non possono essere sovvertiti i limiti sostanziali (oggettivi e soggettivi) di ammissibilità delle corrispondenti prove tipiche, in particolare quelli della testimonianza: per esempio, non si può pensare di utilizzare dichiarazioni scritte di terzi per dimostrare una simulazione contrattuale, in violazione della regola posta, rispetto alla testimonianza "tipica", dal codice civile.

Laddove, dunque, la legge, sul piano dell'ammissibilità sostanziale, espressamente vieti l'utilizzo di certe tipologie di mezzi di prova tipici rispetto a un determinato fatto o evento, non si può ammettere di bypassare tale limite probatorio, con l'utilizzo di "elementi" non disciplinati dalla legge ma aventi una natura analoga alla prova tipica esclusa⁸². Per riprendere a questo riguardo l'esempio appena formulato della prova atipica della simulazione, è evidente che la dichiarazione scritta del terzo condivide l'essenza della dichiarazione orale resa dal terzo avanti al giudice: in entrambi i casi si tratta infatti di dichiarazioni di un soggetto estraneo al processo sui fatti di causa.

Da questo punto di vista, appare rilevante considerare la *ratio* dei limiti posti dalla legge a una prova tipica ed estendere tale *ratio* a ogni ipotetica fonte di prova che di tale prova tipica condivide l'essenza. Nel caso della simulazione del contratto, per esempio, il divieto di prova testimoniale nelle controversie tra le parti posto

⁸⁰ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 466.

⁸¹ In senso contrario, peraltro, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 393, per cui "la limitazione del valore delle prove atipiche non è dunque soltanto teoricamente ingiustificata: è anche praticamente inopportuna".

⁸² TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 385.

dall'art. 1417 c.c. rappresenta una forma di tutela dei terzi e di responsabilizzazione delle parti. Esso, dunque, può e deve essere esteso a qualsiasi dichiarazione di terzi, comunque raccolta e comunque acquisita agli atti del processo, che una delle parti contrattuali pretenda di utilizzare contro l'altra. Analoghe considerazioni non possono che valere per i limiti soggettivi posti alla capacità di testimoniare, non aggirabili, per esempio, raccogliendo la deposizione scritta di una persona che avrebbe un interesse qualificato che la legittimerebbe a divenire parte del processo.

Quanto precede, d'altra parte, appare coerente con il disposto dell'art. 2729, comma 2° c.c., che esclude l'utilizzo del meccanismo presuntivo/indiziario (cui tradizionalmente sono ricondotte le prove atipiche) laddove non sarebbe ammissibile la prova testimoniale.

In quest'ottica, dunque, si può enunciare una regola generale: ovvero che sia inammissibile utilizzare risultanze istruttorie "innominate" che, sul piano sostanziale, costituiscano una violazione (indiretta) di limiti di ammissibilità oggettiva e soggettiva posta dalla legge rispetto a prove tipiche che ne condividano l'essenza⁸⁵.

10. (Segue): *prove atipiche per la modalità di loro assunzione: slight reprise...*

Si tratta ora di affrontare il problema posto da prove assunte, dal punto di vista procedimentale, in modo diverso da quanto previsto dalla legge per tale stessa prova (*modus assumendi*).

⁸⁵ A favore della inutilizzabilità in forma atipica di prove tipiche viziate da cause di inammissibilità COMOGLIO, *op. cit.*, p. 63; LOMBARDO, *op. cit.*, p. 1451, con riferimento alla testimonianza stragiudiziale resa da un soggetto incapace ovvero vertente su patti aggiunti antecedente al contenuto di un contratto, in violazione dell'art. 2722 c.c.; CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 819, p. 863. V. anche CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 736, per il quale non possono essere utilizzate nel processo le prove formate altrove quando la loro formazione diretta in quello stesso processo non sarebbe ammissibile (per esempio, per violazione degli artt. 2721 c.c. o 246 c.p.c.); a p. 737, l'a. specifica che non si tratta di una questione di efficacia ridotta delle prove così assunte.

Al riguardo, si registrano posizioni molto meno “aperte” rispetto a quanto si è visto con riferimento all’ammissibilità della prova atipica intesa come “fonte” di prova non disciplinata dalla legge. Qui, in effetti, si osserva che non possa considerarsi atipica una prova formata nel processo in violazione delle norme che regolano la formazione delle prove tipiche: al riguardo, in effetti, non si parla di prova atipica equivalente alla prova tipica valida ma di prova nulla ovvero di prova tipica viziata e quindi non utilizzabile⁸⁴.

Da questo punto di vista emerge nuovamente la differenza tra prova atipica sostituiva e prova tipica assunta in modo “irregolare”. Rispetto alla prima, si opina che, poiché le norme processuali stabiliscono solo come debba essere assunta la prova nel processo, qualora vi siano altri modi leciti per acquistare gli stessi elementi di convincimento, questi potrebbero essere opportunamente utilizzati⁸⁵, così da portare a ritenere che non esistano motivi per non ammettere prove atipiche equivalenti a prove tipiche⁸⁶. Per contro, rispetto alla seconda, si afferma che prove tipiche assunte con modalità devianti dovrebbero essere, di norma, ritenute inammissibili, poiché la prova atipica non potrebbe superare un divieto posto dalla legge⁸⁷.

⁸⁴ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 384; ID., *Fatti e prove*, cit., p. 73 ss.; v. p. 75 ss., con riferimento alla c.t.u. eseguita senza fare partecipare le parti alle operazioni peritale e all’assunzione della testimonianza di persona incapace di testimoniare; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 63, considera inutilizzabili in forma atipica prove tipiche viziate da nullità o da cause di inammissibilità; CAVALLONE, *op. cit.*, p. 733, propone l’equazione prova irraturalmente ammessa uguale a prova processualmente inefficace.

⁸⁵ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 386, con riferimento alle dichiarazioni stragiudiziali di terzi.

⁸⁶ Per TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 384, esistono invece argomenti a favore di tale tesi; in tale ottica, se la prova tipica non fosse utilizzabile, si potrebbe ricorrere a quella atipica; l’a., peraltro, mette in evidenza che pochissime prove atipiche potrebbero considerarsi davvero equivalenti a quelle tipiche; G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 181, con riferimento alla testimonianza stragiudiziale.

⁸⁷ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 33; v. anche TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 354 ss., per cui quando la legge prevede un procedimento specifico per la formazione di una prova, questa viene validamente a esistenza solo attraverso le modalità previste dalla legge. La prova formata in violazione delle norme che ne regolano la formazione, dunque, è in linea di principio inutilizzabile perché “nulla o, se si preferisce, illecita”, con la precisazione che questo non implica la totale “chiusura” del sistema legale delle prove né l’impossibilità di impiegare

Rispetto a quanto precede, si deve a questo punto osservare che, in alcuni casi, è la legge stessa a prevedere che il giudice possa compiere attività istruttoria senza rispettare le formalità previste dalla normativa applicabile alle prove tipiche. Così avviene, per esempio, in ambito cautelare, camerale e, per quanto più ci interessa qui, anche nell'ambito dell'istruttoria sommaria del procedimento regolato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. In altre parole, vi sono casi in cui è la legge stessa ad ammettere un'assunzione atipica di prove tipiche.

Per conciliare tale rilievo con la conclusione raggiunta più sopra, si deve estendere il concetto di prova atipica, come variante, anche a eventuali deroghe ai procedimenti legali di acquisizione, da ammettere "solo in quanto la legge espressamente la prevede"⁸⁸; e proprio in quanto ammessa dalla legge, la prova tipica così assunta in modo "deviante" sfugge alla qualifica di prova "illecita"⁸⁹ o "nulla", a condizione però che siano rispettate le garanzie processuali del contraddittorio e del diritto di difesa⁹⁰.

prove formate diversamente. La tassatività del procedimento disciplinato dalla legge sarebbe, infatti, relativa al contesto di applicazione che le è proprio. G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 178 ss., anzi, con riferimento all'ipotesi in cui ci si serve di un procedimento di acquisizione atipico non espressamente previsto dal diritto, parla di prova illecita.

⁸⁸ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 55; LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, cit., p. 1451.

⁸⁹ G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 178 s.

⁹⁰ Per un'analisi più approfondita v. G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 461 ss.; ID., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 180, con riferimento alle prove formatesi in altro processo; v. anche p. 192; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 62; PIRONI, *op. cit.*, p. 264; TARZIA, *op. cit.*, p. 639, riafferma l'indispensabilità del contraddittorio non solo nell'acquisizione della prova atipica preformata al processo ma anche nella formazione della prova stessa, distinguendo tra le prove destinate a formarsi per il processo da quelle che hanno altre funzioni. CAVALLONE, *op. cit.*, p. 698, peraltro, nel contrastare la tesi di Taruffo, sostiene che l'affermazione che il rispetto del contraddittorio sia l'unica condizione limitativa della legittimità dell'acquisizione di prove atipiche nel giudizio civile vuole essere intesa in senso generale e letterale, ma proprio per questo si tratterebbe di un'affermazione erronea e pericolosa, che incoraggerebbe i giudici a perseverare nella già deplorata convinzione che tutto ciò che compare sulla scena del processo debba per ciò solo necessariamente entrare a far parte delle risultanze istruttorie utilizzabili ai fini del giudizio di fatto.

11. *(Segue): l'efficacia delle prove atipiche*

Si deve a questo punto almeno accennare alla *vexata quaestio* dell'efficacia nel processo della prova atipica.

In giurisprudenza, invero, come già si è evidenziato, si registra un approccio molto (e sin troppo) liberale rispetto all'utilizzo e alla valorizzazione nel processo di prove atipiche (che vengono ammesse nel processo sotto forma di prova documentale)⁹¹, in particolare per quanto riguarda prove raccolte o accertamenti peritali compiuti in un diverso giudizio (pure penale)⁹², anche tra parti differenti⁹³⁻⁹⁴, al fine di trarne indizi su cui costruire un ragionamento presuntivo e dunque come elementi di convincimento⁹⁵ (anche in contrasto con

⁹¹ Anche rispetto ai termini decadenziali per la loro produzione in giudizio: così Trib. Reggio Emilia, 3 luglio 2014, in *www.giuraemilia.it*. V. anche Taruffo, *Fatti e prove*, cit., p. 74.

⁹² In materia, di recente, Cass., 22 gennaio 2015, n. 1150, in *La nuova proc. civ.*, 2015, n. 2, 5 febbraio 2015, che ha ribadito che il giudice civile può autonomamente valutare, nel contraddittorio delle parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria, e pure le prove raccolte in un processo penale, ancorché sia mancato il vaglio critico del dibattimento, potendo la parte, del resto contestare, nell'ambito del giudizio civile, i fatti così acquisiti. Nella fattispecie, il riferimento era all'utilizzo, in un procedimento di separazione, ai fini della prova dell'addebitabilità della stessa al marito, delle deposizioni rese contro quest'ultimo in un procedimento penale, anche se non ancora definito. V. pure Cass., 4 giugno 2014, n. 12577, con riferimento alle dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali; Trib. Reggio Emilia, 23 maggio 2013, in *La nuova proc. civ.*, 4 giugno 2013, che utilizza, in sede civile, la relazione redatta, in sede penale, dal consulente del p. m.

⁹³ Critico G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 186, per cui, per il rispetto del contraddittorio, occorre non solo l'identità delle parti ma anche quella del giudice.

⁹⁴ V. i rilievi di MAGGIO, *op. cit.*, p. 629 ss.

⁹⁵ PATTI, *op. cit.*, p. 700, per il quale, qualora nessuna delle norme dedicate ai singoli mezzi di prova risulti applicabile, gli scritti provenienti da terzi o da un processo estinto sarebbero utilizzabili come fatti noti su cui ricostruire il ragionamento presuntivo qualora essi riguardino un fatto diverso da quello ignorato, da dimostrare nel processo, e vengano soddisfatti i requisiti di cui all'art. 2719 c.c.; evidenza il valore probatorio meramente indiziario delle scritture private provenienti da terzi Trib. Trento, 5 maggio 2015, n. 459, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 41, p. 64. Per una critica al linguaggio utilizzato dalla giurisprudenza in questo contesto, G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 231 ss.; a p. 368 ss., l'a. si esprime in senso critico rispetto all'atteggiamento giurisprudenziale che ritiene le risultanze di altri giudizi idonee in modo autonomo a decidere la lite. Per LOMBARDO, *op. cit.*, p. 1464,

prove dello stesso tipo raccolte nel procedimento)⁹⁶ e pure come prova esclusiva⁹⁷⁻⁹⁸.

In alcuni casi, l'impressione è che il giudicante "faticchi" a non valorizzare l'attività lato senso giurisdizionale compiuta in altra sede (e che entra di norma nel processo come "documento", esonerando quindi dal compimento o dalla rinnovazione di attività costituenda), senza necessariamente dare la dovuta considerazione al diritto della parte di partecipare alla formazione della prova che sarà utilizzata contro di lei.

In caso di utilizzo nel processo di risultanze formatesi o raccolte in precedenza in altra sede, senza la sua partecipazione, in effetti, il necessario controllo della parte sulla prova avversaria, di norma, non potrà che avvenire *ex post*. Un controllo solo successivo alla formazione di una risultanza *lato sensu* probatoria, d'altro canto, si presta a essere meno efficace di quello che possa essere compiuto

peraltro quando la giurisprudenza e la dottrina richiamano le figure dell'indizio o dell'argomento di prova non intenderebbero richiamare le dette figure giuridiche in senso tecnico, ma, piuttosto rappresentare che le prove atipiche, per il fatto di essersi formate al di fuori del contraddittorio processuale, vanno valutate dal giudice con particolare cautela e rigore: "In altre parole, il richiamo alle figure dell'indizio o dell'argomento di prova è un richiamo simbolico, che ha funzione meramente pedagogica verso il giudice".

⁹⁶ In materia, Cass., 15 gennaio 2015, n. 569, in banca dati *Pluris*, che cassa la sentenza di merito la quale aveva istituito "una sorta di gerarchia tra le prove testimoniali raccolte negli altri giudizi, ritenute "inferiori", e quelle raccolte nel giudizio, ritenute "superiori", in contrasto con il principio affermato dalla stessa Cassazione, per cui il giudice del merito può utilizzare le prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse o tra altre parti, nel quadro di un'indagine unitaria e organica.

⁹⁷ Cass., 14 maggio 2014, n. 10599, con riferimento al materiale probatorio raccolto in un procedimento penale e alle sentenze emesse in tale sede, ancorché non vincolanti sul piano civile in termine di giudicato. Cass., 15 gennaio 2015, n. 568, in *La nuova proc. civ.*, 2015, fasc. 2, propone una equiparazione tra prove testimoniali raccolte in altri giudizi e prove raccolte nel giudizio. Critiche di G. F. Ricci, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 179.

⁹⁸ Per Cass., sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, anzi, le scritture provenienti da terzi, se, di base, avrebbero valore meramente indiziario, in alcuni casi avrebbero una particolare carica di incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevate: esse dunque non sarebbero relegabili nel novero delle c.d. prove atipiche e in caso di contestazione dovrebbe addirittura essere esperita nei loro confronti la querela di falso. In arg., con rilievi critici, PIRONI, *op. cit.*, p. 252 ss., per cui così ragionando la Corte giunge ad attribuire ad alcuni scritture provenienti da terzi un'efficacia pari a quella della prova legale.

prima e nel corso della formazione di tale risultanza (per esempio, per quanto riguarda la possibilità di evidenziare le contraddizioni di un teste nel momento in cui se ne raccolgono le deposizioni, di valorizzare il linguaggio non verbale del teste nel corso della sua escussione, di chiedere chiarimenti e così via)⁹⁹.

La giurisprudenza non sembra invero prestare particolare attenzione a questi profili. Per esempio, in relazione all'utilizzo come prove atipiche dei verbali delle prove testimoniali assunte in un altro giudizio, si afferma che, rispetto alla garanzia del contraddittorio delle parti, tale materiale debba essere acquisito nel processo in modo che tutte le parti possano conoscerne e argomentare in proposito¹⁰⁰: il che appare sinceramente riduttivo, rispetto ai profili prospettati più sopra.

Al riguardo, occorre fare qualche precisazione.

Che molto materiale istruttorio tipico si "formi" legittimamente senza contraddittorio è un dato certo: il riferimento, in particolare, è alla prova documentale che può essere anche di formazione e provenienza unilaterale. Al riguardo, si afferma che la garanzia del contraddittorio possa operare solo nel processo: il fatto, invece, che elementi di conoscenza si formino fuori dal processo senza il contraddittorio delle parti non può essere una ragione per escluderne l'utilizzazione¹⁰¹. In quest'ottica (e condivisibilmente), il contraddittorio, per le prove che si formano fuori dal processo deve essere attuato quando esse vengono controllate o utilizzate nel processo per l'accertamento dei fatti, prima della loro valutazione¹⁰².

Se quanto precede è vero, bisogna aggiungere, però, che, proprio per dare il giusto peso al contraddittorio nella fase di controllo e di valutazione della prova formatasi fuori dal processo, per quanto

⁹⁹ Per analoghe considerazioni, in merito alle prove testimoniali assunte prima del giudizio "a futura memoria", v. RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 601, a p. 605.

¹⁰⁰ App. Bologna, 6 maggio 2015, n. 810, in www.giuraemilia.it.

¹⁰¹ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 357-8. V. pure QUERZOLA, *op. cit.*, p. 212, che evidenzia come il principio del contraddittorio nella formazione della prova non sia principio costituzionale.

¹⁰² Così TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 357-8; per CHIARLONI, *op. cit.*, p. 868, peraltro, il contraddittorio andrebbe assicurato non tanto nella formazione, quanto nella valutazione delle prove.

riguarda le prove atipiche, si dovrebbe adottare un approccio prudente, in particolare rispetto all'efficacia che a tali prove viene fornita.

Si torna, dunque, al punto da cui le considerazioni che precedono sono partite: ovvero la tendenza giurisprudenziale ad attribuire efficacia di elementi (anche da soli) idonei a formare il convincimento del giudice alle risultanze istruttorie di altri processi. Qui, infatti, le considerazioni della dottrina sopra menzionata rischiano di entrare in corto circuito, se non ulteriormente qualificate.

Se la premessa (condivisibile) è che il contraddittorio debba essere garantito per le prove che si formano nel processo, non si può rinunciare a tale garanzia rispetto a prove formatesi in altri processi, senza il contraddittorio (specifico) con tutte le parti interessate. Il fatto che tali attività costituenti si siano ormai cristallizzate in risultanze documentali, infatti, non fa venire meno la loro essenza ontologica. In questi casi, l'utilizzo della prova atipica non si può trasformare in una scorciatoia per non compiere attività processuale nel rispetto delle regole all'uopo previste (a titolo di esempio, in una causa per risarcimento danni da incidente stradale, il fatto che un testimone oculare sia già stato sentito dal giudice nell'ambito del procedimento penale nei confronti dell'asserito responsabile del danno non esime il giudice civile dall'ammettere la testimonianza dello stesso soggetto nel procedimento per il risarcimento del danno. E ove tale testimonianza non sia richiesta dalla parte interessata (la quale, in ipotesi, si limiti a depositare in giudizio i verbali della prova testimoniale assunta in sede penale), il giudice non potrà dare, alle deposizioni emergenti da quei verbali, la stessa efficacia probatoria delle deposizioni che il teste avrebbe potuto e dovuto rendere alla sua presenza¹⁰⁵.

¹⁰⁵ In effetti, la largheggiante prassi giurisprudenziale di cui si sta parlando in queste pagine riceve notevoli (e giustificate) critiche dalla dottrina la quale mette in evidenza come, per tale strada, si arrivi a violare il disposto dell'art. 310, comma 3°, c.p.c. che viene così a non avere alcuna razionale spiegazione. V., per esempio, TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 633, a p. 643, per il quale bisognerebbe rifiutare fermamente l'idea che la prova possa essere utilizzata per il solo fatto di essere stata raccolta in un processo qualsiasi e da un giudice qualsiasi: tale idea, infatti, appare intimamen-

Di regola, dunque, le prove costituenti assunte in un altro processo dovranno essere rinnovate nel nuovo procedimento, nel contraddittorio tra tutte le parti, salvo che, tra i due giudizi, non vi sia identità soggettiva (poiché, in tal caso, la parte avrebbe esercitato il suo diritto al contraddittorio già nel primo processo)¹⁰⁴.

In ogni caso, è evidente che, nell'ambito di questo controllo *ex post*, la possibilità di contestazione e confutazione dovrà tendenzialmente essere illimitata, così come senza limiti dovrà essere la possibilità per la parte di fare valere prove (anche atipiche) contrarie, per garantire il diritto di difesa.

Sotto questi profili, appare opportuno adottare un approccio prudente e "garantista", che, anche senza arrivare a ritenere che prove atipiche formatesi senza alcun intervento o controllo della controparte siano *ex se* inutilizzabili nel processo, differenzi comunque l'efficacia probatoria delle risultanze atipicamente acquisite agli atti, in base alle relative modalità di formazione e alla provenienza.

te lesiva del principio del contraddittorio e del diritto alla prova. Da questo punto di vista, per l'a., la forma documentale che la prova atipica normalmente assume è del tutto insufficiente a legittimare la sua introduzione nel processo. G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 186. ID., *Le prove atipiche*, cit., p. 409 ss., ritiene anzi che proprio l'art. 310 c.p.c. porti a escludere che le prove raccolte in un processo estinto (con estensione analogica a quelle raccolte in un processo diverso) possano essere qualificate come prove atipiche. Per una analisi recente dell'art. 310, comma 3° c.p.c. v. QUERZOLA, *op. cit.*, p. 19 ss. Rispetto alla valenza probatoria attribuita a decisioni emesse in ambito penale, poi, si mette criticamente in rilievo, l'incompatibilità tra l'approccio liberale dei giudici civili e il disposto dell'art. 654 c.p.p. v. MAGGIO, *op. cit.*, p. 630 ss., particolarmente critica rispetto all'utilizzo, come prova, di un decreto di archiviazione delle indagini preliminari.

¹⁰⁴ Anche per CHIARLONI, *op. cit.*, p. 863, non si potrebbero utilizzare come prove atipiche dichiarazioni di terzi rese in altri processi cui le parti non abbiano partecipato in situazioni che permetterebbero l'audizione di quegli stessi terzi come testimoni. A p. 864, si sostiene pure che il giudizio relazionale di gravità conduce alla conclusione che le presunzioni ricavabili da documenti atipici debbano ritenersi inutilizzabili tutte le volte che siano disponibili al processo le simmetriche prove dirette o rappresentative e invece utilizzabili tutte le volte che questa disponibilità venga a mancare.

Tradizionalmente, giurisprudenza e dottrina riconducono la prova atipica, sul piano dell'efficacia, alle presunzioni semplici¹⁰⁵ ovvero agli argomenti di prova¹⁰⁶. Una dottrina forse più radicale, d'altro canto, ritiene che la prova atipica sarebbe da parificare alla prova nominata quanto alla sua efficacia probatoria, nello spettro del libero convincimento del giudice¹⁰⁷.

¹⁰⁵ In questo senso, CHIARLONI, *op. cit.*, p. 851, per cui le c.d. prove atipiche si connotano essenzialmente come indizi e quindi come fonti di un possibile ragionamento presuntivo a opera del giudice. Contrario FORNACIARI, *op. cit.*, p. 450 ss.; per CAVALLONE, *op. cit.*, p. 707 ss., la prova atipica non sarebbe necessariamente produttiva di indizi, potendo avere indifferentemente come oggetto la verifica di un fatto secondario o principale, esattamente come la prova tipica; critico anche TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 389, per cui, in questo modo, si giunge ad attribuire alla prova atipica comunque un'efficacia probatoria inferiore a quella delle prove tipiche. L'a. ritiene non necessario un collegamento tra prove atipiche e norme sulle presunzioni semplici per giustificare l'ammissibilità delle prime; v. pure G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 312 ss.

¹⁰⁶ V. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite*, cit., p. 708, peraltro critico rispetto sia alla prima che alla seconda posizione; Trib. Reggio Emilia, 1° dicembre 2014, NRG 7430/13; Trib. Reggio Emilia, 3 luglio 2014, in www.giuraemilia.it; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 60; *contra* TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 387 ss., per il quale considerare le prove atipiche come argomenti di prova significa indebitamente limitare il principio del libero convincimento del giudice. Di regola, proprio la struttura della prova atipica escluderebbe che essa serva per valutare l'esito della prova tipica. V. anche G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 314 ss. In particolare, l'a., p. 317 ss., si interroga in merito alla sussistenza di una differenza tra le presunzioni e gli argomenti di prova, arrivando a dare risposta positiva a tale quesito, sulla base del principio per cui non si possa trarre presunzioni da una presunzione; CAVALLONE, *op. cit.*, a p. 712. Per contro, CHIARLONI, *op. cit.*, p. 845, contrasta l'idea che l'argomento di prova abbia efficacia diversa rispetto alla prova libera, sostenendo che l'accadere di argomenti di prova nel corso di un procedimento non possa mai consumare il diritto alla prova delle parti, portando così, per esempio, a legittimare un provvedimento di chiusura dell'assunzione delle prove ai sensi dell'art. 209 ult parte c.p.c. Sulla nozione di argomento di prova, v. di recente, QUERZOLA, *op. cit.*, p. 152 ss.

¹⁰⁷ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 390 ss. L'a. osserva che le tesi volte a limitare l'efficacia delle prove atipiche sono finalizzate a porre limiti ai pericoli di abuso insiti in una giurisprudenza che utilizza le prove atipiche in modo indiscriminato. Così facendo, però, si incrocerebbe una preoccupazione pratica e un'ipotesi teorica, che dovrebbero restare separate; TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 166, afferma, altresì: "Appare tuttavia difficile, se non impossibile, frammentare l'efficacia degli elementi di prova in modo così analitico da distinguere in *minus* l'argomento di prova dall'indizio o dalla fonte di presunzione semplice". V. anche COMOGLIO, *op. cit.*, p.60. Critico GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite*, cit., 2011, p. 712, per cui questa tesi favorirebbe il pieno accertamento della verità nel processo a scapito delle garanzie processuali. V. pure CIVININI, *op. cit.*, p. 194 ss.

Appare peraltro da condividere la tesi per cui, in merito alla valutazione dell'efficacia della prova atipica nel processo, sia impossibile definire una regola generale e astratta valida per ogni diversa ipotesi¹⁰⁸, dovendosi piuttosto distinguere in base alle singole tipologie di prove ricondotte alla categoria¹⁰⁹. E, infatti, considerando la prova atipica come una deroga rispetto a quella tipica, diventa impossibile ricondurre le varie fattispecie a un minimo comune denominatore, dovendo piuttosto verificare se, caso per caso, una specifica regola di assunzione della prova sia o meno vincolante o essenziale¹¹⁰.

Non è questa la sede per compiere un'analisi approfondita della tematica. Mi limiterò dunque a qualche esempio, di maggiore rilevanza rispetto all'ambito della presente trattazione.

Appare, in primo luogo, condivisibile (alla luce delle considerazioni svolte in precedenza) la dottrina alla cui stregua le prove costituite atipiche, formatesi fuori dal contraddittorio, come le testimonianze stragiudiziali o le dichiarazioni scritte di terzi¹¹¹ (salva l'ipotesi della loro non contestazione dalla controparte)¹¹², proprio in ragione del mancato controllo della controparte nella fase della loro formazione, debbano avere efficacia degradata a quella di semplice circostanza valutabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c.¹¹³. Analoghe

¹⁰⁸ Trib. Reggio Emilia, 1° dicembre 2014, NRG 7430/13; Trib. Reggio Emilia, 3 luglio 2014, in *www.giuraemilia.it*; G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 182; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 308 ss., p. 450 ss., ove l'a., p. 451, rileva: "non è possibile individuare un valore da attribuire in modo indistinto alle prove atipiche in generale, giacché (...) l'efficacia dei singoli mezzi è diversa caso per caso". Evidenzia l'impossibilità di dare risposta univoca al dilemma circa la possibilità di applicare la normativa sulle presunzioni a ogni tipo di prova atipica PATTI, *op. cit.*, p. 698. Per CAVALLONE, *op. cit.*, p. 688, è incongruente allineare a guisa di entità omogenee elementi che evidentemente appartengono a piani logici e semantici diversi.

¹⁰⁹ FERRARI, F., *op. cit.*, p. 342.

¹¹⁰ FORNACIARI, *op. cit.*, p. 456 ss., per cui quella della prova atipica sarebbe una "categoria solo in negativo".

¹¹¹ Che G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 229, definisce "una delle ipotesi maggiormente ricorrenti nell'impiego di materiale atipico".

¹¹² G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 414.

¹¹³ G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 184 ss., p. 193.

considerazioni possono valere, per le medesime ragioni, rispetto a prove raccolte o formate in altre sedi, e fuori del contraddittorio delle parti¹¹⁴: di esse, infatti, va negata l'efficacia di prova piena nel diverso processo in cui vengano riutilizzate, a detrimento di chi non abbia potuto interloquire o difendersi previamente in quella diversa sede¹¹⁵. Per la dottrina in esame, che tali prove debbano essere declassificate ad argomenti di prova, d'altro canto, appare diretta conseguenza di quanto previsto dall'art. 310 c.p.c. rispetto all'utilizzo di prove raccolte in un procedimento estinto in un nuovo giudizio tra le stesse parti, sulla base di un ragionamento *a fortiori*¹¹⁶. In effetti, continua la dottrina in esame, se si ritenesse la scrittura proveniente dal terzo idonea a decidere autonomamente la lite, si giungerebbe a equipararla alle testimonianze giudiziali che si formano nel contraddittorio delle parti e al cospetto del giudice¹¹⁷.

Rispetto all'orientamento più liberale che tende a qualificare le prove atipiche sopra menzionate come "indizi" da cui il giudice possa trarre considerazioni presuntive, d'altro canto, a mio avviso

¹¹⁴ In arg., G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 275 ss., il quale evidenzia come il tema presenti "una notevole diversità di sfaccettature".

¹¹⁵ In questi termini COMOGLIO, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁶ V. anche G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 184 ss.; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 360 ss. per cui la recezione di prove raccolte in un altro processo non è in linea con i principi dell'oralità e del contraddittorio. A p. 411, l'a. attribuisce invece agli scritti di terzo l'efficacia di argomento di prova; CAVALLONE, *op. cit.*, p. 716. Per TARZIA, *op. cit.*, p. 642, d'altro canto, proprio dal disposto dell'art. 310, comma 3° c.p.c. si potrebbe desumere che le prove raccolte in un qualunque processo possano essere valutate in un altro processo subordinatamente alla partecipazione del soggetto, contro il quale la prova è invocata, al processo, nel quale essa si è formata, o quanto meno al fatto che in tale processo egli sia stato posto in condizione di intervenire, garantendo dunque un contraddittorio effettivo o quanto meno potenziale. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 839, dal canto suo, dubita che l'art. 310, comma 3° c.p.c. si applichi alle prove legali costituite formate nel processo estinto.

¹¹⁷ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 411 ss.; PIRONI, *op. cit.*, 260. Per una posizione più "flessibile" v. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 360, per cui è corretto ritenere che una dichiarazione testimoniale stragiudiziale sia meno sicura della testimonianza assunta in giudizio, ma la sola conseguenza ragionevole è che quella dichiarazione dovrà essere valutata con maggior cautela proprio perché non controllata nel corso della sua formazione.

dovrebbero comunque trovare applicazione rigorosa i criteri posti dall'art. 2 c.c., in particolare per quanto riguarda la "concordanza" degli indizi: da intendere come esigenza che, per formare il convincimento del giudice non possa bastare un solo indizio, costituito da una prova atipica come quelle di cui si sta discorrendo in queste righe (per esempio, le prove raccolte in un altro giudizio tra parti diverse)¹¹⁸.

Anche alla perizia stragiudiziale di parte, la tesi che qui si condivide tende a riconoscere l'efficacia di mero argomento di prova¹¹⁹, così come agli accertamenti dei fatti riportati in una consulenza, anche giudiziale¹²⁰.

Rispetto alla consulenza raccolta in altro processo, tra parti diverse, d'altro canto, l'impossibilità per una delle parti di avvalersi di un proprio consulente di parte per contribuire alla formazione del convincimento del perito d'ufficio (e, quindi, in via indiretta, del giudice), induce a prudenza nella relativa valorizzazione, apparendo opportuno rinnovare le operazioni peritali, ove possibile, nel rispetto di tutte le garanzie processuali.

Normale efficacia probatoria, invece, si ritiene debba essere attribuita alla testimonianza stragiudiziale proveniente da pubblico funzionario nell'espletamento della sua attività pubblicistica¹²¹, per l'autorevolezza della fonte di tale testimonianza¹²².

¹¹⁸ V. anche le osservazioni di Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 234.

¹¹⁹ Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 260 ss. che osserva (p. 263) che tale irrilevanza istruttoria in senso propria deriva dal fatto che non si possa essere parte e teste nello stesso tempo. Sulla oscillante giurisprudenza in materia, LOMBARDO, *op. cit.*, p. 1455, che osserva come si passi da una sostanziale irrilevanza al valore di prova indiziaria.

¹²⁰ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 419. G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 188 ss., fa salva la possibilità di attribuire agli accertamenti di fatto risultanti da una consulenza tecnica lo stesso carattere di quelli che può fare il giudice attraverso l'attività ispettiva, con la conseguenza di attribuire loro l'efficacia propria delle indagini ispettive.

¹²¹ G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit. p. 184 ss.

¹²² Per maggiori dettagli sulla diversa efficacia probatoria di processi verbali, certificazioni amministrative e atti di notorietà v. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 236 ss. e p. 434 ss.; LOMBARDO, *op. cit.*, p. 1454.

Efficacia superiore a quello degli argomenti di prova¹²³ viene poi autorevolmente attribuita¹²⁴ anche alla valutazione dei fatti compiuta da un altro giudice, in una sentenza, così come agli accertamenti di fatto risultanti da una consulenza tecnica, cui si attribuisce lo stesso carattere di quelli che può fare il giudice attraverso l'attività ispettiva, con la conseguenza di attribuire loro l'efficacia propria delle indagini ispettive¹²⁵.

Come viene evidenziato, inoltre, alcune prove atipiche possono avere un valore probatorio anche superiore a quello dei normali mezzi tipici, come nel caso delle indagini ematologiche o del d.n.a., purché ne sia garantito il controllo da parte del giudice¹²⁶ e, si può aggiungere, si siano svolte con piena garanzia della provenienza dei campioni raccolti ed esaminati. D'altro canto, quella qui in esame è una prova atipica che, di norma, si forma, direttamente nel processo, nel contraddittorio tra le parti: essa, dunque, non pone problemi rispetto alla sua provenienza e alle modalità della sua formazione. Si potrebbe discutere in merito alla giurisprudenza che, dal rifiuto della parte di sottoporsi a tale indagini, trae, in sostanza, conclusioni facenti piena prova contro la parte stessa, ma si tratta di un problema diverso, che non è il caso di affrontare qui.

Infine, si deve menzionare l'efficacia della prova "deviante", assunta con modalità diverse da quelle previste dalla legge nei casi espressamente previsti dalla legge stessa.

¹²³ Sulla controversa questione dell'efficacia istruttoria dell'argomento di prova, v. di recente Taruffo, in *Poteri del giudice*, in *Commentario del c.p.c.*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2011, p. 562 ss., che dà conto dell'orientamento giurisprudenziale che nega che esso possa essere considerato una *probatio inferior*. Per l'a., p. 566: "l'argomento di prova potrà o non potrà essere da solo sufficiente a dimostrare la verità o la falsità di un enunciato di fatto, a seconda del grado di conferma che l'inferenza attribuisce alla conclusione che riguarda quell'enunciato".

¹²⁴ V. ampiamente G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 419.

¹²⁵ G. F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, cit., p. 188 ss.

¹²⁶ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 397 ss.; p. 279 ss.; sulla garanzia del contraddittorio nell'assunzione della prova scientifica v. di recente AULETTA, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti di acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 467 ss.

Tali prove si formano nello stesso processo in cui debbono essere valutate, nel rispetto del principio del contraddittorio e di difesa delle parti. La controparte, in particolare, avrà avuto la possibilità di contrastare tale prova nella fase di ammissione e di fare valere, contro di essa, eventuali prove contrarie.

Salvo dunque che sia la legge stessa ad attribuire alla prova deviante un'efficacia probatoria peggiore (come può ritenersi, per esempio, per la prova assunta in sede cautelare, rispetto al suo utilizzo nella fase di merito), non sussistono ragioni per valutare una prova deviante in modo diverso rispetto alla corrispondente prova assunta nel rigido rispetto delle forme previste dalla legge. A titolo di esempio, le dichiarazioni di un testimone raccolte senza la previa formulazione dei relativi "capitoli" non sono per ciò solo meno precise, attendibili, o veritiere. Esse dunque saranno liberamente valutabili allo stesso modo delle dichiarazioni del medesimo testimone a risposta su capitoli specifici, secondo il modello legale.

12. *(Segue): tirando le fila: istruzione sommaria e prove atipiche*

Possiamo a questo punto cercare di distillare il succo dei ragionamenti che precedono per analizzare il ruolo della prova atipica nell'istruttoria sommaria in quanto deformalizzata.

Per alcuni, le prove atipiche sarebbero inutilizzabili non solo nella cognizione ordinaria ma anche nei procedimenti a cognizione sommaria aventi a oggetto diritti soggettivi o *status* e che siano destinati a concludersi con provvedimenti idonei al giudicato (come appunto quello qui in esame)¹²⁷. Altri, per contro, pur ritenendo che

¹²⁷ GRAZIOSI, *Usi e abusi*, cit., p. 725. In particolare, CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 227, ritiene che tale approccio debba essere seguito nel contesto che ci riguarda, al fine di fissare stabilmente tale giudizio sommario ai principi generali che regolano la cognizione piena, evitando la discrezionalità del giudice nell'uso di fonti atipiche di conoscenza, la possibilità per quest'ultimo di dare peso a prove innominate alla cui formazione le parti sono rimaste estranee, l'impossibilità della parte di predisporre una propria linea difensiva perché in balia delle iniziative non preventivamente tipizzate dal giudice e,

le prove atipiche non siano utilizzabili nel procedimento ordinario, opinano che lo siano nella cognizione semplificata¹²⁸.

In queste pagine, d'altro canto, mi sono espresso a favore di un utilizzo (controllato) delle prove atipiche nel processo ordinario, nel rispetto dei limiti di ammissibilità previsti dalla legge sostanziale per la prova di determinati fatti e, sul piano processuale, del diritto al contraddittorio e alla prova contraria. Nelle pagine che precedono, inoltre, ho rilevato come nella istruttoria sommaria/semplificata la distribuzione dell'onere probatorio non subisca variazioni, i limiti di ammissibilità della prova non cambino rispetto al modello codicistico e lo *standard* valutativo del giudice resti quello del suo prudente apprezzamento: ciò vuol dire che, sul piano dell'utilizzabilità e dell'efficacia della prova nulla cambia, in termini generali, in questo contesto rispetto a quello del procedimento ordinario.

Il corollario di quanto procede è che nell'istruttoria deformalizzata le prove atipiche saranno utilizzabili con gli stessi limiti e gli stessi effetti dell'istruzione ordinaria¹²⁹, respingendo la tesi per cui, in questo ambito, la prova atipica dovrebbe trovare uno spazio più ampio.

Sul piano operativo, è realistico che, nel procedimento instaurato ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c. si faccia un utilizzo massiccio di prove atipiche documentali da parte del ricorrente, onde evitare il mutamento di rito¹³⁰. Questo, però, non ha come conseguenza un

peggio ancora, nella totale ignoranza della regola di giudizio di cui si farà applicazione; per l'a. si deve evitare che la decisione del giudice sia mantenuta sul piano irrazionale delle sensazioni probabilistiche e ipotetiche che scaturiscono dalla sola allegazione delle parti.

¹²⁸ Per esempio, per TISCINI, *op. cit.*, p. 260, le prove atipiche non sarebbero utilizzabili nel rito ordinario, ma lo sarebbero qui.

¹²⁹ V. pure le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena, a favore della utilizzabilità di prove tipiche o atipicamente assunte. V. anche M. FABIANI, *Semplificazione dei riti il modello sommario*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 206; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 124; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 616.

¹³⁰ Così PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 273. L'a., p. 279 s. prospetta il massiccio utilizzo di *affidavits*. Per una fattispecie, v. Trib. Sulmona, 6 ottobre 2010, in *Giur. mer.* 2011, p. 1246, che, in relazione a un sinistro stradale, utilizza per la decisione sul danno all'auto la relazione redatta

abbassamento dello *standard* probatorio o una diminuzione delle garanzie che il corrispondente modello tipico offre¹⁵¹ e in particolare in una violazione del principio del contraddittorio¹⁵².

La prova atipica, peraltro, nel procedimento sommario assume una connotazione particolare laddove, come si è visto, il concetto stesso di istruzione sommaria autorizza l'assunzione deformalizzata dei mezzi di prova tipici¹⁵³.

Nel procedimento sommario, dunque, per definizione, la prova costituenda tipica verrà assunta "atipicamente" nell'ambito del medesimo procedimento in cui deve essere esaminata e valutata. Questo però, come si è visto *supra*, avviene in conformità a quanto previsto dalla legge, salvando la prova deviante assunta in modo deformalizzato nell'istruttoria sommaria da ogni profilo di nullità o di inammissibilità.

Ovviamente, rispetto a tale attività, devono comunque essere garantiti il principio del contraddittorio e il diritto di difesa¹⁵⁴: anzi, tali garanzie, nel procedimento sommario potrebbero essere addirittura maggiori, rispetto al processo ordinario, ove si valorizzi, come prospettato in questo scritto, il principio di collaborazione tra parti e giudice nella preparazione e nello svolgimento dell'istruttoria deformalizzata.

dai vigili urbani intervenuti per accertare il sinistro, le copie relative all'acquisto dei pezzi dell'automobile e le fotografie relative al sinistro. Nella fattispecie, peraltro, il resistente non aveva contestato la responsabilità in merito alla causazione del sinistro né aveva contestato in modo specifico le modalità di quantificazione dei danni.

¹⁵¹ Anche per PORRECA, *op. cit.*, p. 283, si applica l'art. 246 c.p.c. rispetto allo scritto del terzo incapace a testimoniare. Alla luce delle conclusioni raggiunte nel testo, non si può condividere BESO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 725, nota 35, là dove afferma che, trattandosi non di derogare al principio di disponibilità ma di stabilire una modalità di assunzione di un mezzo di prova, si potrebbe qui disporre anche senza l'accordo delle parti l'assunzione della dichiarazione in forma scritta *ex art. 257-bis c.p.c.* Allo stesso modo, non è condivisibile il rilievo di TEDOLDI, *op. cit.*, p. 598, per cui nell'istruttoria sommaria siano di più frequente utilizzo le dichiarazioni sottoscritte dai testimoni e ricevute dal difensore della parte, senza il rispetto delle formalità della testimonianza scritta.

¹⁵² FORNACIARI, *op. cit.*, p. 457.

¹⁵³ PORRECA, *op. cit.*, p. 283, consente in via generale la modalità di acquisizione atipica della prova, salvo il rispetto del contraddittorio.

¹⁵⁴ Su tali profili v. Taruffo, *Fatti e prove*, cit., p. 74.

13. *Altri aspetti di sommarietà del procedimento: rapporti con gli istituti generali del processo*

Alla trattazione della causa, l'art. 702-ter c.p.c. non dedica molta attenzione, concentrandosi sull'attività istruttoria in senso stretto e sulla decisione. Per capire, dunque, come si dipani il procedimento semplificata da una fase all'altra, l'interprete deve ancora una volta prendere a riferimento la frase del comma 5° della norma, per cui il giudice deve omettere ogni formalità non indispensabile al contraddittorio.

La natura sommaria del procedimento qui in esame, in effetti, si estende a ogni aspetto del procedimento stesso, superata la fase degli atti iniziali.

Nella normalità dei casi, dunque, dopo l'esaurimento dell'attività istruttoria in senso stretto, si potrà passare alla discussione e alla decisione della causa senza soluzione di continuità e magari nell'ambito della stessa udienza.

Come già si anticipato, peraltro, per quanto non espressamente previsto dall'art. 702-ter c.p.c., la trattazione del rito sommario resta soggetta alle regole generali e alle disposizioni previste per il rito ordinario, in quanto compatibili¹⁵⁵.

Sicuramente tali, a mero titolo esemplificativo, appaiono le norme sulla successione del diritto controverso in corso di causa, sull'interruzione o sull'estinzione del processo¹⁵⁶.

Al riguardo, tuttavia, si sono registrati contrasti in merito all'applicazione, in questo ambito, degli artt. 181 o 309 c.p.c.: un'ordinanza del Tribunale di Verona¹⁵⁷ l'ha esclusa (peraltro con riferimento alla prima udienza sommaria, prima della decisione sulla scelta di rito), affermando che una tale applicazione implicherebbe una im-

¹⁵⁵ Anche per BIAVATI, *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2168, a p. 2171, considerato che il sommario è uno dei tre modelli di rito, gli si deve riconoscere la "capacità di includere tutti gli istituti del rito ordinario, a condizione che ciò non trovi ostacolo o nel testo delle norme o comunque nella finalità dell'istituto, di regolare situazioni che non richiedano un'istruttoria non complessa".

¹⁵⁶ PORRECA, *op. cit.*, p. 269; BALENA, *op. cit.*, p. 814.

¹⁵⁷ Trib. Verona, 11 gennaio 2012, ord., in *www.ilcaso.it*.

plicità (ma impropria) sostanziale chiusura della fase sommaria non già in ragione dell'accertata necessità di una cognizione piena bensì in virtù di un mero evento accidentale, rappresentato, in questa ipotesi, dalla mancata comparizione delle parti¹³⁸.

Questa soluzione (che pare escludere la possibilità di “completare” la disciplina del rito qui in esame con le norme del procedimento ordinario in quanto compatibili) non merita approvazione. A tacer d'altro, l'immediata estinzione del processo, prima di decidere in merito alla scelta di binario istruttorio, appare contraria all'economia processuale: la fine prematura del processo, infatti, non impedisce, in ipotesi, la rinnovazione della domanda. D'altro canto, come spesso si è osservato, il rito sommario, pur essendo improntato alla celerità, non ha l'urgenza tra i propri presupposti. Non vi è dunque motivo per escludere l'applicazione dei meccanismi di cui agli artt. 181 e 309 c.p.c.¹³⁹. Se poi il giudice ritiene opportuno chiudere il procedimento in tempi rapidi, ben potrà fissare l'udienza successiva a distanza di pochi giorni.

Rispetto alla sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c., la Cassazione¹⁴⁰ ha affermato che tale istituto sarebbe in-

¹³⁸ Nella fattispecie, il giudice veneto ha pronunciato l'immediata estinzione del giudizio, soluzione ritenuta più aderente alle caratteristiche di speditezza del rito sommario. Nello stesso senso si orienta parte della dottrina: v. GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 840.

¹³⁹ Così pure CATALDI, *op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁰ Cass., 2 gennaio 2012, n. 3, ord., in *Giur. it.*, 2012, p. 2326, approvata da TRISORIO LIUZZI, *Il procedimento sommario di cognizione e la sospensione per pregiudizialità*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 157 ss. Così anche Cass., ord., 27 ottobre 2015, n. 21914 (rv. 637590), per cui, qualora nel corso di un procedimento introdotto con il rito sommario di cognizione insorga una questione di pregiudizialità rispetto ad altra controversia, che imponga un provvedimento di sospensione necessaria, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., o venga invocata l'autorità di una sentenza resa in altro giudizio e tuttora impugnata, ai sensi dell'art. 337, comma 2°, c.p.c., si determinerebbe la necessità di un'istruzione non sommaria e, quindi, il giudice dovrebbe, a norma dell'art. 702-ter, comma 3°, c.p.c., disporre il passaggio al rito della cognizione piena. Ne consegue che, nell'ambito del rito sommario, sarebbe illegittima l'adozione di un provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. o dell'art. 337, comma 2°, c.p.c. Conf., con riferimento alla sospensione del giudizio a seguito della proposizione di una questione di legittimità costituziona-

compatibile con la forma sommaria del procedimento qui in esame. Nelle parole della suprema Corte, infatti, la sospensione del processo andrebbe presa “*all’esito di un’istruzione non sommaria, in modo che sia garantito il contraddittorio sull’esistenza o meno della sospensione secondo le forme della cognizione*”¹⁴¹. Anche tale orientamento non appare condivisibile, almeno come regola generale.

In effetti, il richiamo alla garanzia del contraddittorio appare poco azzeccato, dal momento che non si può dubitare che su qualsiasi questione, sollevata dalle parti o dal giudice, anche nel rito sommario si debba garantire la pienezza del confronto, senza alcuna attenuazione delle garanzie.

La Cassazione, peraltro, per quanto senza una presa di posizione espressa, nella decisione in esame sembra muovere della premessa che quello qui in esame sia un procedimento sommario sul piano della qualità dell’istruttoria e non rispetto alla semplificazione del rito: si tratta, in effetti, di una premessa non condivisibile e che realisticamente inficia le conclusioni della Corte¹⁴². Ciò chiarito, non si può dare per scontato che la sospensione del processo per pregiudizialità necessaria richieda sempre e comunque accertamenti istruttori incompatibili con la semplificazione che caratterizza questo rito¹⁴³. Di norma, in effetti, il giudice si pronuncia al riguardo sulla base delle prospettazioni delle parti, allo stato degli atti, in ragione dell’affermato rapporto di connessione esistente tra le domande proposte nei due procedimenti concorrenti¹⁴⁴. Ovviamente, ove l’accertamento di tale connessione richieda il compimento di

le di una norma applicabile alla fattispecie, Trib. Catanzaro, 16 dicembre 2017, ord., in *La nuova proc. civ.*, 2018, fasc. 1. V. in materia ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, 314 ss.

¹⁴¹ Così pure TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, p. 160.

¹⁴² In questo senso anche COSSIGNANI, *Della sospensione per pregiudizialità del procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2329.

¹⁴³ V. però TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, p. 161.

¹⁴⁴ A conclusioni analoghe giunge COSSIGNANI, *op. cit.*, p. 2329 ss., per cui “se il giudizio contenzioso deve essere sospeso per pregiudizialità, lo sarà indipendentemente dalle norme che ne regolano il rito”. V. pure BECHIS, in *Giur. it.*, 2012, p. 2333.

specificata attività istruttoria, il giudice potrà tendere a disporre il mutamento di binario; nei casi in cui tale istruttoria non sia necessaria, invece, nulla sembra ostare all'ammissione della sospensione anche nel contesto sommario su cui il ricorrente ha inteso instradare il suo procedimento.

Ciò che resta incontrovertito è che lo *standard* cui il giudice deve fare riferimento per decidere se sospendere o meno il processo non è meno rigido qui rispetto al processo ordinario, dovendosi comunque verificare l'idoneità della decisione emessa nel procedimento pregiudiziale a vincolare la decisione da pronunciarsi nel procedimento asseritamente dipendente¹⁴⁵.

Piuttosto, ci si deve domandare se, sul piano funzionale, abbia senso mettere in *standby* a tempo indeterminato un procedimento concepito per giungere in tempi rapidi alla decisione sul merito: al riguardo, non può non osservarsi che, dalla automatica conversione di rito, il ricorrente non conseguirebbe comunque alcuna accelerazione dell'*iter* processuale. Né, come si è visto ampiamente, l'urgenza del decidere è un presupposto di ammissibilità del procedimento sommario¹⁴⁶⁻¹⁴⁷.

Appare preferibile, dunque, una soluzione meno rigida di quella prospettata dalla Cassazione, anche per evitare che l'automatismo nel mutamento di rito configurato dalla Corte incoraggi il convenuto a sollevare eccezioni infondate e pretestuose¹⁴⁸: nell'ottica qui proposta, dunque, il giudice può sospendere la causa anche

¹⁴⁵ V. anche COSSIGNANI, *op. cit.*, p. 2329, per cui non è concesso al giudice adito *ex art. 702-bis c.p.c.* pronunciare la sospensione sulla base del mero riscontro del *fumus* della sussistenza dei presupposti richiesti per l'applicazione dell'art. 295 c.p.c.

¹⁴⁶ V. anche BECHIS, *op. cit.*, p. 2333.

¹⁴⁷ Su analoghi rilievi, BECHIS, in *Giur. it.*, 2012, p. 2335, osserva che l'art. 295 c.p.c. favorirebbe addirittura il procedimento sommario, dal momento che, lasciando al giudice concorrente la decisione sulla causa pregiudiziale, verrebbe implementata la semplicità istruttoria della causa dipendente. Va peraltro condivisa l'opinione di chi opina che, alla sospensione del procedimento sommario, dovrebbero preferirsi soluzioni che, pur comportando il mutamento di binario istruttorio, potrebbero evitare comunque la sospensione, come, per esempio, la riunione tra causa principale e causa dipendente: In questo senso COSSIGNANI, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁸ Su questo profilo anche BECHIS, *op. cit.*, p. 2335.

alla prima udienza sommaria, senza disporre conversioni di rito, qualora tale decisione possa essere presa sulla base delle risultanze in atti.

Anche il regolamento di giurisdizione appare compatibile con il procedimento sommario, come ha ritenuto pure la Cassazione¹⁴⁹. In linea, generale, infatti, non è un ostacolo all'ammissibilità di tale regolamento il fatto che il procedimento di primo grado possa trovare definizione nelle more della pronuncia della Cassazione in punto di giurisdizione¹⁵⁰.

¹⁴⁹ V. Cass., sez. un., 10 luglio 2012, n. 11512, ord., in banca dati *Pluris*, per cui l'adozione del rito sommario non esclude la natura cognitiva e non cautelare del procedimento. In questo senso anche, per quanto *obiter dictum*, Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19674, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1586, con adesione, *in parte qua*, di GUARNIERI, *Fase sommaria del rito Fornero e proponibilità del regolamento di giurisdizione e competenza*, *ivi*, p. 1597.

¹⁵⁰ Di recente, in effetti, la Cassazione Sez. un., 20 giugno 2014, n. 14014, ord., si è pronunciata su un regolamento di giurisdizione dopo che il procedimento di primo grado avanti al Tribunale di Udine (che non aveva sospeso il giudizio) era stato deciso con sentenza di rigetto della domanda per difetto di giurisdizione, passata pure in giudicato formale. Al riguardo, la Corte ha richiamato i propri precedenti, alla cui stregua, dopo la proposizione del regolamento di giurisdizione, la sentenza emessa nelle more dal giudice di merito, ancorché eventualmente passata in giudicato, è condizionata alla conferma del potere giurisdizionale di detto giudice ed è, dunque, inidonea a far venire meno l'interesse del ricorrente a vedere accolto il proprio ricorso per regolamento di giurisdizione, sul quale la Corte è comunque tenuta a provvedere. In questo senso, v. per esempio Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 905, in *Foro it.* 2000, I, c. 2588, che, rispetto alla decisione eventualmente pronunciata in primo grado (e ancorché passata in giudicato), parla di "sentenza condizionata, nel senso che, ove la decisione della Corte suprema di Cassazione sia di segno contrario a quello ritenuto o presupposto dal giudice di merito, la sentenza di quest'ultimo, sia sulla giurisdizione che sulle questioni logicamente successive, risulterà priva di effetto, a nulla rilevando che tale sentenza non sia stata impugnata, atteso che impone alla parte di impugnarla solo per conservare il diritto alla decisione sulla questione di giurisdizione significherebbe costruire la disciplina del regolamento su di un uso strumentale dell'impugnazione". Sui rapporti tra processo di merito non sospeso e regolamento di giurisdizione v. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, p. 301 ss., che osserva, p. 303: "Se il legislatore legittima la prosecuzione dell'attività giurisdizionale del giudice di merito da una parte e il regolamento di giurisdizione dall'altra, deve necessariamente ritenersi che i due producano effetti nei relativi ambiti e che non prevalga la sentenza del giudice di merito rispetto alla decisione emessa dalle Sezioni Unite".

Va segnalato che la Corte raggiunge una soluzione diversa per l'ipotesi in cui nel processo di merito si sia verificata un'ipotesi di estinzione del procedimento

Per quanto poi riguarda la possibilità di sospendere il giudizio sommario ai sensi dell'art. 367 c.p.c., senza previamente convertire il rito, valgono alcune considerazioni già esaminate per l'ipotesi di sospensione *ex art.* 295 c.p.c.¹⁵¹. Anzi, tale sospensione è *a fortiori* esterna e preliminare rispetto alla valutazione del giudice circa la natura sommaria dell'istruttoria.

La tesi per cui opererebbe conversione "automatica" non è imposta dalla legge, non produce alcun beneficio, frustra l'economia processuale e la ragionevole durata del processo e incoraggia condotte ostruzionistiche della parte interessata a ritardare la decisione della lite¹⁵².

È pure compatibile con l'istruttoria sommaria del procedimento *ex art.* 702-bis c.p.c. l'accertamento sulla effettività e la permanenza delle condizioni previste per poter godere del patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'art. 127 d.p. r. n. 115 del 2002: tale accertamento può essere infatti svolto in tempi relativamente contenuti¹⁵³.

14. *(Segue): rito sommario, ordinanze anticipatorie di condanna, provvedimenti cautelari: questioni di (in)compatibilità*

Vengono sollevati dubbi rispetto alla compatibilità tra il rito sommario e le ordinanze anticipatorie di condanna, tra chi si esprime a favore della piena compatibilità¹⁵⁴ e quanti si pongono su po-

o sia cessata la materia del contendere o via sia stata rinuncia all'azione, successivamente alla proposizione del regolamento ma prima della sua decisione. Qui, infatti, viene correttamente prospettata l'inammissibilità del regolamento per sopravvenuto difetto di interesse ad agire: cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 30 giugno 2008, n. 17776, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 6, p. 1043; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26734; Cass., sez. un., 30 maggio 2005, n. 11328, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5.

¹⁵¹ V. pure RENZI, *Ammissibilità e disciplina del regolamento di giurisdizione nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 577 ss.

¹⁵² RENZI, *op. cit.*, p. 581 ss., per cui, p. 592, il giudice potrebbe doversi trovare a cambiare il rito istruttorio qualora l'istruttoria da compiersi ai fini dell'eventuale sospensione *ex art.* 367 c.p.c. si palesi come non sommaria.

¹⁵³ Trib. Verona, 22 dicembre 2015, ord., in *www.ilcaso.it*.

¹⁵⁴ PORRECA, *op. cit.*, p. 257.

sizioni antitetiche, sul rilievo che, nella pratica, la pronuncia delle ordinanze anticipatorie causerebbe un rallentamento più che un'accelerazione dei tempi di giudizio¹⁵⁵.

Al riguardo, si può osservare che, almeno in linea teorica, il rito sommario sembra compatibile con la pronuncia di un'ordinanza per il pagamento di somme non contestate o di un'ordinanza-ingiunzione (artt. 186-*bis* e *ter* c.p.c.)¹⁵⁶. Nella prassi, d'altro canto, considerata la semplicità istruttoria della causa, la parte potrebbe avere interesse alla pronuncia di tali provvedimenti interinali (peraltro scarsamente utilizzati già nel rito ordinario) solo qualora l'*iter* procedurale fosse destinato a dipanarsi in una serie di due o tre udienze.

Incompatibile è invece per definizione l'ordinanza post-istruttoria dell'art. 186-*quater* c.p.c.¹⁵⁷: tale rimedio, infatti, mira a sostituirsi alla sentenza, dopo la chiusura dell'istruttoria. Esso è, dunque, inutile qui, ove strutturalmente il giudice, esauriti gli incombeni istruttori, deve invitare le parti a discutere la causa ed emettere la sua decisione (con la medesima forma dell'ordinanza).

Sempre in linea teorica, nel corso di un rito sommario non si può escludere la possibilità di presentare un ricorso cautelare¹⁵⁸. Se

¹⁵⁵ TISCINI, *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁶ *Contra* SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 477-8.

¹⁵⁷ V. pure SANTANGELI, *op. cit.*, p. 444, 478.

¹⁵⁸ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 52; BALENA, *op. cit.* 9, p. 814, nota 89; SANTANGELI, *op. cit.*, p. 444; METAFORA, *L'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 835; CATALDI, *op. cit.*, p. 57; per una fattispecie favorevole v. Trib. Napoli, 2 luglio 2015, *decr.*, in *La nuova proc. civ.*, 5 luglio 2015, per quanto in una controversia in cui l'applicazione del rito sommario era obbligata ex lege (in materia elettorale). In senso difforme, si è espressa l'opinione della inammissibilità di una istanza cautelare nel procedimento sommario: indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena; Trib. Nola, 8 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*, per cui, ipotizzando la percorribilità di istanze cautelari all'interno del rito sommario si finirebbe per legittimare una risposta emergenziale di tipo sommario alla domanda di giustizia. Nella fattispecie, peraltro, il giudice ha deciso all'esito di una sola udienza, su basi documentali. Per un commento critico a tale decisione v. IZZO, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*, per la quale, p. 7, nessuna incompatibilità può riscontrarsi tra tutela cautelare e rito som-

è vero che, come pure è stato evidenziato, la possibilità di decidere la causa in un'unica udienza incide sul *periculum in mora* di un'istanza cautelare¹⁵⁹, alle dovute condizioni, anche i tempi concentrati di tale procedimento potrebbero mettere in pericolo l'efficacia della decisione o l'esistenza del diritto. Per esempio, nelle more dell'instaurazione del contraddittorio, potrebbe sorgere il bisogno ineludibile di concedere una misura conservativa sul patrimonio del convenuto.

In giurisprudenza, si è escluso il ricorso al rimedio di cui all'art. 700, sul piano della mancanza del presupposto dell'atipicità della tutela, qualora si possa utilizzare un altro strumento processuale che assicuri in tempi brevi il medesimo risultato, identificato, nella fattispecie, appunto nel giudizio sommario di cognizione qui in esame¹⁶⁰.

Alla luce delle conclusioni cui si giunge nel presente lavoro, peraltro, si deve dubitare che si tratti di una soluzione corretta. La sommarietà della cognizione nel rito *ex art. 702-bis c.p.c.* è ontologicamente diversa da quella che caratterizza la tutela cautelare. In generale, inoltre, il rito sommario non ha come presupposto l'urgenza del decidere. Va poi considerato che ogni procedimento iniziato come sommario possa essere convertito al binario ordinario. In un simile contesto, dunque, non appare possibile sostenere che vi sia omogeneità funzionale tra ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* e ricorso per provvedimento d'urgenza, tale da rendere il secondo inammissibile per difetto di sussidiarietà.

In altre parole, il rito (e, più in generale, l'istruttoria) sommaria in quanto deformalizzata, non costituisce, di regola, un rimedio tipico rispetto al quale venga meno la sussidiarietà atipica del

mario di cognizione, attesa l'idoneità al giudicato sostanziale dell'ordinanza che lo conclude, la piena alternatività di esso al rito ordinario e la circostanza che la cognizione semplificata, e per ciò celere, non dipende da ragioni d'urgenza ma dalla valutazione delle caratteristiche della controversia.

¹⁵⁹ Izzo, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁰ Trib. Nola 29 gennaio 2013, ord., in *La nuova proc. civ.*, 2014, 2, con riferimento a una controversia a natura prettamente documentale, il quale mette in risalto l'idoneità del procedimento sommario a giungere in tempi rapidi alla formazione di una pronuncia definitiva; v. pure Trib. Napoli, 28 giugno 2017, ord., in www.expartecreditoris.it.

provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., dal momento che esso, salve ipotesi procedurali particolari, da verificare caso per caso, non costituisce, di per sé, uno strumento idoneo a prevenire o a impedire il verificarsi di danni imminenti e irreparabili.

La proposizione di un'istanza cautelare in corso di lite, d'altro canto, tendenzialmente aumenta il grado di complessità della causa, ma non, si osserva, sul piano istruttorio, attese le già evidenziate differenze tra l'istruttoria cautelare e quella del procedimento sommario¹⁶¹.

Nulla esclude, infine, che il procedimento possa estinguersi senza una decisione finale, in applicazione delle norme ordinarie.



¹⁶¹ V. anche IZZO, *op. cit.*, p. 7 ss., per cui la domanda cautelare potrebbe pure essere inserita in seno al ricorso introduttivo del giudizio, rispondendo tale atto “alla prescrizione di forma di cui all’art. 669-bis”; v. anche CATALDI, *op. cit.*, p. 57.

CAPITOLO QUATTORDICESIMO

LA DECISIONE

SOMMARIO: 1. Aspetti di deformalizzazione della fase decisoria. – 2. La decisione: questioni di forma. – 3. L'ordinanza che chiude il giudizio: contenuto ed effetti. – 4. Sono ammesse ordinanze non definitive in questo contesto? – 5. L'autorità dell'ordinanza: giudicato *secundum eventum litis*? – 6. Un'ordinanza figlia di un effetto preclusivo minore?

1. *Aspetti di deformalizzazione della fase decisoria*

Continuando l'analisi delle caratteristiche procedurali dell'istruttoria sommaria in quanto semplificata, si deve a questo punto esaminare le peculiarità della fase decisoria del procedimento, a sua volta improntata all'omissione di ogni formalità non indispensabile al contraddittorio, in conformità al disposto dell'art. 702-ter c.p.c.¹.

Il primo elemento differenziale in questo contesto è quello per cui, dopo la chiusura dell'istruttoria in senso stretto, non è necessaria la fissazione di una successiva udienza di precisazione delle conclusioni². In altre parole, immediatamente dopo l'espletamento delle

¹ V. anche CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1103, a p. 1106.

² Conforme PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 269; App. Lecce, 16 marzo 2011, n. 813/10; CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 144; MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 924; Trib. Bologna, 26 settembre 2011, ord., in www.giuraemilia.it.

attività istruttorie eventualmente ammesse o disposte dal giudice, la causa può essere mandata in decisione.

Questo non vuol dire che le parti non possano “precisare le conclusioni”, soprattutto qualora nella causa abbia avuto luogo attività di istruzione³. Tale determinazione conclusiva delle posizioni difensive delle parti può però avvenire seduta stante, senza la fissazione di un’udienza *ad hoc*, potendo essa aver luogo dopo la chiusura dell’istruttoria o nel contesto della successiva udienza di discussione eventualmente fissata.

Parimenti, nell’ottica semplificata del rito in esame, in cui assumono maggiore rilievo l’oralità e l’immediatezza, non dovranno essere concessi i termini *ex art.* 190 c.p.c. per il deposito di conclusioni e repliche⁴.

Ciò precisato, esistono più alternative possibili rispetto alle modalità di decisione nel caso concreto.

Nei casi più semplici (per esempio i procedimenti contumaciali o quelli nei quali non si sia svolta attività istruttoria costituenda), si può addirittura escludere una discussione in senso proprio della lite⁵, potendo i difensori delle parti semplicemente richiamare i propri atti difensivi.

Nei casi più complessi, si svolgerà invece una discussione più o meno articolata, in base al numero delle questioni controverse e alla quantità di attività istruttoria esperita.

Tale discussione, peraltro, può anche essere rinviata a un’udienza successiva alla chiusura dell’istruttoria, per consentire alle parti e al giudice di approfondire l’analisi degli atti processuali alla luce delle risultanze istruttorie.

In effetti, come già si è ripetuto più volte, nonostante la formulazione dell’art. 702-ter c.p.c., il rito sommario è compatibile con l’articolazione del procedimento in una serie di udienze successive, tendenzialmente (e auspicabilmente) concentrate. In quest’ottica,

³ Trib. Bologna, 26 settembre 2011, cit.

⁴ Nello stesso senso LOMBARDI, *È arrivato il nuovo procedimento sommario di cognizione generale*, p. 5; PORRECA, *op. cit.*, p. 269; App. Lecce, 16 marzo 2011, n. 813/10; MARTINO, *op. cit.*, p. 925.

⁵ CATALDI, *op. cit.*, p. 144.

una volta chiusa l'istruttoria formale, non esistono ostacoli giuridici alla fissazione di un'udienza per la discussione della causa e la decisione del giudice.

Nulla esclude, poi, che il giudice possa concedere un termine⁶ per lo scambio di (succinte) difese scritte in preparazione o anche in sostituzione della discussione orale⁷. Ciò potrà essere opportuno, per esempio, nelle controversie a carattere maggiormente tecnico, magari a seguito di deposito di perizia d'ufficio, o in quelle più complesse in punto di diritto.

La scelta tra le diverse opzioni dovrebbe essere presa tra giudice e parti nell'ambito di quel principio di collaborazione immanente nel concetto stesso di istruttoria deformalizzata, come si sta cercando qui di argomentare. Da tale punto di vista, si fa apprezzare l'opportunità di predisporre anche in questo contesto il calendario del processo *ex art. 81-bis disp. att. c.p.c.*, al fine di stabilire sin dall'inizio del procedimento la data dell'udienza di discussione e decisione (*v. retro*, Capitolo terzo).

2. La decisione: questioni di forma

La decisione del giudice viene presa all'esito della (eventuale) discussione (o dopo lo scadere del termine per il deposito di note scritte, se concesso), con la pronuncia del provvedimento in udienza o previa riserva assunta all'udienza stessa⁸.

L'art. 702-ter, comma 5° c.p.c. stabilisce che la decisione finale prende la forma dell'ordinanza. Il presupposto è si tratti di un mo-

⁶ Comunque più abbreviati di quelli ordinario: CAPPONI, *op. cit.*, p. 1106.

⁷ DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1596; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, II, Napoli, 2010, p. 748; CATALDI, *op. cit.*, p. 144; PORRECA, *op. cit.*, p. 269. Per il Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010 è possibile consentire lo scambio di brevi note difensive. Per contro, le indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena ritengono opportuno limitare al minimo lo scambio di memorie scritte, essendo la regola costituita dalla discussione orale.

⁸ Anche CATALDI, *op. cit.*, p. 143, ammette che il giudice si possa riservare la decisione. Allo stesso modo CAPPONI, *op. cit.*, a p. 1106.

dello di atto che il giudice può redigere in tempi più contenuti rispetto alla sentenza, pur dopo le recenti modifiche che hanno reso più snella la struttura formale di quest'ultima, in particolare sul piano della motivazione (v. artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.)⁹.

In particolare, la formulazione letterale della parte finale dell'art. 702-ter, comma 5° c.p.c. è la seguente: "provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande". La norma, dunque, fa espressamente riferimento alla pronuncia sul merito delle domande delle parti. Essa, però, va senz'altro letta in chiave estensiva, riferendola a qualsiasi pronuncia del giudice, comprese quelle in rito, per esempio in materia di competenza e di giurisdizione.

In altre parole, l'ordinanza è il modello "tipo" di provvedimento giudiziale all'esito di un'istruttoria semplificata, per decidere ogni questione idonea a definire in tutto o in parte (v. *infra*) il giudizio¹⁰.

D'altra parte, essendo pacifico che nel rito sommario la decisione sul merito presupponga la verifica positiva circa la sussistenza degli ordinari presupposti processuali, sarebbe, invero, del tutto incongruo ritenere che la legge preveda la pronuncia dell'ordinanza sulle questioni di merito ma, per via interpretativa, richieda la pronuncia di una sentenza su eventuali questioni processuali "assorbenti".

La scelta del legislatore, in effetti, non ha convinto tutti¹¹. D'altra parte, da tempo, ormai l'ordinanza è ampiamente utilizzata in numerosi ambiti oltre i limiti "ordinatori" previsti dalle norme gene-

⁹ Per un'analisi del contenuto motivazionale dell'ordinanza "sommatoria" v. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, p. 139 ss., ove l'a., condivisibilmente, afferma che "l'esaustivo approfondimento istruttorio" debba andare di pari passo con l'obbligo del giudicante di rendere comunque una giustificazione pienamente congrua rispetto alla (probabilmente) ridotta complessità della causa", per concludere, a p. 140, che l'ordinanza qui in esame "dovrà contenere gli stessi elementi della sentenza di cognizione ordinaria".

¹⁰ CEA, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 139. Anche per MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 80, l'ordinanza è il provvedimento tipico, da utilizzare anche quando la legge prevede la pronuncia con sentenza su specifiche eccezioni, come quella relativa alla sussistenza di una clausola compromissoria.

¹¹ Per CHIARLONI, *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 720, per esempio, tale scelta sarebbe discutibile, dal momento che si sarebbe potuto optare per una sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c.

rali del codice di rito, come provvedimento a contenuto decisorio, senza particolari problemi.

3. *L'ordinanza che chiude il giudizio: contenuto ed effetti*

Sul piano contenutistico-funzionale, l'ordinanza di cui parla l'art. 702-ter, comma 5° c.p.c. è evidentemente da considerare una sentenza in senso sostanziale¹².

Tale equiparazione tra ordinanza “sommatoria” e sentenza è desumibile, in primo luogo, dal regime impugnatorio cui la stessa è assoggettata, ovvero l'appello, tipico rimedio di secondo grado avverso, appunto, le sentenze.

Ne deriva che la relativa motivazione deve soddisfare gli stessi *standard* della sentenza, rispetto all'approfondimento dell'accertamento del giudice e alla “regola di giudizio” da adottare¹³. Essa, in particolare, deve esprimere in modo completo e razionale le fonti e le motivazioni del convincimento del giudice.

Sul piano del contenuto, inoltre, l'ordinanza, come ogni provvedimento che chiude la fase di giudizio avanti al giudice che la pronuncia, oltre alla decisione in senso stretto, deve contenere anche la determinazione sulle spese di lite, ai sensi dell'art. 91 c.p.c. ss., compreso eventualmente l'art. 96 c.p.c.

Inoltre, nella stessa può essere pronunciata anche un'*astreinte* ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.¹⁴.

L'ordinanza in esame è pure sottoposta alle medesime disposizioni della sentenza per quanto ne attiene la pubblicità, la pubblicazione e la comunicazione¹⁵.

¹² DITTRICH, *op. cit.*, p. 1597, che mette in evidenza il significato puramente estetico della forma dell'ordinanza scelta dal legislatore.

¹³ CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 149, significativamente rileva che tale regola di giudizio, nel contesto in esame, “non è diversa, sotto il profilo della qualità della cognizione, da quella che utilizzerebbe se dovesse decidere la medesima lite con la sentenza che conclude il rito ordinario”.

¹⁴ V. pure PORRECA, *Il processo sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 341; CATALDI, *op. cit.*, p. 154.

¹⁵ PORRECA, *op. cit.*, p. 341.

Essa, infine, produce tutti gli effetti tipici della sentenza. Ai sensi dell'art. 702-ter, comma 6° c.p.c., infatti, l'ordinanza è dichiarata provvisoriamente esecutiva. Essa inoltre costituisce titolo per l'iscrizione (o la cancellazione)¹⁶ di ipoteca.

Come già si è visto, la Cassazione, pronunciandosi *obiter* sul punto, ha ritenuto che, dal tenore dell'art. 702-ter c.p.c. sia "ragionevole ritenere" che il procedimento sommario "*possa essere utilizzato per qualsiasi tipo di diritto ma rispetto alla domanda per ottenere una condanna*"¹⁷. Tale affermazione non è condivisibile, come già si è cercato di argomentare *retro* e non occorre ripetersi qui.

L'art. 702-ter, comma 6° c.p.c. prevede pure l'idoneità dell'ordinanza, ricorrendone i presupposti, a essere trascritta¹⁸ o annotata¹⁹. Tale trascrizione può avvenire a prescindere dalla pendenza del termine per l'appello o dello stesso procedimento di impugnazione.

Al riguardo, parte della dottrina ritiene che si tratti di una scelta legislativa inopportuna: la norma, infatti, ricolleggerebbe la trascrizione a un provvedimento sommario indipendentemente dal suo contenuto, in contrasto con l'art. 2657 c.c., che fa riferimento alla sentenza²⁰. Come emerge dal presente lavoro, peraltro, il provvedimento qui in esame è "sommario" solo nominalmente, ma non nella struttura o nella funzione. In tale ottica, nulla sembra ostacolare la prevalenza della sostanza sulla forma voluta dal legislatore.

4. Sono ammesse ordinanze non definitive in questo contesto?

È sorto il dubbio se, nell'ambito di un procedimento sommario in quanto semplificato, possano essere emesse ordinanze non

¹⁶ Trib. Bologna, 30 giugno 2010, ord., in www.giuraemilia.it.

¹⁷ Cass., 11 novembre 2011, n. 25691, ord.

¹⁸ V. anche VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 69.

¹⁹ Trib. Brindisi-Francavilla Fontana, 13 maggio 2010, ord., in www.altalex.com, con riferimento all'annotazione prevista dall'art. 15, d.p.r. n. 635 del 1972, a margine di un atto pubblico di donazione cui attiene.

²⁰ CARRATA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 727.

definitive, ovvero relative a solo alcune delle domande o eccezioni presentate dalle parti.

Al riguardo, si deve premettere che, come si è visto nel primo paragrafo, nel rito sommario, il giudice prende ogni decisione con la forma dell'ordinanza. Con tale provvedimento, dunque, egli si pronuncia rispetto a ogni decisione su questioni processuali *litis ingressum impediens*²¹, a prescindere dalla forma eventualmente diversa prevista, a parità di condizioni, per il procedimento ordinario²².

Ciò detto, si discute se sia concepibile, in questo contesto, la pronuncia di un'ordinanza non definitiva, a contenuto decisorio, destinata a risolvere una determinata questione o parte della domanda con efficacia di cosa giudicata.

A tale quesito, si potrebbe rispondere richiamando l'ordinanza che il giudice può trovarsi a pronunciare sulla propria incompetenza e osservando che tale provvedimento ha pacificamente contenuto decisorio e può dunque essere impugnato (solo) con regolamento (necessario) di competenza. In caso di mancata impugnazione, dunque, l'ordinanza in questione non è ulteriormente modificabile o revocabile, acquisendo efficacia vincolante (endoprocessuale) sulla questione della competenza.

A tale rilievo, si può obiettare che si tratti di un'eccezione espressamente disciplinata e non generalizzabile alla decisione di altre questioni processuali. Il fatto che l'art. 702-ter c.p.c. menzioni la sola declinatoria di competenza e nel frattempo discorra di accoglimento o rigetto delle domande (al plurale) induce, infatti, alcuni a pensare che il legislatore abbia inteso riferirsi a una decisione necessariamente unica e contestuale di tutte le questioni e le domande²³. In quest'ottica, si osserva pure che il frazionamento della decisio-

²¹ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 816.

²² Al riguardo v. pure Trib. Padova, 25 luglio 2011, ord., in *Giur. it.*, 2012, p. 1855.

²³ Cass., 8 agosto 2014, n. 17841, ord., anzi, espressamente esclude che, nel rito sommario, il giudice possa dichiarare con ordinanza non definitiva la propria competenza, escludendo natura decisoria a un'eventuale.

ne parrebbe scarsamente compatibile con l'assunta semplicità della controversia²⁴.

La Cassazione²⁵, pronunciandosi rispetto all'ordinanza con cui un giudice aveva affermato la propria competenza, ha affermato che tale provvedimento non si possa considerare una ordinanza non definitiva di rigetto dell'eccezioni di incompetenza, sul rilievo che, nel rito sommario, non sarebbe applicabile l'art. 187, comma 3° c.p.c., che consente al giudice di decidere su tale questione previo invito a precisare le conclusioni, anche per poi affermare l'esistenza della propria competenza.

Da tale prospettiva, si giunge a ritenere che un'ordinanza non definitiva su una questione meramente processuale o comunque non idonea alla definizione del giudizio non avrebbe natura decisoria e dunque non produrrebbe alcun autonomo effetto preclusivo²⁶. Tale presa di posizione, sul piano strutturale, viene giustificata col rilievo che la natura accelerata del procedimento sarebbe contraria al frazionamento della decisione, avendo il legislatore fatto non a caso riferimento alla sola ordinanza conclusiva del giudizio²⁷.

Altri, per contro, ritengono ammissibile, almeno in linea teorica, la pronuncia di ordinanze non definitive anche in questo contesto. Si osserva, in particolare, che il frazionamento del potere decisorio non è un fenomeno confinato al processo ordinario di cognizione²⁸ e

²⁴ BALENA, *op. cit.*, p. 817. Per CEA, *op. cit.*, p. 147, l'argomento esposto nel testo sarebbe "fragile". Anche per OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 733, le ordinanze non definitive sarebbero incompatibili con le caratteristiche del procedimento sommario; v. pure CATALDI, *op. cit.*, p. 152.

²⁵ Cass., 8 agosto 2014, n. 17841, ord.; conf. Cass., 24 agosto 2016, n. 17321, ord., in *Foro it.*, 2017, I, c. 2460.

²⁶ BALENA, *op. cit.*, p. 817; in questo senso, rispetto a una pronuncia di conferma della competenza del giudice adito, Cass., 8 agosto 2014, n. 17841, ord. Per una critica, v. TURRONI, *Le decisioni non definitive nel processo sommario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 796 ss.

²⁷ V. PORRECA, *op. cit.*, p. 343 ss., il quale supporta tale conclusione argomentando, p. 348, che il procedimento sommario è predisposto per definire domande non per frazionarne la definizione.

²⁸ TURRONI, *op. cit.*, p. 798 ss., il quale porta per esempio l'esperienza dell'ordinamento tedesco, in cui nei procedimenti sommari è senz'altro utilizzabile la decisione non definitiva idonea al giudicato; ID., *Decisioni non definitive nel procedimento sommario di cognizione. "Autopsia" di un intervento in causa R. C. Auto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 153.

che, in generale, al procedimento sommario, per quanto non espressamente disciplinato, si applicano gli istituti e le norme del rito ordinario, in quanto compatibili.

Una ordinanza non definitiva con attitudine al giudicato, in particolare, si rivelerebbe utile per risolvere eccezioni pregiudiziali o preliminari di semplice definizione. Da questo punto di vista, in effetti, mettere punti fermi tramite un'attività decisoria che non comporti perdite di tempo consente alle parti di concentrarsi meglio sul merito della causa²⁹ e anzi potrebbe di per sé costituire un motivo di semplificazione istruttoria³⁰.

Questa seconda prospettiva mi pare più convincente.

Nelle pagine precedenti, in effetti, si è visto che il rito sommario non è destinato a chiudersi necessariamente con un'unica udienza. Nel contesto di un procedimento idoneo a svilupparsi in un numero (per quanto ridotto) di udienze, dunque, nulla induce a escludere che il giudice possa, in ipotesi, voler prendere immediatamente posizione, con un provvedimento decisorio, su questioni di agevole soluzione e astrattamente idonee a definire anche parzialmente il giudizio. In questo contesto, peraltro, le modalità deformalizzate della decisione non definitiva possono portare a superare quella ritrosia che può riscontrarsi nel procedimento ordinario, in considerazione dei meccanismi previsti dal codice (e delle conseguenti lungaggini) per la rimessione della causa in decisione³¹.

Si è visto, anzi, che, nel corso dell'istruttoria "sommaria", il giudice possa sempre avere un ripensamento e decidere di trasferire la causa sul binario ordinario. In tal caso, sembra ammissibile la pronuncia di un'ordinanza non definitiva o parziale, cui si accompagni la fissazione dell'udienza in sede, appunto, "ordinaria"³².

²⁹ CEA, *op. cit.*, p. 146.

³⁰ V. Trib. Padova, 25 luglio 2011, ord., in *Giur. it.*, 2012, p. 1855.

³¹ Su questi profili v. pure TURRONI, *Le decisioni non definitive nel processo sommario di cognizione*, cit., p. 792 ss. L'a., p. 804, osserva che la pronuncia immediata con provvedimento decisorio non definitivo offre una chance di riduzione dei tempi del processo, tanto maggiore quanto probabile è la fondatezza della questione.

³² TURRONI, *Le decisioni non definitive nel processo sommario di cognizione*, cit., p. 794, porta per esempio la decisione "immediata" in merito all'ammissibilità dell'intervento di un terzo: intervento da cui potrebbe derivare l'opportunità di mutare il binario istruttorio della causa.

La soluzione qui proposta non è ostacolata dalla (invero infelice) formulazione dell'art. 702-*quater* c.p.c., che, a una prima lettura, sembrerebbe collegare l'appello alla sola ordinanza emessa all'esito del procedimento.

Come si vedrà parlando degli effetti dell'ordinanza, infatti, la norma è senz'altro scritta male e di essa non si deve dare una lettura formale e restrittiva³³. In particolare, tale disposizione non appare idonea a escludere l'appello nei confronti di ordinanze non definitive pronunciate nel corso del procedimento, essendo riferita alla modalità "ordinaria" ma non "esclusiva" di decisione in seno al rito sommario.

Né appare dirimente l'inapplicabilità, nel rito sommario, dell'art. 187, comma 3° c.p.c.: proprio la natura deformalizzata dell'istruttoria sommaria, anzi, rende superfluo l'invito del giudice a fare precisare le conclusioni in vista della decisione su una questione pregiudiziale o preliminare idonea a definire il giudizio, potendosi giungere a una simile pronuncia appunto senza i formalismi all'uopo previsti nel rito ordinario.

5. *L'autorità dell'ordinanza: giudicato secundum eventum litis?*

L'ordinanza emessa dal Tribunale, ove non impugnata, acquista gli effetti della cosa giudicata sostanziale, ai sensi dell'art. 2909 c.c.: così prevede espressamente la prima parte dell'art. 702-*quater* c.p.c.³⁴.

Si tratta di una norma semplice quanto importante sul piano sistematico: in effetti, in precedenza, la legge non aveva mai espressamente riconosciuto autorità di cosa giudicata a una ordinanza pronunciata a seguito di un giudizio di cognizione non ordinaria. L'art. 702-*quater* c.p.c., anzi, entra in rotta di collisione con un orientamento molto consolidato, che prospettava la necessaria correlazione tra cosa giudicata e cognizione piena (o sommaria seguita da un'eventuale cognizione piena)³⁵.

³³ V. anche TURRONI, *op. ult. cit.*, p. 802.

³⁴ In arg. v. pure TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, p. 640 ss.

³⁵ SCARSELLI, *Le altre impugnazioni e il giudicato*, in *Giur. it.*, 20110, p. 741.

Si tratta quindi di una norma “centrale” nella ricostruzione sistematica della natura e della funzione del rito sommario, nel contesto dell’ordinamento processuale italiano.

Vi è chi sostiene che si tratterebbe di una disposizione non necessaria, in quanto la stabilità degli effetti dell’ordinanza conseguirebbe *naturaliter* al carattere decisorio del provvedimento, come appendice necessaria, appunto, di tale decisorietà⁵⁶. A mio parere, invece, il legislatore bene ha fatto a specificare quale autorità sia collegata all’ordinanza che chiude il procedimento “semplificato”, proprio per superare le resistenze di quell’ampia parte di interpreti che avrebbe altrimenti riscontrato difficoltà nell’attribuire efficacia di cosa giudicata a un’ordinanza emessa all’esito di un’istruttoria qualificata come sommaria e dai contorni strutturali abbastanza indefiniti.

A ben vedere, d’altro canto, la norma posta dalla parte iniziale dell’art. 702-*quater* c.p.c. ha comunque sollevato sorgere diatribe interpretative di una certa rilevanza.

In effetti, tale norma collega gli effetti di cui all’art. 2909 c.c. all’ordinanza di cui al comma 6° della norma precedente; tale ultima norma, dal canto suo, attribuisce all’ordinanza l’efficacia di titolo esecutivo e idoneità alla trascrizione e all’iscrizione di ipoteca giudiziale. Ciò ha indotto alcuni ad affermare che l’efficacia di giudicato andrebbe limitata al solo provvedimento di accoglimento e non anche a quello di rigetto della domanda⁵⁷.

Seguendo questa linea di lettura, la Corte d’appello di Roma⁵⁸ ha inizialmente dato un’interpretazione molto formale della norma, affermando che, poiché l’art. 702-*quater* c.p.c. richiama solo il comma 6° dell’articolo precedente, non vi sarebbe modo di riferirlo anche al comma 5°. In quest’ottica, sarebbe idonea a essere impugnata

⁵⁶ TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 266 ss., per cui sarebbero tassativi i provvedimenti svincolati dal giudicato e non viceversa. In altre parole, per l’a., L’efficacia di cosa giudicata dell’ordinata in esame si sarebbe comunque potuta ricostruire dal sistema.

⁵⁷ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 720, che, peraltro, considera tale restrizione “discutibile”; sul tenore letterale della norma v. pure MASONI, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁸ App. Roma, 11 maggio 2011, in www.ilprocessocivile.com; App. Roma, 7 marzo 2012, in *La nuova proc. civ.*, 29 maggio 2013. Fortemente critico contro tale orientamento SASSANI, Meanwhile in a parallel universe..., in www.judicium.it.

(e a passare altrimenti in giudicato) solo l'ordinanza di accoglimento del ricorso introduttivo e non anche quella di rigetto. A supporto di tale tesi, si argomentava che essa sarebbe stata confermata dall'esperienza del rito monitorio, il quale prevede, per l'ipotesi del rigetto del ricorso la libera riproponibilità della domanda, ai sensi dell'art. 640 c.p.c.³⁹.

Si trattava di una soluzione letterale non convincente⁴⁰ e che, come si suol dire, "provava troppo". Volendola seguire sino in fondo, si sarebbe dovuto affermare che l'appello sia ammissibile solo per le ordinanze dotate di provvisoria esecutività, ovvero quelle di condanna (salvo che ciò non sia implicito, per chi accede alla non condivisibile opinione restrittiva espressa, incidentalmente dalla Cassazione: v. *supra*). In altre parole, un'ordinanza di accoglimento di un'azione di mero accertamento o costitutiva (in quanto non idonea a fondare l'esecuzione o a costituire titolo per iscrizione di ipoteca giudiziale) non sarebbe idonea al passaggio in giudicato⁴¹, ciò che davvero non avrebbe una razionale giustificazione rispetto a un rito che non svolge la funzione di accertamento con prevalente funzione esecutiva ma che, al contrario, può essere utilizzato per qualsiasi tipologia di domanda⁴²: si sarebbe trattato, in effetti, di un *unicum* nel nostro sistema processuale, non giustificato né dalla (pur imperfetta) formulazione letterale della norma, né dalla logica.

³⁹ App. Roma, 7 marzo 2012, cit.; *contra* LISELLA, *Il regime di appellabilità delle ordinanze conclusive del procedimento sommario di cognizione: posizioni giurisprudenziali e rilievi critici*, in *La nuova proc. civ.*, 2013, fasc. 4, p. 8.

⁴⁰ Nello stesso senso CATALDI, *op. cit.*, p. 157; SCARAFONI, *L'appello*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 583.

⁴¹ V. anche G. G. POLI, *Sull'appellabilità dell'ordinanza di rigetto nel procedimento sommario di cognizione: considerazioni a margine di un "obiter dictum" della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3929.

⁴² Critico rispetto al provvedimento della Corte d'appello romana anche PORRECA, *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto del procedimento sommario di cognizione: deformalizzazione giudicato e giusto processo*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2682, per cui la soluzione ivi proposta non è costituzionalmente orientata e porta con sé implicazioni illogiche e non attribuibili alla legge. Molto duro anche CAPPONI, *La giurisprudenza della "non sostenibilità"*, in *www.judicium.it*, per cui la soluzione qui contestata non ha "relazioni di parentela" con il diritto processuale civile. V. pure LISELLA, *op. cit.*, p. 10.

Il richiamo dell'art. 640 c.p.c., d'altro canto, è del tutto fuorviante⁴³, visto che la situazione regolata da tale disposizione senz'altro non è paragonabile a quella che viene qui in rilievo. Un conto è, infatti, escludere efficacia preclusiva al decreto di rigetto di un'istanza esaminata *inaudita altera parte*, sulla base di sole prove scritte, nel contesto monitorio, ben altro ritenere riproponibile *ad libitum* una domanda che sia stata esaminata nel merito nel contraddittorio tra le parti, sulla base di tutte le prove che queste ultime abbiano voluto e potuto presentare⁴⁴. La norma posta dall'art. 640 c.p.c., da questo punto di vista, in effetti, si giustifica con riferimento alle peculiarità specifiche del rito monitorio e in quanto tale deve essere ritenuta a carattere "eccezionale", non applicabile per estensione analogica a fattispecie peraltro ben diverse⁴⁵.

Si deve dunque giungere a ritenere che, nonostante una forse perfettibile formulazione dell'art. 702-*quater* c.p.c., l'autorità di cui all'art. 2909 c.c. investa l'ordinanza emessa dal tribunale in ogni caso, a prescindere dal "segno" del provvedimento rispetto alla domanda⁴⁶.

⁴³ Respinge qualsiasi parallelismo con il procedimento monitorio anche G. G. POLI, *op. cit.*, c. 3930, che osserva che "quando il legislatore ha voluto individuare un differente regime di stabilità e di impugnazione tra provvedimento di accoglimento e di rigetto, lo ha detto espressamente". Per App. Roma, 13 marzo 2013, banca dati *Dejure*: "Né vale richiamare il procedimento monitorio, al fine di individuare un precedente di provvedimento reiettivo non idoneo al giudicato, posto che il rigetto ex art.640 c.p.c. interviene nella fase in cui non si è ancora instaurato il contraddittorio, e trattasi dunque di procedimento in alcun modo assimilabile al rito sommario di cognizione (per il quale, si badi, la sommarietà attiene non alla cognizione del giudicante, ma piuttosto alla semplificazione del rito)".

⁴⁴ Così pure PISTONE, *Inappellabilità dell'ordinanza decisoria di rigetto ex art. 702 quater c.p.c.: nota critica alla sentenza della Corte d'appello di Roma, terza sezione, 7.3.2012*, in *La nuova proc. civ.*, 10 giugno 2013; LISELLA, *op. cit.*, p. 9 ss., per cui l'art. 640 è norma eccezionale non suscettibile di interpretazione analogica; CAPPONI, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁵ Anche con riferimento al disposto dell'art. 669-septies, G. G. POLI, *Sulla "simmetria" del giudicato nel procedimento sommario a cognizione piena*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 302, osserva che "lì dove il legislatore ha voluto eccezionalmente differenziar le sorti dell'accoglimento da quelle del rigetto, lo ha detto espressamente".

⁴⁶ BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 191; DIDONE, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 424; COSTABILE, *Le ricadute sul giudizio di appello della ritenuto*

Tale interpretazione, invero non letterale ma sistematica e costituzionalmente orientata⁴⁷, è stata fatta propria (per quanto, in via di *obiter dictum*) anche da una pronuncia della Cassazione⁴⁸.

In altre parole, il rinvio operato dall'art. 702-*quater* c.p.c. al comma 6° dell'art. 702-*ter*, in quest'ottica, va inteso con riferimento all'ordinanza in quanto tale, a prescindere dal suo contenuto, dal momento che quel comma è una specificazione di quello precedente, che individua appunto l'ordinanza come forma del provvedimento che definisce il giudizio⁴⁹: probabilmente, si tratta di un refuso del legislatore (il comma richiamato avrebbe dovuto più opportunamente essere il quinto) o comunque di un rinvio non meditato rispetto alle sue implicazioni⁵⁰⁻⁵¹. D'altra parte, anche l'art. 282 c.p.c. sancisce la

ta compatibilità tra il procedimento sommario di cognizione e le controversie locative, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2142; DITTRICH, *op. cit.*, p. 1597; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 342; G. G. POLI, *Sulla "simmetria" del giudicato*, cit., p. 289 ss.; RENZI, *Le decisioni di cui all'art. 702-ter c.p.c. nel procedimento sommario di cognizione*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 365 ss. il quale trova un argomento a supporto delle conclusioni qui condivise nell'art. 183-*bis* c.p.c., che prevede il passaggio all'istruttoria sommaria nel procedimento di cognizione ordinario, rispetto al quale certamente non può parlarsi di giudicato *secundum eventum litis*; TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 641 ss.; VOLPINO, *op. cit.*, p. 69; GIORDANO, *op. cit.*, p. 855; Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione; per ACIERNO, *op. cit.*, p. 515, una difforme soluzione porrebbe problemi di incostituzionalità; per OLIVIERI, *op. cit.*, p. 734, tale soluzione si imporrebbe, alla luce dei principi costituzionali attesa la natura dell'ordinanza "sommaria" come provvedimento alternativo rispetto alla sentenza; v. però CAPONI, in *La riforma della giustizia civile* cit., p. 200, ove si limitano gli effetti del provvedimento all'ipotesi dell'accoglimento; espressamente poi, a p. 206, si parla dell'accertamento con efficacia di cosa giudicata con riferimento al provvedimento di accoglimento e non anche a quello di rigetto; nello stesso senso BREGGIA, *op. cit.*, p. 1. V. anche BINA, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁷ LISELLA, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁸ Cass., 19 maggio 2015, n. 10211, in *Foro it.*, 2015, c. 3920.

⁴⁹ App. Roma, 13 marzo 2013, in *La nuova proc. civ.*, 28 novembre 2013; Trib. Campobasso, 1° luglio 2013, ord., in *www.ilcaso.it*. V. pure LISELLA, *op. cit.*, p. 15, per cui la formulazione del comma 6° dell'art. 702 *ter* c.p.c. sarebbe puramente descrittiva.

⁵⁰ SCARSELLI, *Le altre impugnazioni e il giudicato*, in *Giur. it.*, 20110, p. 742, ne parla come di uno strafalcione del legislatore; per TISCINI, *op. cit.*, p. 266, il rinvio al comma 6° invece che al comma 5° dell'art. 702-*ter* c.p.c. sarebbe un errore materiale.

⁵¹ Al riguardo, si osserva che il comma 6° dell'art. 702-*ter* c.p.c. individua solo le qualità di cui è capace l'ordinanza conclusiva di merito: PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 342; al riguardo, Cass., 19 maggio 2015, n.

provvisoria esecutività della sentenza di primo grado tra le parti, a prescindere dal suo contenuto⁵².

In effetti, nell'ottica adottata nel presente scritto, il procedimento sommario ha natura e funzione di cognizione piena e non tollera disparità di trattamento rispetto al diverso contenuto dei provvedimenti emessi al suo esito⁵³. Sul piano pratico, poi, escludere l'incontrovertibilità dell'ordinanza di rigetto significherebbe permettere all'attore, sconfitto in prima battuta, di riproporre *ad libitum* la propria domanda, magari a giudici diversi, arrivando in ipotesi a un esito totalmente diverso, a danno del convenuto inizialmente vincitore⁵⁴, in palese contraddizione con la finalità deflattiva del rimedio introdotto dalla legge n. 69 del 2009⁵⁵, nonché con l'obiettivo di

10211, in *Foro it.*, 2015, c. 3920 afferma che: “la funzione del 6° comma è unicamente quella di chiarire che quell'ordinanza, cioè l'ordinanza già indicata nel comma precedente, è, quanto ne ricorrano i presupposti, provvisoriamente esecutiva”. Esso, in sostanza, opera come una specificazione del comma 5°, che individua, in generale, l'ordinanza che definisce il merito, sia di accoglimento che di rigetto: PORRECA, *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto*, cit., p. 2680; Trib. Campobasso, 1° luglio 2013, ord., in *www.ilcaso.it*.

⁵² CAPPONI, *op. cit.*, p. 1, evidenzia come esista un vastissimo repertorio di pronunce di accoglimento che non sono provvisoriamente esecutive. Si afferma, peraltro, che il comma 6° dell'art. 702-ter c.p.c. si componrebbe di due parti distinte, la prima (“L'ordinanza è provvisoriamente esecutiva”) riferita a qualsiasi tipo di ordinanza mentre la seconda (“e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione”) alle sole ordinanze di accoglimento: SCARAFONI, *op. cit.*, p. 581, che aggiunge: “Diversamente opinando, la disposizione non avrebbe avuto necessità della congiunzione predetta e sarebbe stata formulata nel seguente modo: “L'ordinanza provvisoriamente esecutiva costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione”. Per CEA, *op. cit.*, p. 148, escludere il richiamo dell'art. 2909 c.c. rispetto all'ordinanza di rigetto sarebbe irragionevole e palesemente incostituzionale: in effetti, la regola del sistema è la normale impugnabilità dei provvedimenti, mentre le deroghe sono in genere espressamente previste; v. pure CATALDI, *op. cit.*, p. 157; LISELLA, *op. cit.*, p. 3, con riferimento all'art. 3 Cost. Al contempo, si mette in rilievo che, nel nostro ordinamento, tutte le sentenze passano in giudicato, ivi comprese le “ordinanze aventi natura sostanziale” di sentenza: in quest'ottica non si ravvisa motivo perché l'ordinanza conclusiva del rito sommario di cognizione dovrebbe discostarsi da tale regola generale: Trib. Campobasso, 1° luglio 2013, ord., in *www.ilcaso.it*.

⁵³ V. pure LISELLA, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴ V. pure CEA, *op. cit.*, p. 149; SCARSELLI, *Le altre impugnazioni e il giudicato*, in *Giur. it.*, 2010, p. 742; G. G. POLI, *Sull'appellabilità dell'ordinanza di rigetto*, cit., c. 3930.

⁵⁵ Trib. Padova, 25 luglio 2011, ord., in *Giur. it.*, 2012, p. 1855.

velocizzazione dei procedimenti e con il principio generale dell'economia processuale⁵⁶.

Va pure evidenziato che la tesi qui contrastata si pone in conflitto con i principi del giusto processo *ex art. 111 Cost.*: permettere la riproposizione del ricorso vanificherebbe infatti la cognizione del giudice⁵⁷, in violazione dei principi dell'economia processuale e della stessa funzione della tutela giurisdizionale come strumento di soluzione, in via tendenzialmente definitiva, delle controversie insorte tra le parti.

D'altro canto, l'interpretazione restrittiva criticata in queste pagine non tiene conto della possibilità che, nel procedimento, alla domanda principale si cumuli una domanda riconvenzionale a sua volta idonea a essere istruita in modo sommario. In caso di rigetto della prima e di accoglimento della seconda, solo il capo relativo a quest'ultimo sarebbe idoneo a essere impugnato e a passare in cosa giudicata, a differenza dall'altro. Analoga situazione, con implicazioni ancora più sconcertanti, si verificherebbe in caso di accoglimento di solo alcune tra le domande proposte dal ricorrente⁵⁸: si configurerebbe una disparità di trattamento priva di riscontro e la cui ingiustizia appare sin troppo evidente, anche tenuto conto il precetto di cui all'art. 111, comma 2° Cost., circa la parità delle armi per le parti⁵⁹⁻⁶⁰.

⁵⁶ Trib. Campobasso, 1° luglio 2013, cit., che dichiara inammissibile un ricorso riproposto dopo la declaratoria di improcedibilità di un analogo precedente ricorso, con ordinanza non impugnata. Nel provvedimento peraltro non si chiarisce per quale motivo tale primo ricorso fosse stato dichiarato improcedibile. Resta dunque il dubbio che si sia trattato di un rigetto in rito, ciò che potrebbe in realtà essere compatibile con una riproposizione della domanda mai decisa nel merito; v. pure CATALDI, *op. cit.*, p. 158; LISELLA, *op. cit.*, p. 4 ss.

⁵⁷ App. Roma, 13 marzo 2013, *La nuova proc. civ.*, 28 novembre 2013.

⁵⁸ V. LISELLA, *op. cit.*, p. 6, che evidenzia le ripercussioni dell'applicazione della giurisprudenza qui criticata sulla teoria per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

⁵⁹ Anche per SCARSELLI, *Le altre impugnazioni e il giudicato*, cit., p. 742, l'interpretazione contrastata nel testo integra una violazione del trattamento paritario delle parti nel processo. Per PORRECA, *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto*, cit., p. 2682, nell'ottica contrastata nel testo l'attore avrebbe un rischio processuale minore.

⁶⁰ Si osserva, che anche l'ordinanza di rigetto conterebbe comunque una statuizione con efficacia esecutiva, ovvero quella relativa alle spese di lite: Cass., 19 maggio 2015, n. 10211, in *Foro it.*, 2015, c. 3920; App. Roma, 13 marzo 2013, cit.; SCARAFONI, *op. cit.*, p. 582, che osserva che la condanna alle spese afferente a un'or-

Da quanto precede, emerge la conferma che l'autorità di cosa giudicata deve essere riconosciuta al provvedimento di accoglimento e a quello di rigetto, senza distinzioni⁶¹.

6. *Un'ordinanza figlia di un effetto preclusivo minore?*

Per quanto riguarda il limite oggettivo e soggettivo dell'accertamento contenuto nell'ordinanza "sommaria" non appellata, vi è chi afferma che tale ambito dovrebbe avere una portata diversa da quella ordinariamente riconosciuta rispetto all'art. 2909 c.c.

In particolare, sul rilievo di un'affermata diversità della cognizione piena rispetto a quella sommaria, si prospetta l'utilizzo, in questo contesto, della categoria della *preclusio pro iudicato*, alla cui stregua l'accertamento della pretesa o dell'obbligo non potrebbe estendersi all'intero rapporto giuridico controverso, dal momento che le questioni non dedotte avrebbero dovuto magari essere istruite in modo non sommario. In questa linea di ragionamento, si aggiunge che l'ordinanza potrebbe produrre solo effetti diretti e mai non riflessi, dal momento che il procedimento non garantirebbe né disciplinerebbe le regole e gli istituti del processo con pluralità di parti, non assicurando il rispetto delle norme sul litisconsorzio necessario né la possibilità di spiegare interventi volontari o coatti⁶².

Tale interpretazione è ampiamente ritenuta non condivisibile⁶³. Essa pare basarsi, infatti, su una caratterizzazione del procedimento qui in esame non conforme con il modello legale, in cui la natura "sommaria" dell'istruzione è intesa come strutturalmente non idonea a conseguire un accertamento della stessa "qualità" di quello cui si può giungere per la via ordinaria. Nelle pagine che precedono, d'altro canto, si è visto come anche nel procedimento sommario il giudice debba vigilare sulla regolare instaurazione del contradditto-

dinanza di rigetto, nell'ottica qui contestata, sarebbe *inutiliter data*, non essendo il provvedimento esecutivo né idoneo al passaggio in giudicato; Trib. Campobasso, 1° luglio 2013, cit.

⁶¹ Così pure CEA, *op. cit.*, p. 1489.

⁶² SCARSELLI, *op. cit.*, p. 743 ss.; *contra* TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 643.

⁶³ LISELLA, *op. cit.*, p. 7.

rio nei confronti di tutti i necessari litisconsorti, con garanzia della possibilità dei terzi di intervenire nel giudizio.

Non appare, quindi, possibile estendere alla situazione qui analizzata gli orientamenti da alcuni espressi con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto⁶⁴. Ammesso e non concesso che la tesi della *preclusio pro iudicato* possa essere meritevole di condivisione, quella che si esamina qui è una situazione ben diversa da quella riscontrabile nel procedimento monitorio.

Nel rito sommario, infatti, il provvedimento è emesso nel contraddittorio tra le parti (a differenza dal decreto ingiuntivo che diventa definitivo a seguito di mancata opposizione), dando a queste ultime piena possibilità di esplicitare eccezioni o contestazioni su questioni preliminari, a prescindere dal tipo di istruttoria che sarebbe poi necessaria per compiere i relativi accertamenti. In caso di mancata proposizione di tali eccezioni, non sussistono ragioni per attribuire al provvedimento finale, una volta passato in giudicato, effetti “preclusivi” ridotti rispetto a quelli che, in una identica situazione processuale, si produrrebbero rispetto a una sentenza.

La tesi contraria, qui opposta, d’altro canto, implica una violazione del principio di ragionevole durata dal processo⁶⁵, dal momento che giustifica la possibilità di rimettere in discussione il rapporto oggetto di controversia, per esempio qualora l’ordinanza sommaria (dopo una cognizione equivalente, sul piano qualitativo, a quella ordinaria) si sia limitata a pronunciarsi sugli effetti del rapporto stesso.

D’altronde, l’espresso richiamo operato dall’art. 702-*quater* c.p.c. all’art. 2909 c.c. appare esprimere la *voluntas legis* di attribuire all’accertamento compiuto in sede sommaria la stessa autorità che viene attribuita dagli interpreti alla sentenza “ordinaria”.

⁶⁴ in effetti, rispetto alla cosa giudicata disciplinata dall’art. 2909 c.c., nel procedimento monitorio non si configura il giudicato di rigetto del ricorso e l’accertamento compiuto dal giudice non produce effetti riflessi nei rapporti tra le parti e i terzi: v. CATALDI, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁵ LISELLA, *op. cit.*, p. 7.

CAPITOLO QUINDICESIMO

LE IMPUGNAZIONI DEI PROVVEDIMENTI EMESSI ALL'ESITO DI UNA ISTRUTTORIA SOMMARIA

SOMMARIO: 1. L'appello nel rito sommario. – 2. L'ordinanza che dichiara la domanda sommaria inammissibile. – 3. E quella che dispone il mutamento di binario istruttorio. – 4. Scelta del giudice di istruire la causa in modo sommario: può essere oggetto di riesame o controlli? – 5. L'ordinanza che definisce il procedimento sommario "in rito". – 6. L'ordinanza "di merito": appellabile sempre o *secundum eventum litis*? – 7. L'appello nel rito sommario: funzione e aspetti procedurali. – 8. Il ruolo delle nuove prove nell'appello "sommario". – 9. Un intermezzo: la riforma del 2012 contrasta la tesi per cui la funzione dell'appello sarebbe quella di garantire al procedimento sommario almeno un grado di cognizione piena. – 10. La nozione di indispensabilità della nuova prova. – 11. Il concetto di "causa non imputabile" nel contesto delle nuove prove in appello.

1. *L'appello nel rito sommario*

Nei capitoli precedenti, nell'ambito di questo studio dedicato alla implementazione dei principi di proporzionalità, flessibilità e cooperazione nel processo civile italiano, si sono analizzati i principali meccanismi e profili procedurali del rito sommario, che di tali principi possano essere considerati il riflesso attuativo.

A questo punto della trattazione, dopo avere esaminato la fase decisoria del rito e gli effetti della relativa decisione, lo sguardo si posta quasi naturalmente sui profili impugnatori.

Per restare aderenti al filo rosso che attraversa queste pagine, peraltro, l'attenzione si soffermerà solo sugli aspetti direttamente

collegati alla semplificazione del rito nel procedimento di primo grado.

Nel capitolo precedente, si è visto che il giudice, nel corso del procedimento sommario, decide con ordinanza ogni questione, di rito e di merito, potenzialmente idonea a definire il giudizio, nonostante l'art. 702-ter c.p.c. si limiti a menzionare la pronuncia, con ordinanza, sulla sola questione di competenza nonché sull'accoglimento o rigetto della domanda.

Si è pure affermato che, qualora la questione pregiudiziale o preliminare sia risolta in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio, la relativa ordinanza sia da qualificare come "non definitiva", rispetto alla sua idoneità all'impugnazione e all'eventuale passaggio in cosa giudicata formale ed eventualmente sostanziale.

Come si è visto nel capitolo precedente, inoltre, le norme, espressamente, fanno riferimento a un solo mezzo di impugnazione, ovvero l'appello proponibile contro l'ordinanza che accoglie o rigetta la domanda, onde evitarne il passaggio in giudicato.

La legge, dunque, esplicitamente prevede un secondo grado di giudizio e qualifica la relativa impugnazione come appello. Si tratta di una scelta in linea con l'attribuzione alla ordinanza sommaria di una funzione equivalente/sostitutiva rispetto alla sentenza.

I primi interpreti, anzi, consideravano l'appello "a porte aperte" sul piano istruttorio, inizialmente previsto dall'art. 702-*quater* c.p.c. come la condizione per salvare il procedimento sommario da altriimenti paventabili profili di incostituzionalità. Solo la previsione di un secondo grado di giudizio in cui le parti avessero avuto la possibilità di porre rimedio alle eventuali compressioni al proprio diritto di difesa avvenute nel corso del primo grado "sommario", infatti, avrebbe potuto giustificare l'attribuzione dell'efficacia di giudicato al provvedimento reso all'esito del giudizio.

In realtà, avere previsto l'appello contro l'ordinanza che chiude il procedimento di primo grado resta, a mio avviso, una scelta discrezionale e non obbligata dal legislatore, come pure si legge nella relazione al decreto n. 150 del 2011 sulla semplificazione dei riti.

Le forme semplificate con cui si svolge il giudizio di primo grado, infatti, non impongono né di svolgere un secondo controllo di

merito¹ né che tale controllo avvenga con le forme ordinarie, considerato che quello compiuto è comunque un accertamento pieno ed esaustivo.

2. *L'ordinanza che dichiara la domanda sommaria inammissibile*

Sorge in via preliminare il dubbio se vi siano provvedimenti emessi dal giudice in sede di cognizione sommaria di primo grado non passibili di impugnazione.

In effetti, nel corso del procedimento, come si è visto nelle pagine precedenti (e con le riserve espresse in tale sede), il giudice, con ordinanza, può dichiarare la domanda inammissibile per violazione della riserva di collegialità (o, anche, come alcuni ritengono, per un errore nella scelta di rito)². In base a una lettura più letterale dell'art. 702-ter c.p.c., come già si è argomentato, tale ordinanza sarebbe idonea a chiudere il processo in rito. Essa, inoltre, è espressamente qualificata dall'art. 702-ter, comma 2° c.p.c., come “non impugnabile”. La conseguenza di questa qualificazione è che tale ordinanza sarebbe sottratta a qualsiasi rimedio impugnatorio, ciò che viene giustificato sul rilievo che essa avrebbe a oggetto solo una questione procedimentale e sarebbe dunque priva di natura decisoria³. In quest'ottica, si giunge pure a escludere che contro tale ordinanza possa essere proposto ricorso straordinario per cassazione⁴.

¹ V. pure CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. e d. l.g. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 40.

² Trib. Modena, 18 gennaio 2010, cit.

³ ARIETA, *Il rito “semplificato” di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, II, Napoli, 2010, p. 745; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 136, che la equipara al decreto ex art. 640 c.p.c.; CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 884, nota 8.

⁴ MACAGNO, *Il processo sommario di cognizione. Brevi note*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3051; ARIETA, *op. cit.*; VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 63.

In effetti, in questo contesto, il ricorrente non ha un diritto al “rito” da lui scelto per l’instaurazione della lite⁵; d’altra parte, nella maggioranza delle ipotesi, dopo la pronuncia di inammissibilità, l’attore potrà ripresentare la domanda con le forme ordinarie. Almeno in teoria, non esistono neppure ostacoli alla riproposizione della domanda ancora una volta con le forme del rito sommario, non potendosi ritenere che una pronuncia di inammissibilità abbia effetti preclusivi fuori dal procedimento in cui è stata resa⁶.

Vi sono però due considerazioni da svolgere: in primo luogo, ove l’azione fosse soggetta a un termine di decadenza scaduto nelle more della pronuncia di inammissibilità, la riproposizione della domanda potrebbe essere di fatto preclusa. Sempre a titolo di esempio, con riferimento all’ipotesi dell’inammissibilità per errore nella scelta di rito (v. Capitoli settimo e nono), in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, la riproposizione dell’opposizione sarebbe preclusa dal disposto dell’art. 647 c.p.c. In ogni caso, inoltre, l’ordinanza di inammissibilità dovrà anche disporre in merito alle spese di lite, di norma poste a carico della parte ricorrente. In tutte queste ipotesi, a ben vedere, la pronuncia del giudice (direttamente o indirettamente) incide su diritti soggettivi della parte istante.

Dal fatto che la legge esplicitamente la qualifichi “non impugnabile”, dunque, si può trarre la conseguenza che l’ordinanza che dichiara inammissibile la domanda proposta con il rito sommario possa essere oggetto di ricorso straordinario in cassazione ai sensi dell’art. 111, comma 7° Cost.⁷.

⁵ Per PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 229 ss., peraltro la parte avrebbe il diritto di ottenere la decisione nelle forme semplificate a cui in tesi avrebbe diritto; GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 845.

⁶ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 810, prospetta la ricorribilità in cassazione, trattandosi di provvedimento definitivo di un processo che verte su diritti, a meno di non pensare che l’ordinanza d’inammissibilità sia inidonea a precludere la riproposizione della domanda con medesimo rito sommario.

⁷ V. le osservazioni di ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 510. Anche PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 229 ss., si esprime a favore del ricorso straordinario. V. pure GIORDANO, *op. cit.*, p. 842. Parte della dottrina si è espressa

La giurisprudenza, a quanto mi consta, non si è ancora pronunciata espressamente sul punto, ma in altri contesti analoghi sono state emesse decisioni che hanno escluso tale soluzione. In particolare, mi riferisco alle pronunce della Cassazione in materia di ordinanza emessa in sede di reclamo cautelare, ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., a sua volta dichiarata inimpugnabile. Rispetto al capo di tale ordinanza relativa alle spese dei gradi cautelari, in particolare, la suprema Corte ha affermato che, dalla affermata inimpugnabilità del provvedimento, non deriva che la pronuncia in relazione alle spese di lite non sia ridiscutibile. E però la sede per riesaminare tale statuizione, per i giudici di legittimità, non sarebbe il ricorso straordinario in Cassazione, come pure avrebbe potuto ritenersi. Piuttosto, il modo di ridiscussione sulle spese è lo stesso con cui può avvenire la ridiscussione sull'azione di merito cui la misura cautelare chiesta e ottenuta o negata era strumentale, ovvero il giudizio di merito e ciò indipendentemente dal fatto che un termine per il suo inizio sia stato fissato già dal giudice del primo grado cautelare (con un provvedimento positivo) o venga fissato (con il medesimo provvedimento) dal giudice della cautela, oppure – vertendosi nelle ipotesi di cui all'art. 669-octies, comma 6° c.p.c. (cautela anticipatoria) – non venga fissato e l'iniziativa del giudizio di merito sia rimessa a una scelta delle parti senza imposizione di un termine. La Cassazione ha pure precisato che la possibilità di ridiscutere le spese della fase cautelare nel giudizio di merito riguarda sia l'*an* che il *quantum* delle stesse. Seguendo il proprio ragionamento, la suprema Corte ha anche aggiunto, rispetto alla mera quantificazione delle spese, che essa potrebbe essere contestata in sede di opposizione all'esecuzione, preventiva o successiva, poiché il relativo provvedimento è emesso a seguito di cognizione sommaria⁸. Infine, qualora la decisione sul-

in tal senso, almeno per quanto riguarda il capo dell'ordinanza in materia di spese di lite: DIDONE, *op. cit.*, p. 422; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, cit., p. 745; CEA, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 141.

⁸ Conf. Cass., 2012, n. 2264; 2012, n. 11800, per cui, in sede di opposizione all'esecuzione, la condanna alle spese può essere ridiscussa senza limiti, come se l'ordinanza sul reclamo, che è provvedimento a cognizione sommaria, fosse, sul punto, titolo esecutivo stragiudiziale.

le spese cautelari sia reputata insufficiente dal convenuto vittorioso nella fase cautelare, la Cassazione ammette che costui possa agire sul piano ordinario prospettando l'insufficienza della liquidazione sempre perché la consecuzione delle spese effettivamente dovute è funzionale alla tutela della sua posizione quanto all'azione di merito⁹.

La possibilità di trasferire tale giurisprudenza nel contesto del procedimento sommario appare quanto meno dubbia: in primo luogo, non vi è qui alcun procedimento di merito nell'ambito del quale possa essere riconsiderato il capo dell'ordinanza conclusiva in materia di spese. Quanto al riesame in sede di opposizione all'esecuzione, esso, stando alla stessa Cassazione potrebbe riguardare solo il *quantum* e non l'*an* della decisione. In ogni caso, mancherebbe la *ratio* autorizzativa di tale riesame: rispetto all'ordinanza cautelare, infatti, esso viene collegato alla natura sommaria dell'ordinanza stessa, mentre l'ordinanza qui considerata viene emessa all'esito di un giudizio che di sommario ha solo il nome.

Questi rilievi confermano che dovrebbe ammettersi la proposizione del ricorso straordinario avverso l'ordinanza di inammissibilità, almeno laddove essa si presti a essere in concreto "definitiva", rispetto alla (im)possibilità di fare valere il proprio diritto in altro procedimento, e comunque rispetto alla statuizione in materia di spese di lite.

Con tale ricorso straordinario, dunque, la parte soccombente, in sostanza, potrà lamentare un errore del giudice di primo grado in merito alla sussistenza dei presupposti di legge per la pronuncia di inammissibilità o, anche, contestare che la violazione della riserva di collegialità o l'errore in merito all'utilizzo del rito sommario in alternativa a un rito diverso da quello ordinario possano effettivamente portare a una pronuncia di inammissibilità piuttosto che a conseguenze idonee a riportare il procedimento nel corretto binario legale (*v. retro*).

Analoghe considerazioni valgono per l'ipotesi in cui sia dichiarata inammissibile la domanda riconvenzionale del convenuto¹⁰.

⁹ Cass., 2011, n. 11370; 2012, n. 11800.

¹⁰ RENZI, *Le decisioni di cui all'art. 702-ter c.p.c. nel procedimento sommario di cognizione*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 352.

3. *E quella che dispone il mutamento di binario istruttorio*

Anche l'ordinanza che "converte" il rito da sommario a ordinario o separa la domanda riconvenzionale che non sia idonea a essere istruita in modo sommario, ai sensi dell'art. 702-ter, comma 4° c.p.c., è qualificata come "non impugnabile".

Ci si può, dunque, porre il dubbio se anche tale ordinanza possa essere soggetta a ricorso straordinario per cassazione¹¹.

Le conclusioni cui si è giunti rispetto all'impugnabilità dell'ordinanza che dichiara inammissibile la domanda non appaiono però riproducibili qui. Il mutamento di binario istruttorio, infatti, non incide sull'ammissibilità o sulla procedibilità della domanda e al ricorrere viene comunque garantita una pronuncia sul merito, per quanto con modalità formali non semplificate¹².

Un motivo di impugnazione fondato su tale questione, peraltro, risulterebbe inammissibile per mancanza di interesse: una volta chiusi il procedimento di primo grado con le forme del rito ordinario, infatti, un'eventuale "lamentela" in merito al mutamento di binario istruttorio non avrebbe effetti utili, non potendosi recuperare il tempo utilizzato per l'istruttoria formale della causa. D'altro canto, sul piano sostanziale, la parte non potrebbe lamentare la lesione del suo diritto di difesa a causa della decisione del giudice: almeno secondo l'opinione corrente, anzi, la cognizione ordinaria garantisce un livello di tutela superiore a quello dell'istruttoria sommaria.

Tale conclusione non pare destinata a essere modificata dopo la recente introduzione del filtro in appello: è vero che l'appello nel rito sommario gode di almeno due "vantaggi difensivi" rispetto a quello ordinario (mancanza del filtro e possibilità di richiedere o produrre nuove prove indispensabili): e, però, non si riesce a configurare una lesione del diritto di difesa sotto il primo profilo, perché se l'appello è *prima facie* privo di fondatezza, esso sarà comunque respinto all'esito del secondo grado non filtrato; quanto all'aspetto

¹¹ Così TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 256.

¹² V. CEA, *op. cit.*, p. 145, per il quale il relativo provvedimento sarebbe non impugnabile, dal momento che, nello stesso, non si decide sul merito del diritto.

probatorio, dopo la conversione del rito, la parte ha comunque la possibilità di integrare le sue richieste e produzioni istruttorie, ben sapendo che, in un eventuale appello ordinario, non potrebbe utilizzare nuove prove. Eventuali sviste, sottovalutazioni o errori non sarebbero dunque meritevoli di “sanatoria” con una revisione del provvedimento con cui il giudice di primi grado ha disposto il cambiamento di binario istruttorio.

Inoltre, come si è visto, nel mutare il rito, il giudice non deve prendere provvedimenti sulle spese della fase “sommaria”, visto che il procedimento prosegue senza soluzione di continuità.

Sembra dunque che l'unico rimedio configurabile rispetto a una immotivata e ingiustificata modifica del binario istruttorio sia rappresentato dal ricorso per l'eccessiva durata del processo, facendo valere, come possibile circostanza “aggravante” proprio il tale mutamento di binario in circostanze in cui sarebbe stata invece possibile l'istruttoria sommaria. D'altra parte, come si è concluso nel Capitolo decimo, la decisione in merito al binario istruttorio della causa rappresenta un dovere vincolato, la cui violazione potrebbe avere implicazioni sul piano disciplinare.

4. *Scelta del giudice di istruire la causa in modo sommario: può essere oggetto di riesame o controlli?*

Ci si può, a questo punto, porre il dubbio se sia soggetta a controlli o riesami la decisione del giudice di istruire la causa in modo sommario.

Per alcuni, a tale dubbio si dovrebbe dare risposta negativa, poiché il provvedimento in questione non avrebbe contenuto decisivo e perché sarebbe irragionevole escludere l'impugnabilità per il provvedimento che dispone il mutamento di binario istruttorio e prevederla, invece, per quello che “apre” l'istruzione sommaria¹⁵.

D'altro canto, volendo ragionare in modo diverso, ci si deve chiedere quali conseguenze possa avere la decisione del giudice

¹⁵ CATALDI, *op. cit.*, p. 136.

d'appello in disaccordo con quello di prime cure circa la corretta istruttoria della causa.

Sul punto, alcuni sostengono che, trattandosi di una decisione discrezionale, il resistente dovrebbe dimostrare che tale scelta abbia pregiudicato i suoi diritti difensivi, con l'ingiusta negazione della possibilità di emende assertive o istruttorie, indicando quali concrete facoltà integrative le siano state immotivatamente precluse o non abbia potuto ragionevolmente svolgere in prima udienza sommaria¹⁴. In effetti, la decisione di istruire la causa in modo sommario, anche se non condivisa in sede di appello, non appare di per sé idonea a determinare la nullità del conseguente provvedimento. Tale situazione si potrà verificare solo laddove dalla scelta istruttoria compiuta in primo grado sia derivata una violazione dei diritti di difesa della parte interessata, per esempio sul piano della compressione del suo diritto alla prova¹⁵.

A questo riguardo, peraltro, si impone una constatazione.

Come si è visto, nel procedimento di primo grado, dalla decisione di trasformare il binario istruttorio della lite non deriva *ex se* una riapertura dei termini processuali, essendo piuttosto necessaria una esplicita richiesta del convenuto di rimessione in termini sin dal momento della sua costituzione in giudizio (v. Capitolo ottavo).

In coerenza con questa linea, si deve affermare che, ove tale richiesta non sia stata formulata, la parte che in primo grado abbia "subito" la scelta dell'istruttoria sommaria da parte del giudice non avrà spazi per sostenere, in appello, di avere subito lesioni al proprio diritto di difesa dalla decisione di istruire la causa in modo sommario. In effetti, sin dal momento in cui riceve il ricorso, il convenuto è in condizione di verificare se il tempo a sua disposizione per difendersi sia sufficiente o meno. In quest'ottica, se ritenga che la causa sia incompatibile con una cognizione sommaria è suo onere contestarlo sin dalla sua prima difesa, indicando i profili della affermata complessità istruttoria e contestualmente argomentando di dovere essere rimessa in termini, all'esito del cambiamento del

¹⁴ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 353.

¹⁵ PORRECA, *op. cit.*, p. 354; v. anche CATALDI, *op. cit.*, p. 137.

binario istruttorio, per potere meglio articolare le proprie difese e richieste istruttorie.

In altre parole, per il convenuto soccombente che contesti la scelta del giudice di istruire la causa in modo sommario, la lamentata lesione del diritto di difesa non deriverà tanto dalla mancata concessione dei termini di cui all'art. 183 c.p.c. quanto, a monte, dal non essere stato in grado, per causa a lui non imputabile, di formulare tutte le proprie richieste entro la data di svolgimento della prima udienza sommaria.

Ciò premesso e chiarito, appare possibile che, alle dovute condizioni, al giudice d'appello sia chiesto di riesaminare la decisione del giudice di primo grado di istruire la causa in modo sommario¹⁶. Come si è visto, la decisione sul binario istruttorio costituisce un dovere vincolato, previa verifica di alcuni presupposti. In quanto tale, la relativa analisi può essere sottoposta a riesame da parte della corte d'appello, per verificarne la tenuta.

Ove la corte, all'esito di tale analisi, giunga a ritenere che non sussistessero i presupposti per l'istruzione della causa in modo sommario e che, da tale decisione, sia derivata la violazione del diritto di difesa della parte impugnante, l'ordinanza dovrà essere annullata, predisponendo quanto necessario a ripristinare i diritti violati nella fattispecie.

A questo riguardo, si osserva che non sussiste, per una situazione di questo tipo, uno dei motivi tassativi previsti dalla legge (artt. 353 e 354 c.p.c.) per la rimessione della causa in primo grado¹⁷. In effetti, la natura pienamente devolutiva dell'appello anche nell'ambito che ci interessa qui mal tollera la rimessione della causa avanti al giudice di prime cure¹⁸. Il giudice d'appello, dunque, dovrà egli stesso disporre le eventuali attività "sananti" davanti a sé¹⁹.

Alle stesse conclusioni pare doversi giungere per l'ipotesi in cui la causa sia stata decisa in primo grado con l'istruttoria sommaria

¹⁶ App. Roma, 7 agosto 2014, n. 5177, in *Guida dir.*, 2015, fasc. 9, p. 64.

¹⁷ CONSOLO, *op. cit.*, p. 884; v. anche TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, p. 654.

¹⁸ SCALA, *L'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 740, che però ritiene che appello sia l'unico grado di cognizione piena.

¹⁹ RENZI, *op. cit.*, p. 351 ss.

da un giudice monocratico e in appello si ritenga che sulla causa sussistesse una competenza collegiale²⁰.

Sarà quindi necessario predisporre il mutamento di binario istruttorio in appello e concedere la rimessione in termini per la parte che l'avesse già inutilmente richiesta in primo grado, con applicazione analogica di quanto visto a suo tempo circa l'interpretazione dell'art. 702-ter, commi 3° e 4° c.p.c.

La necessità di rinnovare l'attività processuale a partire dal primo atto invalidato (nella specie, la decisione di istruire la causa in modo sommario) implica che il giudice di appello dovrà lui stesso concedere i termini per il deposito delle memorie di cui all'art. 183, comma 6° c.p.c., ancorché, di norma, almeno la parte appellante avrà già esplicitato nell'ambito dei motivi d'appello le attività difensive che la decisione del primo giudice le ha impedito di formulare, per supportare la propria richiesta di riesame della decisione sul binario istruttorio e di rimessione in termini.

In effetti, anche in considerazione del tenore più rigoroso del nuovo art. 342 c.p.c.²¹, già nell'atto d'appello, dovrebbero essere indicate le richieste istruttorie che la parte non è stata messa in grado di articolare avanti al Tribunale, con la produzione dei documenti che non era stata precedentemente messa in grado di procurarsi e con le precisazioni e i chiarimenti sulla fattispecie che non le era stato concesso di formulare a causa del carattere sincopato (e tendenzialmente orale) dell'istruttoria formale.

Per la diversa ipotesi in cui la parte abbia formulato istanze istruttorie non ammesse del giudice di primo grado, il problema non sarà il riesame della scelta del binario istruttorio, quanto della correttezza della decisione del giudice in merito alle richieste istruttorie inizialmente rigettate.

Da quanto precede, emerge che qualora la parte appellante, in primo grado, non abbia chiesto la rimessione in termini né formulato richieste istruttorie, non vi sarà molto spazio per lamentarsi, in appello, del binario sommario scelto dal Tribunale in primo grado.

²⁰ TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 655, che richiama l'art. 50-*quater* c.p.c. e il principio di economia processuale.

²¹ Per BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 666, peraltro, il nuovo art. 342 c.p.c. non sarebbe applicabile all'appello del sommario.

5. *L'ordinanza che definisce il procedimento sommario "in rito"*

Per quanto attiene l'ordinanza che definisce in rito il giudizio (a parte quella sulla competenza, v. *supra*), sebbene la formulazione dell'art. 702-*quater* c.p.c. sia poco felice, non si dubita che anch'essa sia sempre appellabile²².

In questo senso si è di recente pronunciata la Cassazione, che ha ritenuto appellabile un'ordinanza sommaria che aveva dichiarato inammissibile per tardività l'impugnazione del rigetto di una domanda di protezione internazionale pronunciato dalla competente commissione territoriale²³.

Ove, poi, si ammetta la pronuncia di ordinanze non definitive (come si propone nel capitolo precedente), si deve ritenere che anche contro tali ordinanze si possa proporre appello, in applicazione analogica dell'art. 702-*quater* c.p.c.

Accedendo a tale soluzione, si giunge pure ad ammettere che, contro l'ordinanza non definitiva, sia possibile proporre l'appello immediato ovvero formulare riserva di impugnazione, ai sensi dell'art. 340 c.p.c.²⁴. Si ritiene infatti che l'art. 702-*quater* c.p.c., nell'introdurre modifiche alla disciplina generale sull'appello, implicitamente rinvii alla disciplina generale degli artt. 339 ss. c.p.c. per quanto ivi non espressamente regolato²⁵. Al riguardo, la dottrina osserva pure che la soluzione negativa favorirebbe la frammentazione della causa²⁶.

È pur vero che, come si è messo in risalto (v. capitolo precedente), parte della dottrina ritiene che il rito sommario sia incompatibile

²² CEA, *op. cit.*, p. 143, per il quale l'impugnabilità dei provvedimenti in questione va abbracciata senza esitazione. Per PORRECA, *op. cit.*, p. 227 ss., tutti i provvedimenti (di merito e di rito) con cui si chiude il procedimento sommario sono soggetti alle impugnazioni ordinarie a eccezione dell'ordinanza di inammissibilità, per cui è prevista esplicitamente una deroga.

²³ Cass., 27 marzo 2014, n. 7258, in banca dati *Pluris*.

²⁴ CEA, *op. cit.*, p. 147; TURRONI, *Decisioni non definitive nel procedimento sommario di cognizione. "Autopsia" di un intervento in causa R. C. Auto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 153.

²⁵ Così TURRONI, *Le decisioni non definitive nel processo sommario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 806.

²⁶ TURRONI, *op. cit.*, p. 805.

con la pronuncia di ordinanze non definitive idonee a definire questioni pregiudiziali o preliminari con efficacia di giudicato.

In quest'ottica, che pure qui non si condivide, è chiaro che ove un'ordinanza di questo tipo venga pronunciata per errore, alla stessa non sarà applicabile la disposizione dell'art. 702-*quater* c.p.c., che si riferisce alla sola decisione che abbia accolto o rigettato una o più domande. In altre parole, da tale angolo prospettico, un'ordinanza non definitiva su una questione meramente processuale non avrebbe alcun autonomo effetto preclusivo e pertanto non impedirebbe di reinvestire della questione il giudice d'appello attraverso l'impugnazione della successiva ordinanza definitiva del procedimento²⁷.

6. *L'ordinanza "di merito": appellabile sempre o secundum eventum litis?*

L'ordinanza che definisce il giudizio accogliendo o respingendo la domanda è sicuramente appellabile: si tratta, anzi, dell'unica ipotesi prevista dall'art. 702-*quater* c.p.c.²⁸.

Ovviamente, tale affermazione può essere condivisa *in toto* solo se si ritiene che l'ordinanza emessa dal Tribunale sia idonea a passare in cosa giudicata qualsiasi ne sia il contenuto. Invero, come si è visto nel capitolo precedente, ciò non è universalmente condiviso: alcuni, infatti, ritengono che solo l'ordinanza di accoglimento sarebbe suscettibile di passare in cosa giudicata. Corollario di tale tesi ricostruttiva è che contro l'ordinanza di rigetto sarebbe inammissibile l'appello, non essendo destinata a diventare incontrovertibile²⁹.

La tesi in esame, già confutata nel capitolo precedente nella sua premessa, va pure respinta rispetto a tale sua conseguenza: essa, infatti, oltre a non essere adeguatamente supportata a livello di dato

²⁷ BALENA, *op. cit.*, p. 817

²⁸ CEA, *op. cit.*, p. 149.

²⁹ Così App. Roma, 7 marzo 2012, in *La nuova proc. civ.*, 29 maggio 2013, per cui tale interpretazione sarebbe di "solare evidenza letterale".

normativo³⁰, sul piano funzionale e di politica legislativa, giustifica un doppio binario nel trattamento dell'ordinanza sommaria, in base all'esito del giudizio, con verosimili dubbi di costituzionalità e con evidenti problemi pratici. Banalmente, si dovrebbe configurare uno strumento *ad hoc* per contrastare la decisione del Tribunale in punto di spese legali³¹.

Il corollario della conclusione raggiunta nel capitolo precedente in merito alla parificazione tra le ordinanze di accoglimento e di rigetto rispetto al conseguimento dell'autorità *ex art.* 2909 c.c., nel presente ambito, è che entrambe le ordinanze sono suscettibili di appello, senza alcuna disparità di trattamento a seconda del contenuto³² o distinzione tra merito e rito³³.

In questo senso, si è pronunciata anche la Corte di Cassazione³⁴, dapprima con un *obiter dictum*, qualificando la tesi qui criticata come “*non (...) condivisibile, sia per ragioni di principio, sia per ragioni assiologiche pratiche*”. La Corte è, dunque, arrivata a concludere che la nozione di ordinanza di cui al 6° comma dell'art. 702-ter c.p.c. non debba essere interpretata in maniera riduttiva, con riferimento al solo provvedimento di accoglimento, ma essere riferito, piuttosto, a qualsivoglia ordinanza conclusiva, qualunque sia il suo contenuto. Tale orientamento è poi stato confermato *ex professo* in decisioni successive³⁵, nelle quali si è affermato che anche l'ordinanza di rigetto

³⁰ Come osserva G. G. POLI, *Sulla “simmetria” del giudicato nel procedimento sommario a cognizione piena*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 301, le uniche eccezioni al regime di normale impugnabilità di ogni provvedimento che definisce un giudizio sono espressamente previste dal legislatore.

³¹ App. Roma, 15 marzo 2013, *La nuova proc. civ.*, 28 novembre 2013; Cass., 19 maggio 2015, n. 10211, in *Foro it.*, 2015, c. 3920.

³² Così pure CATALDI, *op. cit.*, p. 175 ss.

³³ G. G. POLI, *Sull'appellabilità dell'ordinanza di rigetto nel procedimento sommario di cognizione: considerazioni a margine di un “obiter dictum” della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3929.

³⁴ Cass., 19 maggio 2015, n. 10211, in *Foro it.*, 2015, c. 3920; conf. App. Milano, 14 marzo 2013, in *Foro Padano*, 2013, 3, c. 283 nota di UCCELLA, per il quale, di fronte ad alcuni dubbi interpretativi sul rapporto tra il testo dell'art. 702-*quater* c.p.c. e quello del comma 6° dell'articolo precedente in tema di ammissibilità dell'appello avverso l'ordinanza di rigetto emessa *ex artt.* 702-*bis* e *ter* c.p.c., è preferibile l'opzione affermativa, quale quella che meglio soddisfa esigente di equilibrio sistematico e pienezza del diritto di difesa.

³⁵ Cass., ord., 2 novembre 2015, n. 22387; Cass., 19 maggio 2015, n. 10211.

della domanda proposta e decisa secondo il procedimento sommario di cognizione, e non solo quella di accoglimento, è impugnabile ai sensi dell'art. 702-*quater* c.p.c. La Corte, in particolare, ha confermato la tesi per cui l'art. 702-*ter*, comma 6° c.p.c. va letto, non già in maniera riduttiva con riferimento alla sola ordinanza di accoglimento, ma in continuità con il comma precedente dello stesso articolo, che ricomprende sia l'ordinanza di accoglimento sia quella di rigetto. Per contro, la tesi qui criticata, configurando un'appellabilità *secundum eventum litis*, si porrebbe, per la Corte, in contrasto con i principi di eguaglianza, di ragionevolezza e di tutela del diritto di difesa³⁶⁻³⁷.

7. *L'appello nel rito sommario: funzione e aspetti procedurali*

Resta a questo punto da chiedersi se l'appello nel rito sommario presenti a sua volta profili di "sommarietà".

³⁶ Rispetto a tale orientamento della giurisprudenza di legittimità, va precisato che la stessa Corte d'appello di Roma, già in decisioni successive, aveva rinnegato il proprio stesso precedente: App. Roma, 13 marzo 2013, per cui il dato testuale del richiamo al solo sesto comma dell'art. 702-*ter* c.p.c. non va enfatizzato; e infatti il sesto comma è una specificazione del precedente quinto comma, ove si individua in via generale, nella ordinanza, la forma del provvedimento che definisce il giudizio, sia esso di accoglimento o di rigetto. Il successivo sesto comma in definitiva si limita a chiarire che tale ordinanza, quando ne ricorrono le condizioni, è provvisoriamente esecutiva (del resto un capo condannatorio relativo alle spese e, dunque, suscettibile di provvisoria esecuzione può esservi anche nella pronuncia di rigetto). Il rinvio di cui all'art. 702-*quater* c.p.c. alla ordinanza di cui al comma 6° non può dunque essere letto in maniera riduttiva con riferimento alla sola ordinanza di accoglimento. Inoltre, la tesi della inappellabilità della pronuncia di rigetto e della inidoneità al giudicato della stessa pare in contrasto con gli stessi principi costituzionali ispiratori del giusto processo, poiché consentendo la riproposizione del ricorso, vanificherebbe l'attività di cognizione svolta dal giudicante, in contraddittorio delle parti, e sfociata nel rigetto della domanda, oltre a porre significativi problemi con riferimento alla statuizione di condanna alle spese inerente il provvedimento di rigetto, per la quale occorrerebbe individuare un diverso strumento di impugnazione.

³⁷ CEA, *op. cit.*, 2011, p. 149 ss. precisa, invero, che l'appello sarebbe proponibile solo ove lo sarebbe nel procedimento ordinario: il riferimento è alla prospettata possibilità di usare il procedimento sommario come "surrogato" di altri procedimenti "speciali" di cognizione, come quello per l'opposizione agli atti esecutivi, in cui in effetti la sentenza emessa in primo grado non è impugnabile. L'osservazione è corretta, salvo, ovviamente, contestualizzarla rispetto alle conclusioni raggiunte, sull'utilizzo "surrogato" del rito sommario nel capitolo settimo.

La disciplina procedimentale dell'appello nel rito sommario è fornita dall'art. 702-*quater* c.p.c., che, invero, contiene alcune previsioni *ad hoc*, in deroga al regime ordinario, senza però dare indicazioni sistematiche sul modello procedimentale che governa l'appello nel rito sommario.

Gli interpreti concordano per escludere che tale appello, nel silenzio dell'art. 702-*quater* c.p.c., sia soggetto al rito camerale. Si osserva, infatti, che, nei casi in cui la legge sceglie di applicare il rito camerale all'appello lo dice espressamente, come rispetto all'impugnazione nel procedimento di divorzio³⁸.

È, piuttosto, opinione diffusa che, in fase di appello, il procedimento perda le caratteristiche "sommario" del primo grado per recuperare la struttura, i tempi e, per alcuni, le garanzie del giudizio ordinario d'appello, rilevandosi che il rito ordinario, per interpretazione consolidata, debba essere applicato quando quello speciale del primo grado non vi sia specificatamente esteso³⁹. In altre parole, in mancanza di espressa volontà di legge, non si ritiene possibile estendere i tratti di sommarietà previsti per il primo grado anche al giudizio d'impugnazione⁴⁰, escludendosi l'ultrattività del rito seguito in prime cure anche nel secondo grado⁴¹.

La giurisprudenza di legittimità esclude, in effetti, la presenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale e prevalente di ul-

³⁸ CEA, *op. cit.*, p. 155.

³⁹ App. Bologna, 7 gennaio 2013, n. 35, in www.giuraemilia.it; App. Napoli, 22 febbraio 2013, in www.lanuovaproceduracivile.it; App. Reggio Calabria, 1° marzo 2012, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2132; *contra* BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2014, p. 90.

⁴⁰ Così App. Napoli, 22 febbraio 2013, *cit.*; App. Catanzaro, 3 novembre 2014, in *La nuova proc. civ.*, 2014, numero 6. Nel senso indicato nel testo si è espressa Cass., sez. un., 18 novembre 2010, n. 23285, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, p. 1465, in materia di opposizioni a sanzioni amministrative. È rimasta minoritaria la tesi per cui anche in secondo grado dovrebbe applicarsi il rito speciale: BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it, p. 10.

⁴¹ App. Roma, 11 maggio 2011, in www.ilprocessocivile.com; App. Milano, 28 ottobre 2014, n. 3812, in www.ilcaso.it. Per una posizione più "possibilista", LISELLA, *Note sull'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 718 ss., a p. 740 ss.

trattività⁴². Tale principio si invoca piuttosto in caso di errori del giudice di primo grado nella trattazione in rito del procedimento⁴³, per giungere ad affermare che, in forza di tale principio, ai fini della scelta delle forme e del mezzo di impugnazione, vale il rito adottato dal giudice per pronunciare il provvedimento che si intende impugnare⁴⁴.

Per alcuni, anzi, proprio il “recupero” del giudizio ordinario in fase di appello renderebbe compatibile il rito qui in esame con i principi costituzionali del giusto processo.

La conclusione di quanto precede è che, per quanto non disciplinato dall'art. 702-*quater* c.p.c., anche in questo ambito si debbano seguire le norme del rito ordinario d'appello, in quanto compatibili⁴⁵. La disciplina “speciale” dell'appello nel rito sommario va peraltro integrata con una disposizione contenuta nell'art. 348-*bis*, comma 2°, lett. b), introdotto dal d. l. n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2012. Tale norma esclude l'applicazione all'appello “sommario”, del c.d. “filtro in appello”, di recente e controversa introduzione, ovvero il vaglio preliminare del giudice di secondo grado circa l'inammissibilità dell'impugnazione che appaia priva di una ragionevole probabilità di essere accolta⁴⁶.

⁴² V. Trib. Torino, 2 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*, con richiami giurisprudenziali.

⁴³ V. Trib. Torino, 2 ottobre 2013, cit.

⁴⁴ Così Cass., 18 agosto 2006, n. 18201, in banca dati *Pluris*, che conclude: “Ne consegue l'ammissibilità del reclamo, proposto con ricorso, nei confronti del decreto relativo all'improcedibilità della domanda ove il relativo giudizio di primo grado si sia svolto nelle forme del rito camerale anziché dell'ordinario giudizio di cognizione”. Proprio in forza del principio di ultrattività, App. Reggio Calabria, 1° marzo 2012, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2132, ritiene ammissibile l'appello proposto con le forme qui in esame per il procedimento sommario, qualora il giudice di primo grado abbia erroneamente applicato tale modello procedimentale a una controversia soggetta a un rito a cognizione piena diverso e alternativo rispetto a quello ordinario, nella specie il rito locatizio; COSTABILE, *Le ricadute sul giudizio di appello della ritenuta compatibilità tra il procedimento sommario di cognizione e le controversie locatizie*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2137.

⁴⁵ V. anche CAPONI, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, Torino, 2010, p. 207; BINA, *op. cit.*, p. 132; indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena.

⁴⁶ Approva l'opzione del legislatore GRAZIOSI, *La riforma del rito sommario di cognizione*, in *Le novità in materia di impugnazioni. Incontro di studio*, Firenze,

La *ratio* di tale esclusione è elusiva. Probabilmente, si tratta di una concessione del legislatore a quanto sostengono che il procedimento sommario, per essere compatibile con i canoni costituzionali, dovrebbe garantire almeno un grado di cognizione piena⁴⁷.

8. *Il ruolo delle nuove prove nell'appello "sommario"*

La "sommarietà" del rito in primo grado ha evidenti ricadute sull'attività istruttoria che le parti possono compiere in sede di appello.

Per ragioni che probabilmente hanno più a che fare con la politica (o la diplomazia) legislativa che con le intrinseche caratteristiche di un rito sommario in quanto semplificato, infatti, sul piano istruttorio, l'appello nel nostro contesto nel testo originale dell'art. 702-*quater* c.p.c. era stato configurato come "a porte aperte" rispetto alle risultanze e alle richieste probatorie⁴⁸⁻⁴⁹.

12 aprile 2013, Bologna, 2014, p. 163, sul presupposto (qui non condiviso) che il rito sommario abbia struttura bifasica, in cui l'appello sia destinato alla cognizione piena. V. pure SALETTI, *L'appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1435; TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, p. 652.

⁴⁷ BERGAMINI, *op. cit.*, p. 665. SALETTI, *op. cit.*, p. 1437, peraltro, mette in rilievo come, nel nostro ambito, qualora il giudice valuti che l'appello sia comunque *prima facie* infondato, potrà comunque accelerare i tempi della decisione disponendo la disposizione orale della causa ai sensi del combinato disposto degli artt. 281-*sexies* e 352, comma 6° c.p.c.

⁴⁸ CAPONI, *op. cit.*, p. 207; ARIETA, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁹ Senza potere approfondire il tema, si qualifica come "nuova" la prova avente a oggetto una fatto evidenziato o allegato per la prima volta in appello (perché sopravvenuto o perché, pur preesistente, divenuto rilevante solo grazie a tenore della sentenza di primo grado o a una novità normativa sopraggiunta dopo che erano maturate le preclusioni istruttorie) nonché una prova connessa a un fatto allegato in precedenza ove si chieda di dimostrare lo stesso in sede di gravame attraverso un mezzo istruttorio differente: v. al riguardo, di recente, SAVINO, *Ancora sulle nuove prove indispensabili in appello, una condivisibile (non) pronuncia delle sezioni unite*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1110 ss., che evidenzia come "il requisito della novità attiene sia alla diversità del tipo di mezzo istruttorio dedotto, sia all'oggetto del mezzo di prova". Non sono invece ritenute nuove le prove richieste ma non ammesse in prime cure, quelle dichiarate inammissibili in quanto dedotte in modo difforme dalla legge o quelle da cui la parte sia decaduta nel corso del primo grado: così, di recente, VIDIRI, *L'indispensabilità delle prove nel rito del lavoro*, in *Riv. dir.*

Dove, in particolare, all'appello ordinario si applicava un testo dell'art. 345 c.p.c. che, all'epoca, prevedeva l'ammissibilità, oltre delle prove non dedotte o prodotte per causa non imputabile, delle sole prove ritenute "indispensabili", in sede di appello "sommario" erano ammessi i nuovi mezzi di prova e i nuovi documenti che il collegio avesse ritenuto rilevanti nonché quelli che la parte avesse dimostrato di non avere potuto proporre in precedenza per causa a essa non imputabile⁵⁰: una disposizione, almeno a livello testuale, evidentemente più aperta ai *nova* istruttori rispetto al rito ordinario.

proc., 2015, p. 1465; Cass., sez. un., 4 maggio 2017, n. 10790, con riferimento alla parte decaduta in primo grado dalla produzione di un documento. Non sono neppure "nuove" le prove che costituiscono una riformulazione di istanze già proposte in primo grado: in tema, v. Cass., 22 giugno 2016, n. 12882, *La nuova proc. civ.*, 2016, n. 5, per la quale il nuovo testo dell'art. 345, comma 2° c.p.c. non consente in sede di appello l'integrazione di un capitolo di prova né può ritenersi che la novità possa essere esclusa per il fatto che l'integrazione concerna elementi comunque risultanti dagli scritti difensivi depositati nel giudizio di primo grado, in quanto la novità del capitolo va riscontrata sulla base del mero raffronto tra il contenuto originario e quello risultante dell'integrazione. La formula ampia utilizzata dall'art. 345 c.p.c., per contro, induce a ritenere che i documenti debbano essere nuovi rispetto all'intero processo e dunque non prodotti in precedenza: sfugge, quindi, alla nozione di "nuova" prova (e dunque possono essere sempre prodotti in appello) il fascicolo della fase monitoria, nel contesto di un'opposizione a decreto ingiuntivo: Cass., sez. un., 10 luglio 2015, n. 14475, su cui SAVINO, *op. cit.*, p. 1105 ss., per la quale, a livello sistematico, i principi del giusto processo e della ragionevole durata del processo implicano che le prove acquisite al processo lo siano in via definitiva e non possano essere disperse. Si è dunque affermato il principio di non dispersione della prova una volta che questa sia stata acquisita al processo. Conf. Trib. Milano, 13 giugno 2016, in *www.ilcaso.it*, per cui, alla luce dell'innovativo orientamento della Cassazione, devono essere già prodotti tempestivamente tutti i documenti allegati al ricorso per ingiunzione e, quindi, di escludere che la produzione del fascicolo monitorio possa considerarsi tardiva, qualora effettuata dopo lo spirare dei termini istruttori, in quanto detto fascicolo in realtà avrebbe dovuto essere già stato acquisito d'ufficio direttamente dalla cancelleria). Le stesse conclusioni possono raggiungersi rispetto al fascicolo di parte del primo grado, non depositato in cancelleria nel momento in cui la causa sia andata in decisione in quella sede: RUFFINI, *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1096; SAVINO, *Ancora sulle nuove prove indispensabili in appello, una condivisibile (non) pronuncia delle sezioni unite*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1124.

⁵⁰ LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*, ritiene che si debba vagliare solo la rilevanza della nuova prova. *Contra* BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in *www.judicium.it*, p. 10, per cui la nuova prova dovrebbe essere indispensabile, salva prova di non imputabilità.

Questo trattamento diversificato dell'attività istruttoria in fase di appello faceva dire a molti che proprio il giudizio di secondo grado doveva considerarsi come la prima e unica fase a cognizione piena, dopo la sommarietà dell'istruttoria svoltasi avanti al Tribunale⁵¹, con un recupero in tale fase delle garanzie comprese in prime cure⁵². Solo con tale recupero, anzi, il modello del rito sommario avrebbe potuto ritenersi conforme, secondo questo orientamento, ai principi costituzionali del giusto processo⁵³.

⁵¹ LUIISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., 2009, p. 115; dopo la riforma, l'a., *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 141, rileva che la nuova disposizione "fa sorgere alcuni problemi"; MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1111 ss. Per FRADEANI, *Sull'incompatibilità tra il nuovo procedimento sommario di cognizione e le controversie in materia di locazione e comodato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 399, l'apertura dell'appello alle nuove prove dimostrerebbe che il primo grado non è di cognizione piena, altrimenti non vi sarebbe alcuna ragione di imporne la ripetizione in forma di gravame.

⁵² SCALA, *L'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 739, affermava che la mancata previsione di una limitazione alla prova dei fatti in appello servisse a evitare che la decisione in appello si fondasse sul materiale del processo di primo grado, svoltosi con le forme sommarie, vanificando così la garanzia delle parti al processo a cognizione piena per la tutela dei diritti pur soltanto eventuale e posticipata rispetto a una prima fase trattata con il rito sommario; contro tale ricostruzione BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2014, p. 89, per cui "da nessuna norma emerg[e] l'idea che agli occhi del legislatore l'appello qui dovrebbe operare come una sorta di opposizione a un provvedimento sommario".

⁵³ Per LUIISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017, p. 141, osserva che i procedimenti sommari di cognizione, idonei a produrre giudicato, sono conformi alla costituzione in quanto possa essere sempre chiesta la conversione del processo sommario in processo a cognizione piena. In quest'ottica, dunque, l'appello dovrebbe essere costruito come un giudizio di primo grado a cognizione piena, pena l'incompatibilità del processo sommario con i principi costituzionali. Per PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 223, il rito sommario sarebbe un rito speciale, a cognizione sommaria (eventuale) in primo grado e cognizione piena in appello: "un piccolo aborto probabilmente così disciplinato allo scopo di salvarne la legittimità costituzionale". Critico rispetto a questo posizione M. FABIANI, *Semplificazione dei riti il modello sommario*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 207. Prima dell'introduzione del rito sommario, per LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 42-43, la correlazione necessaria predicata dal giusto processo tra il giudicato vero e proprio e la cognizione ordinaria piena ed esauriente non sarebbe stata realizzata da un grado di appello orbatò dei *nova*, quando prima di questo grado vi sia stata una cognizione

In effetti, chi afferma la natura strutturalmente sommaria dell'istruttoria di primo grado, ritiene pure che l'appello sia il rimedio per assicurare al soccombente la trasformazione del procedimento da sommario in cognizione piena ed esauriente⁵⁴. In quest'ottica, in appello si potrebbero rinnovare con le garanzie del secondo libro del codice di rito le prove acquisite e assunte con le forme sommarie davanti al tribunale o addirittura sostituire o integrare con mezzi di prova tipici quelli atipici posti a fondamento della decisione impugnata. In altre parole, con l'appello si potrebbe porre rimedio alle lacune istruttorie della prima fase⁵⁵.

Quella che precede non mi sembra una posizione condivisibile, come a più riprese argomento in queste pagine. Ritenendo che quella che si svolge in primo grado sia a tutti gli effetti una cognizione piena, sul piano della qualità e della quantità, ci si interroga, allora, sulla *ratio* del trattamento diversificato dei *nova* istruttori nell'appello disciplinato dell'art. 702-*quater* c.p.c.

In effetti, alcuni hanno criticato l'apertura dell'art. 702-*quater* c.p.c. alle nuove prove in appello, qualificandola come il prezzo pagato ai "formalisti delle garanzie", una sorta di compromesso per rendere meno indigesta la deformalizzazione dell'istruttoria in primo grado⁵⁶.

In realtà, la portata più ampia delle novità istruttorie in grado di appello appariva come uno scrupolo "garantista" per completare il quadro probatorio, dopo il primo grado semplificato. Da qui a

sommaria. Per GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 725, avrebbero potuto avere ingresso nell'appello contro l'ordinanza sommaria "le prove ammissibili che in precedenza erano state escluse a causa dell'inapplicabilità della disciplina codicistica", mentre avrebbe potuto essere "replicato l'esperienza di una prova assunta nella fase a cognizione sommaria secondo modalità differenti da quelle fissate dagli artt. 191 ss. c.p.c."

⁵⁴ Carratta I, p. 2; CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 729. Per SCALA, *op. cit.*, p. 739, in secondo grado si dovrebbe realizzare l'esigenza di riesame pieno della pretesa vantata dall'attore; BERGAMINI, *op. cit.*, p. 661, per cui proprio la previsione dell'appello sarebbe condizione per la legittimità costituzionale del procedimento sommario.

⁵⁵ MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1111 ss., il quale, peraltro, p. 1113, paventava il rischio che l'appello divenisse un primo grado di giudizio, appesantito e rallentato dalla necessità di svolgere atti di istruzione.

⁵⁶ CHIARLONI, *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 720.

configurare il secondo grado “a porte aperte” come unica “ciambella di salvataggio” del rito sommario sul piano costituzionale, d’altro canto, ce ne passava, alla luce di quanto si è già osservato circa la struttura della cognizione sommaria in questo contesto⁵⁷.

Nel vigore del testo originario dell’art. 702-*quater* c.p.c. sorgeva, dunque, il problema di definire il concetto di “nuova prova rilevante”. Ci si chiedeva, in particolare, se il criterio della “rilevanza” dovesse essere interpretato nell’appello sommario come nel giudizio ordinario di primo grado.

Per una posizione minoritaria, la iniziale formulazione dell’art. 702-*quater* c.p.c. sarebbe stata “non perfetta”⁵⁸ in quanto il legislatore, pur utilizzando l’aggettivo “rilevanti” avrebbe in realtà voluto riferirsi alla tradizionale nozione di “indispensabilità” della nuova prova anche in questo contesto.

Tale soluzione non appariva condivisibile e non teneva conto della “diversità” del rito sommario rispetto a quello ordinario e che giustifica(va) un trattamento differenziato della nuova prova in appello. D’altra parte, questa lettura è stata comunque smentita dai fatti, avendo il legislatore, nella riforma dell’appello del 2012, chiuso quasi totalmente la porta del secondo grado ordinario alle prove nuove, permettendo invece le nuove prove nell’appello del rito sommario purché “indispensabili”⁵⁹. In altre parole, se di diseguaglianza si può parlare,

⁵⁷ Per CEA, *op. cit.*, p. 145, la parte può solo dolersi dell’ingiustizia della decisione di procedere con il sommario e al limite, in fase d’appello, essere rimessa a compiere quelle attività di allegazione e probatorie che le erano state impedito dallo svolgimento del processo con le forme ordinarie.

⁵⁸ App. Roma, 11 maggio 2011, in *www.ilprocessocivile.com*. In particolare, la Corte d’appello di Roma, nel prospettare tale soluzione, argomentava che, altrimenti ragionando, l’art. 702-*quater* c.p.c. avrebbe manifestato “un inesplicabile profilo di diseguaglianza” per chi avesse usato il rito ordinario rispetto a quello a quello ordinario.

⁵⁹ Critiche sulla modifica dell’art. 345 c.p.c. rispetto all’appello ordinario, tra gli altri, da parte di VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 519, che parla di venir meno di un “valvola di sicurezza del sistema” e afferma che tale scelta del legislatore “sempre più trasforma l’appello da rimedio contro l’ingiustizia della decisione appellata in mero controllo sul giudice di primo grado per rimediare ai suoi errori”; v. anche BALENA, *Le novità relative all’appello*, in *Le novità in materia di impugnazioni. Incontro di studio, Firenze, 12 aprile 2013*, Bologna, 2014, p. 61 ss. Per CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell’incon-*

essa è sicuramente voluta dal legislatore (oggi anche in un'ottica promozionale del rito sommario) e giustificata dalla stessa natura "semplificata" del procedimento qui in esame, senza alcun problema di compatibilità coi principi costituzionali del giusto processo.

In effetti, la maggioranza degli interpreti aveva dato risposta negativa al dubbio se, in questo ambito, la nozione di rilevanza coincidesse con quella di indispensabilità, mettendo in rilievo come la rilevanza almeno, a livello normativo, assumesse una diversa connotazione rispetto alla indispensabilità⁶⁰. In effetti, sul piano strettamente logico, non avrebbe avuto alcun senso utilizzare un termine, intendendo però interpretarlo in senso diverso da quello suo proprio, considerato che le categorie delle prove rispettivamente "rilevanti" e "indispensabili" erano già ampiamente utilizzate nell'ambito dell'ordinamento processuale.

La norma, nella sua originaria formulazione, non era comunque di agevole interpretazione. Essa infatti metteva insieme, da un lato, le nuove prove rilevanti, dall'altro, le prove che la parte avesse dimostrato di non avere potuto produrre o richiedere in primo grado per causa a essa non imputabile⁶¹. Intesa in senso letterale, in effetti, la norma sembrava ammettere l'ingresso di istanze istruttorie non rilevanti, purché in precedenza non dedotte "incolpevolmente". Si trattava, in tutta evidenza, di una lettura che sfiorava l'assurdo.

Nel tentativo di dare alla norma un senso compatibile con canoni logici prima ancora che giuridici, per alcuni, sarebbero dovute rientrare nel secondo "parametro" della norma stessa le prove che non fosse stato possibile ammettere in primo grado a causa della chiusura "in rito" del giudizio, ovvero non ammesse, o, ancora, collegate a nuove allegazioni ammesse in appello o al taglio giuridico della decisione, nonché quelle derivanti dalla deformalizzazione dell'istruttoria. A tali nuove prove, in quest'ottica, dovevano poi aggiungersi "le nuove prove rilevanti"⁶².

tro di studio. Como, 16 maggio 2014, Bologna, 2016, p. 13, però la nuova norma è "tutto sommato ragionevole".

⁶⁰ CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 884, ritiene la valutazione di rilevanza diversa dal "ben più rigido" requisito della indispensabilità.

⁶¹ CAPONI, *op. cit.*, p. 207.

⁶² CEA, *op. cit.*, p. 162.

Tale interpretazione non scioglieva il dubbio se le “nuove prove” rilevanti dovessero essersi rese disponibili dopo la decisione di primo grado ovvero fossero anche quelle che la parte avrebbe potuto fare già valere avanti al tribunale. Propendere per la prima opzione, valorizzava il secondo requisito di ammissibilità previsto dall’art. 702-*quater* c.p.c., esaltando l’onere per la parte di dimostrare di non avere potuto dedurre le richieste istruttorie preesistenti per causa non imputabile⁶⁵. A ben vedere, peraltro, la nuova prova rilevante formata o reperita dopo la decisione di primo grado avrebbe potuto (e può) essere comunque ammessa in fase di appello, dal momento che si tratta di prova in precedenza “non disponibile” per causa non imputabile alla parte.

Chi scrive si era espresso, all’epoca, per valorizzare la portata innovatrice del primo requisito di ammissibilità, con una lettura che consentisse l’ingresso in appello anche di nuove prove già astrattamente disponibili in primo grado. Tale lettura, si giustificava con il rilievo che l’istruttoria di primo grado si fosse svolta seguendo binari “accelerati” rispetto a quelli ordinari, con la possibilità (o il rischio) che il diritto alla prova delle parti risultasse in qualche modo compresso. In quest’ottica, l’istruttoria “aperta” in appello avrebbe permesso di sanare tale eventuale compressione, riequilibrando i rapporti tra le parti⁶⁴. A supporto di tale soluzione, si osservava che lo stesso art. 702-*quater*, nel prevedere la possibilità per il collegio di delegare a uno dei propri membri l’assunzione delle prove nuove⁶⁵, in deroga al regime generale di trattazione collegiale previsto dall’art.

⁶⁵ A favore di questa soluzione più restrittiva v. ACIERNO, *op. cit.*, p. 517.

⁶⁴ Per RAITI, *La Corte d’appello nissena per una nozione rigorosa, ma certa, della “indispensabilità” dei nuovi istruttori nell’appello civile ordinario*, in *Giur. it.*, 2010, p. 916, è la sommarietà dell’istruzione del primo grado a imporre che gli stessi fatti pur già delibati possano essere oggetto di nuove istanze. V. anche BIAVATI, *op. cit.*, p. 193; TOMMASEO, *op. cit.*, p. 129; GIORDANO, *Procedimento sommario*, cit., p. 744; per SCALA, *op. cit.*, p. 740, l’istruttoria aperta garantisce alle parti almeno un grado di cognizione piena. Anche per FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 813, la formulazione della norma accantonava il requisito della indispensabilità.

⁶⁵ V. anche AMENDOLAGINE, *Brevi osservazioni sul procedimento sommario di cognizione in una delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in www.judicium.it, p. 4.

350, comma 1° c.p.c., esprimesse il pronostico del legislatore circa la più frequente possibilità di svolgere attività istruttoria *ex novo* in questo contesto che non nelle controversie d'appello ordinarie.

Nel giungere alle conclusioni riportate sopra, vi era la consapevolezza che esse privassero di ambito operativo il requisito della "causa non imputabile"⁶⁶: al riguardo, peraltro, si poteva argomentare che il richiamo di tale secondo parametro fosse il risultato di un poco meditato "taglia e incolla" legislativo⁶⁷.

Lo scenario è stato oggi profondamente innovato dal decreto legge 22 giugno 2012, n. 83⁶⁸, coordinato con la legge di conversio-

⁶⁶ V. pure LUISSO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., 2009, p. 118 ss., per cui l'unico presupposto per l'ammissione di nuove prove in appello sarebbe stata la loro rilevanza, non essendo logicamente pensabile che lo stesso effetto fosse prodotto alternativamente da due fattispecie, di cui una composta dagli stessi elementi dell'altra e da un elemento in più. Anche per CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (artt. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *www.judicium.it*, p. 12, a fronte della previsione generale della prima parte della norma "scolora [la previsione] relativa all'impossibilità, per la parte incolpevole, di proporre o produrre prove nel giudizio di primo grado"; per TOMMASEO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *La previdenza forense*, 2009, fasc. 2, p. 139, tale secondo requisito è comunque assorbito dalla rilevanza delle nuove prove; cfr. pure LOMBARDI, *op. cit.*, p. 6; BREGGIA, *op. cit.*, p. 1, per cui si tratta di una previsione "del tutto superflua"; OLIVIERI, in A.A.V.V., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, p. 98; VOLPINO, *op. cit.*, p. 71. Secondo CHIARLONI, *op. cit.*, p. 720, il riferimento alla seconda opzione sarebbe stato il frutto di un pigro trascinarsi dall'art. 345 c.p.c. e avrebbe dovuto intendersi come non scritto. CEA, *op. cit.*, p. 159, a sua volta, riteneva il riferimento al secondo corno dell'alternativa inutile e insensato. Anche per CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 729, le prove che la parte non aveva potuto proporre sarebbero rientrate tra quelle rilevanti.

⁶⁷ Per CAPONI, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, Torino, 2010, p. 208, peraltro, il requisito della non imputabilità della mancata richiesta istruttoria sarebbe venuto in rilievo laddove, in primo grado, il giudice avesse espressamente concesso un termine per la definitiva formulazione delle deduzioni istruttorie; v. pure RAITI, *op. cit.*, p. 916. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., p. 820, proponeva anche una soluzione intermedia che, in genere, valorizzava la rilevanza della "prova nuova", applicando la seconda ipotesi solo ove il giudice avesse dato specifici termini per l'offerta di nuove prove o documenti in primo grado; per CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur., Agg.*, vol. XVIII, p. 10, la proposta sarebbe stata accettabile solo configurando il procedimento di primo grado come semplificato, a cognizione piena.

⁶⁸ In supplemento ordinario n. 129/L alla *Gazzetta Ufficiale* - serie generale - n. 147 del 26 giugno 2012.

ne 7 agosto 2012, n. 134 (Misure urgenti per la crescita del Paese), il quale, nel capo dedicato a “Ulteriori misure per la giustizia civile”, all’art. 54 ha introdotto notevoli modifiche alla disciplina dell’appello e del procedimento in Cassazione. Per quanto ci interessa qui, l’intervento normativo dell’estate 2012, nell’evidente intento di condurre alle sue estreme conseguenze la natura di “revisio prioris instantiae” del giudizio di primo grado già affermata dalla legge n. 353 del 1990⁶⁹, ha portato alla soppressione, nell’art. 345, comma 3° c.p.c., delle parole: “che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero”⁷⁰.

Con tale intervento chirurgico, si è in sostanza reso impermeabile l’appello “ordinario” alle novità istruttorie (salve quelle per la cui ammissione o deposito la parte riesca a farsi rimettere in termini), facendo venire meno la possibilità di utilizzare nell’appello le nuove prove ritenute “indispensabili”⁷¹, chiudendo un cerchio aperto appunto dalla legge n. 353 del 1990 e ulteriormente tratteggiato dalla legge n. 69 del 2009, la quale aveva specificato, all’interno dell’art. 345 c.p.c., che nella nozione di nuova prova sono inclusi pure i documenti⁷².

⁶⁹ Nel regime previgente, la nuova prova (ovvero quella non esibita in primo grado) era considerata sempre ammissibile, a prescindere dal fatto che la parte avrebbe dovuto o potuto esibirla in prima istanza non vi avesse invece provveduto o vi avesse provveduto tardivamente, potendo ciò influire soltanto agli effetti della ripartizione dell’onere delle spese, ma non in ordine alla ritualità della produzione (nella specie, si trattava infatti di un documento) solo in secondo grado: Cass., 17 settembre 2013, n. 21158, in *Guida dir.*, 2014, fasc. 2, p. 44. Sull’evoluzione dell’appello nella storia delle riforme processuali TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella “iconoclastica” del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 145 ss.; BALENA, *Le novità relative all’appello*, cit., p. 61.

⁷⁰ V. MARTINO, *L’appello*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, Milano, 2014, p. 546 ss.; TEDOLDI, *L’appello civile*, Torino, 2016, p. 323 ss., che definisce “improvvida” la cancellazione del requisito dell’indispensabilità nell’art. 345 c.p.c. LUDOVICI, *Prova d’appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *www.judicium.it*, p. 5 osserva che di nuova attività istruttoria in appello, di norma, se ne svolge ben poca.

⁷¹ Favorevole FORNACIARI, *Ancora una riforma dell’art. 360 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*, p. 1.

⁷² A tale risultato era peraltro già approdata per via interpretativa la giurisprudenza: v. Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203 e, con riferimento al rito del lavoro, Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, in *Corr. giur.*, 2005, p. 929, su cui RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello*:

La riforma dell'estate 2012⁷³, peraltro, ha parzialmente “salvato” la “diversità” istruttoria dell'appello nel rito sommario: all'articolo 702-*quater*, comma 1° c.p.c., infatti, la parola: “rilevanti” è stata sostituita dall'espressione: “indispensabili”⁷⁴. In altre parole, come già si è anticipato, il legislatore ha conservato il regime diversificato delle nuove prove in questo contesto, “limitandosi” a irrigidire il parametro di riferimento per l'ammissione delle novità istruttorie in secondo grado.

9. *Un intermezzo: la riforma del 2012 contrasta la tesi per cui la funzione dell'appello sarebbe quella di garantire al procedimento sommario almeno un grado di cognizione piena*

La novità apportata dalla riforma del 2012 al regime delle nuove prove nell'appello “sommario” induce a qualche riflessione.

In primo luogo, si conferma che l'appello “sommario” resta caratterizzato da una maggiore apertura alle nuove prove rispetto al processo ordinario. Inoltre, viene smentita la tesi per cui gli aggettivi

gli artt. 345, comma 3, e 457, comma 2, c.p.c. al vaglio delle sezioni unite, in *Corr. giur.*, 2005, p. 940; C. CAVALLINI, *Le sezioni unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 949; *Cass.*, 31 marzo 2011, n. 7441, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2416; TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 341, p. 381 ss.; VIDIRI, *op. cit.*, p. 1466 ss.

⁷³ Che, in difetto di norme di diritto temporale, si afferma applicabile anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge, in base al principio *tempus regit actum*: RUSSO, *Dialoghi sulle impugnazioni civili al tempo della spending review*, in *www.judicium.it*, p. 2; sulla disciplina intertemporale di questa novità v. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello*, cit., p. 156, il quale, peraltro, propone di applicare anche in questo ambito il principio *tempus regit processum*, alla cui stregua i nuovi limiti probatori si applicherebbero soltanto alle cause proposte *ex novo* in primo grado dal 12 agosto 2012. Come, peraltro, lo stesso a. rileva, la (tacita) *ratio legis* parrebbe fare affidamento sull'opposta regola *tempus regit actum*. La soluzione è stata giustamente criticata dalla dottrina, che ha cercato di offrire soluzioni alternative, come l'applicazione solo ai procedimenti di appello avverso provvedimenti pubblicati in data successiva all'entrata in vigore della legge: BALENA, *Le novità relative all'appello*, cit., p. 71, il quale afferma che l'ambito dei *nova* ammessi dalla legge nel giudizio di secondo grado incide sul concreto esercizio del potere di impugnazione, che nasce nel momento stesso della pubblicazione della sentenza da impugnare.

⁷⁴ In arg. v. SALETTI, *op. cit.*, p. 1435 ss.

“rilevanti” e “indispensabili” utilizzati per qualificare il parametro di ammissibilità della (nuova) prova siano in sostanza dei sinonimi. Se così fosse, infatti, non sarebbe stato necessario ritoccare il testo dell’art. 702-*quater* c.p.c.⁷⁵. Alcuni, evidenziano come la differenza tra prova rilevante e indispensabile sia assai difficile da definire su un piano concreto⁷⁶: questo però nulla toglie al fatto che, sul piano teorico, si tratti di concetti diversi.

Al contempo, l’“upgrade” operato dal legislatore (dalle nuove prove “rilevanti” a quelle “indispensabili”) mette in crisi la ricostruzione dell’appello sommario come unico grado di giudizio a cognizione piena, con completo recupero delle garanzie costituzionali comprese in primo grado⁷⁷. Alcuni commentatori della riforma del 2012, in effetti, esprimono preoccupazioni circa la compatibilità del procedimento sommario, come rimodulato rispetto alla

⁷⁵ Per MARTINO, *op. cit.*, p. 557, peraltro, la riforma dell’art. 702-*quater* c.p.c. avrebbe piuttosto mostrato di recepire l’orientamento per cui il requisito della “rilevanza” già previsto dalla norma non differisce da quello della “indispensabilità” previsto dall’art. 345, comma 3° c.p.c., pre-riforma. Anche per TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., p. 343, d’altro canto, l’indispensabilità costituisce un *quid pluris* “rispetto alla semplice rilevanza”. Sulla impossibilità di individuare il significato del termine “indispensabile” mediante il richiamo al diverso termine “rilevante”, v. pure VIDIRI, *op. cit.*, p. 1475.

⁷⁶ SALETTI, *op. cit.*, p. 1438; TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello*, cit., p. 161, parla della difficoltà, se non dell’impossibilità logica di distinguere l’una dall’altra, non potendosi determinare razionalmente né quantificare “matematicamente” il *quid pluris* dell’indispensabilità rispetto alla rilevanza. Si tratta, peraltro, a mio avviso, di un problema che riguarda tutte le clausole generali. Per esempio, può essere tutt’altro che agevole tratteggiare una differenza “quantitativa” teorica tra “giusti”, “gravi”, “gravissimi” motivi.

⁷⁷ Come osserva CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 122: “non si può più partire dalla disciplina delle prove in appello per dedurre la natura della cognizione esercitabile nel procedimento ex artt. 702-bis ss. c.p.c.”. V. le osservazioni di ODORISIO, *Le modifiche relative al giudizio di appello*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di Punzi, Torino, 2013, p. 177. Per SANDULLI, *Profili di costituzionalità del rito sommario nel giudizio di opposizione alla stima dell’indennità espropriativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1545, peraltro, anche dopo la modifica normativa del 2012, nel rito sommario, il giudizio di appello ha anche la finalità di restituire la pienezza dell’istruzione a un rito deformalizzato che potrebbe in primo grado limitare la fase istruttoria.

sua istruttoria in appello, in relazione ai canoni costituzionali del giusto processo⁷⁸.

La riforma del 2012, per contro, ha confermato che il procedimento qui in esame, nel suo primo grado di giudizio, assicura una cognizione piena⁷⁹.

Nell'impostazione seguita nel presente elaborato, d'altro canto, non si è mai sostenuto che l'appello "a porte aperte" costituisca la condizione *sine qua non* per garantire la compatibilità del procedimento sommario con i principi del giusto processo, non ritenendosi che la sommarietà che caratterizza l'istruttoria del processo di primo grado sia da intendere sul piano strutturale ovvero della qualità delle indagini compiute in tale sede.

Dubbi di legittimità costituzionale potrebbero, in ipotesi, porsi ove nel primo grado vi fosse una limitazione rispetto ai mezzi di prova utilizzabili⁸⁰, ma, come si è visto, non è questo il caso.

In tale ottica, il margine concesso alle parti per "completare" il quadro istruttorio in secondo grado rappresenta soltanto una oppor-

⁷⁸ V. sul punto SALETTI, *op. cit.*, p. 1438, il quale peraltro non condivide tali perplessità e, in ogni caso, ritiene che eventuali dubbi di costituzionalità possano essere superati con una lettura costituzionalmente orientata (e dunque estensiva) della nozione di "prova indispensabile". GRAZIOSI, *La riforma del rito sommario di cognizione*, in *Le novità in materia di impugnazioni. Incontro di studio*, Firenze, 12 aprile 2013, Bologna, 2014, p. 165, lamenta che l'impossibilità di recuperare la pienezza della cognizione nell'eventuale fase oppositiva lederebbe le fondamentali garanzie difensive delle parti. SANTAGADA, *Il giudizio d'appello riformato e l'introduzione del filtro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 638, paventa un rischio di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost., per alterazione della parità delle parti: "non essendo più garantita un'istruttoria piena in appello, il convenuto soccombente sarebbe privato del suo diritto alla prova per effetto di una scelta della controparte".

⁷⁹ MARTINO, *L'appello*, cit., p. 557; ID., *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 925, osserva che il legislatore ha bocciato, a torto o a ragione, l'idea di un giudizio di appello completamente aperto ai *nova*, quale fattore di compensazione rispetto a un primo grado a cognizione non piena; per CAPRI, *La controversa "natura" del procedimento sommario di cognizione*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche*, a cura di Punzi, Torino, 2010, p. 147, la riforma dell'art. 702-*quater* nel 2012 sembra fornire un ulteriore elemento a favore dell'impostazione per cui il procedimento sommario deve ritenersi un rito a cognizione piena, per quanto semplificato nelle forme.

⁸⁰ ODORISIO, *Le modifiche relative al giudizio di appello*, cit., p. 178.

tuna deroga al regime ordinario, alla luce della concentrazione dei tempi per l'allegazione delle richieste istruttorie e la produzione dei documenti in primo grado⁸¹.

La riforma dell'art. 702-*quater* c.p.c., anzi, è compatibile con la natura "strutturalmente non sommaria" della cognizione che si svolge in primo grado: l'attuale formulazione della norma, in effetti, valorizza il ruolo del giudice del Tribunale rispetto all'accertamento del fatto in modo tendenzialmente pieno ed esaustivo.

È stato, invero, prospettato un sospetto di violazione dell'art. 3 Cost. nella diversa apertura istruttoria del rito ordinario rispetto a quello sommario, da cui deriverebbe una diversificazione dei rispettivi modelli funzionali: il primo tendente a un controllo sulla fondatezza della sentenza sulla base delle prove agli atti, l'altro avente natura di rimedio anche per gli errori delle parti⁸². A mio parere, peraltro, la diversificazione rispetto all'appello ordinario ha una base razionale che la salva da profili di incostituzionalità: nel primo grado, le parti di fatto devono esplicitare le richieste istruttorie nei rispettivi atti introduttivi, ciò che "può consigliare di rendere meno rigida la tendenziale esclusione dei *nova* in appello", anche sulla falsariga di quanto avviene nel processo del lavoro⁸³.

L'intervento chirurgico sulla norma qui in esame, d'altro canto, elimina i dubbi interpretativi sollevati dalla sua formulazione originale. A questo punto, infatti, vi è perfetta compatibilità tra i due parametri ivi utilizzati per l'ammissione delle nuove prove, come già verificato nel testo (oggi modificato) dell'art. 345 c.p.c.

⁸¹ V. pure BALENA, *Le novità relative all'appello*, cit., p. 67, per cui la giustificazione razionale dell'opzione del legislatore può trovarsi nel fatto che nel rito sommario, non essendo assicurata la diluizione della trattazione prevista dall'art. 183 c.p.c., le istanze e le produzioni istruttorie delle parti possono essere di fatto confinate nei rispettivi atti introduttivi, il che può consigliare di rendere meno rigida la tendenziale esclusione dei *nova* in appello.

⁸² In questi termini SALETTI, *L'appello nel rito del lavoro*, cit., p. 1431, invero con riferimento al diverso modello dell'appello del rito del lavoro, ma con argomentazioni poi richiamate per l'appello sommario (p. 1440).

⁸³ Così BALENA, *op. cit.*, p. 67. Per VIDIRI, *op. cit.*, p. 1480, il diverso regime dell'appello sommario si giustifica "per sopperire a tutte le deficienze garantistiche conseguenti alla sommarietà della prima fase.

10. *La nozione di indispensabilità della nuova prova*

La riforma del 2012 ha “trasferito” la nozione di indispensabilità della prova nuova dal rito ordinario a quello sommario. Appare evidente che tale nozione sia la stessa in entrambi i contesti⁸⁴, ma questo dato non tranquillizza più di tanto l’interprete, alla luce delle incertezze tradizionalmente sollevate dall’interpretazione di tale nozione⁸⁵.

Il concetto di “prova indispensabile” è stato inserito nella categoria delle c.d. clausole generali (o norme elastiche)⁸⁶ e, in via “descrittiva”, fa riferimento alla prova di fatti principali del giudizio⁸⁷ già allegati ma che, in base alle valutazioni del giudice d’appello, sia in grado di fornirgli elementi di giudizio decisivi ai fini della conferma o della riforma della sentenza impugnata⁸⁸.

In concreto, però, dare significato a tale nozione appare molto arduo, tanto che, come si è visto anche nel paragrafo precedente, alcuni sostengono che essa finisca inevitabilmente per identificarsi con la nozione di rilevanza⁸⁹.

Per la Cassazione, d’altro canto, il concetto di indispensabilità implica un’influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come rilevanti, hanno sulla decisione finale della controversia, con la precisazione che il giudizio di indispensabilità deve comunque essere espresso in un provvedimento motivato⁹⁰. Si fa

⁸⁴ V. pure LISSELLA, *op. cit.*, p. 737.

⁸⁵ TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello*, cit., p. 156 afferma che la *quidditas* della indispensabilità “non si presta a essere esplicitata in termini logico-razionali”. ID., *L’appello civile*, cit., p. 340, ritiene “vano (...) cercare nella giurisprudenza della Cassazione un criterio orientativo in ordine al requisito dell’indispensabilità”.

⁸⁶ VIDIRI, *op. cit.*, p. 1473.

⁸⁷ Cass., 31 marzo 2011, n. 7441, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2416.

⁸⁸ Così IMPAGNIATIELLO, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 746; v. anche VIDIRI, *op. cit.*, p. 1469.

⁸⁹ Così CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, cit., p. 13-14.

⁹⁰ Cass., 5 dicembre 2011, n. 26020, in *Giur. it.*, 2012, p. 2336; v. anche Cass., 2 aprile 2015, n. 6791, in banca dati *Pluris*, che ribadisce il principio per cui il giudice del gravame ha il dovere di “motivare espressamente l’attitudine della nuova produzione a dissipare lo stato di incertezza sui fatti controversi, così da consentire al giudice di legittimità il necessario controllo sulla congruità e logicità del percorso motivazione”. Nello stesso senso Cass., 4 dicembre 2015, n. 24717, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 10, p. 50.

così riferimento a prove che, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, appaiano come imprescindibili, in quanto dotate di forte influenza causale sulla decisione finale, in termini di capacità di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo per giungere a un completo rovesciamento della decisione del primo giudice⁹¹ ovvero per dare fondamento a una decisione che, diversamente, dovrebbe essere riformata⁹².

Si evidenzia, d'altronde, una certa tautologicità di tale definizione, dal momento che il giudice, *a priori*, non è in grado di stabilire se una certa prova sia determinante nel senso sopra indicato: il mezzo istruttorio, allora, sarebbe indispensabile quando sia necessario per ovviare alle lacune probatorie insorte nel corso del giudizio, così da garantire una corretta applicazione del principio dell'onere della prova: in quest'ottica, l'indispensabilità delle prove sarebbe da collegare alla impossibilità per la parte su cui grava l'onere probatorio di fornire la prova con altri mezzi⁹³. Alcuni, peraltro, rilevano che, così ragionando, si giunge ad agevolare la parte che abbia lasciato colpevoli lacune nella propria linea argomentativa (Bove).

In effetti, di là dalla definizione del concetto di indispensabilità in quanto tale, il punto cruciale concerne il rapporto tra la nuova prova e le preclusioni istruttorie prodottesi in primo grado. Al ri-

⁹¹ Cass., 2011, n. 13606, in *Giust. civ.* 2013, p. 1549; LUDOVICI, *op. cit.*, p. 13; G. G. POLI, *Ultrattività delle decadenze e "indispensabilità" dei mezzi di prova in appello: ricerca di una "convivenza" possibile*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 180 si esprime in termini di idoneità della prova di "sovertire il quadro istruttorio posto a fondamento della sentenza impugnata o di sorreggere autonomamente la decisione di appello". V. anche VIDIRI, *op. cit.*, p. 1476.

⁹² Per SALETTI, *op. cit.*, p. 1438, la differenza pratica tra i due concetti finisce per l'essere modesta. G. G. POLI, *Ultrattività delle decadenze*, cit., p. 180, fa riferimento alla prova la cui mancata acquisizione indurrebbe il giudice di appello ad accogliere le ragioni dell'appellante, riformando la sentenza impugnata. Sulle difficoltà di distinguere la indispensabilità dalla rilevanza in questo contesto v. MARTINO, *op. cit.*, p. 559, per cui la prima rappresenterebbe un adattamento della seconda alle peculiarità del giudizio di appello.

⁹³ Per TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, III ed., Milano, 1987, p. 233, la nozione di indispensabilità come idoneità del fatto, se provato, a rovesciare la decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado sarebbe troppo restrittiva. Per l'a., indispensabile sarebbe anche l'acquisizione di un fatto tale da giustificare la conferma della sentenza se questa, a giudizio del giudice d'appello non si regga sulla base dei fatti provati in primo grado.

guardo, tra gli interpreti, si riscontra una netta contrapposizione di orientamenti.

Secondo un approccio più restrittivo, che mette in necessaria correlazione il concetto di indispensabilità con il sistema delle preclusioni in primo grado⁹⁴, l'indispensabilità non deve essere valutata in astratto, bensì con riferimento alla decisione pronunciata e al modo in cui si è formata: in quest'ottica, se la formazione della decisione è avvenuta in un contesto che avrebbe consentito alla parte di avvalersi del mezzo di prova perché funzionale alle sue ragioni, si dovrebbe automaticamente escludere che tale prova sia indispensabile se la decisione si è formata prescindendone, dal momento che la mancata introduzione della prova stessa nel processo è imputabile unicamente alla negligenza della parte⁹⁵. Da questo punto di vista, dunque, indispensabile sarebbe solo la prova relativa a quanto la decisione affermi sul piano probatorio come necessitante di un apporto probatorio che, nel contraddittorio in primo grado e nella relativa istruzione non era apprezzabile come utile e necessario⁹⁶.

Tale interpretazione, d'altro canto, di fatto, fa coincidere il concetto di prova indispensabile con quello di prova non richiesta per causa non imputabile⁹⁷ e giunge a svuotare di contenuto le norme che ammettono l'ingresso in appello delle nuove prove (appunto) "indispensabili"⁹⁸.

Per un diverso approccio, fatto proprio anche da parte della giurisprudenza di legittimità, le deroghe al divieto di nuove prove

⁹⁴ RUFFINI, *Sulla c.d. reversibilità*, cit., p. 1091, peraltro, considera "indimostrato (...) e irragionevole" l'assunto per cui il sistema di preclusioni istruttorie che informa il processo di primo grado impedirebbe l'ingresso ai *nova* in appello.

⁹⁵ Cass., 31 marzo 2011, n. 7441, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2416, per cui non può qualificarsi come indispensabile la prova che tale appariva o poteva soggettivamente apparire durante lo svolgimento del contraddittorio in primo grado e prima della formazione delle preclusioni istruttorie. Conf. Cass., 20 ottobre 2016, n. 21242, in *La nuova proc. civ.*, 2016, n. 5. V. anche Cass., 2011, n. 13606, in *Giust. civ.* 2013, p. 1549.

⁹⁶ Cass., 31 marzo 2011, n. 7441, in *Giust. civ.*, 2012, p. 2416; Cass., 5 dicembre 2011, n. 26020, in *Giur. it.*, 2012, p. 2336; Cass., 14 maggio 2014, n. 10599. Di recente sul tema Cass., 20 marzo 2017, n. 7055, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 19, p. 67.

⁹⁷ V. pure G. G. POLI, *op. cit.*, p. 168 ss., per cui questo approccio predilige una soluzione formale della controversia a scapito della verità sostanziale.

⁹⁸ Così RUFFINI, *op. cit.*, p. 1092.

(all'epoca) previste dall'art. 345 c.p.c. (e oggi conservate nell'art. 702-*quater* c.p.c.) erano tra loro alternative e non cumulative: in tale ottica, il giudice avrebbe potuto ammettere le prove indispensabili in quanto dotate di influenza causale più incisiva rispetto a quelle già acquisite nonché idonee a rovesciare la decisione di primo grado, anche indipendentemente dalle già verificata preclusioni e a prescindere dalla imputabilità alle parti della loro mancata produzione in primo grado⁹⁹. In particolare, sono indispensabili, da tale angolo prospettico, le nuove prove dotate di un grado di decisività e certezza tale che, di per sé sole, quindi anche a prescindere dal loro collegamento con altri elementi di prova e con altre indagini, conducano a un esito "necessario" della controversia¹⁰⁰, anche in termini di conferma della sentenza di primo grado¹⁰¹.

⁹⁹ Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203, in *Corr. giur.*, 2005, p. 934, su cui TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 341 ss.; v. anche CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, cit., p. 17-18; Cass., 18 giugno 2014, n. 13913, che cassa la sentenza di merito che non aveva ammesso nuovi documenti in quanto producibili anche nel precedente grado di giudizio, senza fare desumere, neppure per implicito, le ragioni della non indispensabilità dei documenti ai fini decisori; Cass., 17 novembre 2014, n. 24408; Cass., 28 febbraio 2011, n. 4478, in *Giusto proc. civ.* 2012, p. 164; Cass., 17 novembre 2014, n. 24408, attribuisce all'art. 345, comma 3, c.p.c. pre-riforma una "funzione correttiva del rigore del regime delle preclusioni istruttorie"; per Cass., 26 luglio 2012, n. 13353, tale nozione si può attingere innanzi tutto e in via emblematica ai documenti idonei ad assumere valore di prova legale, come gli atti pubblici e le scritture private suscettibili di riconoscimento, attestanti il fatto costitutivo del diritto azionato. Sul contrasto giurisprudenziale in merito alle deroghe per indispensabilità e non imputabilità v. G. G. POLI, *Ultrattività delle decadenze*, cit., p. 164 ss. Cass., 14 maggio 2014, n. 10599, dopo avere richiamato la formula che precede, ritiene che il giudice d'appello avesse errato nel non ritenere indispensabili documenti prodotti in secondo grado che si ponevano in netto contrasto con quanto affermato, in primo grado, dal c.t.u., così da rendere necessaria la rinnovazione di tale perizia d'ufficio.

¹⁰⁰ Cass., 29 maggio 2013, n. 13432, che precisa che tale principio vale a maggior ragione qualora le nuove prove (nella specie, documenti), prodotte per la prima volta in appello, "non facevano che integrare e rafforzare la credibilità degli elementi di prova già ritualmente acquisiti al processo, nel corso del giudizio di primo grado", senza aprire un nuovo fronte di indagine e di controversia, "mai prima prospettato".

¹⁰¹ Scrive al riguardo TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 233: "indispensabile è anche la acquisizione di un fatto, tale da giustificare la conferma della sentenza, se questa, a giudizio del tribunale, non si regga sulla base dei fatti provati in primo grado".

Alla luce di questo conflitto, la sezione terza dalla Cassazione ha rimesso gli atti al primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite della questione relativa, appunto, al significato da attribuire alla nozione di prova indispensabile ai sensi dell'art. 345, comma 3° c.p.c., nel testo pre-riforma 2012¹⁰².

Questa seconda linea interpretativa appare quella da preferire. E in questo senso si sono appunto espresse di recente le sezioni unite della Cassazione¹⁰³, le quali, rilevando che il giudizio di indispensabilità implica una valutazione sull'idoneità del mezzo istruttorio a dissipare un perdurante stato di incertezza sui fatti controversi (smentendo o confermando la ricostruzione fattuale accolta in primo grado senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto non dimostrato o non sufficientemente dimostrato), affermano che è indispensabile la prova decisiva rispetto all'eliminazione di tale incertezza sulla ricostruzione fattuale della vicenda sottoposta all'esame del giudice. Su questa premessa, le sezioni unite rilevano che la nozione di indispensabilità ristretta fatta valere da parte qualificata come minoritaria della giurisprudenza "sacrifica la ricerca della verità materiale per non indebolire la disciplina delle preclusioni istruttorie previste per il primo grado", finendo, peraltro, per fare refluire la prova nuova in quanto indispensabile in quella che la parte dimostri di non aver potuto chiedere in primo grado per una causa a essa non imputabile. Tale orientamento viene dunque ritenuto non meritevole di condivisione, con l'affermazione di un principio di diritto alla cui stregua la nuova prova indispensabile nei termini sopra enunciati può essere ammessa in appello "a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado". Rispetto a tale conclusione, le sezioni unite osservano che il regime delle preclusioni istruttorie non è un carattere tanto coesistente al sistema da non ammettere alternative, "essendo soltanto una tecnica elaborata per assicurare rispetto del contraddittorio, parità delle parti nel processo e sua ragionevole durata, tecnica che ben può essere contenuta (...) con il principio della ricerca della verità materiale".

¹⁰² Cass., 7 novembre 2016, n. 22602, ord., in *www.ilcaso.it*.

¹⁰³ Cass., sez. un., 4 maggio 2017, n. 10790.

In effetti, le due ipotesi contemplate inizialmente dall'art. 345 e ora dall'art. 702-*quater* c.p.c. in merito all'ammissibilità di nuove prove, sono tra loro congiunte dalla particella "ovvero", per cui si rende necessario dare a ciascuna di esse un significato autonomo¹⁰⁴.

Se si connota la "indispensabilità" di connotazioni "soggettive", in termini di non imputabilità alla parte della mancata deduzione, in sostanza, si giunge a considerare indispensabile la prova che la parte dimostri di non avere potuto richiedere in primo grado per causa a essa non imputabile.

Appare allora più coerente ritenere che la prova "indispensabile" (ovvero quella idonea a fare pervenire, di per sé, a una riforma o alla conferma della decisione impugnata), possa entrare nel processo a prescindere dalla preclusioni istruttorie già verificatesi¹⁰⁵, con una sorta di rimessione in termini *ex lege* che non deriva dalla mancanza di colpa della parte istante ma dalla oggettiva idoneità della nuova prova a modificare le sorti del giudizio e rendere la decisione più aderente alla realtà sostanziale¹⁰⁶.

L'interpretazione qui proposta indubbiamente apre una breccia nel muro delle preclusioni processuali, ma appare compatibile con la funzione del processo di tutelare i diritti sulla base della più completa ricostruzione delle rilevanti circostanze di fatto, per pervenire non solo a una decisione in quanto tale, ma alla decisione più giusta, compatibilmente con i limiti ricostruttivi della realtà (se non della verità) intrinsecamente propri dello strumento processuale¹⁰⁷. Ap-

¹⁰⁴ Anche G. G. POLI, *op. cit.*, p. 171, ritiene che alla particella "ovvero" debba assegnarsi valore disgiuntivo, "finalizzato a tenere logicamente distinte le fattispecie". Per RUFFINI, *op. cit.*, p. 948, peraltro, le due ipotesi sono tra loro alternative e non concorrenti.

¹⁰⁵ Sembra esprimersi in questo senso anche BALENA, *Le novità relative all'appello*, cit., p. 62, laddove qualifica come inopportuna la ricerca di una sorta di simmetria, tutt'altro che scontata o necessitata tra nuove prove in appello e preclusioni introdotte nel processo di primo grado.

¹⁰⁶ Pare andare in questa direzione TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello*, cit., p. 164, che invoca applicazioni ermeneutiche non asfittiche della nuova norma; v. anche le osservazioni di RUFFINI, *op. cit.*, p. 1091.

¹⁰⁷ Anche per TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 342, la nozione di prova indispensabile deve essere interpretata con maggiore latitudine semantica, per tenere conto del contesto, della ricerca della verità materiale e delle finalità acceleratorie e di concentrazione di taluni moduli processuali. L'a., p. 633, precisa, con riferimento

punto l'elevato grado di decisività e certezza della nuova prova giustifica il superamento delle preclusioni verificatesi in primo grado¹⁰⁸. Il comportamento "negligente" della parte, sul piano istruttorio, al limite, potrà essere sanzionato sul piano della ripartizione delle spese legali¹⁰⁹.

Il meccanismo delle preclusioni, d'altro canto, sul piano istruttorio, può operare per gradi, per garantire la concentrazione del giudizio nei diversi "livelli" in cui esso si articola¹¹⁰.

Anche alla luce di queste conclusioni, resta comunque una certa difficoltà nel tracciare in concreto la nozione di prova indispensabile¹¹¹, in particolare con riferimento ai documenti: tale nozione, in sostanza, è rimessa alla valutazione e alla sensibilità del giudice

al procedimento sommario, che, se nel primo grado non c'è stata attività istruttoria, in appello il giudizio di indispensabilità dovrà essere particolarmente ampio e generoso. Pure per MARTINO, *op. cit.*, p. 939, qualora le parti non abbiano avuto alcuna possibilità di articolare le richieste istruttorie perché il giudice ha rimesso la causa immediatamente in decisione senza concedere appositi spazi per l'offerta di prove e documenti, si potrebbe invocare in appello l'indispensabilità delle prove che non si è potuto chiedere in primo grado. Anche per BERGAMINI, *op. cit.*, p. 666, il termine indispensabile non potrebbe interpretarsi applicando *tout court* criteri di valutazione elaborati in relazione a giudizi di appello che seguono procedimenti a cognizione piena.

¹⁰⁸ V. Cass., 26 luglio 2012, n. 13553; Cass., 19 aprile 2006, n. 9120.

¹⁰⁹ G. G. POLI, *Ultrattività delle decadenze*, cit., p. 181.

¹¹⁰ In questo senso, con riferimento al rito del lavoro, RUFFINI, *op. cit.*, p. 946, che afferma: "nel rito del lavoro la tendenziale irreversibilità delle preclusioni istruttorie ricollegate agli atti introduttivi del giudizio di primo grado [permane] soltanto fino alla conclusione di detto grado di giudizio, a garanzia della concentrazione del quale le stesse sono state stabilite, e che pertanto alle parti [è] consentito, all'esordio del giudizio di appello, richiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova idonei a portare a una decisione della controversia diversa da quella emergente dalle prove già raccolte o imposta dall'applicazione della regola finale di giudizio fondata sull'onere della prova". Per BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, Torino, 2008, p. 58, a p. 105, nell'esperienza processuale italiana, non vi sarebbe rapporto necessario tra preclusione in primo grado e divieto di nova in appello. A p. 106 aggiunge che, in base alle *ius conditum*, nulla autorizza ad affermare che il giudizio di appello recepisca *tout court* per principio le preclusioni maturate all'interno del procedimento di primo grado.

¹¹¹ V. anche le osservazioni di VIDIRI, *op. cit.*, p. 1472, per cui "non si rinviene ancora oggi una definizione della "indispensabilità" che faccia definitiva chiarezza tanto da potere costituire una regola affidabile nella regolamentazione dei poteri officiosi del giudice, e che nello stesso tempo assicuri un efficace controllo sul loro esercizio in sede decisoria".

nel caso concreto¹¹², con la consapevolezza che l'indispensabilità rappresenta qualcosa di più intenso della semplice rilevanza¹¹³. Ciò, come si è anticipato, implica che possa considerarsi tale la (nuova) prova che abbia un elevato potenziale di incisività sulla decisione finale, il che richiede al giudice di valutare l'efficacia probatoria del mezzo di prova di cui si chiede l'ammissione¹¹⁴.

In questo senso, la Cassazione ha appunto affermato che è da considerare indispensabile la prova nuova che appaia idonea a fornire un contributo essenziale nell'accertamento della verità materiale¹¹⁵.

¹¹² V. MARTINO, *L'appello*, cit., p. 559, con riferimento alla maggiore o minore attenzione del giudicante per le ragioni di giustizia sostanziale; VIDIRI, *op. cit.*, p. 1469, rileva che la valutazione circa l'indispensabilità del nuovo mezzo di prova è in ogni caso discrezionale e sottratta a riesame da parte del giudice di legittimità. TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 357, ritiene che, in ultima analisi, il giudizio di indispensabilità conduca inevitabilmente al principio del libero convincimento e alla piena discrezionalità del giudice del fatto, cui, in sostanza, sarebbe richiesto di limitare l'uso delle nuove prove in appello e di rispettare il più possibile il giudizio di fatto espresso dal primo giudice.

¹¹³ In questo senso, anche VIDIRI, *op. cit.*, p. 1469.

¹¹⁴ Condivisibilmente, TEDOLDI, *L'appello civile*, cit. p. 351, parla di "rapporto di conferma logica di particolare intensità". Per l'a., p. 353, occorre che con il nuovo mezzo di prova venga offerta una diversa rappresentazione dei fatti di causa, precisando che la prova resterebbe non indispensabile qualora la diversa rappresentazione conducesse a conclusioni identiche rispetto a quelle enunciate dal primo giudice. Per contro, p. 356, sarebbe indispensabile anche la prova sia idonea a fornire una rappresentazione qualsiasi dei fatti di causa qualora il giudice non ritenga corretta la ricostruzione del primo giudicante. A me, peraltro, sembra che, come già argomentato nel testo, possa considerarsi indispensabile anche la prova idonea a confermare la ricostruzione fattuale del primo giudice, per l'ipotesi in cui il giudice d'appello sia incline a ritenere non sufficiente il supporto probatorio posto a fondamento della prima decisione (ovviamente nell'ottica del resistente di confermare piuttosto che modificare la decisione impugnata).

¹¹⁵ Cass., 29 aprile 2016, n. 8568, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 22, p. 50; Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203; Cass., 29 maggio 2013, n. 13432. V. pure Cass., 26 luglio 2012, n. 13353, per cui, non tenendo conto di documenti potenzialmente incontrovertibili e decisivi, ci sarebbe un evidente contrasto tra decisione e verità materiale. RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado*, cit., pp. 945 ss., con riferimento al rito del lavoro, scrive: "L'ammissione in appello dei nuovi mezzi di prova che il collegio ritenga indispensabili ai fini della decisione della controversia non può essere impedita dalla sola decadenza della parte dalla facoltà di avvalersene, ancorché dichiarata dal giudice di primo grado". Nel rito del lavoro, infatti, "sarebbe evidentemente contraddittorio, di fronte a una sentenza di primo grado che abbia ritenuto provati i fatti favorevoli a una parte, vietare in grado di appello all'altra parte di offrirla, e al giudice di disporne, la prova contraria "per quanto schiacciante e necessaria essa possa apparire".

Meno problematica appare, invece, la possibilità di ritenere indispensabile la nuova prova di fatti sopravvenuti alla chiusura della discussione in primo grado, di fatti dedotti a fondamento di una domanda o di un'eccezione nuova proposta ai sensi dell'art. 345 c.p.c.¹¹⁶, di fatti relativi a una domanda ritenuta assorbita in primo grado o comunque non decisa per effetto della definizione del giudizio sulla base di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, di fatti che costituiscono il fondamento della domanda proposta dal terzo interveniente ai sensi dell'art. 344 c.p.c., dei fatti che si rendono indispensabili per effetto del riconoscimento in appello della scrittura privata prodotta contro la parte contumace¹¹⁷. Alcune di tali ipotesi, peraltro, potrebbero rientrare anche nella nozione di "nuova prova non dedotta per causa non imputabile"¹¹⁸⁻¹¹⁹.

¹¹⁶ G. G. POLI, *Ultrattività delle decadenze*, cit., pp. 174 ss., esclude peraltro che la nozione di indispensabilità possa essere limitata alla prova di questi fatti nuovi. L'a. osserva anzi che, per tali fatti nuovi, che vengono in rilievo solo nel giudizio di secondo grado, deve operare l'ordinario giudizio di rilevanza della prova. V. pure C. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 955. Per TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 345, ogni limitazione al diritto di provare i fatti principali che vengono conosciuti dal giudice d'appello per la prima volta sarebbe manifestamente incostituzionale.

¹¹⁷ Propone questi esempi IMPAGNIATIELLO, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 746. Sull'ammissibilità incondizionata delle nuove prove relative ai fatti nuovi allegati solo in seconde cure TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello*, cit., p. 158; BALENA, *Le novità relative all'appello*, cit., p. 62.

¹¹⁸ In questo senso pure IMPAGNIATIELLO, *op. cit.*, p. 747 ss., per cui si può considerare "non deducibile per causa non imputabile" la prova di cui la parte "non poteva prevedere di doversi avvalere in relazione agli esiti del giudizio di primo grado o agli sviluppi della vicenda processuale". Per MARTINO, *op. cit.*, p. 553, una ragionevole applicazione del criterio della non imputabilità alla parte dovrebbe condurre a ritenere ammissibili i mezzi istruttori ogni volta che questi riguardano fatti nuovi, nei casi in cui la legge consente (in via eccezionale) la loro allegazione nel giudizio d'appello. Tra le altre ipotesi fatte dall'a., anche quella relativa alla necessità di fornire la prova in appello di fatti divenuti rilevanti soltanto in forza di *ius superveniens* successivamente alla precisazione delle conclusioni in primo grado, ovvero di fatti divenuti rilevanti soltanto a seguito della qualificazione giuridica della fattispecie a opera della sentenza di primo grado, sul presupposto che il canone della non imputabilità alla parte della mancata proposizione dei mezzi istruttori sia rispettato anche nei casi in cui la parte medesima non poteva prevedere in primo grado di doversi avvalere degli stessi.

¹¹⁹ Sul piano più operativo, la valutazione di indispensabilità dei nuovi documenti può risultare dalla motivazione della sentenza di appello, senza che occorra una richiesta della parte, che produca il documento al momento della costituzione,

11. *Il concetto di “causa non imputabile” nel contesto delle nuove prove in appello*

Le nuove prove soltanto “rilevanti”, invece, possono fare il loro ingresso nel procedimento d’appello esclusivamente in applicazione del secondo parametro di ammissibilità previsto dall’art. 702-*quater* c.p.c., ovvero la non imputabilità alla parte della mancata deduzione o produzione in primo grado per causa.

Si tratta di una nozione invero non nuova nel nostro panorama processuale”, per giustificare l’accesso di nuove prove in secondo grado¹²⁰.

Il problema che si pone nel nostro contesto è, dunque, se essa sia da intendere con connotazioni particolari, rispetto all’interpre-

di autorizzazione a tale produzione: Cass., 14 maggio 2014, n. 10599. D’altro canto, la giurisprudenza, correttamente richiede che la valutazione di (non) indispensabilità della nuova prova debba essere espressamente motivata, quanto alla ritenuta mancanza di attitudine dei nuovi documenti a dissipare lo stato di incertezza sui fatti controversi, onde consentire il controllo della congruità di tale motivazione: Cass., 14 maggio 2014, n. 10599; Cass., 16 ottobre 2009, n. 21980, cassa la decisione di merito che non aveva fatto riferimento al giudizio di indispensabilità della nuova prova introdotta in appello; Cass., 26 settembre 2016, n. 18767, *La nuova proc. civ.*, 2017, n. 1 ritiene sufficiente, al riguardo, una motivazione che non si limiti ad affermare che i documenti prodotti solo in appello non sono indispensabili ai fini della decisione, ma chiarisce che essi non sono indispensabili non essendo la loro produzione idonea a inficiare ex se le argomentazioni e i dati probatori acquisiti in primo grado, ovvero compie una prevalutazione dei documenti dei quali si chiede la produzione affermando che, anche se fossero stati tempestivamente prodotti, essi non avrebbero condotto a un esito diverso del giudizio; G. G. POLI, *Ultrattività delle decadenze*, cit., p. 182; GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 858. Sulla possibilità di ritenere che il giudizio di indispensabilità della prova nuova non attenga al merito della decisione ma al rito, con un più ampio controllo sul “fatto” da parte del giudice di legittimità v. MARTINO, *op. cit.*, p. 560.

¹²⁰ Si sostiene che la nozione sia fondata sui concetti di forza maggiore e di caso fortuito nonché sul principio di autoreponsabilità (inteso come dovere di accurata condotta processuale). In quest’ottica, si sostiene che si tratterebbe di una previsione sostanzialmente inutile, alla luce dell’art. 153 c.p.c., all’interno delle cui previsioni potrebbero rientrare le varie ipotesi ricondotte alla previsione dell’art. 345 c.p.c.: TEDOLDI, *L’appello civile*, cit., p. 375 ss., il quale p. 378, afferma che, per aversi questa rimessione in termini, si afferma che sulle facoltà processuali delle parti debba essere caduta una barriera preclusiva. L’a., peraltro, esclude l’operare della previsione qualora il giudice di prime cure abbia omissso di provvedere sulle istanze istruttorie delle parti.

tazione tradizionale del medesimo parametro nel contesto dell'art. 345 c.p.c.

Tra le ipotesi di causa non imputabile emergenti in tale contesto¹²¹, si può fare riferimento al mezzo di prova non proposto per il verificarsi evento storico estraneo al processo o per il comportamento della controparte, alle prove di cui si ignorava l'esistenza, al mezzo di prova che possa dimostrare la falsità delle prove su cui si basa la pronuncia, con richiamo dell'art. 395, n. 2 c.p.c. ovvero quello di cui sorga la necessità in relazione a fatti divenuti rilevanti a seguito di una decisione di primo grado che abbia accolto una prospettiva giuridica diversa da quella dibattuta tra le parti e non sottoposta al contraddittorio preventivo¹²². Si fa, ancora, riferimento ai mezzi di prova su fatti nuovi che traggano rilevanza da una questione rilevata d'ufficio dal giudice di primo grado in sede decisoria oppure dallo stesso giudice d'appello¹²³, ai mezzi di prova relativi a fatti sopravvenuti¹²⁴ oppure venuti essi stessi in esistenza dopo lo spirare dei termini perentori per la relativa produzione in giudizio nel procedimento di primo grado¹²⁵.

Rispetto a questo panorama "generale", alcuni affermano che la sommarietà del rito in primo grado non possa essere considerata di per sé causa non imputabile per una mancata richiesta istruttoria¹²⁶. Altri, invece, ritengono che sarebbe qualificabile come nuova prova quella da cui la parte sia decaduta incolpevolmente alla luce della rivisitazione della decisione di diniego dei termini a difesa operata dal giudice di prima istanza¹²⁷.

¹²¹ V. di recente TEDOLDI, *L'appello civile*, cit., p. 374 ss.

¹²² BALENA, *Le novità relative all'appello*, cit., p. 66.

¹²³ BALENA, *op. cit.*, p. 65; in arg. v. anche ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 734 ss.

¹²⁴ BALENA, *op. cit.*, p. 64-65. Per contro, per l'a., non sussiste causa non imputabile rispetto alla prova di fatti non sopravvenuti la cui allegazione sia consentita per la prima volta in appello.

¹²⁵ Cass., 5 aprile 2016, n. 6541, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 29, p. 50.

¹²⁶ LUISSO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1570; CATALDI, *op. cit.*, p. 190.

¹²⁷ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 354; MARTINO *op. cit.*, p. 558, propone di ricomprendere nella nozione di decadenza incolpevole anche i casi in cui la decadenza stessa sia dipesa dal cattivo uso che il giudice ha fatto dei poteri discrezionali *ex art. 702-ter c.p.c.*

Al riguardo, occorre a mio avviso ribadire che la scelta del giudice di primo grado di istruire la causa in modo sommario non incide, di per sé, sui diritti di difesa delle parti, alle quali è riconosciuto il diritto di formulare, almeno sino alla prima udienza sommaria, ogni richiesta ritenuta rilevante e depositare ogni documento potenzialmente utile.

Bisogna dunque diversificare tra i diversi scenari ipotizzabili.

Come si è visto, si possono verificare situazioni in cui la contrazione dei tempi che caratterizza il rito sommario impedisca alle parti (in particolare, al convenuto o al terzo chiamato) di riuscire a procurarsi in tempo utile tutti i documenti da produrre in causa o a completare il quadro delle richieste di prove costituenti.

In casi di questo genere, a mio avviso, il convenuto ha l'onere di chiedere da subito al giudice del Tribunale, la conversione del rito e la rimessione in termini (*rectius*: l'estensione dei termini) (v. *retro*). Ove tali richieste non siano state inizialmente formulate, vi è da dubitare che, in seguito, in sede di appello, si possa chiedere l'ammissione di prove astrattamente già disponibili, sostenendo di non avere potuto formulare la relativa istanza in primo grado "per causa non imputabile".

In effetti, nell'interpretazione dell'(abrogato) art. 184-*bis* c.p.c., la giurisprudenza di legittimità era giunta ad affermare che la rimessione in termini prevista da tale norma dovesse essere domandata dalla parte interessata senza ritardo e non appena essa avesse acquisito la consapevolezza di avere violato il termine stabilito dalla legge o dal giudice per il compimento dell'atto¹²⁸. In altre parole, la rimessione in termini presuppone la tempestività dell'iniziativa della parte che assuma di essere incorsa nella decadenza per causa a essa non imputabile, tempestività da intendere come immediatezza della reazione della parte stessa al palesarsi della necessità di svolgere un'attività processuale ormai preclusa¹²⁹.

¹²⁸ Cass., 2012, n. 4841.

¹²⁹ N. 23561 del 2011. Per Trib. Bologna, 18 luglio 2011, ord., in *www.giuraemilia.it*, con riferimento all'abrogato art. 184-*bis* c.p.c., nonostante tale norma non prevedesse alcun termine per la proposizione dell'istanza di rimessione in termini, in applicazione per analogia dell'art. 157, comma 2° c.p.c., considerazioni di ordine sistematico e costituzionale impongono una interpretazione nel senso che

Applicando tale orientamento interpretativo al contesto che ci riguarda, si giunge a ritenere che sia tardiva in appello la richiesta di “rimessione” in termini rispetto a richieste istruttorie che si assuma di non essere stati in condizione di formulare in primo grado per le caratteristiche procedurali del rito scelto. Vi sarà spazio, semmai, per un “riesame” della eventuale decisione del primo giudice in merito al mancato accoglimento della richiesta di rimessione in termini formulatagli¹⁵⁰.

In ultima analisi, non sembra che la nozione di “causa non imputabile” debba essere interpretata, nel procedimento sommario in appello, in chiave diversa rispetto a quella “ordinaria”¹⁵¹.

Nessun problema di rimessione in termini si pone, invece, per le richieste istruttorie non ammesse dal primo giudice, in quanto ritenute inammissibili e irrilevanti ovvero quelle su cui si sia omesso

tale istanza è ammissibile solo se proposta nella prima attività difensiva utile dopo la cessazione della causa ostativa non imputabile. Per DE SANTIS, *La rimessione in termini*, in *Le riforme del processo civile*, cit., p. 271, peraltro, i principi emergenti dalla giurisprudenza appena menzionata sarebbero piuttosto generici e in definitiva affiderebbero la valutazione della tempestività dell’istanza alla discrezionale valutazione del giudice.

¹⁵⁰ L’omessa rimessione in termini della parte decaduta (pur in presenza della causa non imputabile) rappresenta, in effetti, una violazione del diritto di difesa, che genera nullità assoluta della pronuncia che definisce il giudizio: così DE SANTIS, *op. cit.*, p. 271. Per l’a., p. 272, per le decadenze “interne” al grado del giudizio, la parte interessata potrebbe chiedere la rimessione in termini fino a quando sia aperta la fase processuale nel corso della quale l’incolpevole decadenza si è maturata, sempre che entro tale momento sia venuta meno la causa non imputabile (altrimenti, la relativa istanza andrebbe proposta con gli atti introduttivi del gravame). In un’ottica di bilanciamento delle prerogative delle parti, chi scrive ritiene peraltro che l’istanza di rimessione in termini, anche alla luce del principio di autoreponsabilità, dovrebbe essere sollevata entro la prima difesa o udienza successiva al venir meno della causa non imputabile, come si è visto nella nota precedente.

¹⁵¹ Piuttosto, appare condivisibile l’orientamento di chi propone, in generale, una lettura più ampia del concetto di causa non imputabile, da applicare per qualunque controversia in appello, alla luce delle regole più severe introdotte dalla mini-riforma del 2012, soprattutto ove si interpreti la nozione di “prova indispensabile” in senso restrittivo. In quest’ottica, dunque, dovrebbe essere ammessa in appello, senza limiti, la prova di tutto ciò che in primo grado la parte non poteva ragionevolmente prevedere o che costituisce naturale sviluppo del contraddittorio o prospettiva aperta dalla pronuncia emessa in prime cure: TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello*, cit., p. 160.

di pronunciarsi¹⁵²; a prescindere dal tipo di istruttoria svoltasi in Tribunale, infatti, la parte che si è vista respingere le proprie richieste ha comunque l'onere di insistere nelle stesse nella fase decisoria ed eventualmente di impugnare, *in parte qua*, il provvedimento di primo grado, chiedendo che le richieste in questione siano ammesse almeno dal giudice d'appello: non una questione di "causa non imputabile", dunque, ma solo un corollario del principio devolutivo dell'appello.

In tale ipotesi, l'ammissione in sede di appello di prove dedotte ma ritenute non compatibili col rito sommario dovrebbe portare alla loro assunzione davanti al giudice di secondo grado, senza retrocessione del processo al primo giudice¹⁵³.

In appello, inoltre, le prove assunte in modo semplificato in primo grado possono essere rinnovate nel rispetto delle forme¹⁵⁴.



¹⁵² V. anche MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario*, cit., p. 940, per cui, se il giudice arbitrariamente omette di pronunciarsi sulla ammissibilità e sulla rilevanza di tutte le istanze istruttorie formulate dalle parti, invocando la propria discrezionalità, la relativa ordinanza sarebbe appellabile (o ricorribile per cassazione) per nullità a causa della lesione del diritto alla prova e dei principi regolatori del giusto processo.

¹⁵³ FABIANI, *op. cit.*, p. 813.

¹⁵⁴ ODORISIO, *op. cit.*, p. 178.

CAPITOLO SEDICESIMO

ISTRUTTORIA SEMPLIFICATA E GIUSTO PROCESSO

SOMMARIO: 1. La tesi per cui solo una cognizione piena, ovvero disciplinata analiticamente per legge, sarebbe compatibile con i precetti costituzionali del giusto processo e la costituzionalizzazione dell'accertamento incontrovertibile come elemento integrante del giusto processo. – 2. Tutela sommaria e giusto processo. – 3. Cognizione sommaria e cosa giudicata. – 4. Il caso del procedimento camerale. – 5. A favore della compatibilità tra (forme di) tutela sommaria decisoria e principi del giusto processo. – 6. Sulla compatibilità costituzionale dell'istruttoria sommaria semplificata. – 7. Istruzione sommaria e giusto processo.

1. *La tesi per cui solo una cognizione piena, ovvero disciplinata analiticamente per legge, sarebbe compatibile con i precetti costituzionali del giusto processo e la costituzionalizzazione dell'accertamento incontrovertibile come elemento integrante del giusto processo*

Nei capitoli precedenti si è visto come il legislatore abbia individuato la sommarizzazione del processo, intesa come semplificazione delle forme procedurali piuttosto che come superficialità della cognizione, come uno tra i principali strumenti di accelerazione della funzione giurisdizionale e di smaltimento del contenzioso, con un occhio rivolto alle classifiche del Doing Business e sotto i riflettori della Corte europea dei diritti umani. Come anche si vedrà in seguito, il ricorso a tale modello appare anzi destinato a un ulteriore ampliamento, con proposte di legge forse non sufficientemente ponderate, ciò che impone una riflessione e una presa di posizione.

A questo punto della mia trattazione, peraltro, devo affrontare un tema più volte evocato nelle pagine precedenti e che è destinato ad avere ancora più rilevanza ove, come si prospetta de iure condendo, il rito sommario possa divenire il modello generale per la cognizione delle cause civili “monocratiche”. Il riferimento è al controverso rapporto tra istruzione sommaria e principi costituzionali del giusto processo, con il problema di verificare la legittimità sul piano dei principi fondamentali delle innovazioni normative di cui si è ampiamente parlato in questo scritto.

Il discorso può partire dal rilievo che modelli di cognizione sommaria possono e sono utilizzati a fini *lato sensu* decisorii.

Nell'analisi precedente, si è visto che tali modelli propongono strutture divergenti, pur condividendo finalità analoghe di velocizzazione dei tempi e di riduzione dei costi del processo. Ciò che diverge, in particolare, è l'efficacia e il regime di stabilità dei provvedimenti emessi all'esito di tali cognizioni sommarie. Si riscontrano infatti provvedimenti anticipatori che la legge (o l'interpretazione) considerano come intrinsecamente provvisori anche in caso di estinzione del procedimento nell'ambito del quale sono emessi, provvedimenti che, al contrario, sono destinati a diventare definitivi qualora non siano seguiti da una (eventuale) fase di cognizione piena oppure nell'ipotesi in cui tale fase si estingua senza portare a una sentenza e, infine, provvedimenti strutturalmente sommari cui la legge attribuisce una funzione intrinsecamente decisoria e che dunque diventano definitivi dopo l'eventuale esperimento di impugnazioni.

Se l'utilizzo di modelli di cognizione sommaria nell'ambito della tutela dichiarativa dei diritti sia compatibile con i principi costituzionali del giusto processo è dilemma che tradizionalmente agita la dottrina italiana, con posizioni contrapposte e soluzioni drasticamente divergenti.

L'assunto di partenza è che non qualsiasi modello istruttorio possa essere ritenuto idoneo a garantire il rispetto di tali principi e che, pertanto, si debba verificare la legittimità del suo utilizzo nel contesto costituzionale di riferimento.

Il percorso interpretativo può prendere l'avvio dalla tesi per cui la sequenza procedimentale può essere qualificata come struttura formale costante che permette di verificare e controllare l'esi-

stenza del singolo potere di volta in volta esercitato dal giudice. In quest'ottica, individuato un collegamento tra i poteri del giudice e quelli delle parti private, si afferma che, seguendo la sequenza procedimentale, il contenuto della sentenza viene assunto come giusto, sul presupposto di una distribuzione di poteri equilibrata tra parti private e tra parti e giudice, individuando nella tecnica del contraddittorio lo strumento di controllo sull'operato del giudice stesso¹. La misura della giustizia del risultato finale del processo, sul piano formale, sta, quindi, nella correttezza di svolgimento del processo stesso, secondo le norme che lo regolano: tale correttezza dipende *in toto* dai poteri del giudice o, se si vuole, dalla correttezza con la quale tali poteri sono esercitati².

Questa premessa conferma la fondamentale importanza del principio di legalità e delle forme processuali come strumento di garanzia e di "controllo" sull'operato del giudice: in altre parole, come

¹ FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 722, p. 729.

² Sorge, a questo riguardo, il problema del controllo del modo di esercizio dei poteri del giudice: chi è soggetto al potere non è un suddito ma resta, per il tramite di un processo corretto e controllabile, un destinatario di giustizia e non di arbitrio. Per la dottrina qui in esame, in particolare, la tecnica di controllo si attua mediante la puntuale ripetizione di esercizio del potere già esercitato con pienezza di effetti sostitutivi-restitutori e si chiude solo con il giudicato formale: Per FABBRINI, *op. cit.*, p. 744, ben poco importa sapere se un determinato potere, analizzato nella sua struttura, possa chiamarsi vincolato o discrezionale: quello che conta è che il potere esercitato ha prodotto degli effetti, che questi effetti sono – fino a un certo momento – rimuovibili per rinnovazione di esercizio del potere e che la natura del potere non a forma alcuna di rilevanza rispetto all'ammissione della sua rinnovazione. Il giudice è signore del processo, da intendersi come tessuto rigido di nodi, intrecciati di poteri di produrre effetti e di poteri di far controllare gli effetti prodotti; Secondo PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 265, a p. 268, solo quando le forme e i termini del processo sono predeterminati dal legislatore le parti sono titolari di poteri processuali e non solo di soggezioni, esprimendo la necessità che la cognizione sia nella sua massima parte controllabile in iure e non rimessa alla discrezionalità del giudice. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.* 1990, I, p. 393, a p. 397, ritiene che la necessità della cognizione piena e del giudicato per la tutela dei diritti e degli status si deduca da una millenaria tradizione ed evoluzione storica che impone di riconoscere nella stabilità e nella certezza propria del giudicato sostanziale il risultato naturale/indispensabile della tutela giurisdizionale dei diritti e degli status.

strumento determinante per qualificare come “giusta” la decisione giudiziaria.

Per parte rilevante della dottrina, l'art. 111 Cost., nell'affermare al comma 1° che il giusto processo “è regolato dalla legge”, prescriverebbe che il processo sia dettagliatamente disciplinato dalla legge in tutta la sua dinamica⁵, avendo tale norma consacrato a livello costituzionale appunto il principio di legalità⁴.

Per alcuni, dunque, la riserva di legge sancita dall'art. 111 Cost. avrebbe natura “assoluta”⁵. In quest'ottica, solo un modello proce-

⁵ V. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 150; PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini, Verardi, Milano, 2001, p. 323, per cui il modello procedimentale di giusto processo imporrebbe la predeterminazione legale di tutti i poteri del giudice idonei a incidere sul contenuto della decisione. Per una posizione divergente, COMOGLIO, *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 721, per quale, nell'esperienza comparatistica, il processo è “due” “non perché sia compiutamente regolato da norme di legge rigide e precostituite, ma piuttosto in quanto rappresenta la garanzia positiva di un ‘diritto naturale’ del singolo a un processo ‘informato a principi superiori di giustizia’, secondo i canoni fondamentali della common law”.

⁴ Proprio questa, per VIGNERA, *Saggio polemico sul procedimento ‘volontario’ ex artt. 737 ss. c.p.c.*, in www.judicium.it, p. 3, sarebbe l'effettiva innovazione introdotta dalla riforma costituzionale del 1999. Sulle origini storiche dell'affermazione del principio di legalità nella disciplina del processo v. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, reperibile al link: https://www.academia.edu/28707642/_Caponi_2016_Rigidit%C3%A0_e_flessibilit%C3%A0_del_processo_di_cognizione_On_the_Flexibility_of_Civil_Procedure_, p. 2.

⁵ V., con rilievi critici, VIGNERA, *op. cit.*, p. 8 ss.; per VIGNERA, *Riserva di legge ex art. 111, comma 1° cost. e rito cautelare uniforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 551 ss., la riserva di legge prevista dalla norma sarebbe violata sia quando la legge lascia una materia sfornita di disciplina sia quando si limiti a generiche indicazioni o al conferimento di poteri discrezionali. L'a., però, a p. 554, non condivide l'orientamento per cui si tratti di riserva assoluta, che imponga una rigida predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio. Assegnare carattere assoluto alla riserva di legge dell'art. 111 non sarebbe, infatti, corretto dal punto di vista metodologico e sterile da quello applicativo (p. 557). Per COMOGLIO, *Il ‘giusto processo’ civile*, cit., p. 742, la “riserva”, se così intesa, risulterebbe del tutto estranea alla genesi storica del due process of law e sarebbe, per di più, anche assente dal panorama normativo delle garanzie internazionali, introducendo nel quadro costituzionale italiano una vera e propria novità aggiuntiva, la quale finisce con il porre sul tappeto alcune delicate questioni, suscettibili di più estese ripercussioni sistematiche. L'a., peraltro, osserva che se si interpreta l'espressione “regolato dalla legge” come sinonimo concettualmente equipollente

dimentale basato sulla analitica predeterminazione legale dell'andamento del procedimento sarebbe idoneo a soddisfare i canoni costituzionali del giusto processo, sottraendo la titolarità e l'esercizio dei poteri delle parti alla soggezione del potere discrezionale del giudice⁶. In altre parole, solo un modello procedimentale analiticamente regolato per via normativa in ogni suo passaggio potrebbe soddisfare la garanzia costituzionale del giusto processo.

Sviluppando questi ragionamenti, proprio con riferimento alla norma posta dal comma 1° dell'art. 111 Cost., alcuni giungono a

(“regolato per legge”), identificandovi una “riserva” che sia idonea a rimettere al solo potere legislativo ordinario, con esclusione di ogni altro potere dello Stato, la competenza a legiferare in materia processuale, con la conseguenza di intendere che il “processo” fosse di per sé “giusto”, solo perché “regolato” per legge (o, se si vuole, dalla legge, e cioè da norme ordinarie di legge in senso tecnico-formale, promulgate dal potere legislativo, ma non anche, eventualmente, da norme regolamentari amministrative o, peggio ancora, da norme elaborate dal rule-making power degli stessi giudici), la portata garantistica di quel concetto costituzionale si arresterebbe alla prima (e più esterna) barriera protettiva, rischiando di assumere un significato puramente estrinseco e superficiale. Per ulteriori prese di distanza dalla tesi della riserva di legge assoluta, p. 743 ss. RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 601, dal canto suo, p. 609, ritiene che in questa formula non possa leggersi, riduttivamente, la semplice posizione di una riserva di legge in materia processuale: il valore sotteso, dunque tutelato, sembrerebbe piuttosto quello di consentire alle parti “la preventiva conoscenza del meccanismo procedimentale”, che esse hanno attivato e in cui dovranno dispiegare il proprio diritto di difesa, e (ma si tratta dell'altra faccia della medaglia) di scongiurare il rischio di una gestione (anche involontariamente) non imparziale dello svolgimento del processo, che non vincolata a modelli legali potrebbe nel concreto comprimere le capacità difensive di taluno dei contendenti a tutto vantaggio dell'altro.

⁶ V. PROTO PISANI, *Giusto processo*, cit., p. 267 ss., per il quale l'art. 111 “dice che non è, non sarebbe in regola con la Costituzione un processo nel quale le forme e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa scritta o orale, fossero tutti rimessi quanto alla modalità e ai tempi alla discrezionalità del giudice”; e, a p. 268, che il valore della cognizione piena sarebbe dato più dalla predeterminazione legale del modello di processo che dal contenuto di questa predeterminazione, che può variare diacronicamente e sincronicamente. In questa ricostruzione, dunque, cognizione piena vuol dire predeterminazione legale di forme e termini con la conseguente controllabilità in iure della massima parte del processo di formazione del convincimento del giudice. Per una critica a tale tesi, CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 09, p. 1120.

ritenere non compatibile con il principio del giusto processo una disciplina del processo rimessa nella massima parte al potere discrezionale del giudice⁷. Tale punto di vista appare largamente condiviso, per esempio da chi, sul presupposto che dai principi del giusto processo deriverebbe la costituzionalizzazione della cosa giudicata⁸, afferma che la tutela dei diritti presupporrebbe la cognizione piena⁹, in quanto il diritto soggettivo potrebbe ricevere tutela solo da un meccanismo massimamente garantista qual sarebbe appunto il giudizio a cognizione piena¹⁰.

In questo conteso, il principio di legalità viene inteso come “soggezione alla legge” o “rispetto della legge”, con riferimento al primato del legislatore sugli altri poteri¹¹. In particolare, la tesi qui analizzata ritiene che tale principio si applichi anche rispetto al potere giudiziario¹², tanto più che l’esercizio della funzione giurisdizionale non è riferibile a una meccanica applicazione della legge, ma involge ampi margini di discrezionalità. In quest’ottica, quando la Costituzione prevede una riserva di legge per la disciplina di una materia, tale riserva verrebbe violata sia quando la materia stessa resti sguarnita di tutela, sia quando il legislatore si limiti a generiche indicazioni o al

⁷ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 657; Id., *Relazione conclusiva*, cit., p. 322.

⁸ V. CHIZZINI, *Prolegomena a ogni futura metafisica del ‘giusto processo’ che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 119 ss., per il quale il giudicato è elemento necessario del giusto processo.

⁹ PROTO PISANI, *Usi e abusi*, cit., p. 442; v. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Padova, 2009, p. 13 ss.

¹⁰ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, III ed. Torino, 2011, p. 65 ss., che qualifica il giudizio ordinario/ non sommario come “il dovuto processo legale”, che si risolve nell’istruzione ordinaria e nella pienezza del contraddittorio tra le parti e della cognizione del giudice. L’a. propugna la perdurante tenuta della centralità del giudicato e del processo a cognizione “completa” in materia di tutela contenziosa dei diritti e degli status. PROTO PISANI, *Usi e abusi*, cit., p. 393, a p. 398, ribadisce che la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status si realizza attraverso processi a cognizione piena destinati a concludersi con sentenze aventi attitudine al giudicato formale e sostanziale.

¹¹ CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli, 2012, p. 1 ss.

¹² Ampiamente sul punto VIGNERA, *Saggio polemico*, cit., p. 5 ss.; VIGNERA, *Riserva di legge ex art. 111*, cit., p. 551 ss., p. 554.

conferimento di poteri discrezionali¹³. In tali casi, infatti, la norma, in realtà, sarebbe creata dall'organo amministrativo o giurisdizionale nel momento della sua applicazione. Si evidenzia altresì che, se anche la giurisdizione è esercizio di un pubblico potere, le modalità del suo esercizio dovrebbero trovare fondamento in atti di formazione primaria, come sarebbe richiesto dall'art. 111, comma 1° Cost. In tale ottica, il principio di legalità in materia processuale andrebbe di pari passo con l'esplicitazione dei principi del giusto processo¹⁴. In altre parole, il processo sarebbe "giusto" soltanto se in esso venga assicurato il principio di legalità nel senso sopra enunciato¹⁵.

La cognizione piena, analiticamente predeterminata nel suo svolgimento dal legislatore, darebbe, dunque, attuazione al principio di legalità nella misura in cui consente sia di conoscere preventivamente le dinamiche processuali che si svilupperanno con la proposizione della domanda, sia di reagire alle violazioni delle regole che determinano tali dinamiche con l'impugnazione delle sentenze rese all'esito dell'*iter* "viziato"¹⁶.

¹³ CARRATTA, *Commento agli art. 113-114*, in CARRATTA, TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 244; v. anche CARRATTA, *Struttura e funzione*, cit., p. 6 ss., che osserva: "Se anche la giurisdizione è esercizio di un pubblico potere, non v'è dubbio che le modalità del suo esercizio debbano trovare fondamento in atti di formazione primaria".

¹⁴ CARRATTA, *Commento agli art. 113-114*, cit., p. 246.

¹⁵ CARRATTA, *Struttura e funzione*, cit., p. 3.

¹⁶ BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 58, afferma che la predeterminazione del percorso "per un verso, rende prevedibile agli occhi del singolo che si appresta a essere soggetto al potere giurisdizionale il modo in cui questo potere sarà esercitato e, per altro verso, rende sindacabile in sede di legittimità il modo in cui il percorso è stato seguito". CARRATTA, *Struttura e funzione*, cit., p. 25, al riguardo, osserva che "quanto maggiore è la predeterminazione legale dell'esercizio del potere, tanto più stringente sarà il controllo di legittimità: si tratta di due facce della medesima medaglia". D'altro canto, viene pure messo in rilievo che non qualsiasi disciplina legale potrebbe essere idonea a soddisfare i principi del giusto processo. Si afferma, infatti, che il rispetto del principio di legalità in materia processuale si potrebbe dire realizzato da parte del legislatore ordinario in quanto riesca non solo ad assicurare la predeterminazione legale formale della disciplina processuale, ma anche a conformare il contenuto di tale predeterminazione alle garanzie processuali di rilevanza costituzionale: CARRATTA, *Commento agli art. 113-114*, cit., p. 249

Per quanto più ci interessa qui, i sostenitori della tesi in esame, prendendo atto che la Corte costituzionale esclude che il giudizio ordinario costituisca l'unico ed esclusivo strumento di attuazione della garanzia costituzionale¹⁷, osservano che il legislatore avrebbe a disposizione un ampio ventaglio di alternative per realizzare il principio di legalità processuale. Le scelte discrezionali del legislatore dovrebbero, però, essere conformi ai precetti costituzionali e non viziate da irragionevolezza¹⁸.

Si mette anche in risalto la diversa rilevanza assunta dal principio di legalità processuale a seconda della funzione giurisdizionale che si deve disciplinare, tenendo ben distinta la normale correlazione tra cognizione piena e la produzione della cosa giudicata sostanziale dal ricorso del legislatore, nella sua ragionevole discrezionalità, a processi sommari in materia contenziosa. Da questo punto di vista, si sostiene che il *quantum* di predeterminazione legale della disciplina processuale dovrebbe essere direttamente proporzionale alla forza degli effetti prodotti dall'esercizio del potere giurisdizionale. La predeterminazione legale assumerebbe particolare rilevanza, dunque, con riferimento ai poteri decisori del giudice (ovvero capaci di incidere sulla decisione finale) e andrebbe a incidere sulla giustizia della decisione, in quanto le parti sarebbero in grado di verificare, in base a criteri oggettivi, la correttezza dell'operato del giudice e quindi eventualmente attivare i rimedi all'uopo predisposti¹⁹.

Il risultato cui la tesi in esame approda è affermare la costituzionalizzazione del valore della cognizione piena del processo ordinario, in quanto modello in cui è rigidamente predeterminata dalla

¹⁷ V. per esempio e a conferma di tale orientamento Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1538, per la quale la Costituzione non impone un modello vincolante di processo e non può ritenersi coperto da garanzia costituzionale, quale modello tendenzialmente vincolante per il legislatore, il processo ordinario di cognizione, i cui singoli istituti dovrebbero essere rinvenibili anche nei procedimenti di cognizione diversamente articolati dalla legge.

¹⁸ In particolare, va garantito il diritto alla prova nel modo più completo in almeno un grado di giudizio: CARRATA, *Commento agli art. 113-114*, cit., p. 250; CARRATA, *La procedura camerale come "contenitore neutro" e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1304.

¹⁹ CARRATA, *Commento agli art. 113-114*, cit., p. 251 ss.

legge tutta l'attività processuale²⁰. A tale conclusione si giunge sul rilievo che solo la cognizione piena attuata tramite la predeterminazione rigida di tutte le scansioni processuali sarebbe il mezzo tecnico attraverso cui si può conseguire il risultato di assicurare la massima imparzialità del giudice nella conduzione del giudizio, l'eguaglianza delle parti e la controllabilità dell'attività processuale compiuta²¹.

In quest'ottica, la disciplina analitica del procedimento può essere riscontrata nel processo ordinario attualmente disciplinato dagli artt. 163 ss. c.p.c. e in tutti i procedimenti speciali in cui sia comunque dettata una disciplina esaustiva *ad hoc* (come il processo del lavoro) ovvero in cui il rito giunga (eventualmente) a confluire nell'ambito della cognizione ordinaria (come il procedimento di separazione personale dei coniugi).

Alcuni ritengono altresì che il modello costituzionale di giusto processo implichi la pronuncia di un provvedimento destinato ad acquisire la incontrovertibilità della cosa giudicata sostanziale. In tale prospettiva, si afferma che la possibilità di conseguire l'accertamento irretrattabile di un diritto soggettivo o di uno *status* sarebbe parte integrante della tutela di cui all'art. 24 Cost.; l'autorità di giudicato dovrebbe, dunque, essere ricompresa, se richiesta, tra le utilità che i provvedimenti del giudice sono in grado far conseguire al titolare di un diritto²²⁻²³.

²⁰ GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile*, cit., 2009, p. 150 ss.; anche DONZELLI, *Sul "giusto processo" civile "regolato dalla legge"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 954 afferma, che, *de iure condito*, quello stesso processo (ovvero il processo ordinario di cognizione, n.d.a.) costituisce nel nostro ordinamento il "giusto processo" civile "regolato dalla legge" richiesto dalla Costituzione.

²¹ Così GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 152; PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 265: per il quale garanzia significa disciplina delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena.

²² Così GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 156; v. in arg. DONZELLI, *op. cit.*, p. 943 ss. In arg., di recente, TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato al tramonto?*, in A.A.V.V., *La crisi del giudicato. Atti del XXX convegno nazionale, Cagliari, 2-3 ottobre 2015*, Bologna, 2017, p. 97 ss., a p. 102, il quale, peraltro, non ritiene che la correlazione tra tutela dei diritti soggettivi e *status*, processo a cognizione piena ed esauriente, sentenza e giudicato trovi copertura nella Carta costituzionale.

²³ Si aggiunge, al riguardo, che l'autorità di giudicato non potrebbe che essere una conseguenza della cognizione piena nel senso che essa potrebbe o probabilmente dovrebbe prophanare solo da provvedimenti pronunciati all'esito di proce-

2. Tutela sommaria e giusto processo

Alla luce di quanto precede, ci si deve chiedere se un modello procedimentale a funzione decisoria che lasci spazi alla discrezionalità del giudice nel regolare l'andamento del processo e l'assunzione dei materiali istruttori sia o meno compatibile con i principi costituzionali del giusto processo. Il dubbio si pone poiché, rispetto a un modello procedurale con le caratteristiche sopra enunciate, non si potrebbe parlare di una regolamentazione normativa del procedimento ai sensi dell'art. 111 Cost.²⁴.

Non pone problemi, da questo punto di vista, la deformalizzazione che caratterizza la tutela cautelare o forme di tutela sommarie caratterizzate dalla provvisorietà dei provvedimenti emessi in tali sedi²⁵. Qui, infatti, la questione che si pone è solo quella della rispondenza del modello in esame al "nocciolo" dei principi e delle garanzie che caratterizzano come "giusta" qualsiasi attività giurisdizionale²⁶, essendo per il resto tali provvedimenti anticipatori

dimenti celebrati (con almeno un grado) a cognizione piena: PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 269; per il quale, proprio perché più garantista, la cognizione piena sbocca nel giudicato formale e sostanziale. ID., *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., p. 397, aggiunge che tale stabilità è stata collegata non a un accertamento quale sia ma solo ad accertamenti contenuti in provvedimenti emanati a termine di processi a cognizione piena; LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 1, a p. 9; GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 156. In arg. v. DONZELLI, *Le sezioni unite e il "giusto processo" civile*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 990, a p. 996 ss.

²⁴ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 152.

²⁵ V. anche BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, cit., p. 91, per cui: "Nessuno dubita del fatto che sia del tutto legittimo costituzionalmente un allentamento delle forme predeterminare quando la giurisdizione fornisce prodotti instabili". Come evidenzia LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 464, a p. 465-6, la "provvisorietà" dei provvedimenti cautelari è connessa, non alle caratteristiche del procedimento in esito al quale tali provvedimenti sono emanati, bensì al loro scopo, che è quello di assicurare la fruttuosità pratica della futura sentenza di merito; sicché, al raggiungimento di tale scopo (quando cioè viene emanata la sentenza di merito), i provvedimenti cautelari esauriscono per loro natura i propri effetti.

²⁶ V. al riguardo BOVE, *op. cit.*, p. 65, che fa riferimento ai principi del contraddittorio e della terzietà e imparzialità del giudice.

provvisori destinati a essere “sostituiti” (anche solo eventualmente) da provvedimenti emessi a cognizione piena²⁷.

In effetti, come ammette anche la dottrina più rigorosa sul piano formale esaminata nelle pagine precedenti, un modello processuale improntato (in tutto o in parte)²⁸ alla discrezionalità giudiziaria non è di per sé incostituzionale.

Problemi di compatibilità costituzionale possono però prospettarsi (dal punto di vista di chi afferma la costituzionalizzazione del modello della cognizione piena come unico modello procedimentale idoneo al conseguimento della cosa giudicata sostanziale) qualora tale modello “discrezionale” aspirasse, appunto, a produrre decisioni destinate a divenire vincolanti e dunque a fornire una forma di tutela “definitiva” su diritti soggettivi o *status* personali. Come si è visto, infatti, una consolidata posizione dottrina ritiene che la tutela cognitiva di diritti e *status* presupponga normalmente l'accertamento giudiziale all'esito di un processo a cognizione piena ed esauriente, a contraddittorio anticipato e a trattazione completa e approfondita dei fatti rilevanti per la decisione, in quanto funzionale all'incontrovertibile individuazione della volontà di legge per il caso concreto, che faccia stato tra le parti²⁹.

²⁷ CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss., a p. 1015, per il quale “l'esclusione dal dubbio di legittimità per queste ipotesi governate dal potere discrezionale del giudice nello stabilire cadenze processuali e modalità istruttorie può venir agevolmente giustificata, io credo, correlando la garanzia di cui stiamo cercando di capire il significato almeno con l'intero edificio processuale di attuazione della tutela, se non con l'idoneità al giudicato del provvedimento finale”.

²⁸ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 152, per il quale ciò vale sia per procedimenti interamente discrezionali sia per procedimenti solo parzialmente disciplinati per legge poiché anche in questi ultimi gli spazi lasciati alla discrezionalità del g contrastano col divieto di cui all'art. 111 cost.

²⁹ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo 1, 2008, p. 877. Per GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 141, “per tradizione e per cultura processuale siamo generalmente abituati a pensare che alla tutela dei diritti soggettivi si provvede con giudizi a cognizione piena cui fa seguito il giudicato sostanziale”.

3. *Cognizione sommaria e cosa giudicata*

La possibilità di attribuire l'autorità del giudicato a provvedimenti emessi nell'ambito di procedimenti a cognizione sommaria, come si è visto nelle pagine precedenti, è questione molto controversa.

Per alcuni, in particolare, il *quantum* di predeterminazione legale della disciplina processuale sarebbe direttamente proporzionale alla "forza" degli effetti prodotti dall'esercizio del potere discrezionale, partendo dal massimo grado di "forza" dato dalla produzione del giudicato sostanziale e finendo ai provvedimenti di natura meramente ordinatoria o esecutiva³⁰. Seguendo questa linea di pensiero, si argomenta che, poiché un procedimento sommario non è strutturato nel rispetto dei canoni degli artt. 24 e 111 Cost. (i quali, per la tesi in esame, come si è visto, adotterebbero, come paradigma della tutela decisoria, quello della cognizione piena), affinché il relativo provvedimento acquisisca l'autorità della cosa giudicata fuori dalla solennità, complessità, gradualità del processo ordinario occorrerebbe almeno che la legge lo dicesse in modo certo. Qualora, invece, la legge taccia e manchi la cognizione piena, si giunge a ritenere che il provvedimento sommario non sia strutturalmente idoneo al giudicato e dunque ad assumere una funzione decisoria nel senso proprio del termine³¹. In quest'ottica, nel silenzio della legge, l'opzione di *default* sarebbe la provvisorietà del procedimento emesso a seguito di cognizione sommaria³².

³⁰ CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., p. 24.

³¹ LANFRANCHI, p. 127; CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 884. Per un'analisi, TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., p. 14.

³² In quest'ottica, alcuni si riferiscono a tali provvedimenti come sommari non cautelari, affermando che essi realizzano finalità di anticipazione soddisfattiva della pretesa, servono esclusivamente ad anticipare cronologicamente la soddisfazione, totale o parziale del diritto fatto valere in giudizio. Da questo punto di vista, la funzione di ogni tutela sommaria non cautelare sarebbe quella di consentire, nel tempo più breve possibile, la formazione di un titolo esecutivo anche provvisorio, che consenta di accedere senza indugio ai processi di esecuzione forzata e di realizzare l'anticipazione soddisfattiva della pretesa anche contro la volontà del soggetto passivo: ARIETA, *Le tutele sommarie*, in *Trattato di diritto processuale civile*, vol. X, II

Affinché si possano coniugare cognizione sommaria e attitudine alla cosa giudicata, dunque, si richiede che l'istruzione sommaria si inserisca in una più ampia struttura procedimentale che garantisca,

ed., Padova, 2010, p. 5 ss., per il quale rilevanti problematiche, da questo punto di vista, solleva la posizione dei provvedimenti sommari autonomi ma incidentali, che sono destinarsi a confluire e a essere assorbiti nella sentenza di merito: il problema si pone solo in caso di estinzione del processo di merito. Rispetto all'art. 186-*quater* c.p.c. è la legge stessa a risolvere il problema. In ogni caso, si tratta di provvedimento sommario solo sul piano delle forme della sua pronuncia: istruzione piena e analisi esaustiva delle risultanze. Per BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, cit., p. 76: "È certo che, se il processo si estingue, acquista la qualità di una sentenza l'ordinanza di cui all'art. 186-*quater* c.p.c., con la conseguenza che, se non viene proposta l'impugnazione prevista, emerge qui un provvedimento definitivo idoneo al giudicato formale e sostanziale". Più problematiche le altre ordinanze anticipatorie (di condanna). In alcuni casi, è la legge stessa a prevedere che tali ordinanze possano sopravvivere all'estinzione del procedimento in cui sono state emesse, in deroga all'art. 310 c.p.c. (v. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 265 ss.). In alcuni casi, inoltre, la legge, nel prevedere l'ultrattività del provvedimento, ne configura anche la intrinseca provvisorietà, come nel caso dell'ordinanza presidenziale emessa in sede di separazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 708 c.p.c. e 189 disp. att. c.p.c. I dubbi si pongono per le ipotesi in cui la legge non dica nulla o non fornisca indicazioni sintomatiche. Per la posizione più tradizionale, un provvedimento provvisorio anticipatorio resta tale anche dopo l'estinzione del giudizio: MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, II ed., Torino, 1994, p. 298, al riguardo afferma: "l'efficacia che – per chiari disposti di legge – si conserva dopo l'estinzione del processo, non può essere maggiore di quella che il provvedimento sopravveniente aveva in quel processo". Per LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 63 ss., i provvedimenti anticipatori di condanna in questo caso acquisiscono efficacia di cosa giudicata, distinguendo i subprocedimenti incidentali tra decisori sommari (art. 423, c. 1 c.p.c., 23, c. 5 l. 689/81) e anticipatori interinali/cautelari (art. 423 c. 2, art. 18 c. 4 e 6 l. 300/70, 24 l. 990/69, in cui la decisione è allo stato degli atti o provvisoria, comunque instabile). A p. 65, l'a. osserva che i provvedimenti sommari decisori sono sempre una fase di una più vasta vicenda procedimentale disponibile: una struttura cognitiva sommaria non autonoma, necessariamente aggregata in via mediata ma endoprocedimentale al giudizio ordinario ovvero speciale non sommario. V. anche CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 543. Per altri, bisogna distinguere in base alle diverse ipotesi, in ragione della *ratio* ispiratrice e del contesto processuale in cui si collocano le varie misure sommarie interinali: BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 73, per esempio, ritiene che acquisti definitiva stabilità l'interdetto possessorio emesso ai sensi dell'art. 703 c.p.c.; per contro, rimarrebbe un provvedimento provvisorio con efficacia esecutiva l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 665 c.p.c. al termine della fase sommaria del procedimento di convalida di licenza o di sfratto; ad analoghi risultati l'a. giunge rispetto all'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 186-*bis* c.p.c. (p. 79).

almeno in una certa fase o grado del giudizio, la possibilità della cognizione piena ed esauriente³³: proprio (e solo) tale potenziale espletabilità della cognizione ordinaria in almeno un grado di giudizio renderebbe conforme ai principi del giusto processo il modello dei procedimenti sommari decisori³⁴, come avviene rispetto ai procedimenti per decreto ingiuntivo³⁵, per convalida di licenza o di sfratto,

³³ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 39; ID., *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 6. TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 231, peraltro contrasta la tesi per cui per aversi funzione giurisdizionale decisoria servirebbe l'attitudine alla cosa giudicata del relativo provvedimento. Per l'a., anche nei procedimenti sommari che non passano in giudicato c'è una *cognitio*, seppure dagli effetti instabili. La differenza dunque si risconterebbe solo sul piano funzionale.

³⁴ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 39. Per l'a., p. 47, il *proprium* della funzione giurisdizionale decisoria rimane la cognizione ordinaria o quella speciale non sommaria attuale o eventuale, sempre lasciata alla disponibilità delle parti. L'a. torna a mettere in relazione l'attitudine al giudicato dei provvedimenti decisori sommari con la trasformabilità endoprocedimentale nella cognizione non sommaria a p. 250 ss. V. anche p. 477. Per PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., p. 399: "affinché la garanzia della cognizione piena sia rispettata non è necessario che il processo si sia effettivamente svolto nelle forme della cognizione piena: è sufficiente che la struttura procedimentale sia tale da consentire alle parti la possibilità dello svolgimento del processo a cognizione piena"; GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile*, cit., p. 156; v. di recente anche QUERZOLA, *op. cit.*, p. 178; per una prospettiva più flessibile, BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., pp. 87, 92. *Contra*, TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 41, osserva come "nella nostra Costituzione non esiste alcuna norma che affermi tale principio; né questo principio può essere desunto dal nuovo art. 111 Cost."

³⁵ Al riguardo, v. RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, cit., 607, per cui forme di tutela sommaria (nelle quali, in tutto o in parte, neppure il contraddittorio potenziale si realizza prima dell'emana-zione del provvedimento) sono legittime se trovano giustificazione in esigenze processuali (perlomeno) egualmente rilevanti e, insieme, consentono un successivo pieno recupero del contraddittorio: anche solo in via eventuale purché, ovviamente, la scelta sia rimessa alla parte che con la pronuncia del provvedimento sommario ha inizialmente visto sacrificate le proprie possibilità di difesa. Così deve restare ferma, senz'altro, la valutazione di legittimità (se non dell'intera disciplina, quantomeno) della struttura del procedimento per decreto ingiuntivo, che se da un lato risponde a esigenze (oggi esaltate proprio dall'art. 111, co. 2°, nella parte in cui riconosce il valore della "ragionevole durata" del processo) di economia di giudizi, laddove permette di evitare lo svolgimento di un processo a cognizione piena per la tutela di diritti insoddisfatti ma non effettivamente contestati, dall'altro consente all'ingiunto, sol che lo voglia, un pieno recupero del contraddittorio attraverso l'opposizione.

per la repressione della attività antisindacale (in cui si anticipa l'efficacia esecutiva del provvedimento conclusivo del procedimento di merito). In tali procedimenti, infatti, i sostenitori della tesi qui in esame ravvisano una giusta tensione verso la pienezza della tutela giurisdizionale *tour court*, ottenuta anche attraverso una opportuna, inevitabile semplificazione ed economizzazione della stessa giurisdizione propriamente decisoria, con un tendenziale abbandono del solenne processo di accertamento come ineliminabile necessità iniziale³⁶: la compatibilità tra questi procedimenti e i principi del giusto processo deriva, appunto, dalla possibilità di trasformare l'accertamento sommario (o la mancanza di accertamento) in cognizione³⁷.

³⁶ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 70; v. anche i rilievi di ALLO-
RIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, Milano,
1957, II, p. 34.

³⁷ Sul rapporto tra procedimento monitorio e principi costituzionali v. anche
RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 50 ss. Come no-
to, peraltro, rispetto ai procedimenti sommari decisorii menzionati nel testo, non è
pacifico, in dottrina che il mancato esperimento della sempre possibile fase a cog-
nizione piena faccia acquisire al provvedimento emesso all'esito della fase sommaria
la piena autorità della cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c. È ben conosciuta,
infatti, la tesi per cui il grado di definitività di tali provvedimenti non sarebbe equi-
parabile a quello della cosa giudicata, parlandosi, al riguardo di *preclusio pro iu-
dicato*. La tesi in questione, in sostanza, nega effetti di giudicato ai procedimenti
sommari decisorii, osservando che non opererebbe qui il giudicato implicito né gli
effetti riflessi (teoria formalista sulla nozione di sentenza). La stabilità dell'effetto
giurisdizionale non sarebbe pure accertamento di quel rapporto. Per esempio, MON-
TESANO, *op. cit.*, p. 298, con riferimento al decreto ingiuntivo opposto, afferma che,
in caso di estinzione di tale procedimento, esso conserverebbe efficacia provvisoria,
sostenendo che: "il decreto ingiuntivo che sopravvive (...) al processo di opposizio-
ne estinto (...) è un provvedimento provvisorio di merito, e non un provvedimento
sommario autonomo". Tale posizione, in realtà, appare ormai superata dalla dottri-
na e dalla giurisprudenza: in materia, per una posizione contraria, CARRATTA, *Profi-
li sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 527 ss.; critico pure LANFRANCHI, *La
roccia non incrinata*, cit., p. 44, p. 257; CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale
differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 240; per LANFRANCHI, *Del "giu-
sto" procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 42: "O si ha il giudicato vero e
proprio o – in presenza di lite o incertezza – si ha sempre la possibilità di ottenerlo,
senza che prima o in assenza di esso possa formarsi alcuna sia pure parziale stabilità
definitività: o il giudicato, insomma, o l'assoluta incertezza". Oggi, infatti, si ritiene
che, a titolo di esempio, un decreto ingiuntivo non tempestivamente opposto abbia
effetti in tutto e per tutto equivalenti a quelli della sentenza emessa in sede ordina-
ria. Parte della dottrina, peraltro, continua a ritenere che ai provvedimenti somma-
ri autonomi, emessi in esito a un procedimento autonomo, del tutto svincolato da

Corollario di quanto precede è ritenere non conforme ai dettami costituzionali del giusto processo il procedimento “sommario” in cui il provvedimento acquisisca efficacia di giudicato senza che vi sia la possibilità di trasformazione del rito in processo ordinario, anche solo in fase di impugnazione di merito³⁸. A tale conclusione si giunge sul rilievo che la cognizione sommaria non sarebbe in grado di garantire alle parti che lo vogliano il risultato della cognizione piena ed esauriente dei fatti di causa, sottraendo alle parti una porzione dei poteri processuali normalmente assunti a corredo della loro posizione nella trattazione e istruzione piena ed esauriente. In tale contesto, rimettere la concreta articolazione del procedimento alla discrezionalità del giudice porterebbe a privare le parti della possibilità di rivendicare l’esercizio dei poteri processuali che normalmente competono loro nei confronti dell’organo giurisdizionale, quando questi ritenesse opportuno prescindere³⁹.

Rispetto al principio di legalità, inoltre, si evidenzia come un modello procedimentale in cui trovi ampio spazio la discrezionalità del giudice “sconta una minore prevedibilità delle modalità di esercizio del potere giurisdizionale”, cui corrisponderebbe anche una ridotta possibilità di configurare *errores in procedendo*, potendo il controllo del giudice superiore essere esercitato solo rispetto al c.d. ordine pubblico processuale (ovvero l’insieme dei principi e dei diritti costituzionali in cui si sostanzia la nozione di giusto processo)⁴⁰.

La sommarietà, insomma, implicherebbe una cognizione qualitativamente/quantitativamente ridotta o deteriore. In quest’ottica,

quello ordinario di cognizione ed esterno a esso resti estraneo il giudicato sostanziale e gli effetti di cui all’art. 2909 c.c., con la conseguenza che non si produrrebbe giudicato in caso di rigetto del ricorso monitorio nella fase inaudita altera parte e che il decreto non opposto non produrrebbe effetti riflessi: v. MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 190. ARIETA, *Le tutele sommarie*, cit., p. 23 ss.

³⁸ Una simile prospettiva origina dall’idea che i procedimenti sommari svolgano un ruolo deteriore nell’ordinamento e che essi siano ontologicamente inadeguati a mettere il giudice in grado di avere una conoscenza approfondita e completa del caso sottopostogli, non mettendo, inoltre, in condizione le parti di esercitare a pieno i loro diritti difensivi: GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile*, cit., p. 141.

³⁹ CARRATA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 886.

⁴⁰ Così BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 58.

quando un provvedimento sommario, per funzione, miri a sostituirsi alla sentenza che sarebbe derivata dal processo a cognizione piena ed esauriente, di cui riproduce i medesimi effetti, la scelta si rivelerebbe costituzionalmente illegittima ove il relativo processo sommario, per come concretamente strutturato, non sia in grado di assicurare alle parti la possibilità ove lo vogliano di esplicitare nel modo più completo la propria attività difensiva⁴¹.

In conclusione, alla luce delle argomentazioni che precedono, il *proprium* dei provvedimenti sommari non cautelari sarebbe l'efficacia esecutiva ma non necessariamente l'autorità derivante dall'accertamento ai sensi dell'art. 2909 c.c. (*preclusio*), riservata alla sola sentenza⁴².

4. *Il caso del procedimento camerale*

Rispetto a quanto precede, problemi particolari sono posti dal procedimento camerale, cui il legislatore ha attribuito con sempre maggiore larghezza (anche) una funzione decisoria⁴³: il procedimento camerale, in effetti, viene da molti ritenuto incompatibile con il

⁴¹ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 879, con riferimento a Corte cost., 14 dicembre 1989, p. 543; v. anche GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 158, per cui la cognizione sommaria non potrebbe mai da sola assicurare gli effetti preclusivi e conformativi propri del giudicato sostanziale.

⁴² PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 265 ss.; MONTESANO, *op. cit.*, p. 296.

⁴³ V. per esempio, LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 123 ss., per cui occorrerebbe riempire la sostanziale neutralità delle formule adottate in riferimento alla camera di consiglio con il contraddittorio più ricco, l'istruttoria probatoria più articolata, la cognizione più completa possibile: in sostanza, l'a. invoca una ricostruzione in termini non sommari del rito camerale (salvo che la legge non preveda un grado d'appello a cognizione piena): verifica la citazione. In materia, v. anche ALLORIO, *Saggio polemico*, cit., p. 35, il quale scriveva: "ai procedimenti in camera di consiglio non si potrà mai ritenere, in mancanza d'una norma espressa (di cui peraltro non saprei indicare alcun esempio) che questo rito possa sboccare nella cosa giudicata sostanziale, e il relativo provvedimento classificarsi giurisdizionale in senso proprio". Rispetto a tale orientamento più critico nei confronti del rito camerale, CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost.*, cit., p. 1017, sdrammatizza rilevando: "Da molti lustri si aggira nelle stanze degli studiosi lo spettro della sommarizzazione del processo civile. Qualunque strumento può sembrar buono per esorcizzarlo".

modello costituzionale di processo regolato dalle legge e di giudice garante delle regole⁴⁴⁻⁴⁵, in quanto, in mancanza di certe garanzie formali, non si potrebbe, senza contraddizione, “decorare con la stessa prerogativa del giudicato un procedimento a *basso titolo formale*, come è appunto quello in camera di consiglio”⁴⁶.

Emerge, peraltro, in questo ambito, un contrasto tra la valorizzazione della struttura formale del processo come unica garanzia del giusto processo e la consapevolezza che anche modelli procedurali deformalizzati possono svolgere la medesima funzione della cognizione piena, recuperando, sul piano dell’effettività, le garanzie perdute sul piano della predeterminazione *ex lege* delle forme procedurali.

Si afferma, al riguardo, che il quadro di riferimento sia connotato dall’antinomico atteggiamento che il sistema di garanzie recepito dalla Costituzione assume nei confronti della cognizione sommaria, a seconda che sia considerata dal punto di vista della sua struttura o da quello della funzione⁴⁷, ciò che confermerebbe la tesi cui la cognizione sommaria non potrebbe mai aspirare a sostituirsi alla cognizione piena.

Si afferma pure che la cognizione piena non potrebbe essere mai negata a chi la richiede e che l’eventuale trattazione sommaria della causa sarebbe ammissibile solo se espressamente prevista dalla legge. Da questo punto di vista, il legislatore ordinario non sarebbe libero di ricorrere alla cognizione sommaria tutte le volte in cui

⁴⁴ CIVININI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”*. *Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 276; PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, cit., p. 320; COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”*. *Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 262.

⁴⁵ Proprio con riferimento ai provvedimenti camerati, LANFRANCHI: *La roccia non incrinata*, cit., p. 51, per esempio, ritiene inaccettabile concepire che possano esistere procedimenti cognitivi sommari decisori nonostante la loro non trasformabilità in cognizione ordinaria o comunque non sommaria. A sostegno della propria critica, l’a. porta l’esempio del procedimento *ex artt.* 29/30 l. 794 del 1942, che si può trasformare in cognizione ordinaria ai sensi dell’art. 645 c.p.c. Tale supporto normativo è peraltro oggi venuto meno, essendo stato tale procedimento ricondotto al modello sommario dal decreto legislativo n. 150 del 2011 (v. Capitolo quinto).

⁴⁶ ALLORIO, *Saggio polemico*, cit., p. 35.

⁴⁷ GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile*, cit., p. 165.

lo voglia, ma solo se ciò risulti strumentale all'attuazione di altri valori di rilevanza costituzionale. In altre parole, il legislatore non potrebbe fare diventare il procedimento sommario un mezzo atipico e generalizzato per la tutela giurisdizionale dei diritti, preclusivo della possibilità di accedere alla cognizione piena e di ottenere un accertamento idoneo al giudicato⁴⁸.

Ai rilievi che precedono, d'altro canto, si contrappone un'immagine dei procedimenti camerale più attenta ai diritti costituzionale del giusto processo⁴⁹. In quest'ottica, si mette in rilievo che “un processo veloce, concentrato, sottoposto al penetrante potere direttivo del giudice e all'assumibilità officiosa dei mezzi istruttori non contrasta di per sé con la ricchezza di esplicazione del diritto di difesa”⁵⁰. Anche da questo diverso angolo prospettico, d'altro canto, si giunge ad auspicare “che i procedimenti camerale rimangano una netta minoranza rispetto al totale, in modo che vengano evitate sovrapposizioni e ingorghi oggi non controllabili a causa della ancora prevalente struttura artigianale degli studi professionali”⁵¹.

In effetti, il problema non sembra affrontabile in chiave generale e astratta. Come meglio si vedrà nel prosieguo, appare, al riguardo, condivisibile l'opinione di chi ritiene “assurdo” sottrarre “irrazionalmente, alla “copertura” garantistica del “giusto processo” (o del “dovuto processo legale”) tutti quei modelli, in cui le forme, i ritmi e i tempi, le preclusioni, le attività di deduzione, di allegazione e di

⁴⁸ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 167 ss.

⁴⁹ CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, cit., p. 1017 rileva: “Nella grande maggioranza dei casi i procedimenti camerale non sono affatto sommari, nel senso che alla parola viene dato dal legislatore. Non siamo in presenza né di una cognizione superficiale, né di una cognizione parziale. La cognizione è piena, talora pienissima, si potrebbe dire, essendosi molto giustamente osservato come accade che in alcuni di questi procedimenti siano attribuiti al giudice strumenti di indagine più penetranti di quelli concessi al giudice del processo ordinario e come di conseguenza l'attendibilità dei risultati istruttori e, correlativamente, le probabilità di giustizia del provvedimento siano addirittura superiori”.

⁵⁰ CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss., p. 1019.

⁵¹ Per CHIARLONI, *op. cit.*, p. 1020: “Il contenitore camerale rimane in conclusione un contenitore neutro a patto che sia da applicare a una percentuale non eccessiva delle controversie civili, e sempre nel rispetto del contraddittorio, secondo le indicazioni della Corte costituzionale”.

prova, subiscano l'incisiva presenza di un ruolo "forte" del giudice "attivo", dotato di ampi poteri discrezionali di direzione del processo⁵². La questione, dunque, merita qualche ulteriore analisi.

5. *A favore della compatibilità tra (forme di) tutela sommaria decisoria e principi del giusto processo*

Le teorie più formali di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti trovano, in effetti, un contrappunto in chi esprime opinioni (forse ormai maggioritarie e) più aperte nei confronti della cognizione sommaria e del suo ruolo nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti, mettendo, in particolare, in rilievo come il giudicato non presupponga necessariamente forme di accertamento rigide, uniformi per tutte le situazioni giuridiche e dettagliatamente predeterminate⁵³.

In tale ottica, si nega che il combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost. individui la cognizione ordinaria come paradigma dal giusto processo e che, per aversi tutela decisoria, il provvedimento debba essere idoneo ad acquisire l'autorità della cosa giudicata. Si evidenzia anzi, che la tutela processuale diversificata sia di per sé coerente con la Costituzione, evidenziando come proprio la carta fondamentale, all'art. 24 Cost., imponga al legislatore l'obbligo di creare strumenti di tutela processuale idonei a evitare che i tempi troppo lunghi di durata dei giudizi ordinari frustrino in concreto che ragioni che possono essere riconosciute in sentenza⁵⁴.

⁵² COMOGLIO, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, cit., p. 746 ss., per il quale "Non sarebbe, invece, 'giusto' (e quindi si porrebbe in frontale contrasto con i principi espressi dall'art. 111) quel 'processo' che prescindere dal grado di precisione e di analiticità della sua regolamentazione per legge o dal variabile spazio attribuito e concesso all'iniziativa discrezionale del giudice nella sua direzione – non permettesse di vedere compiutamente realizzate, entro i confini della propria disciplina normativa, quelle garanzie minime essenziali, di per sé necessarie e sufficienti, che sono scolpite nel nuovo 2° comma dell'art. 111 (contraddittorio, parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice)".

⁵³ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 16 e 333 ss.

⁵⁴ ARIETA, *Le tutele sommarie*, cit., p. 2; su questo profilo anche CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, p. 20.

Rispetto al principio di legalità sancito dal nuovo comma 1° dell'art. 111 Cost., in particolare, alcuni, pur valorizzandone l'affermazione, ritengono che tale norma stabilisca una riserva di legge solo relativa (che lascia, quindi, alla legge margini di discrezionalità per lasciare agli organi deputati alla sua applicazione). In una prima accezione, dunque, il processo non può essere disciplinato da altre fonti normative, come per esempio regolamenti o da atti di normazione secondaria⁵⁵. Per alcuni, in ogni caso, l'esistenza di una riserva di legge riguarderebbe i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati a emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo, ma non “i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, posto che nel nostro sistema il giudice non è fonte formale di regole generali e astratte, ma è l'organo chiamato a concretizzarle”⁵⁶.

⁵⁵ PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 67; CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, cit., p. 1016; VIGNERA, *Riserva di legge ex art. 111*, cit., p. 551 ss., per il quale, p. 558, si tratta di riserva relativa: la legge può, dunque, demandare ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia che essa legge ha operato. Per COMOGLIO, *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*, cit., p. 742 ss., d'altronde, la riserva in esame sarebbe “relativa” in senso meno generico e più incisivo, che impone come inderogabile la regolamentazione per legge delle sole “componenti” o “condizioni” essenziali (e inalienabili o irrinunciabili) del “giusto processo”, delineate nel nuovo art. 111, 2° comma, così che il “processo” non possa dirsi “giusto”, se non in quanto la “legge”, da cui è comunque “regolato”, rispetti *ab intrinseco* le “condizioni” del contraddittorio, della parità delle parti, della terzietà e dell'imparzialità del giudice e della ragionevole durata: per l'a. p. 744: “Tali condizioni o componenti identificano, infatti, le garanzie minime, necessarie e sufficienti perché il ‘processo’ che le rispetti o le attui possa definirsi, appunto, ‘giusto’, ‘equo’ e ‘dovuto’, in armonia con una nozione moderna e composita di legalità processuale”. Per FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 795 ss., p. 820, nella materia processuale esiste una riserva di legge che il legislatore può esercitare anche affidando al g poteri discrezionali circa l'organizzazione delle cadenze processuali e il metodo istruttorio.

⁵⁶ CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, cit., p. 1016; l'a., p. 1017, osserva “che siano possibili clausole generali nel diritto sostanziale (in linea di principio sottoposto alla riserva di legge) e non invece nel diritto processuale, pare a me tesi assai difficile da sostenere”. V. pure PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, cit., p. 67. In questa prospettiva più “elastica”, rispetto ai canoni del giusto processo regolato dalla legge, porrebbero problemi, quindi, solo quei modelli procedurali (*in primis*, quello camerale), in cui, di fatto, i margini di discrezionalità lasciati all'organo giudicante sono sconfinati: VIGNERA, *Saggio polemico*, cit., p. 11 ss.; ID., *Riserva di legge ex art. 111*, cit., p. 551 ss., per il quale la riserva

Altri⁵⁷ ritengono che con l'espressione "regolato per legge" si sia voluta affermare l'autonomia del legislatore rispetto agli interventi della Corte costituzionale, rilevando che il legislatore debba avere la possibilità di disegnare regole del procedere senza l'incubo della censura di illegittimità, respingendo dunque l'idea che tale espressione implichi la necessità di una rigida predeterminazione normativa delle forme, delle fasi e delle scansioni cronologiche delle attività processuali.

Rispetto a quello che si può definire il "primato delle forme predeterminate per legge", appaiono condivisibili le opinioni di chi sostiene che si dovrebbe debellare l'equivoco per cui processo ordinario e sommario differiscano fra loro realmente nell'intimo, magari stante l'"alto tasso formale" proprio solo del primo⁵⁸, sul rilievo che, nella prassi, sovente il giudicante si impegna mentalmente di più nell'ambito dell'istruttoria cautelare rispetto a quella ordinaria⁵⁹. Coglie pure nel segno, a mio avviso, chi considera una "mera petizione di principio" affermare che solo quando il processo sia minuziosamente disciplinato dal legislatore sia possibile l'accertamento della verità, mentre ove sia ampia la discrezionalità del giudice si potrebbe avere un mero giudizio di probabilità o verosimiglianza: per tale dottrina, invece, la semplificazione del rito, sul piano delle prove, non implica l'impossibilità di un accertamento completo dei

di legge è comunque violata dal rito camerale uniforme, nel quale si lascia al giudice una discrezionalità sconfinata. L'a., p. 558, rinforza tale conclusione rilevando come non sia rinvenibile negli artt. 737 ss. neppure una disciplina di principio che regoli gli aspetti essenziali della materia, in modo da circoscrivere la discrezionalità del giudice nell'esercizio dei suoi poteri. A p. 564, l'a. critica l'uso del rito camerale per la tutela dei diritti e prospetta la sua incostituzionalità.

⁵⁷ TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, cit., p. 40.

⁵⁸ CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 743.

⁵⁹ CONSOLO, *Una buona "novella"*, cit., p. 743, afferma che contrapporre costantemente e tout court cognizione piena (nelle forme ordinarie) a cognizione sommaria (in quelle camerale) "significherebbe, dunque, ancora oggi peccare di quel vissuto pratico che orna il processualista rispetto al legnoso procedurista: egli vede bene come l'intensità di approfondimento non è affatto aprioristicamente differente né deteriore nelle azioni sommarie, al di là delle parole e della enfasi sui riti differenziati"; l'a. mette in evidenza che, nella prassi, la differenza tra cognizione sommaria e piena tende a sfumare e sostiene che il problema sia distinguere i casi adatti alla decisione camerale sull'arco di pochi mesi....

fatti⁶⁰. D'altro canto, come è stato giustamente evidenziato, nel tempo, i modelli sommari sono stati avvicinati alle forme proprie dei giudizi "a elevato titolo formale", così che oggi non si possa più sostenere che sommarietà significhi necessariamente pregiudizio, dal momento che i processi sommari garantiscono le medesime garanzie di quelli a cognizione piena⁶¹.

Questi orientamenti meno improntati al rigore formale e più rivolti al principio di effettività appaiono senz'altro da condividere, pur tenendo nella dovuta considerazione i rilievi degli interpreti che danno una lettura più rigida del principio di legalità. È, in effetti, necessario "trovare un equilibrio" tra tali posizioni, sul rilievo che, tra le garanzie processuali sancite dall'art. 111 Cost., oltre alla riserva di legge in materia processuale, vi è anche il principio, ormai assunto a stella polare dell'ordinamento, della ragionevole durata del processo⁶².

Chi attribuisce sommo valore al principio di legalità, in effetti, sembra fare prevalere gli aspetti formali rispetto a quelli sostanziali del giudizio, invocando, come esempio di conformità ai principi costituzionali, un modello procedimentale che, nell'applicazione pratica, è sovente causa di ritardi e disfunzioni che nulla hanno a che vedere con la tutela dei diritti e che spesso appare strutturalmente inadeguato a fornire una esaustiva ricostruzione fattuale della fattispecie⁶³.

⁶⁰ BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 723.

⁶¹ TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, cit., p. 229.

⁶² BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 93, per cui si può affermare che "è possibile allentare, si badi non la serietà e l'esattività dell'accertamento, ma solo le forme predefinite dalla legge quando sono in gioco cause più semplici", nel prisma di "un'esigenza di proporzionalità dei mezzi allo scopo". In questo contesto appare meritevole di condivisione l'autorevole rilievo di CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, cit., p. 6, per cui, "senza nascondere il fascino sprigionato dai valori che la concezione più formalista mira a realizzare, non si può misconoscere che essa guarda verso un passato carico di onore e di prestigio, più che verso la linea evolutiva europea".

⁶³ Condivisibile, al riguardo, il rilievo di BESSO, *Il nuovo rito*, cit., p. 723, per cui molte delle formalità sui mezzi di prova (per esempio, la testimonianza), lungi dal contribuire all'accertamento della verità, costituiscono un ostacolo in tal senso.

Quello che dovrebbe rilevare, quindi, non è tanto la pedissequa osservanza di forme predeterminate e l'applicazione di poteri dal contenuto prestabilito, quanto la conduzione del processo e la pronuncia della decisione in conformità ai principi costituzionali che sono ormai indissolubilmente infusi nell'anima del processo, qualsiasi ne sia la struttura formale.

In effetti, l'esperienza della prassi dimostra che, nei procedimenti caratterizzati da una maggiore discrezionalità procedurale del giudice, possa essere valorizzata quella flessibilità che consente di adattare il contesto formale alle caratteristiche del caso concreto e, soprattutto, ridurre le tempistiche del processo⁶⁴. In quest'ottica, la cognizione sommaria ha una sua propria e imprescindibile legittimazione costituzionale, potendosi mettere in dubbio che, qualora la cognizione sia rimessa alla discrezione del giudice e manchi una disciplina processuale analitica, la cognizione stessa per definizione non possa essere "piena"⁶⁵. Allo stesso modo, si arriva a revocare in dubbio che la riserva di legge in materia processuale sancita dall'art. 111, comma 2° Cost. implichi la necessità di predeterminazione per legge della forma processuale⁶⁶. Si parla, al riguardo, di cognizione piena nei contenuti anche se non tassativa nelle forme⁶⁷, affermando che anche da procedimenti non interamente disciplinati dalla legge

⁶⁴ Al riguardo, GRAZIOSI, *La cognizione sommaria*, cit., p. 159 ss., il quale, peraltro, osserva, p. 162, che, sul piano costituzionale, la riduzione della durata dei processi nel loro insieme la si ottiene attraverso norme tese a ottimizzare l'impiego delle risorse disponibili, ovvero, più in concreto, volte a evitare inutili sprechi di attività processuale.

⁶⁵ PORRECA, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ Seguendo questa linea di ragionamento, PORRECA, *op. cit.*, p. 30 ss., arriva a "salvare" il modello camerale sul piano della compatibilità costituzionale, affermando che l'onere della prova e la sua ripartizione non incidono sulla natura sommaria o piena della cognizione ed evidenziando come la camera di consiglio sia stata utilizzata per attuare la flessibilità e la speditezza della forma, senza inibire la pienezza dell'accertamento; l'a. ritiene che anche laddove, in seno al procedimento camerale, il giudice possa esercitare poteri inquisitori, essi siano compatibili con un accertamento pieno e, a p. 32, dichiara di non vedere perché, concettualmente, la semplificazione delle forme impedisca di per sé un giudizio esauriente su quanto acquisito in ciascun procedimento.

⁶⁷ PORRECA, *op. cit.*, p. 33; per una critica alla posizione (definita minoritaria) favorevole alla cameralsommarizzazione del giudizio sui diritti, v. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 350 ss.

(e dunque sommari) possa derivare, appunto, una cognizione piena e l'idoneità alla cosa giudicata⁶⁸.

6. *Sulla compatibilità costituzionale dell'istruttoria sommaria semplificata*

Dopo queste premesse, avendo concluso che anche un procedimento sommario possa aspirare a soddisfare i canoni del giusto processo nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti, si deve passare a un'analisi più specifica, in questo contesto, dell'istruttoria sommaria in quanto semplificata⁶⁹.

I dubbi di incostituzionalità di un modello sommario decisorio semplificato, in effetti, si pongono se si ritiene condivisibile l'orientamento interpretativo alla cui stregua l'art. 111, comma 1° Cost. prefigurerebbe una riserva assoluta di legge in ambito processuale, così che non sarebbe compatibile con la nozione costituzionale di giusto processo un rito con funzione di tutela dei diritti lasciato alla regolamentazione discrezionale da parte del giudice e rispetto al quale non sia previsto almeno un grado di cognizione piena ed esauriente in quanto analiticamente disciplinata nei suoi snodi dalla legge⁷⁰. Come si è visto, infatti, alcuni affermano che il modello legale caratterizzato dalla rigida predeterminazione delle forme del

⁶⁸ PORRECA, *op. cit.*, p. 27, che fa l'esempio del procedimento per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 15 l. fall., deformalizzato ma espressivo di una cognizione piena; v. anche FABIANI, *Onere della prova e struttura del processo per fallimento*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2578 ss. che parlando del processo per dichiarazione di fallimento osserva che esso può definirsi sommario solo se a questo termine si associa quello di cognizione non formalizzata secondo il modello della cognizione piena: la qualità della cognizione non sarebbe, infatti, inficiata dalle esigenze di celerità del giudizio; al riguardo, l'a. parla di "cognizione funzionale" o "finalisticamente orientata".

⁶⁹ V. in materia anche TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 114, per la quale nessun attentato alla Costituzione sarebbe consumato alla condizione che nelle dinamiche del procedimento sommario funzionario da fare i principi del giusto processo, alla luce di Corte cost. n. 42 del 2014.

⁷⁰ V. per esempio TRISORIO LIUZZI, *Il diritto di difesa*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 112 ss., a p. 112.

procedimento sarebbe l'unico compatibile con la necessità di risolvere il problema delle garanzie nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti⁷¹. In tale ottica, invece, un'istruttoria sommaria in quanto deformatizzata non fornirebbe garanzia del diritto di difesa delle parti⁷².

In effetti, la peculiarità del rito sommario analizzato in queste pagine, rispetto ad altri procedimenti qualificabili come "sommari decisori", è che il provvedimento finale è espressamente qualificato come idoneo a passare in giudicato pur senza che, in primo grado, si sia svolto un giudizio "a cognizione ordinaria" (e che l'ordinamento non ne preveda neanche l'eventualità, come nel caso dell'opposizione a decreto ingiuntivo). Ciò è stato oggetto di critiche dottrinarie, sul rilievo che la deformatizzazione del rito si ripercuoterebbe in modo quasi inevitabile sulla completezza degli accertamenti finali, dal momento che la riduzione delle garanzie sui termini e sulle modalità di assunzione non potrebbe non riverberarsi in maniera negativa sull'approfondimento della ricostruzione dei fatti. In tale ottica, la deformatizzazione dell'istruzione avrebbe come conseguenza che la ricostruzione dei fatti non avverrebbe negli stessi modi e con le stesse garanzie che connotano la cognizione ordinaria. Poiché la

⁷¹ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 361 ss.; per FRADEANI, *Sull'incompatibilità tra il nuovo procedimento sommario di cognizione e le controversie in materia di locazione e comodato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 398, il procedimento andrebbe qualificato sommario in quanto a cognizione sommaria, in ragione del fatto che il legislatore assegna al giudice il potere di formare il proprio convincimento con assoluta discrezionalità; v. anche PROTO PISANI, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, cit., p. 144, per cui giusto processo regolato dalla legge "significa che i poteri delle parti e del giudice devono essere predeterminati dalla legge (come interpretata). Per DE OLIVEIRA, A., *Il formalismo nel processo civile (proposta di un formalismo-valutativo)*, Milano, 2013, p. 17, il formalismo processuale agisce come garanzia di libertà contro l'arbitrio degli organi che esercitano il potere dello Stato. A p. 198, afferma che la forma serve anche a contenere l'arbitrio giudiziario e a offrire sicurezza alle parti, agendo internamente come elemento ordinatore del processo. Per l'a., non meritano accoglimento né il sistema dell'assoluta libertà della forma per la parte né quello dell'illimitata sovranità del giudice, dovendosi preferire il sistema della legalità della forma, con i possibili temperamenti.

⁷² Per SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 604, le formalità rigorose del procedimento ordinario gli consentono di essere garantista, offrendo sicurezza di imparzialità e giustizia sostanziale. I processi sommari, privi di questi rigori, rischierebbero talvolta di violare alcune garanzie che sembrano insopprimibili.

cognizione sommaria avviene per vie brevi, non vi sarebbe alcuna certezza che le parti siano state poste in grado di articolare in maniera esauriente l'apparato difensivo e probatorio. Problematiche, da questo punto di vista, sono considerate anche le modalità di acquisizione e di assunzione delle prove che, avvenendo mediante procedimenti deformalizzati, presenterebbero sicuri caratteri di atipicità: la pronuncia del giudice, dunque, verrebbe a fondarsi su istruttorie e valutazioni che non presentano i caratteri di completezza e non sarebbero assistite dalle garanzie formali della cognizione ordinaria. In ultima analisi, la cognizione dovrebbe essere considerata sommaria in senso proprio, essendo i suoi risultati meno attendibili di quelli raggiunti tramite procedure totalmente predeterminate dalla legge⁷³. Alcuni giungono ad affermare che la discrezionalità del giudice non sarebbe uno strumento per una duttile gestione delle liti, ma il germe di deprecabili involuzioni autoritarie⁷⁴.

⁷³ MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1109 ss., nota 11, osserva che il giudice, ritenuto sufficiente il materiale probatorio acquisito, potrebbe riservare immediatamente la causa alla decisione senza concedere alcun spazio alle parti per l'integrazione delle richieste istruttorie. V. anche VIDIRI, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra "provvedimenti presidenziali" e osservatori sulla giustizia civile*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1382, secondo il quale l'assenza di una esplicitazione delle regole dirette a orientare la scelta di una prova semplificata, potrebbe con maggiore frequenza portare a uno scarto tra verità accertata e verità materiale, con ricadute non tollerabili in presenza di interessi meritevoli per la loro rilevanza di un giusto riconoscimento e di una piena tutela.

⁷⁴ V. per esempio MONTELEONE, *A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e "neoliberisti"*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 273, a p. 277, che parla a questo riguardo di deriva processuale di tipo autoritario. Per una critica, TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 182. Per DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 218, peraltro, l'informalismo tende ad ampliare i poteri dell'organo giurisdizionale, lasciandolo libero da catene per agire secondo il suo intendimento. A p. 223, l'a. evidenzia che l'eccesso di poteri all'organi giurisdizionale potrebbe sfociare in un processo sostanzialmente privo di forme, condotto secondo la libera discrezionalità del giudice, con probabile pregiudizio all'eguaglianza sostanziale delle parti e violazione del diritto fondamentale alla sicurezza, per non parlare dell'eventuale disprezzo per il nesso tra il diritto sostanziale e il processuale. L'a., p. 307, conclude affermando che non sarebbe opportuno il conferimento di un'ampia libertà all'organo giudicante. V. anche PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragio-*

Rispetto alla sua formulazione originale, il rito sommario usciva indenne dalla impietosa analisi di parte della dottrina proprio perché l'art. 702-*quater* c.p.c., originariamente, configurava un appello sostanzialmente assoggettato alle regole ordinarie e aperto ai *nova* istruttori. Come si è visto (Capitolo quindicesimo), infatti, la norma, nel suo testo iniziale, prevedeva l'ammissibilità in appello di ogni nuova prova rilevante: molti, dunque, giungevano a concludere che tale "apertura istruttoria" rappresentasse la "clausola di salvataggio" del rito sul piano costituzionale, sotto forma di "recupero" in appello delle forme (e dunque delle garanzie) perdute in primo grado a causa della semplificazione formale lasciata alla direzione discrezionale del giudice⁷⁵. In quest'ottica, il procedimento veniva configurato come bifasico: la prima fase sarebbe stata necessaria (a cognizione sommaria) e l'altra eventuale (a cognizione piena), in appello.

Tale ricostruzione del rito sommario, come si è già visto, è entrata in crisi dopo la riforma del 2012 che ha parzialmente chiuso le porte dell'istruttoria nell'appello "sommario", passando dalle prove nuove "rilevanti" a quelle "indispensabili" (v. Capitolo quindicesimo), pur con il rilievo che il regime delle nuove prove in appello, in questo contesto, resti ancora più liberale di quello disciplinato dalla nuova versione dell'art. 345 c.p.c.

nevole, cit., p. 69, per cui si deve sgomberare il terreno dal tema secondo cui l'attribuzione di poteri discrezionali al giudice sarebbe strettamente collegata a una concezione autoritaria e totalitaria dello stato. VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, vol. II, tomo 1, Milano, p. 773 ss., si esprime contro l'attribuzione di poteri discrezionali al giudice (p. 837 ss.), sul rilievo che il diritto processuale cesserebbe di avere una funzione e persino un'entità. V. a p. 843 contro l'*arbitrium iudicis*.

⁷⁵ CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 727, con la conseguenza che il convenuto perderebbe un grado di giudizio a cognizione piena. Per OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 732, l'istruzione nel rito sommario è completamente rimessa al potere discrezionale del giudice, con il correttivo delle prove nuove in appello. V. anche MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1108 ss. Impietosamente, PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 221, a c. 223, sul rilievo che il sommario sia rito a cognizione sommaria eventuale in primo grado e cognizione piena in appello, lo definisce un piccolo aborto probabilmente così disciplinato allo scopo di salvarne la legittimità costituzionale.

Nel corso di questo scritto, a più riprese, si è ritenuto di prendere le distanze da questa pur autorevole tesi. A ben vedere, anche gli interpreti che l'hanno enucleata e sostenuta sono consapevoli del fatto che la cognizione piena ed esauriente in quanto analiticamente dettagliata nei suoi snodi e nelle sue tempistiche non sia, di per sé e solo per questo, idonea a fornire un livello di accertamento qualitativamente superiore e dunque di fare pervenire a un risultato più corretto e giusto⁷⁶. La prospettiva è, piuttosto, quella delle garanzie formali, sul rilievo che solo una disciplina preventivamente disciplinata *ex lege* offrirebbe certezza⁷⁷ e prevedibilità⁷⁸ alle parti del processo⁷⁹.

Vi è senz'altro qualcosa di vero nel rilievo che la previa conoscenza delle regole del gioco costituisca un importante fattore per far sì che la partita si svolga in condizioni di equità e imparzialità, consentendo alle parti di esercitare in modo pieno il proprio diritto di difesa. Ma da qui ad affermare che sia incostituzionale un modello decisorio in cui venga lasciato al giudice un margine di discrezionalità nella determinazione dell'*iter* processuale il passo mi pare lungo.

La predeterminazione normativa delle regole è una tutela formale che, come si è visto, espone il fianco a critiche e presenta comunque dei limiti intrinseci.

In primo luogo, nell'esperienza concreta, nulla garantisce che le regole del gioco siano effettivamente rispettate dall'arbitro del pro-

⁷⁶ Come osserva CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria*, cit., p. 1118, in realtà non si è formato un consenso sull'individuazione degli elementi che rendono logicamente migliore la cognizione piena rispetto a quella sommaria, né vi sarebbe nemmeno accordo se cognizione piena significhi conoscenza logicamente migliore di quella sommaria. L'a. evidenzia come si discuta pure se la cognizione differisca qualitativamente tra i vari procedimenti sommari.

⁷⁷ Sulla perdita di certezza del *modus procedendi* nei procedimenti in cui il giudice lascia discrezione al giudice, v. FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, cit., p. 820.

⁷⁸ Sulla rilevanza della prevedibilità nel contesto del c.d. formalismo processuale, DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 16, che osserva che il formalismo processuale contenga pertanto l'idea stessa del processo come organizzazione del disordine.

⁷⁹ FRADEANI, *op. cit.*, p. 398, per il quale, spostando l'attenzione sulla qualità della cognizione si introduce una variabile soggettiva che rende impossibile un razionale, efficace, controllo a posteriori circa la reale natura del procedimento. A p. 399, l'a. definisce il procedimento sommario un surrogato del giusto processo.

cesso, ovvero il giudice. A tale argomento, si può rispondere che la predeterminazione legale delle regole procedimentale consenta alla parte di sottoporre la decisione resa in violazione di tali regole a riesame in sede di impugnazione, compresa quella di legittimità per violazione delle norme processuali: tale argomento, peraltro, non risolve la questione. In effetti, come la giurisprudenza di legittimità da tempo conferma, l'errore nell'applicazione della norma processuale può non essere sufficiente a portare alla riforma della sentenza impugnata se da tale errore non sia risultato compresso e violato, in concreto, il diritto di azione o di difesa. In altre parole, il vizio procedurale deve avere conseguenze sulla soluzione della causa nel merito poiché, ove questo non sia avvenuto, tale vizio, di norma, perde di autonoma rilevanza. Lo *standard* valutativo in sede di impugnazione, dunque, va oltre il rispetto testuale della norma e va a toccare la sostanza dell'effettivo esercizio dei diritti inviolabili che derivano dalla nozione costituzionale di giusto processo. In altre parole, anche rispetto alla cognizione ordinaria, analiticamente disciplinata per legge, ciò a cui la parte ha diritto, in sede di impugnazione, è la salvaguardia delle sue prerogative difensive fondamentali e non l'applicazione rigorosa della norma sul rito.

Non basta, inoltre, che una normativa sia predeterminata *ex lege* per soddisfare i requisiti costituzionali del giusto processo (come dimostrano la frequenza di pronunce abrogative o interpretative di norme processuali da parte della Corte costituzionale e l'enorme diffusione delle letture costituzionalmente orientate di tali norme per renderle compatibili con i principi fondamentali del nostro ordinamento). È banale osservare che qualsiasi disciplina positiva del processo, come è ovvio, debba essere coerente e conforme agli *standard* garantistici che si desumono dal principio del giusto processo. Da questo punto di vista, una disciplina analitica del processo non è ontologicamente più garantista di una più affidata alla "discrezionalità" del giudice.

D'altro canto, le norme tendono a cambiare nel tempo, dimostrando che non esiste un unico modello processuale conforme ai dettati del giusto processo; la storia del processo, peraltro, documenta come, nelle epoche, modelli di cognizione ordinari siano stati sostituiti da modelli che, in precedenza, erano qualificati come

sommari⁸⁰. L'esperienza concreta dimostra, altresì, che il processo ordinario, a cognizione piena ed esauriente, sia uno strumento che, anche proprio per la sua complessità e rigidità, sia strutturalmente inidoneo a fornire una giustizia efficiente ed efficace in tempi ragionevoli, così ponendosi esso stesso in contrasto con uno dei principi costituzionali del giusto processo (la ragionevole durata), probabilmente oggi quello alla cui effettiva valorizzazione il legislatore è più interessato, anche sulle pressioni internazionali⁸¹.

L'esperienza applicativa, inoltre, induce a ritenere che il processo a cognizione piena ed esauriente, proprio per la sua complessità e per il suo rigore formale, si presti a diventare strumento di ingiustizia, sotto forma di abuso delle norme processuali⁸², di errori processuali che non trovino rimedio, di interpretazioni discordanti che portano a risultati opposti in base al foro di appartenenza del giudice⁸³, di utilizzo eccessivo (a livello normativo e giurispruden-

⁸⁰ Di questo aspetto, la dottrina che valorizza la cognizione piena è ben consapevole e, coerentemente, non cerca di cogliere la distinzione tra cognizione piena e formale "alla stregua di criteri di logica formale", osservando "il continuo divenire ordinario di ciò che prima era sommario sta a indicare la estrema labilità della distinzione tra le due cognizioni": PROTO PISANI, *Usi e abusi*, cit., p. 411. V. anche CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, cit., p. 5, che aggiunge che, per descrivere in modo attendibile in che cosa consistano le differenze tra processi a cognizione piena e processi sommari, occorre abbandonare l'idea di cogliere l'essenza della cognizione piena in una diversità logica dell'attività di conoscenza, per fare leva, piuttosto, sulle diversità strutturali dei processi e/o sulla loro differenze funzionali; MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 917, a p. 922, a sua volta ritiene che i confini tra cognizione piena e sommaria ben difficilmente possono essere espressi o ridotti a equazioni o teoremi di logica formale.

⁸¹ È significativo, a questo riguardo, che l'istruttoria sommaria sia stata individuata dal legislatore italiano del 2015 (in sede di riforma della c.d. Legge Pinto a opera della legge n. 208 del 2015, legge di stabilità 2016) come uno dei meccanismi acceleratori idonei a scongiurare l'irragionevole durata del processo, la cui richiesta, in via preventiva, è anzi oggi considerata uno dei presupposti per accedere al risarcimento ai sensi della legge n. 89 del 2001.

⁸² Come dimostra la recente riforma del processo inglese, la complessità del processo agevola deprecabili tattiche aggressive delle parti: v. CRANSTON, *"The rational study of law": social research and access to justice*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995, p. 31, a p. 50.

⁸³ Nella cognizione ordinaria, per COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in

ziale) delle sanzioni della inammissibilità e dell'improcedibilità, di macchinosità delle regole in materia di prova (che, per esempio, portano a frequentissime decisioni di inammissibilità di istanze istruttorie per irregolarità formali, più o meno sussistenti) che frustano esigenze sostanziali di giustizia e la stessa possibilità per il processo di fungere da strumento di accertamento di una realtà sufficientemente concreta. La garanzia offerta dal processo analiticamente regolamentato, dunque, sovente ha natura statica e astratta ma non trova riscontro in termini dinamici e concreti⁸⁴.

Con questo, non vi vuole affermare che, poiché la cognizione "dettagliata" può risultare imperfetta nell'utilizzo pratico, tanto vale ricorrere a forme di cognizione semplificata, sminuendo il tema delle garanzie processuali. Ciò che, piuttosto, si vuole negare è l'intrinseca superiorità della cognizione "dettagliata", non esistendo concreti argomenti per sostenere che solo tale modalità di svolgimento del giudizio possa essere compatibile con i canoni costituzionali del giusto processo. Il problema, piuttosto, è riuscire a conciliare sommarietà e tutela delle garanzie fondamentali, ciò che non può essere considerato a priori un ossimoro. In altre parole, quello qui proposto non è un approccio nichilistico o "asistematico", quanto piuttosto

Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, p. 110, la prassi dei singoli uffici e magistrati sovente porta a un notevole scollamento tra l'aspetto teorico e quello pratico, con un adattamento delle regole generali e astratte alle esigenze contingenti; per l'a., l'idea secondo la quale la definizione delle controversie civili non proceda arbitrariamente ma in conformità di regole predeterminate di generale applicazione si rivelerebbe sovente un'illusione. A p. 111, si ritiene "dato di comune esperienza" che il processo civile funzioni in modo diverso in ciascun ufficio giudiziario e talvolta anche innanzi ai diversi giudici dello stesso ufficio, cosicché il dibattito sulla norma generale e astratta rischia di rimanere meramente teorico, con scarse possibilità di effettiva incidenza sulla prassi applicativa.

⁸⁴ Per un'analisi in termini di contrapposizione tra garanzie formali e modelli astratti di tutela (predisposizione di più procedimenti a cognizione piena ed esauriente, taluni dei quali modellati sulla particolarità delle singole situazioni sostanziali controverse e predisposizione di forme tipiche di cognizione sommaria, razionalizzando il sistema a prescindere dalla definizione delle caratteristiche e delle possibili evoluzioni del nostro stato e della nostra società) e garanzia sostanziale, DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 454, a p. 462, per il quale il contrasto tra le due teorie ha la sua radice nella differente valutazione della funzione promozionale della tutela giurisdizionale che si è soliti ricondurre all'art. 3, comma 2° Cost.

sto relativistico e concentrato sull'analisi del caso concreto più che della definizione astratta.

D'altro canto, la concezione più attenta al dettaglio formale non chiarisce, se non limitandosi a enunciazioni di massima, sino a che punto si debba spingere il legislatore nel dettagliare una disciplina processuale. In effetti, prevedere e regolamentare in via generale e astratta ogni situazione ipotizzabile è impossibile e non si può pretendere di irreggimentare in una norma ogni istante della vita di un processo. La realtà è che il codice di rito è pieno di "zone grigie", ovvero di situazioni che si possono verificare (come in effetti si verificano) e che sono senza disciplina espressa, poiché neppure la fantasia più fervida può prevedere tutte le variabili che possono prendere corpo nella realtà (davvero ci sono "più cose in cielo e in terra, Orazio, di quante ne sogni la tua filosofia"). Ma anche a prescindere dagli eventi a volte surreali che possono verificarsi nel dipanarsi di un processo, qualsiasi disciplina procedurale deve inevitabilmente fare ricorso a clausole generali (i fondati motivi, la causa non imputabile, il pregiudizio irreparabile, l'istruttoria non complessa e così via), così come, per l'interprete, è ineliminabile il ricorso all'interpretazione (*a contrario*, *a fortiori*, analogica, costituzionalmente orientata e quant'altro) e, per il legislatore, inconcepibile pretendere di "legare le mani" al giudice, negandogli qualsiasi spazio per valutazioni discrezionali o per il bilanciamento di interessi contrapposti⁸⁵.

Ma se tutto questo è vero, qual può essere mai la soglia di dettaglio sotto la quale una normativa processuale presta il fianco ad accuse di incompatibilità con i principi costituzionali del giusto processo?

Quanto precede conferma che la nozione di "giusto processo regolato per legge" non possa essere letta nel senso di imporre una riserva di legge assoluta o che comunque limiti al massimo i poteri discrezionali del giudice nella regolamentazione del rito⁸⁶. D'altro

⁸⁵ Come osserva MARCUS, *Confessions of a Federal "bureaucrat": the possibilities of perfecting procedural reform*, in 35 *W. St. Univ. law rev.*, 2007, p. 103, a p. 118, "limiting discretion is not easy on a variety of topics that matter".

⁸⁶ Significativi i rilievi di CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria*, cit., p. 1120, per cui la concezione per la quale la Costituzione imponga la predeterminazione legale del processo, per sottrarre la titolarità e l'esercizio dei poteri delle parti alla soggezione del potere discrezionale del giudice

canto, come già si è visto, la stessa Corte costituzionale esclude che l'art. 111 Cost. imponga un unico modello processuale di giustizia⁸⁷, avendo anzi riconosciuto la discrezionale potestà del legislatore di modulare difformemente l'esercizio dei processi e dei poteri giurisdizionali⁸⁸. Il processo a cognizione piena, in quanto analiticamente disciplinata, dunque, non costituisce l'unico modello di tutela giurisdizionale compatibile con le garanzie del giusto processo.

La sfida, a questo punto, è trovare un punto di equilibrio tra quello che è stato definito il "formalismo delle garanzie"⁸⁹ e un certo pragmatismo "spregiudicato" dello stesso legislatore⁹⁰ e che a tratti emerge nella prassi giurisprudenziale⁹¹.

guarda verso un passato carico di onore e prestigio più che verso la linea evolutiva europea ove si afferma l'idea di accelerare la tutela giurisdizionale attraverso un processo a cognizione piena elastico che affida lo svolgimento preferibile nel caso concreto alle determinazioni discrezionali del giudice.

⁸⁷ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1538 afferma che la Costituzione non impone un modello vincolante di processo e che non può ritenersi coperto da garanzia costituzionale, quale modello tendenzialmente vincolante per il legislatore, il processo ordinario di cognizione, i cui singoli istituti dovrebbero essere rinvenibili anche nei procedimenti di cognizione diversamente articolati dalla legge (principi già precedentemente affermati); COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 588; MARTINO, *Conversione del rito ordinario*, cit., p. 920 ss., per una critica alla tesi per cui il processo ordinario di cognizione rappresenterebbe il paradigma della tutela cognizione piena.

⁸⁸ Corte cost. 11 giugno 2008, n. 221, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2087, statuisce che il legislatore nel regolare il funzionamento del processo dispone della più ampia discrezione sicché le scelte concretamente compiute sono sindacabili soltanto ove manifestamente irragionevoli.

⁸⁹ Di cui, per esempio, parla CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, cit., p. 1012; Id., *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 819, p. 826.

⁹⁰ Al riguardo, v. VOLPINO, *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 67, a p. 93, sulla tendenza del legislatore a "ridimensionare il valore dell'accertamento vincolante contenuto nel dictum giudiziale". In quest'ottica, l'accertamento vincolante è considerato una "tralaticia garanzia", al cui perseguimento, con modelli processuali a cognizione piena, sarebbero da imputare buona parte dei mali che affliggono il nostro sistema di tutela dei diritti. L'a., a p. 95, critica a questo atteggiamento, che denota l'inveterata incapacità dello Stato di offrire ai consociati un processo con cui ottenere tutti gli effetti giuridici della decisione giudiziale.

⁹¹ Per una critica, COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali*, cit., p. 85, per il quale non appare ammissibile al cospetto della inefficienza dei

7. Istruzione sommaria e giusto processo

L'approccio qui proposto appare condiviso da chi tende a ridurre l'importanza simbolica delle forme predeterminate della cognizione ordinaria per privilegiare l'aspetto qualitativo dell'approfondimento della cognizione compiuta dal giudice nel caso⁹².

In effetti, come si osserva, sovente l'accertamento istruttorio è più approfondito ed esaustivo nella cognizione teoricamente "superficiale" che ha luogo in sede cautelare rispetto a quella del rito ordinario, caratterizzata da una enorme dilatazione dei tempi processuali, da rigidità formali che ostacolano il pieno accertamento della verità, dal mutamento del giudice cui la causa è assegnata nel corso del tempo⁹³.

In quest'ottica, piuttosto che giudicare in astratto la legittimità costituzionale delle forme di tutela differenziata, si preferisce valutare in concreto la ragionevolezza, rispetto alla conformità ai principi fondamentali, delle norme alla loro rispondenza al fine ultimo della giurisdizione civile, consistente nella tutela effettiva e dei diritti meritevoli di protezione⁹⁴.

D'altra parte, come si mette in rilievo, la garanzia del diritto di azione non significa né imporre che l'azione stessa vada esercitata

processi ordinari, una sommarizzazione della tutela giurisdizione che implichi una enfasi del giudizio purchessia, rinunciando alle garanzie del processo. Ma ciò non esclude anzi impone che, al cospetto delle risorse scarse della giustizia, sia ragionevole e doveroso il tentativo di offrire strumenti più rapidi e più semplici di definizione delle controversie.

⁹² PORRECA, *op. cit.*, p. 252, per cui la nuova normativa scardina le certezze, magari piuttosto dogmatiche, sulle quali una parte della dottrina ha insistito, complessivamente per più di un secolo. A p. 253, l'a. nega che solo a forme assolutamente predeterminate corrisponda una verifica giudiziale completa.

⁹³ CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 885.

⁹⁴ Per COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, cit., p. 591, si deve escludere che le differenze del rito speciale possano essere valutate con riferimento al modello generale di tutela, che non si può mai considerare un necessitato *tertium comparationis*. DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 124, evidenzia come l'effettività dello strumento processuale guadagni sempre più un posto di rilievo nelle preoccupazioni della dottrina. Una simile tendenza collaborerebbe, per l'a., alla creazione di nuovi strumenti giurisdizionali più efficienti, efficaci e congruenti con la salvaguardia della pretesa processuale esercitata.

in determinate forme, né che essa debba produrre specifici effetti, con la ulteriore precisazione che l'art. 24 Cost. non tipizza le forme procedurali con cui la funzione decisoria va assicurata e che l'art. 3 della carta favorisce il proliferare dei riti speciali⁹⁵, giustificando tale disposizione sia la tutela differenziata dei diritti⁹⁶ sia, in senso più attuale, la diversificazione procedimentale all'insegna del principio di proporzionalità. E sempre la Costituzione, con il canone della ragionevole durata del processo enunciato nell'art. 111 Cost., fornisce un importante supporto a favore di strutture procedurali idonee a raggiungere la decisione della lite in tempi più rapidi⁹⁷.

⁹⁵ TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., p. 16. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, cit., p. 577 ss., reputa che il processo debba garantire una tendenziale omogeneità e uniformità nei *remedies* (forme di tutela), imponendolo l'esigenza di effettività che rappresenta il minimo comune denominatore di tutte le garanzie del processo giusto in qualsiasi sua articolazione. Per l'a. p. 585 ss., azione, difesa e contraddittorio presuppongono che tutti i soggetti del processo abbiano eguali *chances* di successo dinanzi al giudice adito, ma sarebbe comunque legittimo modulare le forme e i contenuti dei singoli diritti e poteri o dei singoli modelli di processo, nell'ambito di una legittima espressione della discrezionalità legislativa. A p. 589 si richiede comunque il rispetto del principio di ragionevolezza: la differenziazione di disciplina deve, infatti, costantemente essere giustificata dall'esistenza di alcune differenze ragionevoli, sul piano oggettivo e sostanziale, tra le menzionate situazioni.

⁹⁶ Tradizionalmente all'art. 3 si è fatto riferimento per giustificare l'introduzione di tecniche di tutela processuale differenziata volte a eliminare o attenuare squilibri e privilegi, a livello sociale e socio-economico. Oggi, tale argomentazione viene estesa al trattamento differenziato delle controversie non in relazione al loro oggetto o alla qualità dei litiganti, quanto alla maggiore o minore complessità, in un'ottica di distribuzione diversificata dalle risorse pubbliche, in un'ottica ispirata al principio di proporzionalità: COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, cit., p. 588, per cui, alla luce del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3 cost), la predisposizione di forme diversificate di tutela e la conseguente adozione di discipline processuali proporzionalmente differenziate appaiono del tutto legittime, qualora si rendano necessario per eliminare squilibri e privilegi, a livello sociale e socio-economico, non essendo invece ammesse discriminazioni soggettive o personali. V. pure ID., *Tutela differenziata e pari effettività*, cit., p. 1528.

⁹⁷ V. anche FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, cit., p. 819, per cui l'accelerazione processuale è allineata al principio costituzionale della ragionevole durata del processo; secondo FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 195, il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giurisdizionali sarebbe da ritenere costituzionalizzato nel concetto di ragionevole durata del processo. Per PIVETTI, *op. cit.*, p. 71, un maggior affidamento alla discrezionalità del giudice e una attenta riduzione del ricorso a regole legislative analitiche, precise e rigide sarebbe utile non solo e non tanto per

D'altro canto, nel contesto dell'art. 24 Cost., si può affermare che l'esercizio effettivo dei diritti di azione e di difesa possa essere ostacolato, se non frustrato, da regole processuali troppo complesse⁹⁸. Per contro, non essendo più la nozione di attività giurisdizionale intesa come espressione dell'autorità statale, ma, piuttosto, come servizio per la collettività⁹⁹, appare coerente e opportuno introdurre, con riferimento al diritto di azione e di difesa enunciati dall'art. 24 Cost., strumenti procedurali volti a rendere tale servizio più efficace ed efficiente, in termine di riduzione dei tempi processuali¹⁰⁰.

perseguire risultati di maggiore efficienza, ma anche e soprattutto per perseguire risultati di maggiore e più effettiva garanzia e di maggiore aderenza del procedimento al canone di giustizia, di correttezza, di efficacia e anche di speditezza che il nuovo articolo 111 impone di considerare ora come *overriding objective* del nostro sistema processuale civile. Sotto questo profilo, è interessante osservare che poiché il sommario garantisce tempi di decisione più brevi, esso viene considerato un rimedio tipico che rende inutilizzabile il provvedimento d'urgenza: Trib. Napoli, 28 giugno 2017, ord., in www.expartecreditoris.it, in quest'ottica rigetta un'istanza ex art. 700 c.p.c. osservando "la parte ricorrente non spiega quale grave e irreparabile pregiudizio avrebbe potuto / potrebbe subire la procedura fallimentare se fosse stato presentato un ricorso ex art. 702 bis c.p.c., strumento tramite il quale si sarebbe potuto ottenere in pochi mesi il medesimo risultato conseguito con il rito cautelare".

⁹⁸ Degni di rilievo alcuni passaggi del parere n. 16 del 15 novembre 2013, sui rapporti tra giudici e avvocati, del CCJE, in cui si afferma: "12. The CCJE considers that such legislation should provide judges with effective procedural tools to implement the principles of a fair trial and to prevent undue delays or illegitimate delaying tactics. Such legislation should be sufficiently firm, and should provide for clear and fair time-limits, while also permitting the necessary flexibility. (...) 15. In practice, procedural rules, whether they concern civil, criminal or administrative cases, are often complex and allow a variety of procedural stages and intermediate appeals. This may cause unreasonable delays and high costs to the parties, as well as to society in general. The CCJE strongly supports efforts to analyse and evaluate the existing procedural rules in member States and to develop, where necessary, more transparent and adequate rules". Per la compatibilità costituzionale del rito semplificato, FABIANI, *op. cit.*, p. 820.

⁹⁹ Nel senso indicato nel testo, Trib. Napoli, 25 maggio 2010, ord., in *Giur. it*, 2011, 393, che fa riferimento al diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi appunto ragionevoli.

¹⁰⁰ Anche la dottrina più attenta alla valorizzazione della cognizione piena riconosce però che la tutela, nel prisma del giusto processo, vada letta alla luce della costituzionalizzazione dell'efficacia del processo, principio che costituisce la ratio di processi sommari come quello monitorio e per convalida di sfratto: v. PROTO PISANI, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, cit., p. 144.

Come l'analisi comparatistica dimostra, uno dei principali fattori che "alienano" il cittadino rispetto alle forme giurisdizionali di tutela dei diritti è proprio costituito dalla eccessiva complessità delle regole processuali di cui si invoca la semplificazione. Lo stesso disegno di legge in discussione al Senato invoca come uno degli obiettivi della riforma deleganda al Governo la semplificazione delle regole processuali. Una disciplina analitica del processo appare in qualche modo incompatibile con l'obiettivo di rendere le regole procedurali più semplici. L'assunto è, piuttosto, che la chiave della semplificazione sia proprio l'aumento degli spazi lasciati alla discrezionale (*rectius*, libera) regolamentazione dell'*iter* processuale da parte dei soggetti che nel processo operano¹⁰¹, passando da una nozione di garanzie formali, generali e astratte a una di garanzie effettive, mobili e concrete. Pur con la diversità di opinioni di cui si è dato conto, gli interpreti tendono a concordare sul fatto che non soddisfino i principi del giusto processo, nel contesto di un'attività giurisdizionale per la tutela dei diritti con l'autorità del giudicato, una disciplina processuale che lasci quasi totalmente mano libera al giudice nella gestione del processo. L'ovvio punto di riferimento a tale riguardo è il rito camerale di cui si è ampiamente parlato nel presente scritto.

Certo, come si è visto, alcuni interpreti e la giurisprudenza ritengono che tale rito, anche nelle sue versioni più scarse e destrutturate, debba comunque soddisfare requisiti minimi di garanzia, così da potere essere ricondotto nell'alveo del giusto processo. Resta il fatto che, in mancanza di una struttura minima del procedimento, il rischio che, nel concreto, le prerogative processuali delle parti pos-

¹⁰¹ Appare, al riguardo, condivisibile il rilievo per cui "removing discretion and achieving simplicity may be incompatible objectives": MARCUS, *op. cit.*, p. 119. Sul ruolo della discrezione per valorizzare la *individual justice* nel contesto inglese VORRASI, *England's reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Note*, in 30 *Journal of legislation*, fasc. 2, p. 361, a p. 383: "not all individual cases fit precisely into rigid sets of rules; the mechanical application of rules to individual cases can itself create injustice. Thus it is often said that where rules end, discretion begins"; p. 384: "discretion is necessary to achieve individualized justice. Judicial discretion, therefore enables judges to tailor pretrial procedures to each case as to best effectuate individualized justice".

sano essere compresse è molto elevato e non facilmente (o rapidamente) recuperabile sul piano delle impugnazioni¹⁰².

La previa conoscibilità di snodi e tempistiche processuali è, in effetti, un valore importante, che consente alle parti, o piuttosto ai difensori, di organizzare la propria attività professionale e di meglio esercitare le proprie prerogative processuali¹⁰³, essendo inconcepibile l'idea di un "processo a sorpresa"¹⁰⁴.

Quanto precede, d'altro canto, non va inteso in senso assoluto.

Il problema della parte, infatti, non è sapere di avere venti piuttosto che trenta giorni per depositare una memoria istruttoria, quando di avere la certezza che, in un certo momento del processo, ci sarà la possibilità di formulare le proprie richieste di prova e che tale prerogativa non sarà negata dal giudice nell'esercizio di poteri discrezionali a questi riservati dalla legge. Ciò che si deve garantire e tutelare (e che, dunque, deve essere "certo") è il diritto per le parti di compiere determinate attività processuali nell'esercizio dei contrapposti diritti di azione e di difesa, potendo poi variare il "come" e il "quando" tali attività debbano essere esercitate e potendo tali variabili essere rimesse a valutazioni compiute nel corso stesso del processo, su un piano di eguaglianza e di parità delle armi¹⁰⁵.

¹⁰² Per COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 656, l'assenza di regole processuali predeterminate genererebbe il rischio della formazione di prassi difformi da un ufficio all'altro, prospettando il pericolo di regressione al sistema feudale nel quale prevale la logica della appartenenza e la decisione è un *favor principis* e non l'applicazione di regole predeterminate e preventivamente note.

¹⁰³ DONZELLI, *Sul "giusto processo" civile "regolato dalla legge"*, cit., p. 952, sostiene che la garanzia del contraddittorio implichi la rimozione di ogni ostacolo a far valere le proprie ragioni o meglio ogni ostacolo al pieno esercizio di quei poteri processuali che costituiscono la declinazione analitica del diritto di difesa e che sono diretti a incidere sul contenuto della decisione. Per l'a., "rimuovere ogni ostacolo" significa, in primo luogo, riconoscere alle parti la possibilità effettiva di esercitare nel contraddittorio tutti i poteri diretti a incidere sul contenuto della decisione nonché la previa conoscibilità delle regole del gioco.

¹⁰⁴ DONZELLI, *op. cit.*, p. 953.

¹⁰⁵ Come osserva COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, cit., p. 592 ss., un modello processuale può ritenersi coerente con i principi costituzionali in quanto non intacchi, a danno di alcune parti e con irrazionale beneficio di altre, i diritti processuali fondamentali (di azione e difesa).

Il problema non è neppure imporre alle parti, per esempio, di giocarsi tutte le proprie carte nei rispettivi atti introduttivi del processo: da decenni, in effetti, il rito del lavoro impone il principio di eventualità nel contesto di un contenzioso di enorme rilevanza sul piano sociale e quantitativo. Ciò che rileva è, piuttosto, sapere in anticipo (e dunque sia “certo”) che ci sarà un momento, nel corso del processo, in cui una determinata attività difensiva (dallo *ius corrigendi*, alla possibilità di chiamare un terzo in causa, alla formulazione di richieste di prove) potrà (e dovrà) essere esercitata, a prescindere che ciò sia determinato *ex lege* in via preventiva o “stabilito” nel caso concreto dal giudice.

Da questo punto di vista, vi è una sostanziale e profonda differenza tra rito sommario e rito camerale¹⁰⁶. Rispetto a quest'ultimo, come si è visto, si critica la mancanza di norme sulla fase introduttiva, sulle modalità di attuazione della convocazione, sui termini minimi a comparire, sui rapporti tra giudice relatore e collegio, sui poteri delle parti di chiedere mezzi di prova, sulla necessaria assistenza di difensore¹⁰⁷. La disciplina del rito sommario è, per contro, ben più completa e fornisce un preciso quadro di riferimento per quanto riguarda le fasi in cui il rito si sviluppa e le attività che in tali fasi vengono compiute. Il problema, a questo punto, non è il pedante rispetto della norma procedimentale, ma la verifica che il processo si sia comunque svolto con modalità idonee a consentire alle parti un effettivo diritto di azione e di difesa.

Più nel dettaglio: per quanto riguarda il diritto al contraddittorio¹⁰⁸, da soddisfare in qualsiasi modello procedimentale, ancorché improntato a sommarietà¹⁰⁹, esso, nel rito sommario, di là da

¹⁰⁶ V. anche PORRECA, *op. cit.*, p. 251 ss., per cui l'introduzione del procedimento sommario di cognizione “struttura” quello camerale che ne costituisce l'archetipo.

¹⁰⁷ TRISORIO LIUZZI, *Il diritto di difesa*, cit., p. 113.

¹⁰⁸ CONTE, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁹ COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, cit., p. 589. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 608, sul contraddittorio nella prova, rileva che le parti devono essere in grado di interloquire su tutte le prove reperite e raccolte d'ufficio, non esonerando la cognizione sommaria dal rispetto del contraddittorio sia quando al diritto alla prova sia al metodo di acquisizione.

ogni semplificazione procedurale, è senz'altro sempre garantito e tutelato, come espressamente sancito dall'art. 702-ter, comma 5° c.p.c.

Indubbiamente garantita è anche l'effettiva conoscibilità per le parti dell'oggetto della controversia: si prevede infatti la notifica del ricorso introduttivo alla parte resistente e la comparizione delle parti in udienza prima della pronuncia dell'ordinanza conclusiva. Sono pure previsti termini congrui per l'esercizio dell'azione e della difesa, decorrenti dalla effettiva conoscibilità di eventi determinati. Il diritto di (previa) difesa del resistente è tutelato, in particolare, con la previsione di termini decadenziali stabiliti per legge e dunque certi e prevedibili. Le tempistiche più concentrate di quelle ordinarie (in base a specifiche disposizioni normative conoscibili a priori), per contro, non possono essere ritenute di per sé lesive del diritto di difesa del convenuto: d'altra parte, si tratta di ritmi analoghi e meno stringenti di quelli previsti da decenni nel processo del lavoro, senza particolari problemi di compatibilità costituzionale.

Laddove le scansioni più rapide della fase iniziale del giudizio siano idonee a pregiudicare l'effettivo esercizio del diritto di difesa (nelle sue varie articolazioni, *in primis*, il diritto alla prova diretta e contraria), è garantita la possibilità di utilizzare lo strumento della rimessione (o dell'estensione) dei termini, come si è accennato a più riprese nel corso della presente trattazione.

Nel procedimento sommario/semplificato, inoltre, non è messo in dubbio che le parti possano formulare richieste istruttorie: ciò che è richiesto alle parti è, piuttosto, di formalizzare tali richieste entro la prima udienza "sommaria".

Quanto alla trattazione "deformalizzata" e all'istruttoria "semplificata", il riferimento al principio del contraddittorio appare sufficiente a garantire i diritti di difesa delle parti¹¹⁰, fermo il fatto che, nel rito in esame, il giudice non vede ampliati i propri poteri inquisitori (e dunque non si pongono i problemi sollevati dalle "informazioni" nel rito camerale), l'onere della prova resta quello ordinario

¹¹⁰ Anche per MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1102, il procedimento sommario offre "pienezza di garanzie".

quanto alla sua distribuzione tra le parti¹¹¹, gli *standard* per la formazione del libero convincimento del giudice sono i medesimi del processo ordinario a cognizione “piena ed esauriente”¹¹².

Con specifico riferimento all’attività istruttoria semplificata, il diritto di difesa è comunque protetto, dal momento che, in ogni caso, devono essere indicate le circostanze su cui il teste, esattamente individuato, dovrà essere sentito dal giudice¹¹³.

Sicuramente soddisfatta, infine, è la garanzia della motivazione del provvedimento conclusivo: come si è visto nel Capitolo quattordicesimo, infatti, l’ordinanza va (per quanto succintamente) motivata. D’altro canto, a tale riguardo, va tenuto a mente che, oggi, l’ordinamento incoraggia comunque il giudice a scrivere decisioni stringate e prevede modalità per ridurre l’ampiezza strutturale anche delle sentenze. Sovente le ordinanze, nell’esperienza pratica, sono motivate tanto quanto una sentenza, così che, in alcuni casi, la differenza tra le due modalità decisorie appare ormai un dato puramente formale. D’altro canto, se si passano in rassegna le norme, è agevole constatare che il giudice contemporaneo è oggi chiamato molto di frequente a scrivere provvedimenti decisor

¹¹¹ Sul fatto che la tutela sommaria non possa mai prescindere dal rispetto delle regole su onere della prova e sull’acquisizione della prova pena la sua incostituzionalità CONTE, *op. cit.*, p. 35.

¹¹² Le conclusioni raggiunte dal testo sono confermate da Cass., 29 gennaio 2014, n. 1904, in banca dati *Pluris*, che osserva “con riferimento al rito sommario, prescritto dalla legge per tale tipo di controversie, che la norma processuale, pur incanalando l’attività dei soggetti del giudizio in una sequenza tendenzialmente atta a snellire i tempi, non impone una decisione allo stato degli atti, particolarmente nella materia estimativa, connotata da alto indice di difficoltà tecnica”. V. anche CEA, *L’appello nel processo sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 137, per cui la qualificazione del procedimento come sommario sarebbe irrilevante ai fini applicativi, dovendo il convincimento essere comunque pieno.

¹¹³ SANDULLI, *Profili di costituzionalità del rito sommario nel giudizio di opposizione alla stima dell’indennità espropriativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1544, peraltro, individua come limite al diritto di difesa il potere del giudice di separare la domanda riconvenzionale, ritenuta di complessa soluzione, dal rito sommario, limitando il potere difensivo del convenuto costretto a proporre un diverso giudizio ordinario nel quale fare valere la propria domanda riconvenzionale. Al riguardo, si può osservare come la separazione della domanda riconvenzionale sia prevista da molte disposizioni (per esempio, nella condanna con riserva); d’altro canto, come sostenuto in queste pagine, in caso di “connessione forte”, la domanda riconvenzionale non va neppure separata da quella principale.

sotto forma di decreti e ordinanze, senza che questo ingeneri particolari problemi.

Quella che viene realizzata nel rito sommario, in ultima analisi, è una semplificazione “controllata” e regolamentata, la quale consente un duplice livello di controllo esterno, a tutela delle garanzie fondamentali delle parti¹¹⁴: sul piano, *in primis*, della verifica del rispetto delle norme legali che tracciano i “confini” del procedimento semplificato; e, *in secundis*, del controllo “costituzionalmente orientato”, intrinseco a qualsiasi attività giurisdizionale, come si è visto anche rispetto alla cognizione piena ed esaustiva.

In altre parole, la “regolamentazione” legale del processo contenuta nell’art. 111, comma 1° Cost. può anche essere intesa come possibilità di sottoporre lo svolgimento dell’*iter* processuale a controllo di legalità, anche per quanto riguarda la verifica della compatibilità tra esercizi di poteri discrezionali e salvaguardia dei diritti processuali inviolabili della parti, andando se del caso a ridisegnare i margini di intervento da parte del giudice di legittimità su tali profili¹¹⁵, in particolare configurando la possibilità di

¹¹⁴ Sulla rilevanza della garanzia del controllo di legalità della procedura nel contesto del “giusto processo” v. DONZELLI, *Sul “giusto processo” civile “regolato dalla legge”*, cit., p. 955. In questo senso, parrebbe essersi realizzata la previsione di CAPPONI, *Le “informazioni” del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 911 ss., il quale, a p. 943, prevedeva che la fuga dal processo ordinario potesse condurre a un deciso recupero di garanzie dei modelli alternativi, il cui passaggio obbligato è il drastico abbandono del potere discrezionale del giudice civile in materia di prova.

¹¹⁵ V. anche PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, cit., p. 74, per cui dovrebbe essere affermata la piena sindacabilità anche in cassazione di ogni forma di uso distorsivo della discrezionalità processuale del giudice e di ogni caso in cui il potere discrezionale venga esercitato in modo tale da non rispettare e da non perseguire in concreto i fini di garanzia per i quali esso è previsto; DONZELLI, *Sul “giusto processo” civile “regolato dalla legge”*, cit., p. 956 ss., il quale è comunque scettico (p. 958), rispetto alla possibilità di fare valere la nullità di un provvedimento del giudice che si riveli lesivo del diritto di difesa in assenza di violazione di specifiche e preesistenti previsioni legali perché dimostrare che la scelta del giudice abbia impedito il pieno esercizio dei poteri processuali delle parti potrebbe tradursi in una *probatio diabolica*; per una posizione meno possibilista, COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, cit., p. 655, per il quale, se il giudice può regolare il processo “nel modo che ritiene più opportuno” l’affermazione secondo la quale la cognizione è comunque piena rischia di ridursi a un mero *flatus voci*, perché, in assenza di previsioni legali sullo svolgimento del

proporre ricorso ai sensi dell'art. 360, n. 4 c.p.c., con riferimento alla violazione dei principi del giusto processo¹¹⁶, anche alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale alla cui stregua si può ritenere nullo il provvedimento del giudice che si riveli lesivo del diritto di difesa anche in assenza di violazioni di specifiche e pressistenti previsioni legali¹¹⁷.

Non si sacrificano, dunque, in questo ambito, le garanzie del giusto processo¹¹⁸ quanto le formalità che possono essere elise senza nocumento per il diritto di difesa e la pienezza del contraddittorio: con l'ulteriore rilievo che quello che, nel processo ordinario,

processo, non potrà essere denunciato alcun *error in procedendo*. A supporto della tesi proposta nel testo, Cass., 29 gennaio 2014, n. 1904, in banca dati *Pluris* che, con riferimento al procedimento *ex art. 29 d. legis. n. 150 del 2011*, afferma: "La non irragionevolezza della scelta quale limite alla discrezionalità legislativa, consiglia l'adozione, pur nella particolarità del rito, dell'attività istruttoria appropriata al tipo di controversie, e alle difficoltà estimative che essa presenta. E riguardo alla consulenza tecnica, il principio secondo il quale il provvedimento che la disponga, o meno, rientrando nel potere discrezionale del giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, va contemperato con quello secondo il quale il giudice stesso deve sempre motivare adeguatamente la decisione adottata, non potendo rifiutare con argomentazioni di stile e prive di reale consistenza il ricorso a essa (Cass. 16.4.2008, n. 10007). Di fronte alla difficoltà dell'indagine estimativa, in cui la peculiarità della valutazione da compiere presuppone il reperimento di dati di comparazione non agevolmente reperibili, i fatti utili alla formulazione del giudizio appaiono così strettamente collegati con l'indagine tecnica da rendere necessaria per la loro acquisizione l'opera del consulente, che di propria iniziativa, ove la documentazione al riguardo fornita dalle parti sia incompleta od insufficiente, può provvedere alla ricerca e all'acquisizione degli elementi di comparazione, data la necessaria valutazione tecnica delle caratteristiche dei beni presi in considerazione (Cass. 15.5.1978, n. 2354)".

¹¹⁶ Anche per PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 278, un cattivo uso del potere discrezionale è suscettibile di controllo pieno in sede di impugnazione, anche *ex art. 360, n. 4 c.p.c.*, sul rilievo che il merito delle scelte discrezionali del giudice sia interno al potere giurisdizionale e come tale pienamente controllabile in sede di impugnazione.

¹¹⁷ DONZELLI, *Sul "giusto processo" civile "regolato dalla legge"*, cit., p. 957, con riferimento a Corte cost. n. 1 del 2002.

¹¹⁸ CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 885. V. però CARRATA, *Le "condizioni di ammissibilità"*, cit., p. 728, per il quale quello in esame diventa uno strumento di vera e propria sommarizzazione della tutela giurisdizionale dei diritti e questo allarma perché si traduce in una perdita secca in punto di garanzie, non giustificata da nessuna delle caratteristiche che rendono ragionevole il ricorso alla tutela sommaria.

potrebbe costituire un “errore” nell’applicazione della legge, qui potrebbe assurgere a efficiente modalità di accelerazione e semplificazione dell’*iter* procedimentale, magari concordata tra il giudice e le parti.

Ed è proprio questo l’aspetto da valorizzare, come si andrà ad argomentare.

Se, dunque, come si è appena visto, l’esaustività dell’accertamento si coniuga alla tutela delle garanzie processuali fondamentali (in termini di predeterminazione dello schema procedimentale di riferimento e di controllo esterno sul rispetto delle garanzie stesse) si può affermare che il rito sommario, connotato da una cognizione piena ed esaustiva¹¹⁹, intesa come accertamento pieno ed esaustivo

¹¹⁹ In questo senso, per esempio, il Protocollo del Tribunale di Roma, cit.; TOMMASEO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *La previdenza forense*, 2009, fasc. 2, p. 126; per CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria*, cit., p. 1122, il procedimento sommario è un processo a cognizione piena poiché nella sua destinazione prevale la funzione di accertare chi ha torto e ragione in via definitiva rispetto alle altre funzioni tipiche dei sommarî: talvolta, dunque, *nomina non sunt consequentia rerum*; per MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, cit., p. 1103, differenti le forme procedurali ma identico lo scopo della cognizione ordinaria: accertare i diritti soggettivi, dettare le regole di condotta per il caso concreto, dare certezza alle relazioni giuridiche in ordine a un bene della vita; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 4; PORRECA, *op. cit.*, p. 249; VOLPINO, *Il procedimento sommario*, cit., p. 54; BREGGIA, *Il rito sommario, una scommessa da accettare*, p. 1; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 190. Per Besso, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.*, cit., p. 722 ss., si tratta di un procedimento alternativo dal carattere semplificato ma a cognizione piena, che si caratterizza per l’assenza di predeterminazione legislativa delle modalità in cui si articola il processo quanto alle fasi di trattazione, di istruzione probatoria e di decisione, Per Trib. Taranto, 2 marzo 2010, cit., la sommarietà delle forme non riguarda il contenuto dell’accertamento posto a base della decisione, che deve tendere alla verifica della fondatezza delle allegazioni di parte in termini di verità processuale e non già di mera verosimiglianza. Per il Protocollo di intesa sul protocollo sommario di cognizione del Tribunale di Mantova del 9 dicembre 2010, è procedimento concorrente e alternativo al procedimento ordinario di cognizione, che si svolge con forme semplificate rispetto a quest’ultimo: è pertanto procedimento a cognizione piena. Per FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, cit., p. 822, il procedimento sommario è un processo ordinario di cognizione deputato ad accertare diritti soggettivi e status con efficacia di giudicato in cui possono essere accantonate le regole organizzative sullo sviluppo del processo per far posto alla semplicità degli adempimenti, marginalizzando gli apparati formali. Per CAR-RATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 903 ss., peraltro, ci

degli elementi di fatto e di diritto della fattispecie, con la pronuncia di un provvedimento idoneo ad acquisire la stabilità della cosa giudicata, compiuta in un contesto processuale deformatizzato¹²⁰,

si trova qui di fronte all'utilizzazione di un procedimento a cognizione sommaria (ovvero deformatizzato) per giungere a un accertamento non a sua volta sommario o superficiale. L'a. giunge quindi a qualificare quello qui analizzato come un processo sommario, in quanto la relativa decisione è ottenuta all'esito di un procedimento in cui manca la predeterminazione legislativa delle forme e dei termini. Per l'a., in definitiva, p. 904, "la trattazione deformatizzata altro non significa che cognizione non piena e dunque sommaria". Il concetto è ribadito dall'a. in *Le "condizioni di ammissibilità"*, cit., p. 728, ove rileva che parlare di processo deformatizzato ma a cognizione piena è una contraddizione in termini. Non sarebbe, infatti, sufficiente la qualità del risultato a consentire di mutare la natura del rito da sommario in cognizione piena, essendo piuttosto necessario guardare ai fini dell'applicazione di simili qualificazioni esclusivamente alla struttura del procedimento. Per l'a., la determinazione delle forme da parte del giudice connoterebbe in ogni caso la natura sommaria del procedimento. Per una posizione critica CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1103, a p. 1108, per cui la tutela che si somministra a mezzo del procedimento sommario è esattamente la stessa somministrabile nel processo di ordinaria cognizione, e dunque proprio nel nostro caso riuscirebbe meno giustificabile una piena discrezionalità del giudice nell'accertamento del fatto: per l'a., l'ammissione di prove atipiche, la deformatizzazione di quelle tipiche, l'assunzione discrezionale di "informazioni", l'utilizzo indiscriminato di prove formate in altri giudizi sarebbero fenomeni giustificabili nella logica del procedimento speciale, perché questo di norma non conduce a esiti omologhi al processo ordinario ed è anzi di norma seguito da un accertamento a cognizione piena. A p. 1111, l'a. conclude che il sommario proponga un modello di provvedimento decisorio sommario che presuppone una cognizione sommaria e non una cognizione piena ed esauriente.

¹²⁰ In questo senso anche Cass., 19 maggio 2015, n. 10211, in *Foro it.*, 2015, c. 3920, per cui in primo grado si effettua una cognizione piena con istruttoria semplificata. V. pure Cass., 14 maggio 2013, n. 11465, ord., in banca dati *Pluris*, per cui la sommarietà del procedimento non riguarda la natura della cognizione del giudice ma esclusivamente la semplificazione e la destrutturazione della fase istruttoria, peraltro limitata al primo grado; per Trib. Varese, 18 novembre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 406, il procedimento sommario è un processo a cognizione piena poiché nella sua destinazione prevale la funzione di accertare definitivamente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, rispetto alle funzioni che sono proprie dei procedimenti sommari. Per BECCU, *Il sistema della pubblicità immobiliare alla prova delle recenti novità normative*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 1450 ss. p. 1478, la sommarietà è un attributo del procedimento, non della cognizione. È al *modus procedendi*, in altre parole, che occorre guardare per rinvenire il *proprium* del nuovo rito, in quanto è per l'appunto il procedimento a svolgersi secondo forme sommarie, semplificate, deformatizzate: le forme che il giudice discrezionalmente ritiene più idonee alla soluzione della controversia (p. 106). La

sia del tutto compatibile con i principi costituzionali del giusto processo¹²¹.

cognizione, per contro, resterebbe piena. MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario*, cit., p. 924, evidenzia che la semplificazione della procedura non incide sul livello qualitativo della cognizione, ma consente semplicemente di conseguire uno snellimento del procedimento.

¹²¹ Si conferma, dunque, che un conto è definire sommaria una cognizione in quanto la legge non predetermina le modalità e i tempi del procedimento, altro è dire che una cognizione, sommaria in quanto deformalizzata, non possa condurre a un accertamento pieno del diritto, allo stesso modo di una cognizione piena, in quanto analiticamente predeterminata dalla legge. Da questo punto di vista, appare condivisibile il rilievo di CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria*, cit., p. 1121, per cui si dovrebbe iniziare a pensare ad abbandonare la bipartizione tra processi a cognizione piena e procedimenti sommari per passare a una bipartizione tra processo ordinario e procedimenti speciali. L'a. ritiene necessario, in quest'ottica, rimeditare i criteri distintivi tra processo a cognizione piena e provvedimenti sommari che fanno perno più sull'assetto particolare da cui proviene l'osservatore che sull'esigenza di individuare una soluzione armonizzante sul piano europeo. A p. 1122, si osserva che la distinzione deve fare perno sulle funzioni specifiche cui corrisponde la tutela sommaria rispetto alla funzione di accertamento del diritto dedotto in giudizio propria del processo ordinario.



CONCLUSIONI

TRA IDEALISMO, REALISMO E PROPOSTE PER IL FUTURO

SOMMARIO: 1. Da dove parte l'analisi. – 2. Elementi di novità. – 3. Il ruolo dell'istruttoria sommaria nell'attuale ordinamento processuale. – 4. Prospettive di riforma: dalla Commissione Vaccarella al disegno di legge delega per la generalizzazione del rito sommario. Sulla compatibilità costituzionale dell'istruttoria sommaria semplificata. – 5. (Segue): le proposte di emendamento alla legge sul bilancio. – 6. Una critica alla “deregulation” della giustizia civile. – 7. Una personale prospettiva *de iure condendo*. – 8. Sul ruolo del *case management* nella razionalizzazione del processo civile. – 9. Per una valorizzazione dell'esistente. – 10. L'embrione di *case management* all'italiana: tra discrezione giudiziaria... – 11. (Segue): ... e principio di collaborazione. – 12. Per un nuovo umanesimo processuale.

1. *Da dove parte l'analisi*

L'analisi compiuta nelle pagine che precedono permette di giungere ad alcune conclusioni e di formulare alcune proposte.

Sono partito prospettando una scarsa applicazione “storica” dei principi di flessibilità, di proporzionalità e di cooperazione nell'ambito del processo civile italiano.

In realtà, una normativa del processo civile improntata a questi principi non è un'idea nuova per il nostro ordinamento. La storia delle riforme processuali dell'ultimo secolo e mezzo è, in effetti, costellata da interventi di maggiore o minore respiro sulla fase di

trattazione del processo¹ nel tentativo di razionalizzare l'uso delle norme e diminuire i tempi.

In particolare, già in vari progetti per il nuovo codice di procedura civile venivano affermati criteri efficientistici, con attribuzione di un ruolo attivo al giudice e la valorizzazione della proporzionalità nell'allocazione delle risorse giudiziarie². Per esempio, il progetto Carnelutti proponeva un modello elastico di procedimento, mentre il progetto Redenti prospettava l'abbandono di un eccessivo tecnicismo e formalismo della procedura³.

Come noto, il codice civile del 1940 non riuscì poi a tradurre in precetti concreti molte delle aspirazioni sottese ai progetti redatti per la sua preparazione. L'elemento che caratterizza il processo di cognizione ordinario nel codice di rito è, effettivamente, un certo ruolo direttivo attribuito al giudice (inizialmente) istruttore, all'interno però di una struttura procedimentale connotata da notevoli rigidità o da scelte tra due varianti vincolate⁴.

In particolare, il codice del 1940 non ha recepito le istanze di semplificazione del procedimento, prevedendo, anzi, per il procedimento di cognizione avanti al Tribunale, un modello analitico e dettagliato. La complessità e la rigidità di tale modello è andata poi aumentando con la riforma della legge n. 353 del 1990 e le barriere preclusive da essa introdotta. Le vicende successive (con le nevrotiche serie di riforme degli artt. 180, 183 e 184 c.p.c.) hanno esacerbato tali profili di rigida complessità dell'*iter* procedimentale.

¹ ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017, p. 18 osserva al riguardo: "la manipolazione della fase di trattazione rappresenta "un'idea ritornante" del nostro legislatore".

² V. ampiamente su questi temi ANSANELLI, *op. cit.*, p. 173 ss., con riferimento, in particolare, al progetto Chiovenda, nel quale si attribuiva al giudice un ruolo attivo di Direzione e gestione del procedimento, in un'ottica efficientistica di contenimento dei costi e di riduzione dei tempi di definizione, mettendo l'accento sulla programmazione e sull'organizzazione delle attività processuali.

³ V. per maggiori dettagli ANSANELLI, *op. cit.*, p. 246 ss. sul progetto Redenti, p. 260 sul progetto Solmi, p. 285 ss. sul progetto Carnelutti.

⁴ V. anche ANSANELLI, *op. cit.*, p. 286 ss., il quale, p. 291 evidenzia il fallimento del modello flessibile all'interno di un procedimento rigidamente scandito per fasi, a favore di un procedimento configurato come una sorta di percorso abbreviato.

Dopo venticinque anni di riforme più o meno ambiziose del processo civile, manca ancora, nella nostra normativa una esplicita affermazione dei principi di flessibilità, proporzionalità e collaborazione come valori fondanti del sistema. Questo costituisce una evidente differenza rispetto a quegli ordinamenti che hanno invece posto l'elasticità e la adattabilità delle regole procedurali alle caratteristiche del caso concreto tra i pilastri su cui si sono costruite importanti riforme della giustizia civile.

2. *Elementi di novità*

Le considerazioni del paragrafo precedente non vogliono però implicare che, in questi anni, non si siano registrate novità sul fronte della nostra analisi.

Gli interventi sono stati torrenziali e spesso (apparentemente) estemporanei e senza una progettualità (che non fosse lo spasmodico tentativo di abbreviare in qualsiasi modo la durata dei processi). Pur con questi limiti, negli ultimi anni sono stati introdotti strumenti e meccanismi volti a diversificare alcuni passaggi procedurali in base, appunto, alle caratteristiche della singola fattispecie. L'introduzione di questi strumenti di "amministrazione" del processo è avvenuta senza un disegno sistematico e, almeno in certi casi, con una certa improvvisazione (se non una vera e propria mancanza di consapevolezza): resta il fatto che, oggi, almeno sulla carta, il processo civile italiano si presta (anzi si presterebbe) a un utilizzo più flessibile e meno rigido degli strumenti a disposizione delle parti e del giudice.

Come si è visto nel corso di questo studio, il calendario istruttorio consente di programmare, almeno in via di ipotesi, gli snodi del processo, rendendone più prevedibile lo sviluppo e la durata.

Le parti e il giudice sono incoraggiati (se non compulsati) a scrivere atti e provvedimenti chiari e succinti.

Il giudice può stimolare soluzioni conciliative con maggiore efficacia rispetto al passato e, al momento della decisione, può optare per modalità processuali più snelle per le cause di più agevole soluzione in fatto e in diritto.

La maggiore novità degli ultimi anni, peraltro, è stata senz'altro rappresentata dall'introduzione del rito sommario a opera della legge n. 69 del 2009. In effetti, la possibilità di istruire la causa in modo semplificato e deformalizzato rappresenta l'espressione a oggi più avanzata della valorizzazione nel processo italiano dei principi di flessibilità e proporzionalità.

Come si è visto ampiamente, oggi, tale possibilità è stata generalizzata per tutte le controversie su cui si pronuncia il giudice unico del Tribunale, con la proposizione di un ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* ovvero, e comunque, con mutamento del binario istruttorio in sede di prima udienza.

Tutti questi nuovi strumenti, peraltro, per quanto il loro uso possa essere implementato dal legislatore a vari livelli (v., per esempio, i nuovi presupposti di ammissibilità dell'indennizzo *ex lege* Pinto), rischiano di restare lettera morta nella prassi o comunque di essere confinati nelle pratiche virtuose di alcuni uffici giudiziari se non di singoli giudici volenterosi. Così sembra avvenuto, per esempio, per lo snodo processuale introdotto dall'art. 183-*bis* c.p.c., di ben scarso utilizzo, almeno a giudicare dall'assenza di provvedimenti in tale ambito pubblicati o menzionati sui siti e sulle riviste giuridiche specializzate⁵.

Per potere imprimere un cambiamento rispetto al desolante panorama della giustizia civile contemporanea e per disegnare un modello processuale davvero innovativo, d'altro canto, tali strumenti dovrebbero avere un'applicazione capillare. Allo stato, questa prospettiva pare però un'utopia.

3. *Il ruolo dell'istruttoria sommaria nell'attuale ordinamento processuale*

L'ingresso nel nostro sistema processuale di un rito che propone una "sommarietà" non riconducibile alle tradizionali categorie dei processi sommari ha sollevato incertezze e controversie a livello

⁵ V. pure ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, p. 134.

dottrinario e giurisprudenziale, di cui si è cercato di dare conto nelle pagine che precedono.

Le conclusioni a cui sono giunto, insieme alla maggioranza degli interpreti, è che il processo sommario costituisca un'alternativa al procedimento ordinario, di cui condivide la funzione, la qualità dell'istruttoria e la stabilità degli effetti. Mi sono pure espresso a favore della tendenziale rispondenza di un modello procedimentale decisorio "semplificato" ai principi costituzionali del giusto processo.

A questo punto, voglio invece approfondire il ruolo "sistematico" dell'istruttoria sommaria per cercare di stabilire se, oggi, anche nel nostro sistema processuale possa parlarsi dell'introduzione di un sistema di *case management*.

Le caratteristiche dell'istruttoria sommaria analizzate in queste pagine rappresentano sicuramente un'attuazione del principio di proporzionalità⁶ che viene oggi considerato uno dei "principali elementi di cambiamento nello sforzo di trasformare le mentalità"⁷ e di cui a livello internazionale si valorizza l'implementazione⁸.

Gli echi del principio di proporzionalità si desumono chiaramente dalla stessa idea che una causa che richieda una quantità limitata di attività istruttoria possa essere avviata su un *iter* procedimentale meno "ingessato". In altre parole, appare coerente con una ripartizione proporzionale delle risorse⁹ dedicare maggiore rigore

⁶ V. anche FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 195; indicazioni concordate dai giudici delle sezioni civili del Tribunale di Modena.

⁷ Così MORISSETTE, *Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile: état provisoire des questions*, in 50 *Cahiers de droit*, 2009, a p. 381, p. 397.

⁸ V. Parere n. 6 (del 24 novembre 2004) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), ove, ai punti 104 e 105, si afferma: "Individual cases need to be conducted "proportionately", meaning both in a manner that enables the parties thereto to obtain justice at a cost commensurate with the issues involved and the amounts at stake, and in a manner that enables other litigants to obtain their fair share of the court's time for their disputes. (...) In short, parties are entitled to an appropriate share of the court's time and attention, but in deciding what is appropriate it is the judge's duty to take into account the burden on and needs of others, including the State which is itself funding the court system and other parties who wish to use it".

⁹ Quello delle risorse è evidentemente un profilo che nessun ordinamento efficiente si può permettere di ignorare (o sul quale si possa mancare di investire...). Anche il Ccje ha preso posizione sul tema, nel Consiglio consultivo dei giudici euro-

formale alle attività istruttorie e di trattazione più articolate e complesse e invece semplificare le modalità di svolgimento dei processi meno complessi sul piano fattuale istruttorio, valorizzando un utilizzo delle risorse parametrato alle caratteristiche del caso concreto¹⁰.

La semplificazione dell'istruttoria in ragione delle caratteristiche del caso concreto risponde anche alle esigenze di elasticità e flessibilità del processo¹¹.

pei (CCJE), Parere n. 11 (2008) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul tema della qualità delle decisioni giudiziarie: "14. La qualità delle decisioni giudiziarie è direttamente condizionata dalle risorse di bilancio destinate al sistema giudiziario. I tribunali non possono operare in modo efficace con risorse umane e materiali insufficienti. (...) La cooperazione di un personale qualificato di cancellieri, nonché la collaborazione di assistenti del giudice che sollevino i magistrati rispetto al lavoro più routinario e predispongano l'elaborazione dei fascicoli, sono con ogni evidenza condizioni idonee a favorire la qualità delle decisioni emesse da un tribunale. Se vi è mancanza di tali risorse, è impossibile un funzionamento efficace del sistema giudiziario al fine di garantire la qualità del prodotto". Nelle principali conclusioni e raccomandazioni: "b) La qualità delle decisioni giudiziarie è condizionata dall'attribuzione, a ciascun sistema giudiziario, di risorse umane, di bilancio e materiali adeguate (...)".

¹⁰ V. anche CARRATA, *Le "condizioni di ammissibilità" del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 726, che mette in rilievo come il legislatore abbia così voluto introdurre nel nostro ordinamento processuale i criteri indubbiamente nuovi dell'elasticità e della proporzionalità; DE CRISTOFARO, in *Codice di procedura civile commentato. La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, diretto da Consolo, Assago, 2012, p. 31. Per OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 733, la *ratio* del nuovo rito è offrire un percorso procedurale semplificato per le controversie semplici sul piano dei necessari accertamenti istruttori, un'ottica di razionalizzazione delle risorse della giustizia.

¹¹ In materia di semplificazione delle regole processuali, con riferimento a ogni tipo di procedimento, v. BIAVATI, *Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile, la prospettiva italiana*, in *I Coloquio Brasil – Italia de direito processual civil*, a cura di Zufelato, Bonato, Mendonça Sica, Batista Cintra, Salvador de Bahia, 2016, p. 209, il quale osserva che la semplificazione non si identifica con la sommarietà ma è una nozione che si deve predicare di ogni tipo di procedimento. Un processo semplificato è un rito che, senza rinunciare a nulla del suo livello di garanzie, si libera di tutto ciò che non è direttamente necessario in vista del risultato da conseguire. La semplificazione si associa, pur non supponendola necessariamente, alla flessibilità. Per BIAVATI, *Tendenze recenti della giustizia civile in Europa*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 537, la semplificazione non è un modello unitario, ma una tendenza che ha ricadute diverse e non omologabili nei diversi ordinamenti: si deve comunque eliminare ciò che nel processo non è essenziale.

Il legislatore italiano ha, peraltro, introdotto il rito sommario con l'ennesimo intervento chirurgico sul corpo martoriato di un codice di rito ormai senza identità, al di fuori di ogni riforma sistemica. Manca infatti nel nostro ordinamento un *overriding principle*, qualsiasi enunciazione generale del valore della proporzionalità come principio direttivo della regolazione del processo. Da questo punto di vista, l'esperienza comparatistica è stata totalmente ignorata da un legislatore "d'emergenza", più interessato a dare l'idea del "cambiamento" che a produrre riforme degne di questo nome.

Con la stessa apparente "improvvisazione", il legislatore del 2014 ha poi introdotto il mutamento di binario istruttorio nell'ambito del processo ordinario, con il nuovo art. 183-*bis* c.p.c.

Il risultato di tale duplice intervento è di avere oggi due diversi modelli procedimentali, instaurati con atti diversi (citazione e ricorso), sulla base di una normativa diversificata che però prevedono alla prima udienza uno snodo comune (necessario nel rito sommario, facoltativo nel rito ordinario), nel quale il giudice deve valutare la complessità della controversia al fine di scegliere la forma di istruttoria più adeguata al caso concreto. Al termine di tale analisi, il giudice può fare passare la causa instaurata con il rito sommario all'istruttoria ordinaria e viceversa.

Si può dunque affermare, almeno in linea teorica, che, nelle cause di competenza del giudice monocratico del Tribunale sia previsto, *in limine litis*, uno snodo procedimentale relativo alla scelta del binario istruttorio su cui fare proseguire la lite. Anche in Italia, dunque, si può prospettare la sussistenza di un equivalente dei *tracks* inglesi o dei *circuits* francesi.

Se a tale schema base si aggiunge il diffuso utilizzo degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie da un lato e del calendario istruttorio dall'altro, il confronto con le recenti riforme di altri ordinamenti vicini al nostro diviene meno azzardato.

Come si è evinto dall'analisi compiuta nel Capitolo primo, in effetti, le principali riforme processuali dell'epoca contemporanea hanno come elemento comune la tendenza a ritagliare sulla singola lite la disciplina processuale più adeguata, senza adottare schemi formali rigidi e ingessati e soprattutto senza prevedere in astratto

una pluralità di riti diversi¹². In particolare, seppure con modalità diverse, nella fase iniziale del processo, si individua un momento di incontro tra giudice e parti dedicato alla definizione del percorso procedimentale più adatto alla specifica controversia, all'insegna della flessibilità, dell'utilizzo proporzionale delle risorse e degli schemi formali¹³, della collaborazione tra i soggetti del processo¹⁴.

¹² V. TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 131 ss., per il quale (p. 133) il tema è quello della differenziazione non dei riti ma dei modelli di trattazione. L'a., p. 136, evidenzia come la differenziazione adottata dai legislatori di riforma europei sposti l'attenzione sul versante processuale: in quest'ottica, non importa predisporre un rito che si presenti come astrattamente idoneo a offrire una tutela effettiva per una data classe di liti, quanto predisporre un modello di processo dalla disciplina formale elastica, ovvero capace di adattarsi alle caratteristiche concrete della singola controversia, anche indipendentemente dalla tipologia del diritto fatto valere, con la conseguenza che la differenziazione del rito avviene durante lo svolgimento del processo e non prima che esso inizi. A p. 140 si osserva che il nostro legislatore non ha ritenuto che i poteri direttivi del giudice si possano estrinsecare fino al punto di disegnare per intero la sequenza temporale che si appalesa la più idonea con riferimento alla quale lo stesso è investito. V. anche GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 178. Anche le riforme più recenti non hanno considerato l'opzione di un nuovo rito "elastico", con l'introduzione di un modello tendenzialmente unico di processo di cognizione, destinato a svilupparsi, dopo la proposizione della domanda e il deposito della difesa del convenuto, su binari diversificati in base alle caratteristiche della fattispecie. Per una prospettiva di questo tipo *de iure condendo* in Italia, v. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 221, a c. 224, per il quale un riordino dei riti oggi esistenti dovrebbe puntare sulla generalizzazione del rito ordinario modellato in modo differente a seconda della complessità in concreto della singola controversia.

¹³ Per una posizione scettica sulla possibilità del giudice di applicare il principio di proporzionalità, non avendo egli i mezzi, le informazioni adeguate e il ruolo per sovrintendere a una allocazione efficiente e proporzionata di una risorsa scarsa, v. però PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la "proportionate justice"*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1458, a p. 1481, il quale ritiene, p. 1487, preferibile che in Italia il legislatore non recepisca il principio di proporzionalità di stampo wolfiano.

¹⁴ V. anche TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di SCARSELLI, Napoli, 2010, p. 182, per il quale la tendenza evolutiva dei sistemi processuali contemporanei va verso l'adozione di uno

Anche nel nostro sistema processuale, a ben vedere, è oggi prevista, per la maggior parte delle controversie relative a diritti disponibili una fase pre-giudiziale di “filtro”, nella quale le parti debbono attivarsi per cercare una soluzione conciliata della loro controversie.

Dopo l'instaurazione del processo, si svolge una prima udienza di “smistamento”, per instradare la causa sul binario istruttorio più adeguato.

In apertura della fase istruttoria, poi, il giudice “calendarizza” lo sviluppo ulteriore del procedimento, per scandire in modo più ordinato e prevedibile l'iter delle attività.

Ci troviamo, dunque, di fronte a uno “scheletro” se non a un “embrione” di *case management*¹⁵, probabilmente assemblato in modo non del tutto consapevole dal legislatore eppure dotato di una sua coerenza, pur nelle contraddizioni di un sistema che, come si è ampiamente visto, prevede due diverse modalità di introduzione del procedimento di cognizione, con la possibilità che l'uno modello processuale si trasformi nell'altro e viceversa¹⁶.

schema procedimentale a due fasi, l'una destinata alla preparazione (ed eventuale risoluzione anticipata della causa) l'altra destinata all'assunzione delle prove e alla decisione. Si cerca di garantire la funzionalità all'organizzazione del processo.

¹⁵ V. anche BIAVATI, *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2168, a p. 2169, che afferma che il sommario introduca un accenno al *case management* britannico e apre all'esigenza di una corretta proporzionalità fra forze a disposizione e risultati da conseguire; TURATTO, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 741, che evidenzia la piena intercomunicabilità tra il modello di trattazione ordinaria e il modello di trattazione sommaria realizzata nel 2014: si parla di apertura dell'ordinamento all'idea del processo modulare ed elastico. MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1102, che parla dell'udienza sommaria come “*case management conference*”.

¹⁶ A ben vedere, dopo l'introduzione dell'art. 183-bis c.p.c. si potrebbe revocare in dubbio l'effettiva utilità di continuare a prevedere un'autonoma regolamentazione del rito sommario di cognizione, dal momento che al medesimo risultato (ovvero l'istruzione sommaria della causa) si può oggi arrivare per la strada maestra dell'atto di citazione ex artt. 163 ss. c.p.c. Come osserva MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 917, a p. 926, il nuovo art. 183-bis c.p.c. configura la piena fungibilità tra processo ordinario e sommario.

Siamo ancora ben lontani da una forma strutturata e organica di *case management*¹⁷. Proprio per le sue evidenti contraddizioni e i suoi limiti, lo si può considerare un *case management* all'italiana, nel senso più deteriore del termine: approssimativo, decontestualizzato, velleitario e, soprattutto, affidato alla buona volontà e alla iniziativa dei singoli.

4. *Prospettive di riforma: dalla Commissione Vaccarella al disegno di legge delega per la generalizzazione del rito sommario. Sulla compatibilità costituzionale dell'istruttoria sommaria semplificata*

Un legislatore che avesse un progetto, a questo punto, avrebbe l'occasione per una revisione sistematica del procedimento di cognizione, valorizzando i profili tratteggiati sin qui (e in particolare il principio di flessibilità), come prospettato da molti studiosi del processo civile. Anche in Italia, in effetti, si è da più parti preconizzata una riforma strutturale che introducesse maggiore flessibilità nel sistema processuale¹⁸. In particolare, in questo senso si è indirizzata la

¹⁷ TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 497, peraltro, ne parla in termini di embrione di *case management* nel nostro sistema processuale. Vi sono ipotesi in cui, in effetti, tale pronostico appare agevole: così potrà avvenire, per esempio, valorizzando il ruolo del principio di contestazione specifica introdotto nell'art. 115 c.p.c. (per una fattispecie, Trib. Reggio Emilia, 13 maggio 2016, ord., in *La nuova proc. civ.*, 15 giugno 2016) o in caso di contumacia della controparte, ovvero di lite "documentale". In effetti, qualora il convenuto non contesti i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, oppure non partecipi al contraddittorio, il giudice, dalla semplice lettura della citazione ed (eventualmente) della comparsa di costituzione, può effettuare il suo pronostico di semplicità istruttoria della lite. Come si è evidenziato anche nel paragrafo precedente, inoltre, un certo ruolo potrà avere il potere del giudice di chiedere alle parti, in prima udienza, i chiarimenti ritenuti opportuni anche in merito ai fatti effettivamente contestati e ai mezzi di prova che le parti hanno in animo di richiedere per il relativo accertamento.

¹⁸ V. per esempio BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 715, a p. 728 ss.; DONZELLI, *Sul "giusto processo" civile "regolato dalla legge"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 951, p. 960, per il quale, in una prospettiva *de iure condendo* emerge l'esigenza di predisporre un unico processo idoneo ad adattarsi al-

Commissione ministeriale costituita con D.M. 28 giugno – 4 luglio 2013 e presieduta dal prof. Romano Vaccarella, chiamata a elaborare proposte di interventi sul processo civile e sulla mediazione. Nella Relazione di accompagnamento all'articolato redatto all'esito dei lavori di tale Commissione, al par. 2, pp. 4 ss., ci si esprime a favore del superamento della “*anchilosata rigidità dell'attuale disciplina*”, da sostituire con una che, per la sua flessibilità, sia capace di modellarsi sulle esigenze della singola controversia. La disciplina proposta, in particolare, “*intende essere flessibile e adeguata alle peculiarità ed esigenze di cogliere ab initio le questioni più rilevanti e/o decisive*”¹⁹.

Anche il progetto di riforma del codice di rito recentemente proposto da Proto Pisani²⁰ configura un doppio binario per le contro-

la complessità concreta della controversia mediante l'attribuzione al g di poteri di gestione del processo da esercitarsi previa provocazione del contraddittorio, l'indicazione analitica delle questioni di cui tener conto ai fini del corretto esercizio dei suddetti poteri, la predisposizione di distinti percorsi processuali predeterminati.

¹⁹ In particolare, si prevede un nuovo art. 167, con un paragrafo IV che anticipa a dieci giorni prima dell'udienza lo *ius corrigendi* dell'attore che oggi può svolgere in prima udienza. La proposta di nuovo art. 183, comma IV, prevede che, alla prima udienza, il giudice, sentite le parti, valutata la complessità della lite o degli accertamenti istruttori già richiesti, possa invitare le parti a indicare in udienza i mezzi di prova ulteriori, ivi compresi i documenti e la relativa prova contraria, fissando una nuova udienza per l'assunzione delle prove ammissibili e rilevanti. In questo caso, in base al comma V della norma, chiusa l'istruzione, il giudice invita le parti nella stessa udienza a precisare le conclusioni e decide *ex art. 281 quinquies e sexies*. In base al paragrafo VI, solo se la complessità della causa non consente di procedere in questo modo, dovrebbero essere concessi i termini per completare le richieste istruttorie. Da tale proposta è scaturito il nuovo art. 183-*bis* c.p.c.

²⁰ PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1: tale progetto prevede fasi preparatorie differenziate a seconda che il giudice nella prima udienza qualifichi la controversia come semplice o complessa e l'eliminazione di tutti i riti speciali a cognizione piena, con alcune eccezioni (lavoro, locazione, minori). Il processo di cognizione piena di primo grado si instaura con ricorso, il convenuto si costituisce prima dell'udienza, a pena di preclusioni. Si prevedono la chiusura semplificata del processo in prima udienza in caso di contumacia, la non contestazione, il riconoscimento del diritto. I processi sommari sono solo quelli monitori (processi sommari giustificati da esigenze di economia processuale) e sommari giustificati da ragioni d'urgenza.

Più nel dettaglio di alcune proposte rilevanti nel nostro contesto:

- art. 2.19: tra le attività della prima udienza di trattazione, si prevedono l'interrogatorio libero parti, la richiesta di chiarimenti da parte del giudice e l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio;

versie semplici e per quelle complesse. In particolare, all'art. 2.22, si prevede che la determinazione al riguardo sia compiuta dal giudice in base alla entità e qualità dei fatti controversi o comunque da provare e alle esigenze di trattazione. Per l'art. 2.23, poi, rispetto alle controversie semplici, si propone di indicare in udienza i mezzi di prova e le prove contrarie (anche con la concessione di un termine di 10 giorni per una memoria appunto su tali prove contrarie). Le scansioni procedurali prevedono poi un'udienza per l'assunzione delle prove, una discussione orale, la lettura del dispositivo in udienza e, se possibile, di una concisa motivazione, con la possibilità di depositare comparse su richiesta di una delle parti²¹.

E però, nonostante tali autorevoli prese di posizione, all'orizzonte si prospettano panorami tutt'altro che tranquillizzanti.

Il riferimento, in particolare, è al disegno di legge delega "recante disposizioni per l'efficienza del processo civile", presentato alla Camera dei deputati l'11 marzo 2015 (n. 2953), approvato nel

- art. 2.21: decisione immediata se i fatti controversi risultano tutti provati documentalmente;

- art. 2.22: si distingue tra controversie semplici e controversie complesse, in base alla entità e qualità dei fatti controversi, o comunque da provare, e alle esigenze di trattazione;

- art. 2.23: per le controversie semplici, nella stessa udienza si indicano i mezzi di prova, compresi i documenti e la relativa prova contraria, e si fissa nuova udienza per l'assunzione prove. Se richiesto da una parte, il giudice concede termine di dieci giorni per la formulazione della prova contraria. Di norma, dopo la precisazione delle conclusioni, si svolge la discussione orale della causa e viene pronunciata sentenza. A richiesta, può però essere concesso termine per difese scritte;

- art. 2.24: nelle controversie complesse, si fissa un'udienza udienza, con termine intermedio per memorie istruttorie.

Su tale progetto di codice v. CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1297 ss., il quale evidenzia come la scelta del binario procedurale dovrebbe derivare dalla collaborazione tra i difensori delle parti e il giudice, da un contatto e colloquio tra loro e non da una scelta autoritativa del giudice; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 56.

²¹ Delle controversie complesse si occupa invece 2.24 ss. Va peraltro aggiunto che in ampi settori della dottrina si caldeggia l'introduzione di una nuova forma generale di tutela sommaria esecutiva: MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 198 ss., il quale auspica l'introduzione di una forma generale di tutela sommaria esecutiva, provvisoria e senza giudicato, atipica e rispetto alla quale sia irrilevante il *periculum in mora*, da concedere sulla base di una cognizione sommaria circa la sussistenza della pretesa sostanziale fatta valere.

novembre 2016 al Senato (atto n. 2284)²² e “naufragato” con la fine della legislatura nel dicembre 2017.

In tale disegno di legge, all'art. 2, comma 4°, si prevedeva la collocazione del procedimento sommario di cognizione, ridenominato “rito semplificato di cognizione di primo grado”, all'interno del libro secondo del codice di rito e la sua “promozione” a rito obbligatorio per le cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica, esclusi i procedimenti disciplinati dal rito del lavoro (con la precisazione che il disegno di legge delega prospettava pure una riduzione delle liti di competenza collegiale, “in ragione dell’oggettiva complessità giuridica e della rilevanza economico-sociale”). In particolare, si disponeva che l’udienza di comparizione delle parti fosse fissata in un congruo termine, comunque non superiore a tre mesi, e si assegnava al giudice, nel rispetto del principio del contraddittorio, la facoltà di fissare termini perentori per la precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni delle conclusioni, tenuto conto delle domande e delle eccezioni proposte dalle altre parti, nonché per l’indicazione dei mezzi di prova diretta e contraria e per le produzioni documentali, escludendo il potere del giudice di disporre il passaggio al rito ordinario. Al comma 9° si specificava che il rito semplificato di cognizione di primo grado avrebbe dovuto essere definito con sentenza, contenente una concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Per contro, ai sensi del comma 5°, il rito ordinario di cognizione sarebbe rimasto obbligatorio per le cause collegiali, escludendo il potere del giudice di disporre il passaggio al procedimento sommario di cognizione. Il disegno di legge delega, peraltro, prevedeva pure una ridefinizione dei rapporti tra giudice monocratico e collegio, con la previsione (art. 2, comma 3°) di una modifica dei “casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, in considerazione

²² Per alcuni rilievi critici v. BOVE, *Processo civile, delega eccessiva e direzione oscura*, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 15, p. 10, che evidenzia, tra le altre cose, la “totale genericità della delega”. Scettico sulla possibilità di ridurre i tempi del processo con una generalizzata applicazione del rito sommario, BALENA, *Alla ricerca del processo ideale, tra regole e discrezionalità*, relazione al Congresso nazionale dell’Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, Padova, 29 settembre 2017, p. 3.

dell'oggettiva complessità giuridica e della rilevanza economico-sociale delle controversie". Intuitivamente, una simile disposizione preconizzava una ulteriore riduzione delle controversie di competenza collegiale, in questo modo limitando l'applicazione del rito ordinario a una percentuale minima delle liti.

Il quadro su cui il Governo sarebbe stato chiamato a dettare la disciplina delegata si completava, per quanto ci interessa qui, con il comma 6°, nel quale si prefigurava l'estensione del modello sommario della "semplificazione" (d. legis. n. 150 del 2011), anche ai procedimenti speciali disciplinati dal codice di rito, dal codice di rito e dalle leggi speciali, a esclusione, in sostanza, delle liti complesse e per cui è prevista una competenza collegiale.

5. *(Segue): le proposte di emendamento alla legge sul bilancio*

La fine della legislatura, come si è detto, ha però impedito l'approvazione della legge delega di cui si sono passati in rassegna i punti per noi salienti.

Ma proprio in finale di legislatura non sono mancati i colpi di scena, con due successivi tentativi di inserire all'interno della legge di bilancio, in approvazione nel dicembre 2017, un emendamento dedicato alla riforma del processo civile di primo grado.

In entrambi in casi, in sostanza, si proponeva di introdurre, come rito generale delle controversie di competenza del Tribunale in composizione monocratica, il rito sommario di cognizione, modificato nel senso di non prevedere il passaggio al binario ordinario.

Il primo tentativo è avvenuto con la proposta di emendamento da parte del senatore Viceconte (un medico) nel senso di prevedere una riforma degli artt. 281-*bis* ss. c.p.c., sul procedimento avanti al Tribunale in composizione monocratica. In particolare, nella proposta di nuovo art. 281-*ter* c.p.c., si riproduceva, in sostanza, il testo dell'attuale art. 702-*bis* c.p.c., mentre, nell'art. 281-*quater*, al comma 2°, si stabiliva che, in prima udienza, il giudice, sentite le parti, ammettesse i mezzi di prova proposti e, "omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del

provvedimento richiesto”. La decisione finale avrebbe dovuto essere presa con sentenza emessa a norma dell’art. 281-*sexies* c.p.c.

La proposizione di tale emendamento ha avuto una immediata eco negli organi di stampa. Il 26 novembre, il quotidiano Sole24Ore, al riguardo, titolava “*Processi civili lumaca, un emendamento dimezza la durata*”²⁵. L’articolo, con tono enfatico, esordiva: “*Una cura da cavallo per il processo civile. In grado di tagliarne drasticamente i tempi. E con effetti tali da fare passare l’Italia, nella classifica Doing Business, sui termini di durata dei giudizi, dalla 111esima posizione alla 42esima*”.

Non è dato sapere chi e con quali criteri abbia formulato una così ottimistica previsione. È però interessante notare come la riforma del processo civile non fosse messa in relazione a un miglioramento del servizio giustizia per il cittadino, bensì al tentativo di “scalare” la classifica del *Doing Business*, che non è esattamente la stessa cosa.

D’altro canto, faceva sorgere più di una perplessità il fatto che una riforma così invasiva fosse inserita, quasi di soppiatto, come emendamento, nella legge di bilancio (ancora un legame tra processo civile ed economia...), senza alcun dibattito o confronto. Sul piano dei contenuti, poi, la generalizzazione, per la grande massa dei contenziosi civili, di un processo sostanzialmente deregolato, senza possibilità di passaggio al rito ordinario si esponeva a forti critiche.

In effetti, immediatamente dopo la diffusione della notizia, si è registrata una levata di scudi da parte dal Consiglio Nazionale Forense, dell’Associazione nazionale forense e anche dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, tutti fortemente contrari all’emendamento Viceconte. Di fronte a tale ferma reazione degli operati e degli studiosi del processo civile, l’emendamento è stato repentinamente ritirato.

Ma l’assalto alla diligenza del processo civile non era ancora terminato. A distanza di pochi giorni, infatti, una nuova proposta di emendamento alla legge di bilancio veniva avanzata, questa volta

²⁵ Articolo reperibile al link <http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2017-11-25/cause-civili-riforma-taglia-tempi-221452.shtml?uuid=AE5GkPID>.

dal senatore Bazoli (avvocato), dai contenuti sostanzialmente identici alla precedente.

Anche qui, infatti, si proponeva di generalizzare il rito sommario per i processi di primo grado avanti al Tribunale in composizione monocratica, senza possibilità di passare al rito ordinario.

In questa versione, peraltro, l'art. 281-*quater* era più "strutturato" e avrebbe previsto, al comma 2°, alla stessa udienza, che il giudice ammettesse i documenti e i mezzi di prova che le parti non avessero potuto proporre prima, assicurando il diritto della controparte a dedurre le prove che si rendano necessarie in relazione a quelle ammesse.

La proposta di nuova norma si chiudeva con la previsione "Le udienze di mero rinvio sono vietate".

Prevedibilmente, anche questa proposta è caduta sotto il fuoco incrociato delle critiche degli addetti ai lavori con un repentino ritiro dell'emendamento.

Per la legislatura appena conclusasi, dunque, il processo civile non corre ulteriori rischi e vi è solo da sperare che, nella nuova legislatura, simili progetti non vengano riesumati.

6. *Una critica alla "deregulation" della giustizia civile*

Tutte le più recenti proposte normative, come si è visto, hanno un elemento comune, ovvero la generale "sommarrizzazione" del procedimento di cognizione di competenza del giudice monocratico, una semplificazione estrema delle regole processuali, rimesse totalmente alla determinazione del giudice stesso.

Nonostante alcune apparenti assonanze, tali progetti hanno ben poco in comune con l'idea di "semplificazione" del processo civile che si sta cercando di enucleare in queste pagine. Essi, anzi, mi suscitano più di una preoccupazione perché sembrano scaturire da una sorta di "insofferenza" per la regola processuale, intesa come inutile orpello che ritarda i tempi per la decisione. Lasciare al giudice la disciplina del processo nel caso concreto vuol dire abdicare a ogni tentativo di "governare" le dinamiche processuali nel rispetto di regole fondamentali irrinunciabili e con poca o nessuna attenzio-

ne per istituti processuali fondamentali connotati da una intrinseca (e insuperabile) complessità derivante dalla necessità di tradurre in schemi formali la complessità dei rapporti sostanziali sottesi alla lite giudiziale.

Particolarmente preoccupante appare il tentativo (di fonte parlamentare ma, a quanto pare, con l'avallo del Governo) di attuare tale riforma con un vero colpo di mano.

Come l'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile ha evidenziato nel suo comunicato inviato, tra gli altri, al Ministro della giustizia Orlando, a seguito della proposizione dell'“emendamento Viceconte”, *“il metodo seguito nel legiferare non può che suscitare sconcerto, fondandosi su iniziative estemporanee dalle quali emerge la sostanziale mancanza di riflessione su problemi seri e la totale autoreferenzialità di gran parte della classe politica, sempre più lontana dalla realtà delle cose, nonché dall'esigenza di curare con effettività il bene comune”*.

In tale comunicato, peraltro, anche e soprattutto il merito della proposta viene aspramente criticato. Si legge, infatti, al riguardo: *“(...) la sommarizzazione del processo civile che si prospetta altera del tutto il rapporto (...) tra giudice e legislatore, vulnerando irrimediabilmente il principio di legalità nell'ambito dell'attività giurisdizionale. Abbandonare un sistema di precostituzione per legge delle regole del gioco significa caricare di responsabilità improprio il giudice ed esporre gli utenti della giustizia civile al rischio di essere abbandonati a possibili diseguaglianze”*. Più nel dettaglio, inoltre, si stigmatizza *“la totale disattenzione, che l'emendamento rivela, rispetto ad alcuni snodi centrali del giudizio, quali quello attinente all'equilibrio dei poteri tra parti e giudice, nonché quello attinente alla certezza dei tempi entro i quali le parti possono esercitare la loro facoltà di domandare, allegare, sollevare questioni e fare istanze istruttorie”*.

Per quanto riguarda più in particolare l'oggetto di questo studio, le recenti proposte appaiono andare in totale controtendenza rispetto agli ordinamenti stranieri esaminati all'inizio dell'opera.

A una inflessibile rigidità si cerca di contrapporre una altrettanto inflessibile sommarietà, senza alcuna mediazione o meditazione e senza valorizzare in alcun modo principi generali di assoluta rilevan-

za nelle esperienze di molti ordinamenti stranieri²⁴. Da un sistema che proponeva un modello processuale analiticamente dettagliato a prescindere dalle caratteristiche del caso concreto, si prospetta il passaggio a un modello in cui le cause di competenza del giudice monocratico sono presuntivamente semplici e dunque per definizione idonee a essere istruite in modo sommario. E si tratta di una presunzione assoluta, perché non tollera deroghe o eccezioni.

Tutto questo senza nemmeno preoccuparsi di chiarire quale possa essere il ruolo dei difensori delle parti in questo contesto o il loro rapporto con il giudicante e senza alcun approfondimento circa la compatibilità tra questo procedimento totalmente destrutturato e l'applicazione di molti fondamentali istituti processuali che trovano nel codice analitica disciplina²⁵.

Per meglio comprendere le implicazioni di quanto precede, mi pare utile rievocare l'analisi compiuta nel Capitolo decimo circa la compatibilità dell'istruttoria sommaria con istituti quali la chiamata di terzo in causa da parte dell'attore, la proposizione di una *reconventio reconventionis*, la sospensione del procedimento per pregiudizialità, la chiamata di terzo per ordine del giudice, e così via. In quella sede, il dubbio che si poneva era se, in caso di applicazione di uno di questi istituti, il procedimento potesse continuare a essere istruito in modo sommario o dovesse essere convertito in rito ordinario.

Mai, però, si è messo in dubbio che, al sussistere dei presupposti di legge, per esempio, un attore sia legittimato a proporre una nuova domanda "dipendente" dalle difese del convenuto, potendosi, al limite, discutere delle implicazioni di tale proposizione sulle modalità di prosecuzione dell'istruttoria.

²⁴ Molto critici, a questo riguardo, i rilievi di SCARSELLI, *Abolizione del processo civile? (contro il progetto che fa del rito sommario la regola generale di cognizione dei diritti civili)*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 315, per cui "se procedere nel modo che (il giudice) ritiene più opportuno diventa la regola del giudizio (...) siamo all'abolizione dello stesso processo, alla fine del diritto processuale civile".

²⁵ SCARSELLI, *op. cit.*, c. 317. Per alcune critiche al disegno di legge delega formulate dal Consiglio nazionale forense, v. le Proposte di emendamenti del Consiglio nazionale forense, d'intesa con l'Organismo congressuale forense e l'Unione delle camere civili, del febbraio 2017, in particolare, p. 4 ss.

Ma in un procedimento semplificato che per definizione non può avere un mutamento di binario istruttorio, la questione rischia di porsi in termini molto diversi, ovvero la non applicazione dell'istituto in questione ove ritenuto incompatibile con le (esasperate) esigenze di accelerazione e semplificazione dell'*iter* processuale sottese a un modello sommario generalizzato.

Una prospettiva di questo tipo è chiaramente pericolosa e non accettabile.

La semplificazione del processo non può mettere in discussione i principi del giusto processo e gli istituti cardine su cui si impernia l'attuazione dinamica della funzione giurisdizionale. L'applicazione degli istituti nei quali prendono corpo i principi del giusto processo non può essere messa in discussione o sacrificata sull'altare di una semplificazione spregiudicata e senza regole.

Né l'attribuzione di poteri discrezionali al giudice nella conduzione del processo può implicare la compressione o la negazione dei diritti di azione e di difesa, come si è ampiamente argomentato in queste pagine. La discrezione non può toccare il "se" di un'attività processuale che rappresenti l'attuazione di tali principi fondamentali, ma, semmai il "come" o il "quando", nei termini che si è cercato di definire qui.

Le proposte qui criticate, in effetti, non sembrano minimamente sfiorate dal dibattito di cui si è dato ampiamente conto nelle pagine precedenti circa la compatibilità tra modelli di procedimenti decisori sommari e principi costituzionali del giusto processo.

Nella proposta di legge delega, il comma 2° dell'art. 2 enuncia, come obiettivi della riforma delegata al Governo, "*assicurare la semplicità, la concentrazione e l'effettività della tutela e garantire la ragionevole durata del processo*". Nessuna menzione è fatta ai principi di flessibilità e di proporzionalità, per quanto li si possa ritenere immanenti alla nozione di "semplicità".

Soprattutto (ed è questa la principale differenza rispetto all'impostazione di questo studio), non si valorizza in alcun modo il principio di collaborazione tra le parti e il giudice, proponendo il tradizionale ruolo del giudice di dirigere il procedimento, con l'attribuzione del potere di assegnare termini perentori.

Nelle due proposte di emendamento alla legge sul bilancio, poi, a parte un generico richiamo del principio del contraddittorio, altro non viene detto a questo riguardo. Anzi, la situazione viene, per così dire aggravata dalla previsione, negli emendamenti poi ritirati, di un appello chiuso anche alle nuove prove indispensabili dopo un primo grado sommario.

Il legislatore, insomma, continua a ragionare in termini “generalmente e astratti”, richiedendo di individuare le cause “ontologicamente” complesse, da attribuire alla competenza collegiale, escludendo una valutazione “caso per caso”. Anzi, nell’introdurre un “rito semplificato”, il disegno di legge aborrisce un approccio “flessibile”, separando in modo ultrarigido le cause “semplici” attribuite al giudice monocratico e soggette a un rito meno strutturato, da quelle più complesse, di competenza del collegio, senza prevedere e anzi espressamente escludendo qualsiasi possibilità di cambio di binario istruttorio.

A livello di politica normativa generale, infine, si deve prendere atto che il legislatore processuale continua a considerare l’istruttoria sommaria in quanto semplificata la chiave di volta per l’uscita dalla pluridecennale crisi della giustizia civile²⁶. A parte gli eccessi di tale sommarizzazione, l’osservatore resta sconcertato di fronte alla persistente incapacità di comprendere che le sole riforme delle regole processuali non possono bastare, da sole e a costo zero, a risolvere il problema della durata dei processi e dello smaltimento dell’arretrato. Errare è umano, pare, ma senz’altro perseverare è diabolico.

7. *Una personale prospettiva de iure condendo*

Giunto a questo punto della trattazione, chi scrive non può che domandarsi quale, se non le proposte appena criticate, potrebbe essere un auspicabile intervento *de iure condendo* nell’ambito del processo civile di primo grado.

²⁶ SCARSELLI, *op. cit.*, c. 214 qualifica “paradossale” il favore del legislatore verso il rito sommario.

Immaginare riforme processuali è sovente un esercizio in futilità. E però, in questo momento storico, lo studioso non può sottrarsi all'invito di Remo Caponi²⁷ di “*dimostrare che lo studio del diritto processuale può avere un senso solo se è consapevole che ogni scelta tecnica si inserisce quasi sempre in un contesto più ampio*”.

Si tratta, a mio avviso, di reagire costruttivamente a un sistema che ha come parola d'ordine la semplificazione come opposizione a un non meglio definito “formalismo procedurale” e per garantire “efficienza” al processo²⁸.

Questo movimento di pensiero è cominciato alle soglie del nuovo millennio con lo studio di alcuni economisti e finanziato dalla Banca mondiale e dalla Yale School of management, appunto sul formalismo processuale e sulla qualità giudiziaria. Tale studio giunge a concludere che il formalismo processuale sarebbe più elevato nei paesi con una tradizione socialista o francese (come l'Italia) e più ridotto in paesi di tradizione giuridica inglese, che a un alto livello di formalismo sarebbe associata un minore qualità delle decisioni e che dunque, a livello di *policy*, il formalismo dovrebbe essere ridotto.

Questo studio è stato oggetto di (fondate) critiche, rispetto sia alle ipotesi di attività processuale prese come campione (invero di dubbia rilevanza qualificatoria generale, come lo sfratto di un inquilino e l'incasso di un assegno), sia ai fattori considerati e alle doman-

²⁷ CAPONI, *Doing business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 10 ss.

²⁸ Analoghe considerazioni, e comunque una reazione al disegno di legge AS 2284 di cui si parla nel testo, considerato “assolutamente inadeguato”, hanno ispirato un'ulteriore proposta di articolato normativo da parte di PAPARO, MONNINI, PROTO PISANI, ZAMPETTI, *Intervento di “pronto soccorso” per un processo (...un po' più...) civile*, in *Foro it.*, 2017, V, 208 ss. Tale proposta di elaborato presenta alcuni punti di contatto con quella qui da me formulata (in termini peraltro molto più generici), per esempio, la previsione della chiusura semplificata del processo in caso di contumacia o non opposizione del convenuto. Molte, peraltro, sono le differenze: la proposta di elaborato, in particolare, mette l'accento sulla fase preparatoria del processo, con l'accertamento “prima che inizi il processo” dei fatti incerti “tramite l'acquisizione di dichiarazioni testimoniali di terzi, di consulenze tecniche stragiudiziali e di esibizione stragiudiziale di documenti”. In questo contesto, d'altro canto, il processo sommario sarebbe limitato ai casi di “prova dei fatti costitutivi e valutazione sommaria di manifesta infondatezza delle difese del convenuto”, con la previsione di un “processo sommario di condanna con riserva della difesa del convenuto”.

de a essi relative, nonché, più in generale, alle “famiglie giuridiche” utilizzate come criterio di aggregazione degli ordinamenti esaminati e allo stesso concetto di “formalismo” preso in esame²⁹.

Come è stato messo in evidenza, il modello “del vicino” preso come riferimento dallo studio della Banca mondiale per “misurare” il livello di formalismo di un ordinamento appare in realtà inadatto e inappropriato³⁰. Tale modello, peraltro, tradisce l'impostazione di fondo di questo movimento “neoliberista”: ovvero l'idea che la soluzione delle controversie dovrebbe essere attuata senza bisogno di competenze giuridiche specifiche, di intervento di avvocati, di utilizzo di difese scritte o di vincoli processuali, di ricorso alle impugnazioni³¹. Un processo senza diritto processuale, in sostanza, in cui le regole formali non sono viste come “garanzia” ma come pesi da cui ci si deve liberare.

Una simile impostazione viene ritenuta la più rispondente a non meglio definiti criteri di efficienza processuale ma, almeno a parere di chi scrive, ha ben poco a che fare con l'utilizzo del processo come strumento per amministrare giustizia³².

Negli anni successivi, peraltro, questo approccio economico “quantitativo” alla “semplificazione” del processo ha preso piede e si è concretizzato in rapporti annuali Doing business e, per quanto riguarda l'Europa, con la presentazione di rapporti biennali della Commissione europea per l'efficienza della giustizia³³.

L'Italia, nello studio della Banca mondiale, è identificata come uno degli ordinamenti con il più alto livello di formalismo processua-

²⁹ V., per maggiori approfondimenti, KERN, *Justice between simplification and formalism*, Tubinga, 2007. In particolare, a p. 57, l'a. osserva: “the Study employs a one-dimensional concept of formalism. This concept basically takes any constraint and any mandatory rule as formalism without regard to a possible justification of such a restriction”.

³⁰ V. KERN, *op. cit.*, p. 45 ss., il quale, p. 48, conclude: “There is no straight line from informal neighborly dispute resolution to our civile procedure system”.

³¹ V. CAPONI, *Doing business come scopo della giustizia civile?*, cit., c. 10 ss.

³² D'altra parte, la dichiarata preoccupazione degli autori dello studio non è il diritto processuale civile in quanto tale, ma “the security of property and the enforcement of contracts [which] are essential for investment, trade and ultimately economic growth to come about”: v. KERN, *op. cit.*, p. 120.

³³ V. in materia CAPONI, *op. cit.*, c. 10 ss., che evidenzia il rapporto tra richiesta di riforme dei sistemi giudiziari e obiettivo della crescita economica.

le (con valori significativamente più elevati non solo della media dei paesi di tradizione giuridica inglese – ovvero quelli con la migliore “performance” in termini di efficienza quantitativa – ma anche della media dei paesi di tradizione giuridica francese tra i quali il nostro paese è inserito). Il nostro legislatore, dunque, si è sentito tenuto a perseguire la proposta di semplificazione delle forme avanzata nello Studio (e nei successivi rapporti Doing business), facendo proprio l’approccio “neoliberista” sotteso a tali elaborati³⁴. I risultati sono sotto gli occhi di tutti e ne abbiamo parlato ampiamente in queste pagine. Rientrano, in particolare, in questa spregiudicata campagna di ripudio di ogni regola processuale, in quanto espressione di “formalismo” contrario agli interessi dello sviluppo economico, la proposta di legge delega (fortunatamente) naufragata per la fine della legislatura e le due proposte di emendamento alla legge di bilancio (fortunatamente) stralciate, di cui ho dato conto *supra*. In tali interventi, in effetti, la “semplificazione” del processo è vista come lo strumento per attuare obiettivi che poco hanno a che fare con la giusta, rapida ed efficiente soluzione delle controversie per i consociati.

Ora, non voglio certamente sminuire o negare il rapporto tra un sistema efficiente di aggiudicazione delle controversie e lo sviluppo economico in senso lato³⁵. Dopo tutto, sono proprio considerazioni di questo tipo che hanno portato alla nascita del c.d. spazio di giustizia europeo. Ciò che mi pare da contestare è il tentativo di piegare il dibattito sulla semplificazione e sulla razionalizzazione dei sistemi processuali alle ragioni di un’economia che troppo spesso rischia di identificarsi nella tutela di “poteri forti”. Tanto più se tale tentativo viene giustificato sul rilievo che la regola prestabilita sia di per sé contraria a un sistema economico che deve essere lasciato libero da “lacci e laccioli”.

Le controversie commerciali in senso stretto (quelle, cioè, che realmente interessano la Banca mondiale e rispetto alle quali il legi-

³⁴ Scrive, al riguardo, CAPONI, *op. cit.*, c. 10 ss.: “Il rapporto *Doing Business* è il fondamentale motore propulsore delle riforme della giustizia civile in Italia dal 2005 fino a oggi”.

³⁵ Sul processo come “fattore di corretto funzionamento dell’economia della società” v., di recente, CARRATTA, *La “funzione sociale” del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 579, a p. 610.

slatore sembra avere speso più energie)³⁶ sono senz'altro importanti, ma probabilmente non rappresentano il paradigma di riferimento del sistema giudiziario italiano (in cui, per esempio, una fetta enorme di contenzioso è rappresentata da controversie pensionistico-previdenziali o da liti condominiali).

L'esperienza di questi ultimi anni dimostra che focalizzare l'attenzione sui poteri forti dell'economia mondiale può portare a conseguenze drammatiche (come sin troppo eloquentemente dimostra la crisi economica da cui l'Italia fatica ancora a uscire): applicare nel campo della giustizia politiche che si sono rivelate fallimentari in altri ambiti non mi pare, dunque, né prudente né saggio.

Si deve, quindi, reagire, sul piano scientifico e dell'elaborazione progettuale, a quella che si può qualificare come una deriva pericolosa. Semplificare le regole del processo è un obiettivo che è doveroso perseguire ma per finalità di interesse generale e collettivo, senza dimenticare che le forme procedurali non sono fini a se stesse ma rappresentano la garanzia concreta di irrinunciabili diritti dell'individuo.

È dunque con tale impostazione che mi accingo a formulare alcune modeste proposte "di massima" per una ipotetica riforma del processo di cognizione di primo grado.

Nel tentativo di prospettare quale potrebbe essere un modello di processo civile per l'inizio del terzo millennio, a mio avviso, si dovrebbe partire superando l'utilizzo della mediazione o della negoziazione assistita come condizioni di procedibilità, favorendone e incoraggiandone invece l'uso facoltativo, per esempio con incentivi fiscali in caso di raggiungimento di un accordo transattivo o conciliativo.

La mediazione dovrebbe, piuttosto, essere strutturalmente incorporata all'interno dell'*iter* processuale, valorizzando la mediazione delegata dal giudice, lasciando a quest'ultimo, nel confronto con le parti, valutare se e in quale momento rimettere le parti avanti al mediatore.

³⁶ Emblematica al riguardo appare la relazione del Ministro di Giustizia al Parlamento del 20 gennaio 2016 (https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/I_numeri_della_Giustizia_nel_2015.pdf), in particolare la scheda n. 9.

Si dovrebbe anche superare l'attuale sistema "bipolare", con l'alternativa tra sommario (che può diventare ordinario) e ordinario (che può diventare sommario), con la previsione di un unico modello di fase introduttiva, che preveda il deposito di un ricorso, la fissazione di un'udienza e la costituzione del convenuto a mezzo comparsa di risposta entro un congruo termine prima di tale udienza.

Le parti, in questa fase iniziale, non dovrebbero essere tenute a specificare tutte le loro istanze istruttorie e a produrre tutti i documenti in loro possesso. Ciò che, piuttosto, esse dovrebbero essere tenute a fare (sulla falsariga di quanto previsto dal regolamento UE n. 1896 del 2006 sull'ingiunzione di pagamento europea) è indicare con quali mezzi di prova essi ritengono di potere provare i fatti a fondamento delle rispettive domande ed eccezioni, se contestate. In questo modo, il giudice, alla prima udienza, sarebbe in grado di esprimere una valutazione sul grado di complessità della lite, al fine della scelta del relativo binario istruttorio.

Per una maggiore funzionalità di tale meccanismo, si potrebbe prevedere l'invito del giudice alle parti, sin dal decreto di fissazione dell'udienza, di cercare di concordare o almeno di indicare (magari con l'utilizzo di uno specifico formulario), dopo il deposito della costituzione del convenuto, i fatti non oggetto di controversia, per mettere in risalto i fatti che, invece, in quanto controversi, dovranno essere oggetto di specifica attività istruttoria. Del comportamento delle parti in questa parte iniziale del procedimento, si dovrebbe tenere conto come argomento di prova.

La prima udienza di questo modello ipotetico di processo di cognizione rappresenta lo snodo delle eventuali successive attività procedurali³⁷.

Le cause più semplici sul piano istruttorio (e, magari, quelle contumaciali, ove fosse previsto un meccanismo di non contestazione implicita in caso di contumacia, salvo garantire ampie possibilità di impugnazione contro la sentenza pronunciata su tale presupp-

³⁷ Appaiono calzanti, a questo riguardo, i rilievi di BIAVATI, *Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile, la prospettiva italiana*, cit., per cui p. 221, il rispetto della democrazia e del principio di uguaglianza va calato nella realtà di controversie tutte diverse fra loro. Un servizio giustizia semplificato ed efficace costituirebbe un evidente valore per i cittadini.

sto) potrebbero essere decise anche nella stessa udienza, a seguito di una discussione orale tra le parti.

Per le cause più complesse e, comunque, quelle per cui dovrebbe essere svolta un'attività istruttoria, il giudice e le parti dovrebbero concordare un calendario istruttorio (eventualmente a più fasi), con le scadenze per la precisazione del *thema decidendum* e la formulazione delle istanze istruttorie (dirette e contrarie) e, in seguito alla ammissione di almeno parte di tali istanze, con la fissazione delle udienze per la relativa assunzione. In sostanza, non si propone nulla di particolarmente diverso da quanto è già oggi possibile fare. Le attività delle parti, però, verrebbero svincolate da un sistema di preclusioni rigide per essere lasciate a una regolamentazione caso per caso, stabilita dal giudice dopo avere raccolto le indicazioni delle parti, nel rispetto comunque dei principi costituzionali del giusto processo. In altre parole, fermo e garantito il diritto delle parti, per esempio, di replicare alle allegazioni altrui, di chiedere la chiamata in causa di un terzo nei casi previsti dalla legge, di formulare istanze istruttorie e produrre documenti, ciò che sarebbe deciso nel caso specifico è solo la "calendarizzazione" di tali attività.

Anche per la decisione non si dovrebbero prevedere modalità rigide prestabilite in via generale e astratta, lasciando pure qui alle parti e al giudice valutare se prevedere una discussione orale o una trattazione scritta, seguite da una decisione presa alla stessa udienza oppure depositata successivamente.

Una semplificazione strutturata, dunque, e, soprattutto, concordata (nel limite del possibile) all'insegna del principio di collaborazione.

8. *Sul ruolo del case management nella razionalizzazione del processo civile*

Un modello come quello tratteggiato nel paragrafo precedente potrebbe costituire la via italiana a un vero *case management*, unendo cioè la nostra tradizione processuale con le indicazioni provenienti dagli ordinamenti che già da tempo adottano analoghi meccanismi di gestione manageriale del procedimento.

Una contestazione che potrebbe essere sollevata a questo riguardo è che, in realtà, non sia utile od opportuno costruire il processo civile intorno, appunto, a tale visione manageriale del processo.

Il *case management*, in effetti, non è la panacea di ogni male della giustizia civile³⁸. Si possono, in particolare, nutrire fondati dubbi circa la sua idoneità a ridurre i tempi e senz'altro i costi del giudizio, sul rilievo che le cause dei ritardi e degli elevati costi della tutela giurisdizionale dei diritti non dipendono (o non dipendono esclusivamente) dalle tattiche dilatorie delle parti, quanto, piuttosto dall'insufficienza ovvero dalla cattiva utilizzazione delle risorse disponibili³⁹. In quest'ottica, il *case management* riguarda direttamente la razionalizzazione del processo e solo indirettamente i tempi e i costi del processo⁴⁰.

Voci scettiche, a tale riguardo, si levano dagli stessi ordinamenti di *common law*, in cui pure il *case management* ha avuto il primo sviluppo sistematico⁴¹.

³⁸ V. anche MARTINO, *op. cit.*, p. 941, per cui sarebbe pericolosa l'idea che la discrezionalità del giudice possa rappresentare la panacea dei mali che affliggono la giustizia civile. Per l'a., all'aumento dei poteri del giudice corrisponde inevitabilmente una diminuzione dei diritti delle parti.

³⁹ COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 89 ss., per il quale è ragionevole dubitare che vi sia stretto collegamento tra il *management of cases* e la riduzione dei costi e dei tempi della giustizia. L'a., peraltro, p. 85, ritiene che un equilibrato rapporto tra poteri del giudice e autonomia delle parti costituisca la precondizione per qualsivoglia intervento strutturale.

⁴⁰ COSTANTINO, *op. cit.*, p. 96; ANDREWS, *Civil justice's 'songs of innocence and experience'. The gap between expectation and experience*, in *Int. jour. proc. law*, 2016, fasc. 1, p. 110, evidenzia come le tecniche di *case management* "should constantly seek to ensure that the action remains focused on essential issues and that the case does not lose direction or become bogged down in *minutiae* or side-issues". Per DE CRISTOFARO, *Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 301, alla luce dell'esperienza inglese, in effetti, l'impatto del *case management* sui tempi della giustizia sarebbe "parziale e indiretto se non viene affiancato da misure che perseguono tale risultato tramite strumenti di sommarizzazione del rito volti a realizzare una contrazione dei tempi nella definizione del caso singolo e contestualmente una riduzione del carico lavorativo globale gravante sui giudici"; v. pure RANA, *La governance della giustizia civile. Processo, organizzazione, diritti*, Ariccia, 2014, p. 332.

⁴¹ ZANDER, *Why Lord Woolf's proposed reforms of civil litigation should be rejected*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuck-

Su posizioni più ottimistiche, peraltro, si può mettere in evidenza il positivo impulso che, tramite meccanismi di *case management*, si può dare alla gestione del processo, in termini di efficienza, razionalizzazione⁴², in certi casi, anche riduzione dei tempi del processo⁴³.

In particolare, attraverso il *case management* si realizza una personalizzazione dell'*iter procedimentale* che può consentire un miglior esercizio del diritto di azione e di difesa, in modo flessibile e proporzionale.

E, in effetti, l'esperienza comparatistica (v. Capitolo primo) individua modelli "gestionali" improntati alla personalizzazione del rito e incentrati sulla cooperazione costante fra il giudice e le parti⁴⁴: in altre parole, modelli processuali non *prêt-à-porter* ma ritagliati su misura⁴⁵, elastici e non ingessati in fasi rigide, non scanditi da

erman, Cranston, Oxford, 1995, p. 79, a p. 85, rilevando, per esempio: "it is most unlikely that giving the courts a management role will increase the efficiency of the system. (...) judges are not expert in management (...)".

⁴² VORRASI, *England's reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States*; Note, in 30 *Journal of legislation*, fasc. 2, p. 361, a p. 382, afferma: "judicial case management is characterized as an efficiency-maximizing means". Per l'a., ci sono tre modi per ottenere tale risultato: "decreasing delay, producing more dispositions, reducing litigation costs".

⁴³ Cautamente CRANSTON, "The rational study of law": *social research and access to justice*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995, 31, a p. 42: "there is some evidence that court control expedites cases", con l'analisi di esperienze americane al riguardo. E. SILVESTRI, *Notes on case management in Italy*, in www.academia.edu, p. 1, al riguardo, scrive: "case management could be one possible solution to the perennial crisis of Italian civil justice, and it would help Italy come out of its "splendid isolation" that has prevented the country from following the stream of most recent reforms adopted by EU Member States in the field of civil and commercial adjudication".

⁴⁴ Così DE CRISTOFARO, *Case Management*, cit., p. 302, per cui tale modello sarebbe rispondente "alle esigenze iper-individualistiche della post-modernità, che non si rassegna a essere inquadrata in schemi fissi predefiniti ma cerca il suo appagamento in un pluralismo ordinato, in un trattamento individualizzato del caso singolo all'interno di una rete di regole flessibili che esaltano lo strumento contrattuale". Sull'idea di cooperazione in ambito processuale, v. DE OLIVEIRA, *Il formalismo nel processo civile (proposta di un formalismo-valutativo)*, Milano, 2013, p. 228, per cui serve un punto di equilibrio, con il rafforzamento dei poteri delle parti, con la loro partecipazione più attiva e leale nel processo di formazione della decisione, in consonanza con una visione non autoritaria del ruolo del giudizio e più contemporanea quanto alla divisione del lavoro tra l'organo giurisdizionale e le parti.

⁴⁵ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 78.

preclusioni ma sottoposti alla conduzione del giudice⁴⁶. Da tali esperienze emerge che il rito viene differenziato non in base alla natura del diritto controverso bensì alle diverse esigenze delle singole controversie, in modo non aprioristico ma durante lo stesso svolgimento del processo⁴⁷: è verso tale prospettiva che, a mio avviso, ci si deve indirizzare anche nel nostro paese.

9. *Per una valorizzazione dell'esistente*

Dopo avere volato con l'immaginazione, prospettando un modello di *case management* all'italiana, è opportuno tornare con i piedi per terra, riprendendo l'esame dell'embrione di processo a gestione manageriale di cui abbiamo tratteggiato l'esistenza in queste pagine.

In particolare, è ineludibile una valutazione: i nuovi istituti processuali introdotti dalle più recenti riforme non stanno funzionando o stanno funzionando in modo meno efficace di quanto il legislatore avesse previsto.

La mediazione non riesce a filtrare in modo significativo il contenzioso in materia civile e commerciale e la negoziazione assistita sembra un sostanziale insuccesso (a parte quella in materia matrimoniale). Il calendario istruttorio non viene utilizzato con costanza e precisione e lo *switch* procedimentale previsto dall'art. 183-*bis* c.p.c. è stato confinato nel novero delle stranezze processuali di cui ogni tanto si sente parlare ma quasi nessuno ha visto applicare.

Quanto al rito sommario, infine, esso a sua volta è utilizzato ben poco (a parte ovviamente le ipotesi di sommario "obbligatorio" introdotte dal decreto legislativo n. 150 del 2011). I dati statistici relativi ai ricorsi *ex art. 702-bis* c.p.c. proposti ogni anno, di per sé non esaltanti, sono falsati dal fatto di non considerare quanti dei procedimenti instaurati come sommari "facoltativi" siano poi convertiti in ordinari.

⁴⁶ TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 318.

⁴⁷ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 79.

Ci si deve allora interrogare sulle ragioni di tale insuccesso, in particolare per quanto riguarda il rito sommario, anche in ragione del ruolo primario che il legislatore appare incline ad attribuirgli in prospettiva futura, per poi cercare di trovare delle soluzioni che consentano di utilizzare i nuovi strumenti processuali in modo più efficiente ed efficace.

Il problema fondamentale, per quanto riguarda il giudice, è che la decisione relativa all'istruttoria sommaria presuppone una valutazione sulla complessità della causa che, a sua volta, richiede un attento studio preventivo del fascicolo di causa prima dell'udienza. Nell'attuale stato di troppi uffici giudiziari, semplicemente non è realistico pensare che un giudice possa effettuare, su ogni fascicolo, tale studio preparatorio. Allo stato, in effetti, il rito in esame non appare particolarmente valorizzato dai giudici⁴⁸, tra i quali si riscontra la tendenza a disporre, senza analisi particolarmente approfondite, il passaggio al binario ordinario, spesso per considerazioni di contingente opportunità, che nulla hanno a che fare con i principi di flessibilità e di proporzionalità e che degli stessi, anzi, rappresentano la negazione, finendo così per rendere il procedimento sostanzialmente aleatorio⁴⁹. Forse la situazione potrebbe migliorare grazie alla collaborazione dei tirocinanti che affiancano il giudice nel c.d. ufficio per il processo ma per il momento lo scenario non è incoraggiante. Come un metaforico serpente che si morde la coda, un istituto introdotto per accelerare i tempi del processo non riesce a prendere piede a causa della mancanza di tempo di giudici, soffocati dal contenzioso arretrato, ciò che conferma che solo con una riforma strutturale, di personale e mezzi, si può sperare di risolvere il problema.

Perché lo snodo sul binario istruttorio possa funzionare, però, è davvero essenziale che il giudice sia in grado di esprimere una valutazione ponderata al riguardo in prima udienza.

⁴⁸ In effetti, da parte della magistratura si registrano accenti critici nei confronti del nuovo modello procedimentale: v. per esempio GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Il processo civile competitivo*, a cura da Didone, Torino, 2010, p. 746 ss.

⁴⁹ In questi termini pure CARRATTA, *Le "condizioni di ammissibilità"*, cit., p. 727.

Le nuove tecniche di redazione degli atti processuali possono senz'altro agevolare l'attività del giudice in tal senso. Un atto introduttivo chiaro e succinto è, in effetti, funzionale a un immediato inquadramento della fattispecie, mentre una comparsa di risposta non ridondante o confusa può mettere il giudice in condizione di capire se e quali fatti siano effettivamente contestati a una semplice prima lettura.

L'uso, a livello di prassi "concordate", di formulari riepilogativi delle questioni di fatto e dei mezzi di prova di cui ci si intende avvalere potrebbe fornire un ulteriore contributo a questo riguardo.

Quanto all'atteggiamento degli avvocati nei confronti del rito sommario, l'impressione è che esso sia di diffidenza mista a scoraggiamento⁵⁰. Diffidenza verso un rito relativamente nuovo, dai confini indefiniti, che si teme di non riuscire a "gestire" in modo adeguato e che presenta incertezze che dissuadono il potenziale utilizzatore dal farvi ricorso⁵¹; scoraggiamento di fronte alla tendenza giudiziale, cui si è accennato, a convertire il rito da sommario a ordinario senza alcun reale approfondimento della effettiva complessità della controversia.

Il fattore umano, d'altro canto, gioca un ruolo preponderante al fine del successo o del fallimento di ogni riforma processuale. Come si osserva: "*The quality of civil justice is a function of two factors: (1) the design of civil procedure, and (2) the extent to which the procedural rules are applied by the courts and observed by the parties*"⁵².

⁵⁰ SCARSELLI, *Abolizione del processo civile?*, cit., c. 314, lo definisce "poco amato" tanto dagli avvocati quanto dai giudici. V. pure ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 133.

⁵¹ GERARDO, MUTARELLI, *Procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c.: primo bilancio operativo*, in *www.judicium.it*, p. 3, per cui l'ambizioso tentativo di realizzare un modello processuale alternativo sembra essersi arenato per il mancato gradimento espresso nei fatti dagli operatori di giustizia; per gli aa., p. 4, si trae l'impressione che tale procedimento sia stato celebrato più dalla dottrina che, come sarebbe stato auspicabile, nelle aule dei tribunali.

⁵² ZUCKERMAN, *Court control and party compliance – the quest for effective litigation management*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di TROCKER, Varano, Torino, 2005, p. 142.

Da questo punto di vista, purtroppo, il nuovo rito sommario è stato innestato su un corpo normativo esangue, in un contesto istituzionale e organizzativo che in alcuni casi appare prossimo al collasso. Non è dunque sorprendente se tale rito, sino a questo momento, abbia sostanzialmente visto dipendere la propria sopravvivenza dalla buona volontà individuale di quanti, a costo di una modifica nell'organizzazione del proprio lavoro, hanno saputo valorizzare le potenzialità acceleratorie del nuovo procedimento.

Il procedimento sommario di cognizione introdotto dal legislatore del 2009 non rappresenta probabilmente una rivoluzione copernicana nel contesto degli strumenti per la tutela giurisdizionale dei diritti, né può risolvere da solo i problemi della giustizia civile. E però, il rito disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. ha potenzialità che meritano di essere valorizzate: ritmi più concentrati, tempistiche più contenute, mancanza di un filtro per l'eventuale appello, (limitata) possibilità di utilizzare nuove prove in appello, per citare solo le più ovvie.

È dunque nell'interesse generale che esso riesca a prendere piede, evitandone l'abrogazione di fatto (per non utilizzazione).

10. *L'embrione di case management all'italiana: tra discrezione giudiziaria...*

Come per la mediazione, anche rispetto all'istruttoria sommaria si pone un problema culturale, forse ancora più arduo da affrontare rispetto alla prima.

Nel corso di questo studio, la modalità "semplificata" di istruzione e trattazione della lite è stata inserita in un più ampio contesto di gestione manageriale del processo.

Il problema è, dunque, individuare i principi sottesi a tale versione italiana di *case management*, per garantirne il corretto funzionamento, nel pieno rispetto delle garanzie costituzionali del giusto processo.

Il "motore" di tale gestione del processo non può che essere il giudice, a cui, inevitabilmente, come l'esperienza comparatistica in-

segna⁵³, vanno attribuiti poteri discrezionali rispetto alle scelte operative sull'*iter* processuale⁵⁴.

Come si è cercato di dare conto nell'ambito di questo studio, l'attribuzione di poteri discrezionali al giudice nella predisposizione della regola processuale nel caso concreto è da molti fortemente osteggiata, in quanto ritenuta incompatibile con il concetto di "giusto processo regolato per legge"⁵⁵.

A tale atteggiamento di diffidenza, quando non di vera e propria opposizione, si è cercato di dare risposta, rilevando come la Costituzione non imponga un unico modello procedimentale esclusivamente regolato dalla legge ma che possano essere compatibili con i canoni del giusto processo anche modelli più fluidi e meno strutturati, che consentano però di garantire i diritti fondamentali della funzione giurisdizionale.

D'altro canto, l'impressione, ampiamente diffusa tra gli interpreti, è che l'opposizione all'esercizio di poteri discrezionali da parte del giudice nella gestione del processo possa essere conseguenza anche di una sfiducia nei confronti della magistratura⁵⁶.

⁵³ Parla di tendenza globale verso un aumento dei poteri del giudice TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, cit. p. 185, che conferma che le recenti riforme processuali europee, a livello di fase preparatoria, si incentrano su una presenza attiva del giudice.

⁵⁴ Qualsiasi forma di *case management*, in effetti, implica un necessario margine di discrezionalità procedurale in capo ai giudici. Come osserva MARCUS, *Slouching toward discretion*, in *78 Notre Dame law rev.*, 2003, p. 1587: "it cannot be gainsaid that case management activities rely heavily on discretion". BALENA, *Alla ricerca del processo ideale, tra regole e discrezionalità*, cit., p. 32, osserva: "Per restituire al processo l'elasticità e la duttilità di cui si avverte il bisogno (...) [è] inevitabile riconoscere al giudice un cospicuo margine di "manovra" nella concreta direzione dell'attività di trattazione della causa".

⁵⁵ V., di recente, SCARSELLI, *Abolizione del processo civile?*, cit., c. 315 ss., per il quale, c. 316, "se la cognizione del processo procede a discrezione del giudice, la parte non ha più alcuna garanzia circa il diritto alla difesa, al contraddittorio e alla prova".

⁵⁶ TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 137, ritiene che il legislatore italiano abbia spesso dimostrato scarsa fiducia nell'articolazione del processo rimessa alla discrezionalità del giudice, somministrando strutture processuali rigide: "Questa policy sembra trovare supporto nell'art. 111, c. 1 Cost., cui si richiamano coloro che ritengono il principio di legalità in materia processuale realizzato solo quando sia garantita la puntuale predeterminazione legale sia delle forme sia dei termini processuali sia dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà processuali

In effetti, come viene osservato, in tutti gli ordinamenti in cui si è riformato l'ordinamento processuale nel senso di aumentare i poteri del giudice nella gestione e nella conduzione del processo si riscontra un elevato livello di fiducia nelle istituzioni e nei giudici⁵⁷. Nel nostro paese, per cause storiche risalenti e per situazioni contingenti anche attuali, tale fiducia appare in qualche modo compromessa.

E quando una collettività non si fida (o non si fida abbastanza) dei soggetti che, istituzionalmente, sono chiamati ad amministrare giustizia sorge un problema che nessuna disciplina positiva può risolvere, essendo piuttosto necessaria una vera e propria rivoluzione culturale che riguardi tutti i soggetti che, ciascuno col proprio ruolo, partecipano a tale amministrazione del "servizio" giustizia⁵⁸.

delle parti e del giudice nelle varie fasi del processo". Per una posizione di critica v. MONTELEONE, *A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e "neoliberisti"*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 273, che parla di deriva processuale di tipo autoritario e critica l'idea che i giudici (molti dei quali onorari) possano porre in essere una moralizzazione del processo civile (p. 277). Una seria legislazione processuale, per l'a., dovrebbe assicurare rigorosamente la moralità e la correttezza dei giudici: "se mancano adeguati contrappesi e garanzie, gli accresciuti poteri processuali del giudice rendono il processo più lento, inutile ed efficiente" (p. 279). BALENA, *Alla ricerca del processo ideale*, cit., p. 32 mette in evidenza gli interventi normativi, dal 1990 in poi, volti a ridurre i margini di discrezionalità del giudice, riduzione che peraltro "non è concisa affatto con un ampliamento dei poteri delle parti". Per una critica ad alcuni rilievi contenuti nello Studio della Banca mondiale sulla semplificazione del processo, in merito al rapporto tra formalismo processuale di origine francese e la sfiducia nei confronti dei giudici v. KERN, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁷ Per TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 137, la flessibilità processuale (e la discrezionalità del giudice) è possibile solo in proporzione della fiducia che in un dato momento l'ordine giudiziario ispira ai cittadini. Per l'approccio europeo in materia, v. p. 138. Per MATTÀ, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 171, per avere un modello processuale "souple", elastico e non eccessivamente formalistico, bisogna fidarsi dei propri giudici: "Non dico che in Italia non ci fidiamo; però, forse, ci fidiamo di meno". A p. 175, l'a. afferma che solo una società che si fida delle proprie istituzioni e che le rispetta può dare alle proprie istituzioni il potere necessario a gestire un processo flessibile ed elastico.

⁵⁸ È una constatazione banale, in effetti, che una riforma del processo, per produrre effetti positivi, debba essere accettata e metabolizzata dagli operatori del servizio giustizia, a livello locale. Come si osserva: "the culture of litigation remains very local. Actual results may be more dependent upon that local culture than on specific rules. The success of any reform appears to be as dependent upon chang-

Il sentimento di maggiore o minore fiducia nei confronti di un'istituzione non necessariamente si basa su riscontri oggettivi o ha fondamento razionale. Ma ogni luogo comune o stereotipo contiene un elemento di verità con cui ci si deve confrontare. La mancanza o la perdita di fiducia verso la magistratura italiana dovrebbero, dunque, imporre proprio alla magistratura stessa di considerare le cause di tale situazione, per confrontarsi con l'elemento di verità al fondo dello stereotipo e tentare di riconquistare la fiducia perduta.

D'altro canto, la fiducia, come il rispetto, sono la conseguenza non del ruolo ricoperto ma del proprio agito e della capacità di guadagnarsi tale considerazione (siamo, in effetti, definiti dalle nostre azioni, non dalle nostre parole). Il compito non è agevole, soprattutto in un contesto istituzionale e organizzativo al collasso, ma lo

es to the perception of what constitutes good lawyering as much as changes to the rules themselves”: COWPER, GILBERT, HARRISON, KOTKAS, *Proportionality: economics comes to the Courtroom*, reperibile sul sito <http://www.fasken.com/files/Publication/5e3ed3cb-3af6-41b8-b52b-242fae55d33c/Presentation/PublicationAttachment/0416e182-ffc0-40ba-b133-2aa714a1b347/Article%20re%20Proportionality.pdf>, p. 1. Al riguardo, appaiono molto significativi i rilievi di LEUBSDORF, *The myth of civil procedure reform*, in *Civil justice in crisis*, a cura di Zuckerman, 1999, p. 53, a p. 65-66, per cui: “Many procedural changes do make many differences, some good and some bad (...) but it is hard to tell what changes will make what difference”. Su questi temi MARCUS, *Modes of procedural reform*, in *31 Hastings int. & comp. law rev.*, 2008, p. 157. Negli ordinamenti in cui il principio di proporzionalità è stato implementato, si osserva che esso può avere un notevole impatto sulle abitudini professionali: gli avvocati debbono essere “more precise and concise in court procedures” e debbono essere più ragionevoli, nel rispetto dell'etica delle regole sulla responsabilità professionale: PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, in *Int. jour. proc. law.*, 2012, fasc. 1, p. 163. D'altra parte, una riforma può costituire l'occasione per modificare i comportamenti, fornendo una base giuridica al desiderio di cambiamento: In Québec, per esempio, l'elevazione della proporzionalità al rango di “principe directeur” non ha creato nuovi poteri né modificato dei criteri processuali esistenti, ma ha avuto l'effetto di disinibire i tribunali rispetto all'agire in modo proattivo per assicurare la sana gestione della domanda, qualora non vi provvedano le stesse parti o queste ultime facciano richieste contrarie a tale obiettivo: BRIAND, CLOUTIER, *Bonne foi et proportionnalité: les nouvelles balises fondamentales de l'exercice des droits civils*, in *320, Développements récents et tendances en procédure civile*, 2010, p. 179. Rispetto alla situazione italiana e alla necessità di una modifica strutturale del processo civile, CAPONI, *The performance of the Italian civil justice system: an empirical assessment*, in *Ital. law jour.*, 2016, fasc. 1, p. 15, a p. 27, osserva: “the current structure of ordinary proceedings coincides with the interests of law firms and the bureaucratic spirit of many judges rather than with the public interest in the administration of justice”.

sforzo deve comunque essere compiuto, per uscire dalla palude in cui la nostra giustizia da troppo tempo sembra essersi impantanata.

D'altra parte, se la valorizzazione di un ruolo più incisivo del giudice nella gestione del procedimento è riscontrabile in tutte le riforme processuali recenti non può essere solo una questione di "moda" ma ha una giustificazione razionale, essendosi verificato come tale ruolo possa concretamente incidere su una maggiore efficienza ed efficacia della tutela giurisdizionale dei diritti⁵⁹.

Come si è visto nel Capitolo primo, in tutte le esperienze straniere analizzate, il riformatore ha espressamente ampliato i poteri del giudice di gestione del processo, sul rilievo che le parti, da sole, non siano in grado, per i divergenti interessi che le contrappongono, di ottenere gli obiettivi auspicati⁶⁰.

Pure in Italia, d'altro canto, si ritiene necessario ampliare i poteri del giudice di gestione della causa, anche nell'ambito di quella che è stata definita una funzione "moralizzatrice" del processo⁶¹.

⁵⁹ Anche a livello internazionale, si è evidenziato che "restrictions to the powers of control and impetus of the judge on the progress of the procedure are not compatible with efficiency of justice": parere n. 6 (del 24 novembre 2004) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), ove si legge, altresì: "106. Different countries have differing levels of implementation of the principles in Recommendation No. R (84) 5. The general direction of legal reforms of civil procedure instituted over recent years has been in this direction. Judges have been given greater power on the "formal conduct" of civil proceedings, though not over their substantive progress – they cannot, for example, take steps to introduce into a case factual evidence that the parties have not adduced. However, in some member states it is still not the judge's role to decide whether the procedure should be oral or written, or when to resort a summary judgment or to set time limits, because these matters are fixed by law. The CCJE considers that these restrictions to the powers of control and impetus of the judge on the progress of the procedure are not compatible with efficiency of justice".

⁶⁰ Su questi temi v. DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 23, che colloca tale tendenza in un più ampio contesto caratterizzato dall'eliminazione del primato della forma, dalla maggiore attenzione ai fini sociali e politici del processo.

⁶¹ V. in arg. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 591, a p. 596 ss. A p. 598-9, in particolare, l'a. afferma: "Ma è il caso di aggiungere come ormai possa dirsi diffusa e affermata, negli ordinamenti di *civil law*, l'idea secondo la quale sussiste uno stretto rapporto funzionale tra la direzione attiva del procedimento affidata al giudice, e l'attuazione di un'adeguata moralizzazione del processo "equo" o "giusto", in quanto il poterdovere del giudice di garantire l'eguaglianza effettiva delle parti in contraddittorio non può non presupporre, da un lato, un controllo attento dei tempi del processo, al fine di prevenire ogni rischio di tattiche dilatorie, e, dall'altro, un'adeguata san-

In tale ottica, il rito sommario – o, più in generale, la possibilità oggi riconosciuta al giudice monocratico del tribunale di trattare e istruire le cause in modo semplificato – rappresenta una opportunità da valorizzare per introdurre una nuova cultura del processo nel nostro paese⁶².

Il rito sommario, in effetti, mette in crisi le categorie tradizionali e impone una rivisitazione dell'intero sistema⁶³, con un passaggio dalla tutela sommaria di situazioni particolari alla generalizzazione di forme procedimentali alternative per il contenzioso civile *tout court*. Per la prima volta, infatti, si è configurato, a livello generale e non per specifiche categorie di controversie o di diritti, un modello di cognizione piena che semplifica i meccanismi procedurali nel pieno rispetto delle garanzie fondamentali.

zionabilità dei fatti accertati di abuso del processo. A ciò occorre aggiungere, soprattutto nella fase introduttiva del giudizio, l'intervento e lo stimolo del giudice – ritenuti del tutto coerenti con la natura delle sue funzioni – nella ricerca eventuale di soluzioni conciliative della controversia, da attuarsi anche con la comparizione personale delle parti. Non va, comunque, dimenticato come pure negli ordinamenti di lingua tedesca l'oralità e la concentrazione del processo ordinario di cognizione non abbiano mai saputo scongiurare del tutto i rischi di una giustizia lenta. Tant'è che, soprattutto negli anni Settanta, furono considerevoli i tentativi di imprimere – anche attraverso l'adozione sperimentale di peculiari modelli di rito processuale (38) – una maggiore accelerazione ai meccanismi di giustizia, di per sé assai più spediti dei nostri". V. pure L. P. COMOGLIO, "Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 155, per cui l'incremento equilibrato del ruolo direttivo del giudice nella moralizzazione dei comportamenti processuali "abusivi" e sleali delle parti, sarebbe ben lungi dall'essere incompatibile con le garanzie fondamentali del processo "giusto".

⁶² Il Protocollo del Tribunale di Bologna sul procedimento sommario di cognizione dell'8 giugno 2010 evidenzia l'opportunità di un'attività di coordinamento e di impegno per sfruttare l'occasione offerta da un nuovo strumento processuale e valorizzare prassi e atteggiamenti virtuosi; Verbale riunione dei Presidenti delle Sezioni civili del Tribunale di Milano del 14 gennaio 2010 osserva che dare credito al rito sommario significa "cambiare qualcosa della nostra consolidata organizzazione di lavoro".

⁶³ FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 795 ss., ritiene che, con l'arrivo del rito sommario, i valori della tutela dichiarativa, del processo di cognizione, delle impugnazioni e del giudicato non potranno più essere trattati come in passato: il nuovo procedimento sarebbe, infattim idoneo a scardinare i dogmi su cui si è retta per più di un secolo la scienza del diritto processuale civile, in particolare circa la mancanza di attitudine al giudicato dei provvedimenti anticipatori/sommari, rispetto ai quali non fosse prevista una conversione in giudizio ordinario a seguito di opposizione.

11. *(Segue): ... e principio di collaborazione*

Il tratto “differenziale” dell’istruttoria sommaria in quanto semplificata (e, più in generale) la gestione manageriale del processo non dovrebbe però essere rappresentato tanto (o soltanto) dall’attribuzione al giudice di penetranti poteri discrezionali, quanto soprattutto dal dialogo e dal confronto (se non dalla collaborazione) tra giudice e parti⁶⁴.

In ultima analisi, in tutti i sistemi in cui si sono introdotti “circuits” o “tracks” procedurali, alla decisione in merito alle attività da intraprendere nel caso specifico si arriva dopo un confronto tra le parti e tra le parti e il giudice, in un’ottica improntata alla collaborazione “istituzionale” che coinvolge i difensori delle parti in un ruolo che va oltre la difesa del cliente (l’esperienza del Quebec mi pare molto interessante al riguardo: v. Capitolo primo).

La decisione sul binario istruttorio, in effetti, offre l’occasione per valorizzazione gli aspetti negoziali del processo e di elevare la collaborazione a parametro per canalizzare la discrezione del giudice⁶⁵.

Come non appare possibile che il medesimo modello processuale operi in riferimento a ogni specie di controversia, così, per contro, non è opportuno che la gestione del processo sia interamente e unicamente affidata al potere discrezionale del singolo giudice⁶⁶. Tra le

⁶⁴ V. al riguardo anche BIAVATI, *Tendenze recenti della giustizia civile in Europa*, cit., p. 544, per il quale, in un processo semplificato e flessibile, ciascuno dei due aggettivi suppone l’altro. Serve un dialogo con le parti, la possibilità di adeguare la conduzione alle specificità del caso concreto e serve un giudice che decida la determinazione concreta delle regole. Perché il metodo flessibile funzioni, occorre, per l’a., che sia applicato con pieno rispetto del diritto di difesa, da un giudice attivo e consapevole delle necessità del singolo affare e delle priorità complessive del sistema giustizia.

⁶⁵ In arg. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, numero speciale *Accordi di parte e processo*, p. 109, per il quale si deve valutare ammissibilità di accordi processuali per esempio in merito alla scelta di un modello di trattazione tra una pluralità di modelli predefiniti dalla legge, all’interno di una sequenza procedimentale unitaria.

⁶⁶ Anche DALFINO, *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 847, sul rilievo che, nel nostro processo è immanente la regola della collaborazione quale principio che caratterizza puntualmente tutta l’organizzazione del processo, prospetta l’affermazione dell’idea del processo come comunione di lavoro tra giudice e parti, non potendo la ge-

regole processuali generali e astratte e il potere del singolo giudice di dirigere il processo, esistono spazi che possono e devono essere colmati con il contributo di ciascuno degli operatori del diritto, nella consapevolezza che la cattedrale della giustizia è un edificio comune, alla manutenzione del quale tutti possono e debbono collaborare⁶⁷.

Il processo implica comunque un rapporto dialettico tra le parti e tra queste e il giudice⁶⁸, essendo tramontata l'illusione che la semplice attribuzione al giudice del potere di direzione del processo sia uno strumento sufficiente a garantire i diritti delle parti⁶⁹.

La collaborazione tra parti e giudice può esplicitarsi sotto due profili diversi, per quanto collegati tra loro.

In primo luogo, viene in rilievo la decisione sul binario istruttorio su cui instradare la lite.

Alcuni temono che il giudice possa decidere in merito al passaggio da un modello di istruttoria all'altro senza soggiacere all'obbligo di sentire espressamente le parti sul punto e dunque senza necessaria interlocuzione con queste ultime, con prospettati rischi di abuso⁷⁰.

Io credo che l'approccio da adottare sia diametralmente diverso.

Anche se la scelta del binario istruttorio non è una questione "negoziabile", poiché la relativa decisione, per il giudice, costituisce

stione del processo essere unicamente lasciata al potere discrezionale del singolo giudice. V. anche i rilievi di DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 223, per cui l'aumento dei poteri del giudice non deve significare necessariamente la completa indeterminazione di questi poteri e la pretesa restaurazione dell'autorità del potere statale nel processo non implica la rinuncia a disciplinare il suo svolgimento. Per l'a., tale soluzione trasferirebbe all'organo giurisdizionale il potere di creare a suo piacimento, caso per caso, la regola processuale più appropriata allo svolgimento del procedimento, conducendo alla totale indeterminazione e imprevedibilità.

⁶⁷ COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali*, cit., p. 88; sulla collaborazione tra parti e giudice in questo ambito v. pure CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 402; secondo DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 224, l'attivismo del giudice si rivelerebbe perfettamente conciliabile con l'attivismo delle parti, consapevoli e cooperanti.

⁶⁸ Anche per BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo*, cit., p. 731, il colloquio processuale va inteso come un grimaldello per aprire la porta che conduce dalla norma astratta ai fatti concreti.

⁶⁹ COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali*, cit., p. 99.

⁷⁰ BASILICO, *Rapporti con il processo di cognizione ordinaria*, in *Giur. it.*, 2010, p. 734.

un dovere vincolato⁷¹, ciò non impone che a tale decisione si debba arrivare d'imperio: anzi, proprio dal confronto dialettico con le parti in udienza, il giudice potrà ottenere gli elementi utili a meglio provvedere, in particolare rispetto ai fatti controversi della lite e alle istanze istruttorie formulate per cercare di accertarli⁷². In particolare il giudice, prima di effettuare la propria decisione, potrà esaminare insieme ai difensori le questioni di fatto oggetto di controversia, cercando di restringere l'ambito della futura istruttoria e valutando con loro il "peso" delle rispettive richieste di prove costituenti. In altre parole, la scelta di binario istruttorio non deve "calare dall'alto" ma emergere dal confronto dialettico tra tutti i soggetti interessati. Un utile punto di riferimento potrà essere rappresentato, a questo riguardo, dai protocolli redatti tra magistratura e avvocatura⁷³.

Il terreno su cui, però, il principio di collaborazione tra parti e giudice potrà trovare la massima espressione è quello della programmazione dell'*iter* procedimentale dopo la decisione del giudice circa la modalità di istruzione della causa⁷⁴.

Tale programmazione, per quanto, in particolare, riguarda l'istruttoria sommaria, potrà meglio realizzarsi caso per caso, valo-

⁷¹ Nello stesso senso, CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 434, la quale peraltro ritiene che la decisione del giudice sulla scelta del binario istruttorio, nella misura in cui si ripercuota sul contenuto della decisione, costituisce l'esercizio di un potere discrezionale in senso pieno, "rispetto al quale è difficile pensare a una negoziazione".

⁷² V. pure BREGGIA, *op. cit.*, p. 730, che prospetta il rilancio dell'udienza civile come luogo in cui non si discute solo di questioni giuridiche, ma si scava nei fatti, e come luogo dove devono tornare le persone. Riscoperta della fattualità del diritto: permette di riavvicinare diritto e giustizia.

⁷³ Per esempio, per CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 1123, a p. 1124, si dovrebbe lavorare sui protocolli per individuare le categorie di cause semplici, con efficacia persuasiva verso avvocati (stimolati a utilizzare il modello) e giudici (per evitare passaggio al modello ordinario).

⁷⁴ CANELLA, *op. cit.*, p. 434, ammette accordi tra giudice e parti sul piano dell'organizzazione del processo. V. anche BESSO, *La vicinanza alla prova*, in *Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell'incontro di studio. Como, 16 maggio 2014*, Bologna, 2016, p. 69 che prospetta l'enucleazione anche in Italia di un sistema probatorio basato sul principio di collaborazione tra le parti e il giudice, nel prisma del principio della vicinanza alla prova.

rizzando la locuzione “sentite le parti” contenuta nell’art. 702-ter c.p.c., con un confronto in merito alle modalità di assunzione dei mezzi istruttori ammessi, alle relative tempistiche, alla discussione e, in generale, a ogni attività necessaria per mettere il giudice in condizione di emettere la propria decisione.

A questo riguardo, dunque, il giudice, pur dotato di maggiori margini di discrezionalità rispetto al giudizio ordinario⁷⁵, dovrà come regola esercitare tale potere in un’ottica cooperativa con le parti.

Quanto precede risponde anche a un dubbio sollevato dagli interpreti, ovvero se il giudice debba predisporre pure in questo contesto il calendario del processo disciplinato dall’art. 81-bis disp. att. c.p.c., introdotto dalla legge n. 69 del 2009, di cui ci siamo occupati *retro* (v. Capitolo terzo)⁷⁶.

In effetti, la struttura deformalizzata e la tendenziale rapidità dell’istruttoria potrebbero rendere superflua una calendarizzazione del procedimento: la casistica giurisprudenziale documenta che molti procedimenti sommari sono definiti con un’unica udienza. Poiché però l’istruttoria sommaria può senz’altro svilupparsi in un numero

⁷⁵ Per Trib. Taranto, 2 marzo 2010, cit., per esempio, la scelta della forma è rimessa alla valutazione del giudice con l’ineludibile limite del rispetto del contraddittorio. V. pure FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 99; BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 121; OLIVIERI, *Il processo sommario di cognizione (primissime brevi note)*, in www.judicium.it; GIORDANO, *Procedimento sommario*, cit., p. 718; Trib. Bologna, 29 ottobre 2009, ord., cit. V. pure BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 725.

⁷⁶ Favorevoli Trib. Mondovì, 12 novembre 2009, cit.; BREGGIA, *Il rito sommario, una scommessa da accettare*, p. 4; CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell’“istruzione sommaria”*: prime applicazioni, in *Giur. it.*, 2010, p. 904; OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, cit., p. 732; PORRECA, *op. cit.*, p. 317 ss., per il quale, p. 321, il calendario si atteggia a fattore di flessibilità, tendenzialmente negoziata con le parti e di concreta prevedibilità dello svolgimento processuale non solo sulla carta ma in concreto, con l’aumento della possibilità di decidere le cause in sequenza (per blocchi consecutivi) e non in parallelo. Contrari, invece, Trib. Varese, 18 novembre 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Sant’Angelo dei Lombardi, 11 maggio 2010, in www.dirittoeprocesso.com, che ritiene superfluo il calendario nel contesto del sommario, in quanto distonico rispetto alla natura deformalizzata del procedimento; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 581 ss.

limitato di udienze⁷⁷, è opportuno che il giudice, confrontatosi con le parti, nell'esercizio di quel nucleo di *case management* di cui si è parlato, provveda comunque a calendarizzare le attività istruttorie programmate, sino a fissare la data dell'udienza di discussione e la decisione. In altre parole, la semplificazione negoziata dell'istruttoria conduce in ogni caso ai risultati organizzativi che l'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c. mira a realizzare⁷⁸⁻⁷⁹.

12. Per un nuovo umanesimo processuale

La prospettiva qui proposta in merito ai rapporti tra giudice, avvocati e parti nel contesto istruttorio semplificato può apparire utopistica e lontana dalla realtà concreta.

L'esperienza applicativa del rito sommario di questi anni, in effetti, non giustifica certo idealistici ottimismo.

In uno scenario che può apparire avvilente e sconcertante, d'altro canto, l'interprete e l'operatore non possono limitarsi a dare conto dell'esistente e a barcamenarsi tra una disfunzione e l'altra, ma

⁷⁷ V. pure CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, p. 92.

⁷⁸ Osservatorio valore prassi di Verona: Protocollo sul procedimento sommario di cognizione, per il quale, ove siano fissate più udienze successive alla prima, al fine di compiere le attività necessarie, è applicabile art. 81-*bis* disp att c.p.c.; SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 470; per CEA, *Il calendario del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 156, anzi, l'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c. dovrebbe trovare applicazione tutte le volte che in un giudizio si apra la fase istruttoria e dunque non solo nel procedimento sommario anche in quelli cautelari e camerati. Conduce al risultato di cui al testo l'argomentazione di PICOZZA, *Le modifiche relative al modello "ordinario" di cognizione di primo grado*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di Punzi, Torino, 2013, p. 139, per cui il calendario del processo è applicabile a tutti i giudizi in cui si renda necessario lo svolgimento di una fase istruttoria che si articoli in una o più udienze e possa dunque essere concretamente programmata.

⁷⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il calendario del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1403, che mette giustamente in rilievo come proprio nel rito sommario il calendario potrebbe esplicare al massimo le sue potenzialità: in questo contesto, infatti, la predeterminazione delle tempistiche procedurali costituirebbe il giusto contrappeso alla discrezionalità istruttoria del giudice.

devono essi stessi tentare di diventare strumenti del cambiamento cui tutti, a parole, anelano.

In questo tribolato momento storico, d'altro canto, si avverte la necessità di un cambiamento culturale che riavvicini i cittadini all'amministrazione della giustizia, faccia riconquistare alla magistratura la fiducia perduta⁸⁰, responsabilizzi gli avvocati facendoli partecipare in chiave non oppositiva ma collaborativa alla conduzione del processo⁸¹.

Gli avvocati, in particolare, partecipano, come è ovvio, al giudizio facendosi espressione degli interessi dei loro assistiti. E però, al contempo, come anche le recenti esperienze di degiurisdizionalizzazione confermano, sono parte integrante del sistema giustizia al cui efficiente funzionamento essi, come categoria e individualmente, contribuiscono con la loro attività quotidiana.

In una prospettiva contemporanea, la conduzione concreta del processo civile non può continuare a essere intesa come l'espressione, in prospettiva diacronica, dell'oscillare di un metaforico pendolo tra due opposti estremi nella ripartizione dei poteri tra giudici e parti.

Né gli interpreti possono continuare a dividersi tra chi teme l'attribuzione di poteri discrezionali ai giudici, prospettando il rischio di derive autoritarie, e chi vede la gestione del processo da parte

⁸⁰ Come si legge in *The sense of access to justice following a settlement conference (online)*, Quebec, 1° dicembre 2014, p. 11, tra i fattori che influenzano il senso di accesso alla giustizia delle parti si riscontrano "support from in judge in finding a solution that the parties consider fair and adapted to their needs, a communication process that creates trust, and an impartial process that complies with ethical standards and ensures that the parties feel involved and considered."

⁸¹ Per una prospettiva in questo senso v. anche BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo*, cit., p. 729, che parla di partecipazione costruttiva della decisione, di colloquio processuale, di costruzione progressiva della soluzione del conflitto, secondo metodi che aiutano le parti a costruire la "propria" decisione. V. anche DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 228, per il quale si tratta di inserire il processo nella modernità liquida, così da legittimare pienamente l'esercizio della giurisdizione mediante una migliore e più compiuta comunicazione dell'organo giurisdizionale con gli attori del processo e per la ricerca di un ragionevole equilibrio dei poteri del giudice in rapporto ai poteri delle parti e dei loro rappresentanti. A p. 229 si sottolinea la necessità di stabilire il concorso permanente dell'attività dei soggetti processuali, con ampia collaborazione tanto nella ricerca dei fatti quanto nella valutazione giuridica della causa.

delle parti come l'espressione di una privatizzazione della giustizia, a scapito dei contenuti sociali della funzione giurisdizionale.

Nella nostra società contemporanea, tanto complessa e conflittuale ma al contempo aperta a nuove forme di dialogo, comunicazione e cooperazione, gli operatori del processo, ciascuno con il suo ruolo e la sua funzione, debbono riuscire a farsi espressione di quello che un po' enfaticamente si può chiamare "umanesimo processuale"⁸² che, discostandosi da certe derive neoliberiste che portano a smantellare il concetto stesso di tutela giurisdizionale dei diritti, riesca davvero a fare del processo uno strumento efficiente, efficace e partecipato⁸³.

In altre parole, uno strumento di giustizia.



⁸² È forse a un concetto di questo tipo che si riferisce anche BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo*, cit., p. 732 là dove afferma: "Le persone vanno rimesse al centro della giustizia". In *The sense of access to justice following a settlement conference*, cit., si legge, a p. 16, di un "Canadian and worldwide trend that places citizens at the heart of the access to justice challenge".

⁸³ Interessante, al riguardo, il rilievo di DELLA VEDOVA, *La deriva telematica nel processo civile*, in www.judicium.it, per il quale "Un uso corretto e simbiotico della lealtà processuale e del potere di direzione, in una parola, la generalizzazione del principio di collaborazione delle parti e del giudice, avrebbe potuto essere la prima risposta a una richiesta di maggior celerità nel processo civile".

BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 1 ss.
- A.A.V.V., *La e-Justice en la Union Europea. Desarrollo en el ambito europeo y en los ordinamientos nacionales*, a cura di de la Oliva Santo, Gascòn Inchausti, Aguilera Morales, 2012.
- A.A.V.V., *Tutela judicial del crédito en la Unión europea*, in *Derecho procesal civil europeo*, dir. De La Oliva Santos, vol. III, Pamplona, 2011, p. 259.
- ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107.
- ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 504.
- ALLEMEERSCH, *The Belgian perspective on case management in civil litigation*, in *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, cit., p. 79.
- ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, II, p. 34.
- AMENDOLAGINE, *Brevi osservazioni sul procedimento sommario di cognizione in una delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *www.judicium.it*.
- AMRANI MEKKI, *L'économie procédurale*, in *Int. jour. proc. law*, 2016, fasc. 1, p. 7 ss.
- ANDOLINA, *Il rapporto "parte-giudice" nella evoluzione del processo civile italiano*, in *Dir. fall.*, 1982, III, a p. 386, p. 387.

- ANDREWS, *Case management in the English Commercial Court*, in *International contract litigation, arbitration and judicial responsibility in transnational disputes*, a cura di Stürner, Kawano, Tubinga, 2011, p. 293.
- ANDREWS, *Civil justice's 'songs of innocence and experience'. The gap between expectation and experience*, in *Int. jour. proc. law*, 2016, fasc. 1, p. 106 ss.
- ANDREWS, *English civil justice and remedies. Progress and challenges*, Nagoya, 2007.
- ANDREWS, *Fundamental principles of civil procedure: order out of chaos*, in *Civil litigation in a globalising world*, a cura di Kramer, van Rhee, L'Aia, 2012, p. 19 ss.
- ANDREWS, *The adversarial principle: fairness and efficiency: reflections on the recommendations of the Woolf Report*, in *The reform of civil procedure*, cit., p. 169 ss.
- ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017, p. 95 ss.
- ANSANELLI, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 343.
- ANSANELLI, in *Processi civili in evoluzione*, a cura di Dondi, Ansanelli, Cogoglio, Milano, 2015, p. 157.
- ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 737.
- ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in www.judicium.it.
- ARIETA, *Le tutele sommarie*, in *Trattato di diritto processuale civile*, vol. X, II ed., Padova, 2010, p. 3.
- ARMSTRONG, *Making tracks*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995, p. 97.
- ASPRELLA, *Procedimento sommario di cognizione e pronuncia della sentenza nel rito del lavoro*, in *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, a cura di Asprella, Giordano, in *Giust. civ.*, *Suppl.* n. 6 del 2009, p. 144.
- AULETTA, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti di acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 467 ss.
- AYTANO, *Costituzionalità del rito societario abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 267.
- BALDWIN, *Raising the small claims limit*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995, p. 185.

- BALENA, *Alla ricerca del processo ideale, tra regole e discrezionalità*, relazione al Congresso nazionale dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, Padova, 29 settembre 2017, p. 3.
- BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 806.
- BALENA, *Le novità relative all'appello*, in *Le novità in materia di impugnazioni. Incontro di studio*, Firenze, 12 aprile 2013, Bologna, 2014, p. 61 ss.
- BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, Torino, 2008, p. 58.
- BARRECA, *Procedimento sommario societario e pronuncia di rigetto*, in *Giur. it.*, 2006, p. 355.
- BASILICO, *Art. 183-bis: passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1749.
- BASILICO, *Rapporti con il processo di cognizione ordinaria*, in *Giur. it.*, 2010, p. 734.
- BECCU, *Il sistema della pubblicità immobiliare alla prova delle recenti novità normative*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 1450 ss.
- BECHIS, *Sul termine a comparire del procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c.*, in *Trasformazione e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, a cura di Besso, Frus, Rampazzi, Ronco, Bologna, 2015, p. 410 ss.
- BENANTI, *Pretese limitazioni all'applicabilità del procedimento speciale sommario introdotto con il nuovo art. 702-bis c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 510.
- BENIGNI, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta dal giudice*, in *Giur. it.*, 2015, p. 644.
- BERGAMINI, *Evoluzioni dell'appello civile*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 666.
- BERTI ARNOALDI VELI, *Introduzione*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 34 ss.
- BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modeste entità*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2008, p. 395.
- BERTOLINO, *Documento in senso forte e documento in senso debole*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 858.
- BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702-bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 723.

- BESSO, *La vicinanza alla prova*, in *Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell'incontro di studio. Como, 16 maggio 2014*, Bologna, 2016, p. 54.
- BIAVATI, *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 2168.
- BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 188.
- BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1305.
- BIAVATI, *Flessibilità, semplificazione e gestione del processo civile, la prospettiva italiana*, in *I Coloquio Brasil – Italia de direito processual civil*, a cura di Zufelato, Bonato, Mendonça Sica, Batista Cintra, Salvador de Bahia, 2016, p. 209.
- BIAVATI, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 751 ss.
- BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 475.
- BIAVATI, *Tendenze recenti della giustizia civile in Europa*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 526.
- BINA, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità (reg. CE n. 861/2007)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1629.
- BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 117.
- BOGHETICH, *L'udienza*, in *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani, Carinci, vol. IX, Padova, 2011, p. 179.
- BONAFINE, *Procedimento sommario di cognizione, chiamata in causa ex art. 106 c.p.c. e applicabilità (analogica) dell'art. 702-ter*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2060 ss.
- BONATO, *I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli, 2012, p. 286 ss.
- BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in www.judicium.it.
- BOVE, *Controversie relative alla circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari (articoli 16 e 17 del d.lgs. n. 150 del 2011)*, in www.judicium.it, 2011.
- BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it.

- BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi e opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 31 ss.
- BOVE, *Processo civile, delega eccessiva e direzione oscura*, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 15, p. 10
- BOVE, *Sul c.d. arbitrato forense*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 205.
- BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 55.
- BRANCH, *Precious, Intervention: the need for aggressive case management, Civil litigation conference – 2007, Paper 4.1.*
- BREGGIA, *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli: l'autoriforma possibile*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 47 ss.
- BREGGIA, *Il rito sommario, una scommessa da accettare*, <https://www.giustiziainsieme.it/PIDIEFFE/Pages%20from%203120%20interno-10.pdf>.
- BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 715.
- BRIAND, CLOUTIER, *Bonne foi et proportionnalité : les nouvelle balises fondamentales de l'exercice des droits civils*, in *320 Développements récents et tendances en procédure civile*, 2010, p. 169 ss.
- BRIGUGLIO, *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in www.judicium.it.
- BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 260.
- BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma a iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in www.giustiziacivile.com.
- BRUNO, *Mediaconciliazione e giustizia: si riparte*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2054.
- BUFFONE, *Semplificazione del processo civile*, Milano, 2011.
- CABRAL, *Accordi processuali nel diritto brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 773
- CADIET, *Civil justice reform: access, cost, and delay. The French perspective*, in *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di Zuckerman, Oxford, 1999, p. 315 ss.
- CADIET, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1303.

- CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, p. 493.
- CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.
- CANALE, *Il procedimento sommario e quello abbreviato: problemi e prospettive*, www.judicium.it.
- CANELLA, *Contrattualizzazione del processo civile: prospettive italiane nel solco francese*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 173.
- CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 549.
- CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 408.
- CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, numero speciale *Accordi di parte e processo*, p. 99.
- CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 160.
- CAPONI, *Doing business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 10 ss.
- CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 39.
- CAPONI, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, Torino, 2010, p. 198.
- CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359.
- CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 524.
- CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno nazionale, Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 272.
- CAPONI, *Per una sostenibile diversità del processo a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 201.
- CAPONI, *Protocollo applicativo sul procedimento sommario di cognizione dell'Osservatorio sulla giustizia civile "Valore prassi" di Verona*, *Gli*

- Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 629.
- CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, PANZAROLA, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 409 ss.
- CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, reperibile al link: https://www.academia.edu/28707642/_Caponi_2016_Rigidit%C3%A0_e_flessibilit%C3%A0_del_processo_di_cognizione_On_the_Flexibility_of_Civil_Procedure_, p. 10.
- CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex artt. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1112.
- CAPONI, *The performance of the Italian civil justice system: an empirical assessment*, in *Ital. law jour.*, 2016, fasc. 1, p. 15, a p. 27.
- CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 792-bis c.p.c.*, p. 2.
- CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1103.
- CAPPONI, *Interferenze tra procedimento sommario societario e cautelare conservativo*, in www.judicium.it.
- CAPPONI, *La giurisprudenza della "non sostenibilità"*, in www.judicium.it.
- CAPPONI, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1277.
- CAPPONI, *Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 911 ss.
- CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (artt. 702-bis ss. c.p.c.)*, in www.judicium.it.
- CAPRI, *La controversa "natura" del procedimento sommario di cognizione*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche*, a cura di Punzi, Torino, 2010, p. 147.
- CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 239.
- CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1265.
- CARPI, *Il dovere di collaborazione delle parti nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 545.
- CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1283.
- CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 615 ss.

- CARRATTA, *Commento agli art. 113-114*, in CARRATTA, TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 244.
- CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari fra “decodificazione” e “sommarrizzazione”*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 67.
- CARRATTA, *La “funzione sociale” del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 579.
- CARRATTA, *La procedura camerale come “contenitore neutro” e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1302.
- CARRATTA, *Le “condizioni di ammissibilità” del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 726.
- CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell’“istruzione sommaria”: prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, p. 902.
- CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Agg., XVIII, p. 6.
- CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, tomo 1, 2008, p. 885 ss.
- CARRATTA, *Processo sommario societario e limiti dell'appello avverso l'ordinanza: riflessioni de iure condito e prospettive de iure condendo*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2556.
- CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.
- CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 51 ss.
- CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli, 2012, p. 1 ss.
- CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013.
- CAVALLINI, C., *Le sezioni unite restringono i limiti delle nuove produzioni documentali nell'appello civile, ma non le vietano*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 949.
- CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679.
- CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Problemi relativi alla prova nel processo civile. Atti dell'incontro di studio. Como, 16 maggio 2014*, Bologna, 2016, p. 13.
- CEA, *Il calendario del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 155.

- CEA, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 139.
- CECCHHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 218 ss.
- CECCHHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1130.
- CERINO-CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 446.
- CERRI, *Vedi alla voce: "Degiurisdizionalizzazione" (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti)*, in *www.judicium.it*
- CHAMBERLAND, *La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties?*, in *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, Cowansville, 2006, p. 3.
- CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.
- CHIARLONI, *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 719.
- CHIARLONI, *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 11.
- CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 819.
- CHIARLONI, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1257.
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, rist. 1965.
- CHIZZINI, *Prolegomena a ogni futura metafisica del 'giusto processo' che voglia presentarsi come rispettosa della tutela costituzionale dei diritti*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 119 ss.
- CIPRIANI, *Giuseppe Pisanelli e il processo civile*, in *Rassegna dir. civ.*, 2001, p. 52 ss.
- CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, tomo 1, Torino, 1994.
- Codice di procedura civile tedesco*, a cura di Patti, Milano, 2010.
- COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 578.
- COMMANDATORE, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 853.
- COMOGLIO, L. P., *Azione e tutela cautelare (nel ricordo di Pietro Calamandrei)*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 635 ss.

- COMOGLIO, L. P., *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, p. 521.
- COMOGLIO, L. P., *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 721.
- COMOGLIO, L. P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 591.
- COMOGLIO, L. P., *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010.
- COMOGLIO, L. P., *"Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 134 ss.
- COMOGLIO, L. P., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1513.
- COMOGLIO, L. P., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 587.
- CONSOLO, È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1061.
- CONSOLO, *Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (...a rischio di essere riponderato quale hard black letter rule)*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2775.
- CONSOLO, *I nuovi artt. 180-183 e 184 c.p.c.: una prima diagnosi sul nuovo rito "concentrato" ed "elastico"*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 805 ss.
- CONSOLO, *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e ADR?*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1263.
- CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 882.
- CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d. lgs. n. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti settoriali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1485 ss.
- CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1173.
- CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 742.
- CONSOLO, LUISO, *Assestamenti funzionali per l'effettività piena del procedimento sommario di cognizione: una prima conclusione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 520.
- CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003.

- CORDOPATRI, *Profili processuali dell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 48.
- CORTÉS DIÉGUEZ, *Does the proposed European procedure enhance the resolution of small claims?*, in *Civ. just. quar.*, 2008, p. 85.
- COSSIGNANI, *Della sospensione per pregiudizialità del procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2331.
- COSTABILE, *Le ricadute sul giudizio di appello della ritenuta compatibilità tra il procedimento sommario di cognizione e le controversie locative*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2134.
- COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini, Verardi, Milano, 2001, p. 261.
- COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 89 ss.
- COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 656.
- COWPER, GILBERT, HARRISON, KOTKAS, *Proportionality: economics comes to the Courtroom*, <http://www.fasken.com/files/Publication/5e3ed3cb-3af6-41b8-b52b-242fae55d33c/Presentation/PublicationAttachment/0416e182-ffc0-40ba-b133-2aa714a1b347/Article%20re%20Proportionality.pdf>, p. 4.
- CRANSTON, *"The rational study of law": social research and access to justice*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995, p. 31.
- CREVANI, in *Istruzione probatoria*, a cura di Taruffo, Bologna, 2014, p. 745 ss.
- CRUZ ARENHART, OSNA, *Complexity, proportionality and the "pan procedural approach"*, in *Int. jour. proc. law*, 2014, fasc. 2, p. 177 ss.
- CUOMO ULLOA, *Il punto sulla proposta del mediatore*, in *Giur. it.*, 2017, p. 657.
- CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione, profili applicativi*, Bologna, 2013.
- D'AGOSTO, CRISCUOLO, *Prime note sulle "misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"*, in www.ilcaso.it.
- D'ALESSANDRO, *Choosing among the three regulations creating a European Enforcement Order (EEO Regulation, EOP Regulation, ESCP Regulation): practical guidelines*, in *Int'lis*, 2010, fasc. 1, p. 39.
- D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Torino, 2008

- DALFINO, *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, vol. II, Napoli, 2010, p. 847.
- DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016.
- DALFINO, *Procedimento sommario di cognizione: il protocollo dell'Osservatorio sulla giustizia civile "Valore prassi" di Verona*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 625.
- DALFINO, *Sull'inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 394.
- DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1264.
- DANOVI, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 588 ss.
- DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011, p. 321.
- DE CRISTOFARO, *Case Management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 287.
- DE CRISTOFARO, in *Codice di procedura civile commentato. La semplificazione dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011*, diretto da Consolo, Assago, 2012, p. 31.
- DE OLIVEIRA, *Il formalismo nel processo civile (proposta di un formalismo-valutativo)*, Milano, 2013.
- DE SANTIS, A. D., *Il procedimento sommario di cognizione*, in A.A.V.V., *Processo del lavoro*, Milano, 2017, p. 452.
- DE SANTIS, F., *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 749.
- DE SIMONE, *Le prime esperienze giurisprudenziali in tema di procedimento sommario di cognizione: prassi a confronto. Doc. n. 201/2010*, 7 maggio 2010, in www.ilcaso.it.
- DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012.
- DELLA PIETRA, *Il procedimento sommario societario: molti dubbi e qualche certezza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 577.
- DELLA PIETRA, *La second life dei protocolli sul processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 895 ss.
- DELLA PIETRA, *Paupertas et simplicitas: spunti di semplificazione dalle controversie di modesta entità*, in *Tutele e procedure giudiziarie europee. Principi fondamentali e applicazioni pratiche*, Maggioli, Rimini, 2011, p. 313.

- DELLA VEDOVA, *Alcune riflessioni intorno all'art. 183-bis del codice di rito civile e al giudizio sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*.
- DELLA VEDOVA, *Cognizione speciale e struttura del procedimento. Analisi del processo sommario societario*, Milano, 2007, p. 123 ss.
- DELLA VEDOVA, *Il giusto processo sommario. La cognizione speciale non cautelare*, Padova, 2013
- DELLA VEDOVA, *La deriva telematica nel processo civile*, in *www.judicium.it*.
- DEMARCHI ALBENGO, *Il processo civile semplificato*, Milano, 2011.
- DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 455.
- DI CIOMMO, *Aspetti problematici del processo sommario societario*, in *www.judicium.it*.
- DI COLA, *Brevi note sull'istruttoria del procedimento sommario societario*, in *Giur. it.*, 2006, 113.
- DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 322.
- DIDIER JR., *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño*, in *Int. jour. proc. law*, 2017, fasc. 1, p. 39 ss.
- DIDONE, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 414.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Civil justice in Spain: present and future. Access, cost, and duration*, in *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di Zuckerman, Oxford, 1999, p. 385
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *The principal innovation of Spain's recent civil procedure reform*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker, Varano, Torino, 2005, p. 42 ss.
- DIOTALLEVI, *Efficacia ed efficienza degli uffici giudiziari*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 448.
- DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582.
- DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 589.
- DOCKRAY, *The inherent jurisdiction to regulate civil proceedings*, in *Law quar. rev.*, 1997, p. 120.
- DOMINGUEZ RUIZ, *Reclamación de deudas transfronterizas*, Aranzadi, 2013.
- DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, in *Davanti al giudice. Studi sul*

- processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 515.
- DONZELLI, *Le sezioni unite e il “giusto processo” civile*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 990.
- DONZELLI, *Sul “giusto processo” civile “regolato dalla legge”*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 949.
- EPSTEIN, *The quiet revolution in Australia – the changing role of the judge in civil proceedings*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker, Varano, Torino, 2005, p. 192 ss.
- ESPLUGUES-MOTA, BARONA-VILAR, *Civil justice in Spain*, Nagoya, 2009, 82 ss.
- FABBI, *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarella, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 1003 ss.
- FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 722.
- FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 795 ss.
- FABIANI, *Onere della prova e struttura del processo per fallimento*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2578 ss.
- FABIANI, *Semplificazione dei riti: il modello sommario*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 203.
- FERRAND, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker, Varano, Torino, 2005, p. 9.
- FERRARI, F., *La “prova migliore”. Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004.
- FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 94.
- FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011.
- FINOCCHIARO, G., *Il protocollo sul procedimento sommario dell’osservatorio sulla giustizia civile di Roma*, in *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d’udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 579.
- FINOCCHIARO, G., *Rischio incertezza sulla conciliazione giudiziale*, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 28, p. 86.
- FINOCCHIARO, G., *Si conclude con il lieto fine una vicenda giuridica che ha tenuto in apprensione l’intera avvocatura*, in *G. dir.*, 2012, fasc. 4, p. 102.

- FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*.
- FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, 2005.
- FRADEANI, *Sull'incompatibilità tra il nuovo procedimento sommario di cognizione e le controversie in materia di locazione e comodato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 397.
- FRASCA, *Glosse e commenti sul protocollo per la redazione dei ricorsi civili convenuto fra Corte di cassazione e Consiglio nazionale forense*, in *www.judicium.it*.
- GERARDO, MUTARELLI, *Procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c.: primo bilancio operativo*, in *www.judicium.it*
- GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 463.
- GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 169 ss.
- GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009.
- GIORDANO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1217.
- GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Il processo civile competitivo*, a cura di Didone, Torino, 2010, p. 717.
- GIORDANO, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 831.
- Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di Berti Arnoaldi Veli, Bologna, 2011, p. 53.
- GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 56.
- GOTTWALD, *Civil justice reform: access, cost, and expedition. The German perspective*, in *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di Zuckerman, Oxford, 1999, p. 207.
- GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo". Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina, 2014
- GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 584 ss.
- GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 945 ss.
- GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 141.

- GRAZIOSI, *La riforma del rito sommario di cognizione*, in *Le novità in materia di impugnazioni. Incontro di studio, Firenze, 12 aprile 2013*, Bologna, 2014, p. 163.
- GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 699 ss.
- GUARNIERI, *Fase sommaria del rito Fornero e proponibilità del regolamento di giurisdizione e competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1597.
- GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 485.
- GUGLIELMINO, *Brevi osservazioni sulla costituzionalità dell'obbligo di fissazione del calendario del processo*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2588.
- GUGLIELMINO, *Il calendario del processo, in Trasformazione e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, a cura di Besso, Frus, Rampazzi, Ronco, Bologna, 2015, p. 210.
- GUILLEMARD, PLAMONDON, *L'alinéa 3 de l'article premier du code de procédure civile du Québec: une formule de style?*, in *Int. jour. proc. law*, 2017, fasc. 1, p. 63.
- HAIBACH, *The Commission proposal for a regulation establishing a European small claims procedure: an analysis*, in *Eur. rev. priv. law*, 2005, p. 593.
- HILL, *Cross-border consumer contracts*, Oxford, 2008.
- HURST, *The new costs rules and practice directions*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 153 ss.
- IANNI, *Il procedimento sommario di cognizione: problematiche applicative*, in www.ilcaso.it.
- IMPAGNIATIELLO, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 746.
- IZZO, *L'arbitrato endoprocessuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 99.
- JACKSON, *Foreword*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 109.
- JONGBLOED, *Judicial case management and efficiency in the Netherlands*, in *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, a cura di van Rhee, Anversa, 2008, p. 93.
- KERN, *Justice between simplification and formalism*, Tubinga, 2007.
- KRAMER, *Harmonisation of procedures in Europe: the proposal for a European small claims procedure*, in *Int'l lis*, 2006, p. 109.
- KRAMER, *Small claim, simple recovery? The European small claims procedure and its implementation in the member states*, in *ERA Forum*, 2011, fasc. 12, p. 119.
- KRAMER, ONTANU, *The Dutch perspective on cross-border small claims litigation: guarded optimism and pragmatism. A normative and empiri-*

- cal approach*, in *The European small claims procedure and the philosophy of small change*, a cura di Neuwahl, Hammamoun, Montreal, 2014, p. 7 ss.
- LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 1.
- LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, III ed. Torino, 2011.
- LAUDISA, *Camera di consiglio. I) Procedimenti in camera di consiglio – dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, vol. V, 1988.
- LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 65.
- LEUBSDORF, *The myth of civil procedure reform*, in *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di Zuckerman, Oxford, 1999, p. 53.
- LICCI, *Vizi e virtù del procedimento sommario societario*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1958.
- LISELLA, *Il regime di appellabilità delle ordinanze conclusive del procedimento sommario di cognizione: posizioni giurisprudenziali e rilievi critici*, in *La nuova proc. civ.*, 2013, fasc. 4.
- LISELLA, *Note sull'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 718 ss.
- LOMBARDI, *È arrivato il nuovo procedimento sommario di cognizione generale*.
- LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 464.
- LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1447.
- LUDOVICI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in www.judicium.it.
- LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., 2009.
- LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, IX ed., 2017.
- LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1568.
- LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it.
- LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 605.
- LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 107 ss.
- MACAGNO, *Il processo sommario di cognizione. Brevi note*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3048.

- MACCARRONE, *Contraddittorio e modelli di trattazione fondati sul principio di preclusione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, Torino, 2008, p. 669.
- MAGGIO, *La prova nel processo civile: i poteri del giudice nella valutazione delle prove atipiche*, *Giur. it.*, 2015, p. 625.
- MAKRIDOU, *Civil justice reforms in Greece: case management, single-judge proceedings and alternative dispute resolution procedure*, in 28 *Z.Z.Z.*, 2011/2012, p. 257 ss.
- MAKRIDOU, *Greek case management in light of other European civil justice systems*, in *Jour. comp. law*, 2012, p. 227 ss.
- MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 551.
- MARCHAL ESCALONA, *Towards a new European litigation consumer protection?: a new European initiative on resolution of litigation small amount*, in 28 *Rev. electr. est. intern.*, 2014, p. 1 ss.
- MARCUS, *Confessions of a Federal "bureaucrat": the possibilities of perfecting procedural reform*, in 35 *W. St. Univ. law rev.*, 2007, p. 103.
- MARCUS, *Modes of procedural reform*, in 31 *Hastings int. & comp. law rev.*, 2008, p. 157.
- MARCUS, *Slouching toward discretion*, in 78 *Notre Dame law rev.*, 2003, p. 1561 ss.
- MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996.
- MARINARO, *Da rivedere il modello adottato dal nostro legislatore alla luce dell'obbligatorietà preventiva e successiva*, in *Guida dir.*, 2014, fasc. n. 17, *Inserito n. 5*, p. XI.
- MARINO, *Attuazione delle sentenze e provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 1076.
- MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 917.
- MARTINO, *L'appello*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, Milano, 2014, p. 546 ss.
- MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009.
- MATTA, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 171.
- MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 186.

- MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, in www.judicium.it.
- MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1102.
- MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1025.
- MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIV, 1996, p. 403.
- METAFORA, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1179 ss.
- METAFORA, *L'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 813.
- MICCOLI, SCIACCA, *Managerialità giudiziaria e programmi di gestione dei procedimenti civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 174 ss.
- MICHALIK, *Justice in crisis: England and Wales*, in *Civil justice in crisis*, a cura di Zuckerman, Oxford, 1999, p. 117.
- MICHELI, *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, 1959, p. 981.
- MILAN, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di Bonomi, Torino, 2009, p. 321.
- MILLAN, *Bill 28 expands proportionality, encourages collaboration in bid to improve system access*, in *33 The lawyers weekly*, 2013, n. 9.
- MINARDI, *Il processo sommario di cognizione. Seconda lettura*, in www.altalex.it.
- MINICHELLO, *Procedimento sommario societario e limiti dell'istruzione*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 1146.
- MOLINARO, *Il passaggio dal rito camerale al rito sommario nel d. legis. n. 150/2011*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 426.
- MONDINI, *I provvedimenti dei presidenti dei Tribunale di Genova e di Bologna per la prima applicazione del procedimento sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 517 ss.
- MONTELEONE, *A margine di una recente polemica sul ruolo del giudice nel processo civile: moralisti, moralizzatori e "neoliberisti"*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 275.
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, II ed., Torino, 1994.

- MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309.
- MORICONI, *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relative alla acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi*, in www.judicium.it.
- MORISSETTE, *Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions*, in *50 Cahiers de droit*, 2009, p. 381.
- NATHANSON, CAMERON, DuMOULIN, *Complex litigation under B.C.'s new Suprem Court Civil Rules*, http://www.fasken.com/files/Publication/5d925aa7-fe2b-4679-b70e-5bca57a3858f/Presentation/PublicationAttachment/fff45f9f-d9b0-4120-b65c-19756f767d40/Insight_Conference_-_Civil_Rules_paper.pdf.
- NOVIELLO, *I moduli standard di domanda e di replica nel regolamento small claims*, in *Tutele e procedure giudiziarie europee. Principi fondamentali e applicazioni pratiche*, Maggioli, Rimini, 2011, p. 329.
- NUNNER-KRAUTSGASSER, ANZENBERGER, *General principles in European small claims procedure – How far can simplification go?*, in *LeXonomica – Journal of law and economics*, 2012, n. 2, p. 133.
- ODORISIO, *Le modifiche relative al giudizio di appello*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di Punzi, Torino, 2013, p. 177.
- OLIVIERI, *Il procedimento di primo grado*, in *Giur. it.*, 2010, p. 730.
- OLIVIERI, *Il processo sommario di cognizione (primissime brevi note)*, in www.judicium.it.
- OLIVIERI, in A.A.V.V., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, p. 98.
- OLIVIERI, *Le impugnazioni nel c.d. rito societario*, in www.judicium.it.
- ONTANU, PANNEBAKKER, *Tackling language obstacles in cross-border litigation: the European order for payment and the European small claims procedure approach*, in *Erasmus law rev.*, 2012, 3, p. 169.
- PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2782.
- PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la "proportionate justice"*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1458.
- PAPAGNI, *L'applicabilità del procedimento sommario di cognizione alle controversie assoggettate al rito locatizio*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2414.
- PAPAGNI, *Procedimento possessorio e assunzione "atipica" della testimonianza scritta senza i limiti dell'art. 257-bis c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 1304 ss.

- PAPARO, MONNINI, PROTO PISANI, ZAMPETTI, *Intervento di “pronto soccorso” per un processo (...un po’ più...) civile*, in *Foro it.*, 2017, V, 208 ss.
- PARISI, TRINCHI, *Riflessioni sull’esercizio del diritto di riscatto nei contratti di assicurazione sulla vita contenenti designazione irrevocabile del beneficiario e sulla qualità della cognizione nel procedimento sommario societario ex art. 19 d.lgs. n. 5/2003*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 76.
- PASSANANTE, in *Istruzione probatoria*, a cura di Taruffo, Bologna, 2014, p. 109.
- PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017.
- PASSANANTE, *Processo civile inglese*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, p. 969 ss.
- PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, numero speciale, p. 81.
- PATTI, *Prove*, in *Commentario del Codice civile e codice collegati Scialoja – Branca – Galgano*, a cura di De Nova, Bologna, 2015, p. 336.
- PEPE, *Atti giuridici e principio di conservazione*, in *Amministrativamente* (www.amministrativamente.com), 2015, fasc. 1-2, p. 7.
- PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 701
- PICARONI, in *I procedimenti (D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5)*, II ed., a cura di Lo Cascio, Milano, 2005, p. 302.
- PICHÉ, *Figures, spaces and procedural proportionality*, in *Int. jour. proc. law.*, 2012, fasc. 1, p. 149
- PICHÉ, *La disposition préliminaire du Code de procedure civile*, in *73 Rev. du Barreau*, 2014, p. 164.
- PICOZZA, *Le modifiche relative al modello “ordinario” di cognizione di primo grado*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di Punzi, Torino, 2013, p. 137.
- PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 51 ss.
- PIRONI, *Sulla disciplina processuale delle scritture provenienti dal terzo estraneo alla lite*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 253.
- PIRRUCCIO, *Overruling: dalle Sezioni unite n. 19246 del 2010 alle l. n. 218 del 2011, quale lezione per il futuro?*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 304.
- PISTONE, *Inappellabilità dell’ordinanza decisoria di rigetto ex art. 702-quadroter c.p.c.: nota critica alla sentenza della Corte d’appello di Roma, terza sezione, 7.3.2012*, in *La nuova proc. civ.*, 10 giugno 2013.
- PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini, Verardi, Milano, 2001, p. 67.

- POLI, G. G., *Sull'appellabilità dell'ordinanza di rigetto nel procedimento sommario di cognizione: considerazioni a margine di un "obiter dictum" della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3929.
- POLI, G. G., *Sulla "simmetria" del giudicato nel procedimento sommario a cognizione piena*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 301.
- POLI, G. G., *Ultrattività delle decadenze e "indispensabilità" dei mezzi di prova in appello: ricerca di una "convivenza" possibile*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 180.
- PORRECA, *Il decreto legislativo sulla semplificazione dei riti: qualche osservazione iniziale*, in www.judicium.it.
- PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011.
- PORRECA, *Il procedimento sommario: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 845.
- PORRECA, *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto del procedimento sommario di cognizione: deformalizzazione giudicato e giusto processo*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2682.
- PORRECA, *La norma di delega e i principi ispiratori della semplificazione e riduzione dei riti*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 1147 ss.
- PORRECA, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro: profili d'incompatibilità strutturale e funzionale in materia localizia*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2721.
- POZZI, V., *Il rito bagattellare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 611.
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali (studi offerti a Virgino Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979, p. 309.
- PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 45.
- PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 265.
- PROTO PISANI, *Intervento sconsolato sulla crisi dei processi civili a cognizione piena*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 47.
- PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 223.
- PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003.
- PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1 ss.

- PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini, Verardi, Milano, 2001, p. 320.
- PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393.
- PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il "protocollo d'intesa" sul ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 585.
- QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016.
- RADCLIFFE, *The new English fast track patent litigation procedure*, in *IP litigator*, maggio/giugno 2006, p. 16 ss.
- RAITI, *La Corte d'appello nissena per una nozione rigorosa, ma certa, della "indispensabilità" dei nova istruttori nell'appello civile ordinario*, in *Giur. it.*, 2010, p. 916.
- RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2-bis, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 570.
- RAMSEY, *Implementation of the costs reform*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 112 ss.
- RANA, *La governance della giustizia civile. Processo, organizzazione, diritti*, Ariccia, 2014.
- RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 601.
- RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.
- RECCHIONI, *Modelli processuali e riduzione dei riti civili*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di Punzi, Torino, 2013, p. 115.
- RENZI, *Ammissibilità e disciplina del regolamento di giurisdizione nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 577 ss.
- RENZI, *Le decisioni di cui all'art. 702-ter c.p.c. nel procedimento sommario di cognizione*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 352.
- RICCI G. F., *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009.
- RICCI G. F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999.
- RICCI, G. F., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale. Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 176.

- RONCO, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell'incompetenza, dell'inammissibilità della domanda (e del mutamento di rito)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2106.
- RUBINO, in *I procedimenti (D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5)*, II ed., a cura di Lo Cascio, Milano, 2005, p. 301.
- RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado e ammissione di nuove prove in appello: gli artt. 345, comma 3°, e 437, comma 2° c.p.c. al vaglio delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 940.
- RUFFINI, *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1096.
- RUSSO, *Dialoghi sulle impugnazioni civili al tempo della spending review*, in www.judicium.it.
- RUTGERS, G. R., RUTGERS, J. W., *Reform of the code of civil procedure in the Netherlands*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker, Varano, Torino, 2005, p. 138.
- RUVOLO, *La mediazione ex officio iudicis e la proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1007.
- SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 467.
- SALETTI, *L'appello nel rito del lavoro e nel procedimento sommario dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1435.
- SANDULLI, *In tema di mediazione delegata dal giudice*, in *La nuova proc. civ.*, 2015, fasc. 2.
- SANDULLI, *Profili di costituzionalità del rito sommario nel giudizio di opposizione alla stima dell'indennità espropriativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1544.
- SANTAGADA, *Il giudizio d'appello riformato e l'introduzione del filtro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 638.
- SANTANGELI, *Il modello sommario "riordinato"*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 444.
- SANTANGELI, in *La nuova riforma del processo civile*, a cura di Santangeli, Roma, 2015, p. 158.
- SANTANGELI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, Milano, 2001.
- SANTANGELI, *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili tra legge delega e decreti legislativi. Cronaca di una occasione in buona parte mancata. Tra pessimismo della ragione e ottimismo della volontà. Considerazioni introduttive e piano dell'opera*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo*

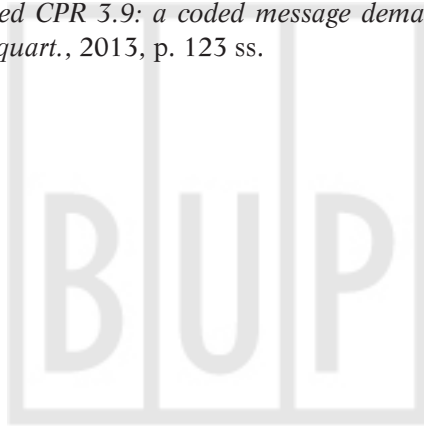
- 1° settembre 20111, n. 150, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 1 ss.
- SANTANGELI, *Tre modelli, 28 (o 29) riti. Le scelte della legge delega e del decreto legislativo nella iscrizione dei riti ai modelli, e la complessa attività dell'interprete nell'individuare l'intera disciplina applicabile ai procedimenti speciali. Spunti sulla connessione tra riti*, in *Riordino e semplificazione dei procedimenti civili. Commentario al decreto legislativo 1° settembre 20111, n. 150*, a cura di Santangeli, Milano, 2012, p. 24 ss.
- SASSANI, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 114.
- SASSANI, *Meanwhile in a parallel universe...*, in www.judicium.it.
- SAVINO, *Ancora sulle nuove prove indispensabili in appello, una condivisibile (non) pronuncia delle sezioni unite*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1110 ss.
- SCALA, *L'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 739.
- SCARAFONI, *Il regolamento n. 861/2007 sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Il processo civile e la normativa europea*, a cura di Scarafoni, Torino, 2012, p. 601.
- SCARAFONI, *L'appello*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura di Didone, Milano, 2014, p. 583.
- SCARSELLI, *Abolizione del processo civile? (contro il progetto che fa del rito sommario la regola generale di cognizione dei diritti civili)*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 315.
- SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e La sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 805.
- SCARSELLI, *Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 55 ss.
- SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989.
- SCARSELLI, *Le altre impugnazioni e il giudicato*, in *Giur. it.*, 20110, p. 741.
- SCARSELLI, *Sulla sinteticità degli atti nel processo civile*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 324.
- SCHMIDT, *Civil justice in France*, Nagoya, 2010.
- SILVESTRI, E., *Notes on case management in Italy*, in www.academia.edu.
- SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la Legge 162/2014*, Santarcangelo di Romagna, 2015.
- SORABJI, *Prospects for proportionality: Jackson implementation*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 213 ss.

- STANCO, *Il rito sommario dinanzi al foro (1865-1870)*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarola, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 2375 ss.
- STEWART, BOUCHÉ, *Civil court case management in England and Wales and Belgium: philosophy and efficiency*, in *Civ. Just. Quar.*, 2009, p. 206.
- STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 1193.
- STÜRNER, *Special case management by judges for foreign parties*, in *International contract litigation, arbitration and judicial responsibility in transnational disputes*, a cura di Stürner, Kawano, Tubinga, 2011, p. 253 ss.
- TALLARO, *Rito sommario e controversie locatizie: osservazioni dalla parte dell'utente del servizio giustizia*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 1250 ss.
- TANIGUCHI, *Japan's recent civil procedure reform: its seeming success and left problems*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker, Varano, Torino, 2005, p. 107.
- TARUFFO, *Commento all'art. 115*, in CARRATTA, TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2011.
- TARUFFO, *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 77.
- TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 157.
- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.
- TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009.
- TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 455.
- TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, III ed., Milano, 1987.
- TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 633.
- TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella "iconoclastica" del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 145 ss.
- TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016.
- TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183-bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 495.
- TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*
- TISCINI, *Commento agli artt. 702 ss. c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti, Sassani, Torino, 2009, p. 231.
- TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Padova, 2009.

- TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione, fenomeno in via di geminazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 114.
- TISCINI, *La semplificazione dei riti civili*, a cura di Sassani, Tiscini, Roma, 2011, p. 31.
- TISCINI, *Modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016.
- TOMMASEO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *La previdenza forense*, 2009, fasc. 2, p. 126.
- TORQUATO, D'AGOSTINI, *Spunti di raffronto comparato sulla recente riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 258.
- TRAPUZZANO, in GIORDANO, TRAPUZZANO, *La riforma del processo civile. Commentario al d.l. n. 132/2014, conv. con mod. in l. n. 162/2014. Aggiornato alle circolari ministeriali nn. 2309/2015 e 6/2015 in tema di negoziazione assistita*, Milano, 2015, p. 177.
- TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato al tramonto?*, in A.A.V.V., *La crisi del giudicato. Atti del XXX convegno nazionale, Cagliari, 2-3 ottobre 2015*, Bologna, 2017, p. 97 ss.
- TRISORIO LIUZZI, *Il diritto di difesa*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 112 ss.
- TRISORIO LIUZZI, *Il procedimento sommario di cognizione e la sospensione per pregiudizialità*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 157 ss.
- TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini, Verardi, Milano, 2001, p. 41.
- TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 35 ss.
- TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011.
- TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 131.
- TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 173.
- TROCKER, VARANO, *Concluding remarks*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di Trocker, Varano, Torino, 2005, p. 250.

- TURATTO, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 739.
- TURRONI, *Decisioni non definitive nel procedimento sommario di cognizione. "Autopsia" di un intervento in causa R. C. Auto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 153.
- TURRONI, *Le decisioni non definitive nel processo sommario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 796 ss.
- VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 519.
- VERKIJK, *Beyond winning: judicial case management and the role of lawyers in the principles of transnational civil procedure*, in *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, a cura di van Rhee, Antersva, 2008, p. 64 ss.
- VIDIRI, *L'indispensabilità delle prove nel rito del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1465.
- VIDIRI, *Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra "provvedimenti presidenziali" e osservatori sulla giustizia civile*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1382.
- VIGNERA, *Riserva di legge ex art. 111, comma 1° Cost. e rito cautelare uniforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 551 ss.
- VIGNERA, *Saggio polemico sul procedimento 'volontario' ex artt. 737 ss. c.p.c.*, in www.judicium.it.
- VIGORITI, *Il "trasferimento" in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza*, in www.judicium.it
- VIOLA, *La nuova prima udienza con lo switch procedimentale ex art. 183-bis c.p.c. (legge 162/2014 in tema di degiurisdizionalizzazione): passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione*, in *La nuova proc. civ.*, 12 giugno 2015.
- VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, vol. II, tomo 1, Milano, p. 773 ss.
- VOLPINO, *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 67.
- VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 54.
- VON HASE, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 178 ss.
- VORRASI, *England's reform to alleviate the problems of civil process: a comparison of judicial case management in England and the United States; Note*, in *30 Journal of legislation*, fasc. 2, p. 361.

- YOWELL, *Race to judgment? An empirical study of Scott v. Harris and summary judgment*, in 85 *Notre Dame law rev.*, 2010, p. 1759.
- ZANDER, *Why Lord Woolf's proposed reforms of civil litigation should be rejected*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995, p. 79.
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il calendario del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1395
- ZUCKERMAN, *Civil procedure*, Butterworths, 2003.
- ZUCKERMAN, *Court control and party compliance – the quest for effective litigation management*, in *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di TROCKER, Varano, Torino, 2005, p. 142.
- ZUCKERMAN, *Reform in the shadow of lawyers' interests*, in *The reform of civil procedure. Essays on Access to justice*, a cura di Zuckerman, Cranston, Oxford, 1995, p. 61.
- ZUCKERMAN, *The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation*, in *Civ. just. quart.*, 2013, p. 123 ss.





SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

DOVE VA IL MONDO?

UN VOLO D'UCCELLO SU ALCUNE RECENTI RIFORME PROCESSUALI STRANIERE

1. Introduzione all'oggetto dello studio	3
2. Linee di tendenza a livello internazionale	6
3. L'esperienza inglese	14
4. Il modello francese	24
5. Le soluzioni tedesche	29
6. Semplificazione e flessibilità nel diritto processuale di formazione europea: il procedimento per gli "small claims"	31
7. Una prospettiva extraeuropea: esperienze canadesi di <i>case management</i> in Québec	36
8. (Segue): e in Ontario e British Columbia	47

CAPITOLO SECONDO

FLESSIBILITÀ E PROPORZIONALITÀ NEL PRISMA DEL PRINCIPIO DI COLLABORAZIONE

1. Il principio di flessibilità	55
2. Il principio di proporzionalità	56
3. Il principio di collaborazione	59
4. Spunti per procedere nell'esame della questione	63

CAPITOLO TERZO

FLESSIBILITÀ, PROPORZIONALITÀ E COLLABORAZIONE “ALL’ITALIANA”, TRA CALENDARIO DEL PROCESSO E ATTI CHIARI E SINTETICI

1. Un ordinamento processuale “inflexibile”?	65
2. L’elusivo obiettivo della proporzionalità processuale	68
3. Il principio di collaborazione nell’ordinamento processuale italiano	70
4. Il calendario del processo	74
5. (Segue): sanzioni per la mancata predisposizione del calendario e per la sua inosservanza	81
6. (Segue): valutazioni conclusive	83
7. Nuove tecniche di redazione degli atti processuali	85

CAPITOLO QUARTO

GESTIONE E DIREZIONE DEL PROCESSO E RICORSO AGLI STRUMENTI ALTERNATIVI DI SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

1. Il ruolo delle A.D.R. nelle recenti riforme processuali italiane	95
2. Il trasferimento delle cause civili ad arbitri: un cenno	97
3. La mediazione delegata: evoluzione del testo normativo	99
4. La decisione del giudice di rimettere le parti avanti al mediatore	102
5. Rapporti tra giudice e mediatori: una delegazione “invadente”?	106
6. Lo svolgimento effettivo dell’incontro di mediazione	109
7. La partecipazione personale della parte alla mediazione	119
8. Valutazioni conclusive	123

CAPITOLO QUINTO

IL RITO SOMMARIO COME STRUMENTO DI SEMPLIFICAZIONE DEL PROCESSO

1. Introduzione	133
2. Il procedimento sommario societario	137
3. Il procedimento sommario non cautelare nel disegno di legge “Mastella”	149
4. Il “modello” sommario nella semplificazione dei riti: la legge delega	151
5. (Segue): l’attuazione della delega	157
6. (Segue): modello sommario “obbligatorio” e questioni di costituzionalità	160
7. (Segue): altre caratteristiche del modello sommario “obbligatorio”	164
8. Cognizione ordinaria e cognizione sommaria: una definizione per sottrazione?	167
9. (Segue): il panorama di riferimento, tra tutela differenziata dei diritti e sommarizzazione del processo	171

CAPITOLO SESTO

LA COGNIZIONE SOMMARIA: CATEGORIE, STRUTTURE E FUNZIONI

1. Introduzione: la sommarietà come eterogeneo <i>quid minus</i>	179
2. Aspetti strutturali della sommarietà	185
3. La sommarietà come cognizione “ridotta”	187
4. Una questione di “qualità” della cognizione?	193
5. Un’analisi sul piano funzionale	196
6. (Segue): la sommarietà cautelare	199
7. (Segue): caratteristiche dell’istruttoria cautelare	203
8. Quando la sommarietà si associa alla decisorietà	208
9. (Segue): i procedimenti sommari decisori autonomi	210
10. Il modello camerale: tra entusiasmi legislativi e critiche dottrinarie	212

CAPITOLO SETTIMO

IL RITO SOMMARIO DI COGNIZIONE: FUNZIONE E AMBITO APPLICATIVO

1. Funzioni del rito sommario di cognizione	229
2. Questioni di “competenza”	234
3. Il presupposto oggettivo: la possibilità di istruire la causa in modo sommario	237
4. Le posizioni sostanziali tutelabili e le tipologie di domande proponibili	238
5. Utilizzo del rito sommario in controversie non soggette al rito ordinario: le cause di lavoro/locatizie	244
6. (Segue): altre ipotesi	253
7. (Segue): l’opposizione a decreto ingiuntivo	259
8. Dubbi interpretativi e ruolo dei “protocolli”	265
9. Sulle possibili conseguenze di una scelta sbagliata: elementi di riflessione (e conclusioni posticipate)	266

CAPITOLO OTTAVO

LA FASE INTRODUTTIVA DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO

1. Il ricorso introduttivo: l’ <i>editio actionis</i>	269
2. (Segue): la <i>vocatio in ius</i>	273
3. Il deposito del ricorso e i successivi incombenti	274
4. (Segue): il termine per la costituzione del convenuto	281
5. La notificazione del ricorso e del decreto; il termine di comparizione del convenuto	282
6. La posizione difensiva del convenuto	287

CAPITOLO NONO

LO SNODO DELLA PRIMA UDIENZA “SOMMARIA”

1. Il ruolo della prima udienza nel rito sommario	291
2. Verifiche (generali) preliminari	294
3. (Segue): la regolare instaurazione del contraddittorio	295
4. La verifica sui presupposti specifici del rito sommario	299
5. Una lettura costituzionalmente orientata di “inammissibilità” in questo contesto	306
6. Ancora sull’errore nella scelta del rito: rilievo e conseguenze	308
7. Attività preliminari alla decisione sul binario istruttorio, tra chiarimenti richiesti dal giudice e poteri di allegazione e produzione delle parti	314
8. La decisione sul binario istruttorio: introduzione	317
9. Le preclusioni	318

CAPITOLO DECIMO

LA DECISIONE SUL BINARIO ISTRUTTORIO

1. La nozione di sommarietà nel contesto di riferimento: confronti con altri modelli	327
2. (Segue): il confronto con il modello camerale	335
3. Un’istruttoria sommaria in quanto deformalizzata e i relativi presupposti	338
4. Di che cosa parliamo quando parliamo di “semplicità istruttoria”	342
5. L’istruttoria sommaria tra numero di udienze e mezzi di prova utilizzabili	349
6. Molte variabili per una decisione sul binario istruttorio	353
7. Procedimento sommario e cumulo oggettivo e soggettivo	354
8. (Segue): il cumulo di domande da parte del ricorrente	355
9. (Segue): la domanda riconvenzionale	356
10. (Segue): la scelta di binario istruttorio per la domanda riconvenzionale	362
11. (Segue): la chiamata di terzo su istanza di parte o per ordine del giudice	364
12. (Segue): la <i>reconventio reconventionis</i> da parte dell’attore	370
13. (Segue): l’intervento volontario di terzo	371
14. Osservazioni (quasi) conclusive	372

CAPITOLO UNDICESIMO

UN INTERMEZZO

LO SWITCH DI BINARIO ISTRUTTORIO NEL PROCEDIMENTO ORDINARIO

1. Fonti normative	375
2. Ambito di applicazione del meccanismo previsto dall’art. 183- <i>bis</i> c.p.c.	378
3. I presupposti per il mutamento del binario istruttorio	379
4. La decisione del giudice, nel prisma del principio del contraddittorio	382
5. (Segue): la “trattazione scritta”	385
6. La precisazione delle richieste istruttorie	390

CAPITOLO DODICESIMO

UNO SNODO COMUNE PER LA SCELTA DEL BINARIO ISTRUTTORIO

1. Due riti alternativi, un unico snodo istruttorio?	399
2. Un unico regime di (ir)reversibilità della scelta del binario istruttorio	403
3. Un'unica nozione di "causa complessa"	405
4. Le conseguenze in caso di riunione tra procedimenti introdotti con riti diversi	409
5. Scelta di binario istruttorio e discrezionalità giudiziaria	411

CAPITOLO TREDICESIMO

CHE COSA VUOL DIRE ISTRUIRE LA CAUSA IN MODO SOMMARIO?

1. Il mutamento di binario istruttorio: aspetti procedurali	419
2. (Segue): le attività che si svolgono nell'udienza <i>ex art.</i> 183 c.p.c. fissata dal giudice al momento di convertire il binario istruttorio	422
3. (Segue): mutamento di binario istruttorio, rimessione in termini del convenuto e preclusioni	423
4. (Segue): sulla possibilità che sia la stessa prima udienza sommaria a convertirsi seduta stante in udienza <i>ex art.</i> 183 c.p.c. e le conseguenze di tale proposta interpretativa	429
5. L'istruttoria sommaria: aspetti procedurali	430
6. (Segue): l'istruttoria sommaria come istruttoria deformalizzata: proposte ricostruttive	432
7. Il ruolo delle prove atipiche: un tentativo di ricostruzione generale	442
8. (Segue): atipicità del <i>modus</i> di assunzione di una prova tipica; il confine con la prova illecita	451
9. (Segue): le prove atipiche sostitutive di prove tipiche	455
10. (Segue): prove atipiche per la modalità di loro assunzione: <i>slight reprise...</i>	458
11. (Segue): l'efficacia delle prove atipiche	461
12. (Segue): tirando le fila: istruttoria sommaria e prove atipiche	471
13. Altri aspetti di sommarietà del procedimento: rapporti con gli istituti generali del processo	474
14. (Segue): rito sommario, ordinanze anticipatorie di condanna, provvedimenti cautelari: questioni di (in)compatibilità	479

CAPITOLO QUATTORDICESIMO

LA DECISIONE

1. Aspetti di deformalizzazione della fase decisoria	485
2. La decisione: questioni di forma	485
3. L'ordinanza che chiude il giudizio: contenuto ed effetti	487
4. Sono ammesse ordinanze non definitive in questo contesto?	488

5. L'autorità dell'ordinanza: giudicato <i>secundum eventum litis</i> ?	492
6. Un'ordinanza figlia di un effetto preclusivo minore?	499

CAPITOLO QUINDICESIMO

LE IMPUGNAZIONI DEI PROVVEDIMENTI EMESSI ALL'ESITO DI UNA ISTRUTTORIA SOMMARIA

1. L'appello nel rito sommario	501
2. L'ordinanza che dichiara la domanda sommaria inammissibile	503
3. E quella che dispone il mutamento di binario istruttorio	507
4. Scelta del giudice di istruire la causa in modo sommario: può essere oggetto di riesame o controlli?	508
5. L'ordinanza che definisce il procedimento sommario "in rito"	512
6. L'ordinanza "di merito": appellabile sempre o <i>secundum eventum litis</i> ?	513
7. L'appello nel rito sommario: funzione e aspetti procedurali	515
8. Il ruolo delle nuove prove nell'appello "sommario"	518
9. Un intermezzo: la riforma del 2012 contrasta la tesi per cui la funzione dell'appello sarebbe quella di garantire al procedimento sommario almeno un grado di cognizione piena	527
10. La nozione di indispensabilità della nuova prova	531
11. Il concetto di "causa non imputabile" nel contesto delle nuove prove in appello	540

CAPITOLO SEDICESIMO

ISTRUTTORIA SEMPLIFICATA E GIUSTO PROCESSO

1. La tesi per cui solo una cognizione piena, ovvero disciplinata analiticamente per legge, sarebbe compatibile con i precetti costituzionali del giusto processo e la costituzionalizzazione dell'accertamento incontrovertibile come elemento integrante del giusto processo	545
2. Tutela sommaria e giusto processo	554
3. Cognizione sommaria e cosa giudicata	556
4. Il caso del procedimento camerale	561
5. A favore della compatibilità tra (forme di) tutela sommaria decisoria e principi del giusto processo	564
6. Sulla compatibilità costituzionale dell'istruttoria sommaria semplificata	569
7. Istruzione sommaria e giusto processo	579

CONCLUSIONI

TRA IDEALISMO, REALISMO E PROPOSTE PER IL FUTURO

1. Da dove parte l'analisi	593
2. Elementi di novità	595

3. Il ruolo dell'istruttoria sommaria nell'attuale ordinamento processuale	596
4. Prospettive di riforma: dalla Commissione Vaccarella al disegno di legge delega per la generalizzazione del rito sommario. Sulla compatibilità costituzionale dell'istruttoria sommaria semplificata	602
5. (Segue): le proposte di emendamento alla legge sul bilancio	606
6. Una critica alla "deregulation" della giustizia civile	608
7. Una personale prospettiva <i>de iure condendo</i>	612
8. Sul ruolo del <i>case management</i> nella razionalizzazione del processo civile	618
9. Per una valorizzazione dell'esistente	621
10. L'embrione di <i>case management</i> all'italiana: tra discrezione giudiziaria...	624
11. (Segue): ... e principio di collaborazione	630
12. Per un nuovo umanesimo processuale	634
Bibliografia	637





PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOCZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.

45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLES F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SCUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'oltre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.

98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., "Ubi venus mutatur", 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.

147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società americana*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRICA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.

188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 2000.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.

229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.
234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORICLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.

266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI F., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetā est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.
277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2017.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli (1204 ca.-1314 ca.) giurista a Modena e Padova*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.







Finito di stampare nel mese di marzo 2018
presso Editografica (Rastignano, Bologna)



