

Il rito sommario: una scommessa da accettare

LUCIANA BREGGIA, GIUSEPPE OLIVIERI

1. Lineamenti generali

A dispetto delle invocazioni sulla semplificazione dei riti, la legge n. 69 del 2009 ne introduce uno nuovo: *il rito sommario di cognizione*. Le norme che lo riguardano (articoli 702 bis, 702 ter e 702 quater cpc) sono inserite nel capo III bis, al titolo primo (procedimenti sommari) del libro IV (procedimenti speciali) del codice di procedura civile.

Il procedimento si applica alle cause in cui il tribunale (dunque non il giudice di pace) giudica in primo grado in composizione monocratica. Inizia con ricorso (contenente gli stessi elementi della citazione) da notificarsi entro 30 giorni prima della data prevista per la costituzione del convenuto. Si prevede che il giudice designato assegni il termine per la costituzione del convenuto, che però deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza fissata dal giudice.

Il procedimento si conclude, nel merito, con un'ordinanza di accoglimento o di rigetto. Solo se di accoglimento l'ordinanza è provvisoriamente esecutiva, titolo per l'iscrizione di ipoteca e produce gli effetti di cosa giudicata sostanziale se non è appellata entro 30 giorni dalla comunicazione o notificazione (l'irragionevolezza della scelta del giudicato *secundum eventum litis* è segnalata da CAPONI, che prospetta al riguardo anche una questione di legittimità costituzionale, salvo la possibilità di interpretazioni 'costituzionalmente orientate').

Le ipotesi di esiti diversi dalla pronuncia di merito riguardano: a) la dichiarazione di incompetenza; b) quella di inammissibilità se la materia sia di pertinenza del collegio, nonché, c) la conversione del rito nel rito ordinario quando il giudice ritiene "che le difese svolte dalle parti

richiedano un'istruzione non sommaria" (art. 702 ter, III co). In caso di domanda riconvenzionale, se questa richieda una istruzione non sommaria, si dispone la separazione della domanda (ipotesi questa sommaria criticata per i casi di c.d. connessione forte). Va anche ricordato che l'appello è aperto ai *nova*, a differenza di quanto accade per il rito ordinario, essendo ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritenga rilevanti (sembra del tutto superflua l'ulteriore previsione dell'ammissibilità delle *prove che la parte non abbia potuto proporre in primo grado per causa non imputabile*: art. 702 quater).

2. Ambito di applicazione e natura del procedimento

Si tratta della questione più rilevante. Il procedimento, come si è detto, si applica a tutte le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica e ad ogni tipo di domanda (la dottrina pressoché unanime si esprime in tal senso, superando un'incertezza suggerita dalla formulazione dell'art. 702 ter, comma VI).

Il nodo cruciale su cui si incentra la ricostruzione dell'istituto è il criterio che deve guidare il giudice nel passaggio tra rito sommario e rito ordinario: ossia le difese che richiedano "un'istruzione non sommaria".

L'espressione, ambigua, è sciolta dalla maggior parte degli esegeti in questo senso: non si fa riferimento alla sommarietà della cognizione — per superficialità o incompletezza; la cognizione resta piena, conclusione questa avvalorata dal fatto che l'istruzione riguarda "i fatti rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto" (art. 702 ter) e che il provvedimento può acquistare l'efficacia di giudicato (art. 702 quater). Si tratta dunque di un giudizio a cognizione piena, alternativo al rito ordinario, caratterizzato dalla semplificazione delle forme, idoneo quindi alla trattazione e istruzione delle cause 'più semplici' (in tal senso CAPONI, BALENA, BIAVIATI, ARIETA). La semplicità della causa è da rapportare alla quantità e qualità delle questioni di fatto e di diritto poste dalle parti, dal numero delle parti (che di per sé moltiplica le questioni), dall'entità delle prove (anche se non vedrei ostacoli ad applicare il rito sommario pur in presenza di molti testimoni: anche il rito possessorio è un rito che spesso si snoda attraverso deposizioni di numerosi testimoni e magari una consulenza tecnica, senza perdere il carattere informale).

3. La scommessa

I procedimenti sommari iniziati dal 5 luglio, ad oggi, sono ancora pochi. Il motivo è intuibile: si tratta di un procedimento dalle linee scarse e le norme, non sempre ben fatte, lasciano molto spazio all'interprete.

Ovvio che gli avvocati non si lancino sino a che non si avvii una discussione feconda e una condivisione di scelte interpretative con i giudici.

Gli avvii ci sono a vari livelli: incontri di formazione organizzati dalla formazione decentrata del CSM o dalle fondazioni forensi per la formazione, riunioni degli Osservatori sulla giustizia civile, scambi sulle liste di settore ('civilnet' o 'osservatorigiustiziacivile'); la discussione raggiunge anche Facebook: il gruppo sul sommario — fondato dal prof. Remo Caponi di Firenze — conta ad oggi 488 aderenti.

L'idea è quella di dar forma al nuovo procedimento, per farne uno strumento utile, nutrito da buone prassi, anziché l'ennesima prova di una corsa ad ostacoli, impantanata in questioni di rito.

La potenzialità di questo strumento processuale dipenderanno infatti in gran parte dal modo in cui giudici e avvocati si accosteranno alla novità: sulla consapevolezza che il processo *reale* dipenda non tanto dalle norme quanto da *come* queste sono attuate nelle prassi, parte la scommessa da accettare per sfruttare il rito sommario nel modo migliore. L'idea di considerarlo un rito a cognizione piena, semplificato nelle forme, è un primo passo.

4. Alcuni esempi di nodi critici

Nella prospettiva di cui si è detto, credo sia utile indicare alcuni nodi critici che emergono dalla riflessione già avviata in base ai primi timidi esordi dell'istituto: l'elenco non è certo esaustivo, ma serve solo per esemplificare quanto spazio vi sia per regole condivise da magistrati e avvocati.

4.1. Decreto di fissazione dell'udienza

Le norme non dicono nulla in ordine ai termini entro cui il giudice deve emettere il decreto e a quelli entro cui deve essere fissata l'udienza. Al riguardo si registrano già provvedimenti di alcuni dirigenti di Tribunale che si fan-

no carico del problema: sia il Presidente del Tribunale di Bologna (ordine di servizio n. 47 del 9.11.2009,) sia quello del Tribunale di Genova (ordine di servizio n. 27 del 30.9.2009) prevedono che le udienze di prima comparizione siano fissate entro cinque giorni dalla assegnazione del ricorso da parte del Presidente di sezione e che la data della prima udienza di comparizione sia fissata entro tre mesi dalla data di assegnazione.

La materia si presta ad essere disciplinata da regole di protocollo condivise trattandosi di un punto cruciale, come del resto lo sono tutte le questioni che tirano in ballo l'agenda del giudice e la programmazione del ruolo: i provvedimenti ricordati costituiscono un segno forte nell'indicare una corsia rapida per la trattazione dei procedimenti. Certo, è possibile che vi siano sedi dove l'afflusso degli affari o la carenza di una buona organizzazione possa impedire che l'obiettivo si realizzi. Tuttavia appare preziosa l'indicazione che, di per sé, il rito sommario sia uno strumento da utilizzare nel modo migliore e non un arnese velleitario da accantonare *a priori*.

4.2. *Termini di costituzione e notificazione*

La discussione nasce dall'ambigua formulazione dell'art. 702 bis cpc. Secondo la maggior parte dei commentatori si tratta di termini previsti dalla legge: anche se la prassi ha già conosciuto decreti con cui si concedono termini diversi (ad esempio 20 giorni per la costituzione del convenuto, con notifica del ricorso entro 60 giorni), si tende a ritenere per lo più che i termini siano stabiliti *ex lege*: ai fini della decadenza da domande riconvenzionali, richieste di chiamata in causa ed eccezioni in senso stretto, dovrà aversi riguardo unicamente a questi. Uno spiraglio per un'interpretazione diversa è il tenore della norma: questa prevede che sia il giudice ad assegnare il termine per la costituzione; valorizzando tale espressione si potrebbe ritenere che i dieci giorni costituiscono un limite al potere del giudice, ma che, entro quel limite, è al termine fissato dal giudice che deve aversi riguardo per stabilire le decadenze.

In tal modo il giudice potrebbe fissare un termine maggiore per la costituzione, consentendo all'attore di avere maggior tempo per le proprie difese rispetto alla comparsa del convenuto. Quest'ultimo avrebbe, per le sue difese, il termine di trenta giorni antecedenti a quello previsto per la sua costituzione: un termine molto inferiore a quello del rito ordinario, che peraltro è un termine molto più ampio di quelli stabiliti negli

altri ordinamenti europei. In ogni caso, l'abusivo ricorso al sommario per penalizzare il diritto di difesa del convenuto trova un antidoto nella possibilità di conversione nel rito ordinario (salva sempre la più mirata misura della remissione in termini, ove ve ne siano i presupposti).

4.3. *Quali preclusioni per le deduzioni assertive e istruttorie*

Le norme non pongono preclusioni espresse al riguardo. Un criterio importante per ricostruire il sistema è indicato dall'art. 702 ter III cpc per l'eventuale conversione del rito: "Se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria...". Dunque 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 deve avere contezza delle posizioni delle parti e delle richieste istruttorie.

Ecco uno spunto per considerare il rito sommario uno strumento pedagogico: insegna a giudici e avvocati ad arrivare preparati in udienza, che poi è la regola fondamentale di ogni prassi che intenda essere 'virtuosa', qualunque sia il modello processuale.

Appare dunque ragionevole ritenere che l'udienza segni lo sbarramento per le allegazioni, le contestazioni e le richieste istruttorie.

All'udienza insomma deve essere delineato il *thema decidendum* e il *thema probandum*. I casi complicati che si possono porre — e non possiamo analizzare nei limiti di questo scritto — troveranno agile soluzione con il ricorso all'istituto della remissione in termini ex art. 153 cpc. Si potrebbe dunque ipotizzare una regola condivisa del seguente tenore: "Dopo la prima udienza, mere contestazioni dei fatti e deduzioni istruttorie sono ammissibili solo se il ritardo è dovuto ad una causa non imputabile alla parte". Tenuto conto della deformalizzazione del rito, istanze di prova e contestazioni potrebbero ammettersi, forse, anche nel caso in cui non comportino ritardo nella trattazione del rito sommario, ormai incardinato, e quindi non introducano elementi che indurrebbero alla 'conversione del rito'; mentre appare sicuramente incompatibile con il rito sommario la scansione prevista dall'art. 183 VI co cpc.

4.4. *Quale istruttoria*

Al riguardo il legislatore richiama per il rito sommario la formulazione dell'art. 669 *sexies*, dettata in tema di procedimento cautelare, con

una fondamentale differenza. Nel rito cautelare il giudice “sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione che ritiene indispensabili in relazione ai fini e ai presupposti del provvedimento richiesto”; secondo l’art. 702 ter il giudice “procede, nel modo che ritiene più opportuno, agli atti di istruzione rilevanti in relazione all’oggetto del provvedimento richiesto”.

La valutazione di *rilevanza* rispetto *all’oggetto* della causa è propria della cognizione piena in ordine alla posizione soggettiva dedotta in giudizio: si conferma che istruzione sommaria non indica *necessariamente* istruzione diversa da quella ordinaria (informativi, documenti, prove atipiche), dovendosi ritenere compatibili con il rito sommario sia la C.t.u., che l’interrogatorio formale o la prova per testimoni. Del resto, giudici e avvocati che abbiano provato a calare virtualmente il rito sommario sui fascicoli adagiati nei rispettivi uffici hanno riscontrato che moltissimi di essi sarebbero stati ben trattati e istruiti con il rito sommario e in particolare con una consulenza tecnica (si pensi alle richieste di danni e riduzione in pristino per infiltrazioni, spesso forzate negli angusti limiti dell’art. 700 cpc).

Semmai è da porsi il problema (da risolvere in sede di protocollo) se la C.t.u. debba essere scandita necessariamente secondo le sequenze modulate dal nuovo testo dell’art. 195 cpc oppure se possa avere andamento più semplice, salve l’esigenza del rispetto del contraddittorio, anche tecnico e la facoltà per i c.t.p. di svolgere osservazioni (in tal senso un’ordinanza del Tribunale di Mondovì del 5.11.2009, a mio avviso condivisibile).

4.5. *In caso di conversione nel rito ordinario, come si svolge il raccordo?*

Questo è un altro dei primi nodi che verranno al pettine.

Si teme che, in caso di conversione, le parti siano ‘penalizzate’ nel diritto di difesa, rispetto ai casi in cui il rito ordinario sia seguito sin dall’origine; in particolare si paventa un ricorso abusivo al procedimento sommario, al solo fine di ridurre i termini a difesa del convenuto, posto che la formulazione della norma induce a ritenere che, una volta accertata l’incompatibilità della causa con il rito sommario e fissata l’udienza ex art. 183 c.p.c., restino ferme le decadenze già maturate per il convenuto nella fase sommaria.

È da escludere che il giudice, sin dall'origine, ove la causa gli sembri *prima facie* incompatibile con il rito sommario, dia termini equivalenti a quelli previsti per il rito ordinario: l'incompatibilità rispetto alla prosecuzione nelle forme del procedimento (non della cognizione) a carattere sommario, può essere effettuato solo all'esito dell'esame delle difese della controparte (astrattamente ogni causa può risultare compatibile con un'istruttoria sommaria ove l'area di non contestazione dei fatti risulti, all'esito della costituzione del convenuto, molto elevata).

Nei provvedimenti dirigenziali sopra ricordati si prevede che, in caso di conversione, si applichi l'art. 163 bis cpc con concessione di 90 giorni a comparire e l'art. 166 cpc per il deposito di eventuale nuova comparsa di risposta nella quale si potranno proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti, etc.

In realtà, nella disciplina del rito sommario le decadenze art. 702 bis cpc non si riferiscono affatto all'ipotesi in cui il procedimento continui e si esaurisca all'esito dell'istruttoria sommaria (si veda l'art. 702 bis e i riferimenti agli articoli 163 e 167). Da un punto di vista pratico, inoltre, la prospettiva di riaprire totalmente i giochi all'esito della prima udienza del rito sommario potrebbe essere un deterrente notevole rispetto all'uso del rito, poichè pone un rischio troppo forte di allungamento dei tempi processuali, con duplicazione della fase introduttiva.

La soluzione migliore mi pare quella, pure avanzata, dell'applicazione eventuale dell'art. 153 cpc sulla rimessione in termini: strumento che recupera flessibilità al rito, soddisfa l'esigenza di assicurare completezza di difese e consente di superare i dubbi di legittimità costituzionale che si vorrebbero ovviare con le soluzioni prima ricordate (così esplicitamente nell'ordine di servizio del Presidente del Tribunale di Genova).

Non va dimenticato che la conversione comporta pur sempre la fissazione dell'udienza ex art. 183 cpc con la possibilità di chiedere e ottenere le memorie di cui al sesto comma dell'articolo: questa fase di trattazione orale e scritta appare sufficiente a garantire il diritto di difesa, salvo, nei casi limite, l'uso intelligente della remissione in termini.

4.6. *È compatibile con il rito sommario il calendario previsto dall'art. 81 bis disp att. cpc?*

L'ordinanza del Tribunale di Mondovì sopra ricordata applica il calendario del processo al rito sommario. Secondo altri l'art. 81 bis disp att. —

inserito tra le disposizioni di attuazione all'interno del titolo III, che tratta "Del processo di cognizione" — non sarebbe applicabile per una serie di motivi inerenti al carattere deformalizzato del procedimento.

Si può discutere se l'art. 81 bis disp. att. trovi o meno diretta applicazione nel rito sommario.

In ogni caso, sul piano delle prassi migliori, la programmazione delle attività processuali appare senz'altro opportuna per il rito sommario, in ossequio a quei criteri di trasparenza e di collaborazione, che, anche per il rito ordinario *ante* novella, hanno indotto a prevedere nei protocolli d'udienza la programmazione delle attività processuali. Si tratta di dare impulso, sul piano culturale, al potere-dovere del giudice di direzione del processo.

Per il rito sommario, inoltre, proprio la discrezionalità del giudice (che provvede "nel modo più opportuno") rende ancora più auspicabile che sia conoscibile ai difensori e alle parti il *modus procedendi*; d'altro canto, il carattere tendenzialmente poco complesso dell'istruttoria e degli snodi processuali rende più agevole un calendario di massima (ove il procedimento non si esaurisca in un'unica udienza).

4.7. Prospettive organizzative

Come si è detto, per ora i riti sommari si affacciano timidamente nell'agone giudiziario e i provvedimenti organizzativi che li riguardano si limitano a prevedere che siano distribuiti in base agli usuali criteri tabellari (dunque per materia, ove sia in vigore la specializzazione). Se l'istituto dovesse diffondersi si è ipotizzato di attribuire solo ad alcuni giudici i procedimenti sommari per evitare di sovrapporre le due prassi. Si tratta di un tema da tener presente, anch se per ora non vi è un'elaborazione matura. A mio avviso molto dipenderà dalle dimensioni degli uffici e dalle concrete situazioni. Credo comunque che il doppio binario sia sostenibile, con una buona programmazione (basata sulla conoscenza dei flussi), ed anche auspicabile: non va dimenticato che anche il rito sommario è soggetto a conversione, sì che la specializzazione per rito apparirebbe piuttosto artificiosa.

4.8. Censimento

La buona programmazione di cui dicevamo presuppone la possibilità di monitorare correttamente i procedimenti sommari, in base alle modalità di iscrizione, ma questo è un altro punto di sofferenza.

Nell'assenza di direttive e di modifiche dei sistemi informatici (Sicid), ogni ufficio si è inventato un rimedio: per lo più i procedimenti sono stati iscritti come cause ordinarie a seconda dell'oggetto, salve annotazioni in campi note ovvero appunti più o meno completi in registri cartacei di fortuna nelle sedi dove si è voluto garantire un monitoraggio effettivo. Secondo una circolare del Ministero della Giustizia del 4 agosto 2009, i procedimenti, *in attesa dell'adeguamento di tale nuova voce nel registro informatico SICC, vanno classificati nel «registro generale degli affari civili contenziosi», con evidenza, nel campo note, che trattasi di «procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis e seguenti del c.p.c.»*.

Le istruzioni ministeriali rendono in realtà difficile il conteggio informatico, perchè la distinzione fra rito ordinario e rito sommario non è registrata come dato, ma è affidata ad un campo di testo, quali sono le note, e questo rende molto più difficile l'estrazione delle informazioni e le rilevazioni. Senza contare la difficoltà di monitorare i casi di conversione tra rito sommario e rito ordinario.

5. Prospettive

Dobbiamo riconoscere che ancora una volta si cerca di risolvere i problemi della giustizia facendo ricorso alle parole (le norme) e non all'incremento di risorse e ad interventi di razionalizzazione (dalla revisione delle circoscrizioni giudiziarie alla revisione delle impugnazioni). Tuttavia, questa del rito sommario è una delle poche scommesse che vale la pena di affrontare, dal momento che appaiono lontane prospettive di riforme palinogenetiche e globali.

Insomma, si è in presenza di un frammento, ma riconoscibile come tappa di un percorso che mira all'obiettivo condiviso di un processo giusto e ragionevole nei tempi.

Le prospettive di buon uso di questo strumento processuale sono legate alla possibilità di configurarlo come *modello di trattazione semplificato a cognizione piena e non sommaria, alternativo al rito ordinario* (in questo senso, come si è detto, si va orientando la dottrina — CAPONI, BALENA, BIAVIATI, ARIETA — e la discussione dei pratici nelle varie occasioni di formazione professionale): finalmente anche in Italia uno *small track*, di cui si aveva davvero bisogno.

Del resto è lo stesso legislatore che conferma la bontà di questa opzione: l'art. 54, IV co, l. 69/09 prevede che il rito sommario divenga modello di riferimento per i procedimenti di cognizione (piena) "in cui siano prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione e dell'istruzione della causa".

Per orientarsi in questo senso occorrono regole condivise e soprattutto un cambiamento di mentalità: dobbiamo imparare a ragionare in termini di flessibilità, di valutazioni elastiche fondate su criteri generali (causa non imputabile, rispetto del diritto di difesa, principio del contraddittorio, ragionevole durata) lasciando le sponde rassicuranti ma spesso inadeguate dei termini e le scansioni imposte rigidamente dalla legge (es. art. 183 VI co cpc: i termini di 30, 30 e 20 giorni).

Si tratta di una grande occasione che responsabilizza giudici e avvocati: i primi sono chiamati ad esercitare un potere discrezionale, non facilmente controllabile, non solo in ordine alla decisione *sul modo che ritiengono più opportuno* di procedere, ma soprattutto in ordine alla conversione del rito sommario nel rito ordinario: provvedimento non soggetto a rimedi (nemmeno al ricorso ex art. 111, 7° co Cost.), eppure pesantemente incidente sui tempi del processo (come del resto tutti i provvedimenti ordinatori); i secondi chiamati a dare per primi l'*input* alla novità — che come tutte le novità disorienta — e a rispondere all'esigenza di definizione precisa dei fatti rilevanti, di completezza degli atti introduttivi e di chiarezza e concisione nella loro redazione.

Gli uni e gli altri spinti a costruire o consolidare rapporti di fiducia reciproca e collaborazione abbandonando la tendenza ai bizantinismi e gli eccessi curiali.

Un contributo all'opera di conformazione di questo rito, atipico e adatto ad essere ricettore di buone prassi (secondo una felice espressione del Prof. CAPONI) può essere offerto dal questionario redatto dal Prof. COSTANTINO e altri diffuso in vari siti (facilmente reperibile con il motore *Google*), dalle elaborazioni dei gruppi di lavoro degli Osservatori sulla giustizia civile e dagli approfondimenti, anche con il ricorso alla simulazione nella trattazione dei procedimenti, da esperirsi nelle sedi della formazione.

Sarebbe così possibile, tra l'altro, aggiustare i punti 'zoppicanti' del rito (cito la disciplina della separazione della domanda riconvenzionale o la chiamata in causa del terzo solo per fare altri esempi) e individuare

la tipologia delle cause ove più appare adeguato il rito sommario, anche in relazione agli atti istruttori normalmente rilevanti per l'accertamento del diritto.

Occorre essere consapevoli che vi sono due presupposti indispensabili per dare qualche *chance* al nuovo istituto.

Il primo è di non programmare i ricorsi sommari con la stessa cadenza delle domande svolte con il rito ordinario, ma di assicurare una corsia preferenziale, nei limiti del possibile: ricordiamo che molto spesso i giudici civili si trovano a 'forzare l'agenda' non solo per i procedimenti d'urgenza, cautelari e imprevisi in genere, ma anche per procedimenti non complicati che possono rapidamente *uscire* dal ruolo; con la precisazione che l'area di effettiva utilità del procedimento non riguarda tanto le cause che *già ora* possono esaurirsi in poche battute (una causa contumaciale in tema di obbligazione pecuniaria può essere decisa in prima udienza anche con il rito ordinario), ma quelle che, pur non essendo particolarmente complesse, tuttavia vengono rallentate dalle scansioni formali e rigide del processo ordinario. La possibilità di trattare e istruire queste cause omettendo 'ogni formalità non essenziale per il contraddittorio' e valorizzando l'oralità ha ovviamente effetti sulla fase decisoria, per la stretta connessione tra modi di conduzione del processo e modelli di decisione: sarà più facile sfrondare il materiale processuale via via e ridurre la decisione, nelle forme snelle dell'ordinanza, alle poche questioni rilevanti e controverse (ammesso che residuino).

La seconda condizione è che la costruzione di questo modello processuale sia frutto della riflessione comune di avvocati e magistrati volta ad un obiettivo condiviso: individuare l'area dei conflitti che si prestino, per materia o per le caratteristiche che possono assumere nel caso concreto, ad essere risolti nelle forme semplificate del rito sommario.

Con l'avvertenza che la complessità della causa e quindi della decisione può essere anche frutto del mancato controllo del giudice sullo svolgimento del processo, della mancanza di filtro continuo degli elementi rilevanti: la complessità si riduce se il giudice esercita effettivi poteri direttivi, se c'è confronto e colloquio con i difensori, se è il giudice che assume le prove, se si evita il 'fascicolo millefoglie' infarcito di memorie scritte superflue; in tale prospettiva il rito sommario potrebbe addirittura aspirare a diventare la forma preferenziale per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica.

La riflessione degli ultimi tempi sul modo più adeguato di soluzione dei conflitti, incentrata in gran parte sul tema della conciliazione, si arricchisce quindi di una nuova scommessa: quale posto per il rito sommario nella galassia delle tutele.

LUCIANA BREGGIA

Giudice del Tribunale di Firenze

* * *

1. Procedimento sommario, ambito di applicazione e del ruolo del giudice

La considerazione complessiva del *procedimento sommario di cognizione* (articoli 702 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c.) — accanto ai nodi interpretativi di una disciplina scarna (ma in grado di coprire amplissimi spazi della tutela giurisdizionale) e per molti versi lacunosa — evidenzia l'importanza del ruolo e delle responsabilità assegnati all'avvocato, e ancor di più al giudice, certamente maggiori di quelli concessi dagli altri modelli processuali.

Se evidentemente il *nuovo* procedimento (e il suo successo) presuppongono la valutazione dell'avvocato (dell'attore) circa la sua praticabilità (e utilità), sono decisive le valutazioni del giudice, il quale — già di fronte al ricorso introduttivo — dovrà assumere decisioni che ne fanno il *case manager*.

Prima però di (cercare di) dimostrare la validità di quanto appena dichiarato, mi sembra necessario indicare le scelte interpretative di *sistema* cui saranno chiamati gli operatori, e perciò le indicazioni che la giurisprudenza dovrà fornire.

Sullo spazio da concedere al procedimento sommario le affermazioni, condivisibili e peraltro obbligate, del carattere generale del procedimento di cui all'art. 702 *bis* c.p.c. in tutte le «*cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica*» (individuate perciò dall'art. 50 *bis* c.p.c.), cui s'accompagna quella della nascita di un vero e proprio rito alternativo alla cognizione piena (libro II c.p.c.), in grado di far conseguire alla parte le medesime utilità di questa, hanno plasmato una *communis opinio* sulla possibilità di ottenere mediante l'ordinanza *sommatoria* non

solo l'efficacia di titolo esecutivo (ove il procedimento venga azionato in funzione di una tutela di condanna), ma anche quella di cui all'art. 2909 c.c., utilità decisiva quando la tutela richiesta col nuovo rito sommario sia di accertamento o costitutiva (per un primo riscontro giurisprudenziale, Tribunale di Varese 18 novembre 2009, est. Buffone, in *Guida al diritto*, 2009, 50, 47).

La *communis opinio* tuttavia si esaurisce quando si vuole appurare la compatibilità del modello col rito del lavoro e con quei procedimenti (opposizione a decreto ingiuntivo, opposizioni esecutive, azioni possessorie) nei quali la fase a cognizione ordinaria (rispetto alla quale si può manifestare l'alternatività indotta dall'art. 702 *bis* c.p.c.) è soltanto successiva (ed eventuale) al provvedimento assunto all'esito della cognizione sommaria.

Quanto al primo interrogativo — concreto più per le controversie in materia di locazione che per quelle elencate dall'art. 409 c.p.c., in cui la (persistente) necessità del tentativo stragiudiziale di conciliazione riduce la convenienza del ricorso al rito sommario — è noto come la dottrina (BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 324; MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*, § 2; ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *www.judicium.it*, § 2; DALFINO, *Sull'inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro*, in *Foro it.*, 2009, V, 392 ss.; LOMBARDI, *È arrivato il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Gazzetta forense*, 2009, 7 - 8, 20) sia orientata nello escluderne l'utilizzabilità.

Personalmente (mi permetto rinviare ai miei interventi sul procedimento sommario in *www.judicium.it*; *Guida al diritto*, 2009, 28, 42; AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività*, Napoli, 2009, 84 s.; nello stesso senso CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, 117) ho invece manifestato la preferenza per la compatibilità del sommario col rito speciale, parendomi ciò consigliato dall'art. 50 *ter* c.p.c., collocato nel I libro del codice (laddove, come noto, il rito ordinario a cognizione piena è regolato dal libro II) e dal fatto che la trattazione monocratica delle controversie di lavoro è (ora) fondata sull'art. 50 *ter* c.p.c., visto che l'art. 413, 1° comma, c.p.c. si limita ad affermare che «le controversie previste dall'art. 409 sono in primo grado di competenza del tribunale in funzione di giudice del lavoro».

La soluzione — ritengo — va cercata non tanto enfatizzando i riferimenti della disciplina del procedimento sommario a norme del rito ordinario (articoli 167, 183 c.p.c.), potendosi queste sostituire con quelle del rito speciale, con operazione simile a quella compiuta a proposito dell'opposizione a decreto ingiuntivo nelle materie soggette al rito del lavoro, quanto piuttosto interrogandosi sull'utilità per le parti (e per il perseguimento della ragionevole durata dei processi) di sostituire un modello a *cognizione semplificata* a un altro pur esso meno *strutturato* (e privo di cadenze predeterminate) rispetto a quello apprestato per il rito ordinario.

Siffatta utilità si manifesta, come detto, soprattutto con riferimento alle controversie in materia di locazione (pur soggette al rito di cui agli articoli 409 ss. c.p.c.), parendomi vantaggioso per l'istante — in alternativa al procedimento regolato dagli articoli 657 ss. c.p.c. e in vista della prevedibile opposizione del conduttore — poter conseguire in tempi più celeri, in luogo di un titolo esecutivo *debole* (quale l'ordinanza provvisoria di rilascio, sottoposta al controllo indotto dall'esame delle eccezioni del convenuto), un provvedimento esecutivo suscettibile di acquistare efficacia di giudicato. Il risultato appare anche meritevole di considerazione sotto il profilo (d'interesse generale) dell'*economia esterna*, concentrando il processo in un'unica fase, a modello semplificato.

Tra le cause suscettibili di trattazione col rito sommario ho pure ritenuto dover inserire le opposizioni di cui agli articoli 615, 619 c.p.c. (quando a trattazione monocratica), definite con sentenza (tornata) appellabile (in senso contrario CONSOLO, *op. loc. cit.*; TOMMASEO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *La previdenza forense*, 2009, 2, 126), escludendo invece le opposizioni agli atti esecutivi, ritenendo incompatibile il procedimento sommario di cognizione con le controversie per le quali sia sancita l'inappellabilità della sentenza (*infra*, n. 7). Il procedimento in esame appare utilizzabile non solo per le opposizioni instaurate prima dell'inizio dell'esecuzione, ma anche per quelle promosse successivamente, dovendosi ritenere operante per la fase successiva alla decisione sulla sospensione: in tal caso la scelta dovrà essere compiuta nel termine perentorio concesso dal giudice «per l'introduzione del giudizio di merito» (art. 618, 2° comma, c.p.c.).

Ho poi ritenuto — manifestando qualche perplessità soltanto per le azioni possessorie — praticabile il ricorso agli articoli 702 *bis* ss. c.p.c. per l'opposizione a decreto ingiuntivo (rientrando il credito nel potere decisorio del tribunale in composizione monocratica), per la quale

l'art. 645, 2° comma, c.p.c. concede quel giudizio «secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito», oggi surrogabile col procedimento sommario (su tali punti mi permetto ancora rinviare ai miei interventi sopra richiamati).

Come appare chiaro, forse manifestando un eccessivo *ottimismo della volontà*, mi è sembrato coerente all'esigenza di favorire la razionale utilizzazione delle risorse del sistema giustizia, e perciò la ragionevole durata dei processi, consentire il ricorso al procedimento sommario (perché *deformalizzato*) tutte le volte in cui una controversia suscettibile di essere definita sulla base dell'*istruzione non sommaria* rientri nelle attribuzioni del tribunale in composizione monocratica,

2. La valutazione della possibilità di sommaria istruzione

Il procedimento in esame affida al giudice il potere — discrezionale e soltanto indirettamente controllabile (in appello), mediante l'ammissione di qualsiasi prova rilevante — di stabilire se la valutazione dell'istante circa la possibile definizione della controversia mediante la *sommaria istruzione*, tenuto conto anche dell'attività difensiva del convenuto, meriti d'essere condivisa.

Come evidente, pur potendosi enunciare dei criteri di carattere generale, la decisiva valutazione del giudice è dettata dalla specificità del caso sottoposto al suo esame, con le correlate esigenze istruttorie.

Vista da una diversa prospettiva, e considerato il potere di disporre la prosecuzione del processo secondo gli schemi della cognizione ordinaria (art. 702 *ter* c.p.c.), il ricorso della parte a norma dell'art. 702 *bis* c.p.c. rappresenta una sorta di proposta (quanto al rito da seguire), rispetto alla quale il giudice — tenuto conto delle difese del convenuto (e di eventuali altre parti), e perciò delle caratteristiche della controversia — è libero di stabilire le modalità di prosecuzione del procedimento. Come si vede il giudice — con decisione, come detto, non suscettibile di controllo — finirà col dover stabilire caso per caso, tempi e forme delle attività processuali da esperire, operando pertanto un vero e proprio *case management* (cfr. Tribunale di Mondovì, 10 novembre 2009, est. Demarichi, in *Guida al diritto*, 2009, 50, 50).

Ciò premesso, non par dubbio che la scelta del rito sommario da parte dello attore debba essere *convalidata* dal giudice quando la causa —

anche mediante l'offerta di prove (precostituite) — si presenti già *matura* per la decisione.

Naturalmente, la decisione del giudice sulla possibile utilizzazione del rito sommario (o, se si vuole, la *convalida* della scelta dell'istante) è dipendente dalle difese del convenuto, non impedendola le eccezioni meramente dilatorie ovvero quelle che, pur non manifestamente infondate, esigano accertamenti non complessi o esauribili in tempi brevi.

In definitiva, mi pare si possa sostenere che le eccezioni fondate su prova scritta non ostino alla definizione del processo secondo il rito sommario; ma che la scelta opposta non è obbligata in presenza di eccezioni fondate su prove costituende (ovvero che impongano la nomina di un c.t.u.: la citata ordinanza del Tribunale di Mondovì ha disposto, secondo me più che correttamente, la nomina del c.t.u. nell'ambito della *istruzione sommaria*), essendo decisiva la considerazione del giudice circa il rapporto tra le indagini da compiere e i tempi e le attività occorrenti.

La soluzione — che mi pare coerente all'idea da me perseguita, forse con eccessivo *ottimismo*, di favorire l'applicazione del nuovo rito nella misura più ampia possibile — porta, come detto, in primo piano il ruolo e le responsabilità del giudice (come criticamente avvertito da CIPRIANI, *Un'altra riforma "pubblicistica"*, in *La previdenza forense*, 2009, 2, 124).

Pertanto, la scelta del rito sommario a opera di chi intenda promuovere un giudizio (e perciò il suo difensore) — naturalmente interessato alla sua sollecita definizione — dovrà essere *convalidata* non solo quando la controversia ponga unicamente questioni di diritto, ma (soprattutto) quando i fatti costitutivi siano asseverati da prove documentali, ovvero quando la dimostrazione dei fatti indicati possa (o debba) essere offerta mediante presunzioni, eventualità frequentemente riscontrabile nelle azioni di simulazione e revocatorie, ordinarie o fallimentari (per un'applicazione del rito sommario, peraltro non controversa fra le parti, all'azione revocatoria ordinaria, la citata ordinanza del Tribunale di Mondovì), ovvero quando i fatti costitutivi non siano contestati dal convenuto costituito (dovendosi ritenere applicabile anche a tale procedimento il principio generale enunciato dall'art. 115, 1° comma, c.p.c.) e, infine, quando l'attività istruttoria necessaria (per la prova dei fatti costitutivi, oppure estintivi, modificativi, impeditivi) possa esaurirsi in tempi brevi.

L'indicata valutazione appare essenziale ai fini della razionalizzazione delle risorse della giustizia (e perciò al perseguimento della ragione-

vole durata dei processi) quante volte si possa immaginare che l'accertamento dei fatti operato in una precedente fase a cognizione sommaria (cautelare o non cautelare) non sia suscettibile di mutamenti, mancando, come sovente accade, prove contrarie di lunga indagine, rendendo così superfluo il ricorso alla complessa articolazione della cognizione ordinaria.

In sostanza, se — in caso di «mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito» — è stata esperita la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite (art. 696 *bis* c.p.c.), l'art. 696 *bis*, 5° comma, c.p.c., consentendone l'acquisizione al processo di merito, apre la via al procedimento sommario alla sola condizione che il giudice non reputi *rilevanti* indagini complesse, con evidenti ricadute sulla maggiore utilizzazione del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.

Analogamente, la strada del procedimento sommario appare molto ampia in tutti i casi in cui, all'esito di un procedimento cautelare *ante causam*, una delle parti voglia (in caso di provvedimento *anticipatorio*), ovvero debba (per evitare l'inefficacia della misura, in caso di provvedimento *conservativo*) iniziare il giudizio di merito. Anche in questo caso competerà al giudice la decisiva valutazione di stabilire se le prove raccolte nella fase cautelare — costituendo argomenti di prova in grado di fondare (in difetto di contrarie nuove richieste istruttorie) la decisione di merito fra le stesse parti — rendano superflua la successiva cognizione piena.

3. Atti introduttivi, fissazione dell'udienza, prevenzione dell'abuso del processo

Il contenuto - forma dell'atto introduttivo, pur denominato (correttamente, in quanto depositato nella cancelleria del tribunale adito prima dell'instaurazione del contraddittorio) ricorso, è affatto simile a quello della citazione, di cui è stata perfino richiamata (opportunamente) la necessità dell'avvertimento sulle scadenze collegate alla mancata o in tempestiva costituzione.

È noto che, depositato il ricorso, al magistrato designato dal presidente del tribunale (art. 702 *bis*, 2° comma, c.p.c.) è affidata la fase prodromica, essenziale per l'instaurazione del contraddittorio, da realizzare

mediante la pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza che, notificato al convenuto (nel silenzio della legge, l'onere di siffatta attività va posto a carico del ricorrente), ne assicurerà la corretta *vocatio in ius*.

Il contenuto - forma del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti è identificato dalla legge (art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c.) non solo nella necessaria fissazione della data dell'udienza, ma anche nella determinazione del termine di costituzione del convenuto. Perché il decreto sia idoneo al raggiungimento dello scopo (evitando così la nullità indotta dall'art. 156, 2° comma, c.p.c.), il termine assegnato al convenuto per la costituzione in giudizio e la data dell'udienza di comparizione delle parti debbono essere individuati non solo con un intervallo minimo di dieci giorni, ma considerando che al convenuto ricorso e decreto dovranno essere notificati almeno trenta giorni (non liberi) prima della data stabilita per la sua costituzione in giudizio.

È appena il caso di avvertire che — ove il decreto contenga unicamente la fissazione della data dell'udienza di comparizione — deve ritenersi operante la integrazione *ex lege* (art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c.): il provvedimento è valido e il termine per la costituzione del convenuto va individuato nel decimo giorno precedente la data dell'udienza.

Questa fase, decisiva in funzione del corretto funzionamento del *processo sommario*, porta in primo piano l'importanza delle scelte che dovrà operare il giudice.

La legge non offre nessuna indicazione in ordine alla determinazione della data dell'udienza di comparizione (tendenzialmente l'unica del processo), rimessa unicamente alla valutazione del giudice.

Orbene, se è vero che la data della trattazione del procedimento non deve fruire di *corsie privilegiate*, non essendo il rito di cui agli articoli 702 *bis* ss. c.p.c. collegato ad alcuna *urgenza*, è pur vero che l'attore non deve essere penalizzato rispetto a quanto avrebbe ottenuto se avesse optato per il rito ordinario: l'udienza pertanto dovrà essere fissata nel termine massimo di tre mesi dal deposito del ricorso.

Detto altrimenti, se nel rito ordinario la prima udienza (indicata dall'attore) si svolge dopo poco più di tre mesi dalla notificazione della citazione, anche l'udienza di cui all'art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c. deve essere fissata — per evitare ingiustificate disparità di trattamento nella trattazione delle cause, oltre che (indiretti) effetti dissuasivi sull'utilizzazione del procedimento sommario — nel termine massimo di tre mesi dal deposito del ricorso.

Fermo restando il termine massimo di tre mesi, nell'esercizio di questo potere (non meramente ordinatorio, ma) di gestione del procedimento, il giudice dovrà indicare un termine inferiore quante volte la causa non appaia bisognosa di alcun'attività istruttoria, anche tenendo conto della maggiore semplicità (rispetto alla sentenza) del modello decisorio (ordinanza) da pronunciare.

In tale direzione vanno le prime (opportune) scelte organizzative compiute nei Tribunali (secondo me) più attenti all'esigenza di favorire l'affermarsi del procedimento sommario, o, se si vuole, a quella di evitarne il naufragio. È questa la precisa indicazione che emerge dagli ordini di servizio del presidente del Tribunale di Genova (dott. V. Frascherelli) e di quello di Bologna (dott. F. Scutellari), rispettivamente del 30 settembre e del 9 novembre 2009 (come riferisce CAPONI, in *Guida al diritto*, 2009, 50, 52). Devo però anche rilevare che, secondo quanto riferitomi (talora mostrandomi copia del provvedimento di fissazione dell'udienza) nel Tribunale di Napoli i primi ricorsi depositati a norma dell'art. 702 *bis* c.p.c. hanno visto stabilire l'udienza a distanza di ben più di tre mesi: spero mi siano stati riferiti *casi - limite* e mi siano state tacite applicazioni più coerenti alla ragionevole durata del processo (non solo a rito sommario).

Ma c'è un altro aspetto della fase introduttiva del procedimento sommario in cui il ruolo del giudice assume una funzione di grande rilevanza.

Mi riferisco — come appare chiaro — al pericolo (posto immediatamente in rilievo: cfr. CIPRIANI, *op. loc. cit.*) dell'abuso del processo da parte dell'attore, il quale, pur consapevole della complessità della controversia (o delle difficoltà, dovuta alla *struttura articolata* del convenuto persona giuridica), ricorra al rito sommario al solo scopo di costringere la parte intimata a difendersi nel termine di trenta giorni, visto che anche qualora il giudice fissi l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. restano ferme le decadenze dal potere di sollevare eccezioni non rilevabili d'ufficio, di proporre domande riconvenzionali, di chiamare terzi in causa.

Per la verità, la preoccupazione di evitare il descritto *abuso* è stata (peraltro solo in parte) tenuta presente dal legislatore, essendosi sancita l'inammissibilità di domande che non rientrano «tra quelle indicate nell'art. 702 *bis*» (art. 702 *ter*, 2° comma). Si è pertanto posta l'esigenza di porre rimedio alle ipotesi in cui — pur rientrando la domanda in quelle suscettibili di trattazione secondo il rito sommario — la comples-

sità della domanda manifesti immediatamente l'esigenza di un'istruzione non sommaria.

C'è da aggiungere che il legislatore neppure ha ignorato il possibile abuso del processo a opera del convenuto, che introduca domande riconvenzionali (o comunque connesse), che richiedano una *istruzione non sommaria*.

Appare allora essenziale il ruolo del giudice nell'emanare i provvedimenti della fase introduttiva, affidati al suo potere discrezionale, al fine di controllare (ed evitare) il possibile abuso del ricorso alla tutela semplificata.

Come detto, la legge impone al giudice, nel fissare l'udienza di comparizione, di far in modo che il convenuto possa disporre per la costituzione in giudizio di (almeno) trenta giorni (non *liberi*) dalla notificazione del ricorso e del decreto e che la data dell'udienza assicuri un intervallo di almeno dieci giorni dalla scadenza di quel termine.

Il sistema della fase introduttiva in sostanza si limita a enunciare i requisiti minimi per l'idoneità allo scopo del decreto, rimettendo la scelta concreta dei termini al potere ordinario del giudice; in questo modo le norme ne consentono l'adattamento alla singola controversia, prevenendo qualsiasi abuso del processo da parte dell'attore e rendendo superflue istanze di rimessione in termini (art. 153, 2° comma, c.p.c.).

Il giudice, di fronte a una controversia che — pur sussumibile nel rito sommario — riveli già dal ricorso l'inidoneità (salvo non probabili, né prevedibili *non contestazioni* da parte del convenuto) alla trattazione secondo gli articoli 702 *bis* ss. c.p.c. per la complessità degli accertamenti da operare, ovvero quando l'articolata organizzazione del convenuto (si pensi alle amministrazioni dello Stato, ovvero alle grandi banche o alle società di assicurazioni) notoriamente comporta la necessità del coordinamento di più uffici per l'elaborazione delle difese, non dovrà meccanicamente ordinare la notificazione in modo da assicurare i termini minimi per la costituzione previsti dalla norma, ma potrà (secondo me dovrà) disporre che la notificazione del ricorso e del decreto avvenga in modo da far sì che il convenuto disponga di un termine più ampio (rispetto a quello minimo di 30 giorni) per la costituzione in giudizio.

In sostanza, la fissazione della data dell'udienza e, soprattutto, la determinazione del termine per la notificazione del ricorso e del decreto dovranno essere operati dopo attenta considerazione (*oggettiva e soggettiva*) della domanda.

Né deve far ritenere poco efficace — ai fini qui perseguiti — una fissazione di termini secondo quanto ora auspicato, ricordandosene la natura ordinatoria. In virtù del principio affermato da Cass., sezioni unite, 30 luglio 2008, n. 20604 (con riferimento a quello, anch'esso ordinatorio, per la notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di discussione di un'opposizione al decreto ingiuntivo in materia di lavoro) il mancato rispetto del termine (non più *canzonatorio*) per la notificazione del ricorso e del decreto determinerà l'improcedibilità del giudizio secondo il rito sommario.

Come si vede, il potere del giudice nell'emanazione dei provvedimenti *introduttivi* di cui all'art. 702 bis, 3° comma, c.p.c. va oltre la funzione organizzativa, assumendo quella (forse nuova nel nostro ordinamento) di controllo in ordine ai possibili abusi del processo da parte dell'attore.

Il rito in esame ha avuto cura di disciplinare pressoché compiutamente le forme e i termini per la costituzione in giudizio della parte intimata.

Il convenuto dovrà infatti costituirsi depositando in cancelleria nel termine specificamente assegnato dal giudice una comparsa di risposta, il cui contenuto - forma è modellato (art. 702 bis, 4° comma, c.p.c.) sull'art. 167 c.p.c. (sostanzialmente trascritto), con l'esplicita previsione dell'onere — a pena di decadenza — di proporre domande riconvenzionali e di sollevare eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (art. 702 bis, 4° comma, c.p.c.). Con la stessa comparsa il convenuto — sempre a pena di decadenza — potrà chiamare in causa terzi, secondo lo stesso procedimento previsto per la cognizione piena (dichiarazione nella comparsa, con richiesta al giudice di differimento dell'udienza: art. 702 bis, 5° comma, c.p.c.).

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

È appena il caso di aggiungere che la mancata costituzione del convenuto ne comporterà la contumacia, con l'applicabilità della disciplina prevista dagli articoli 291 ss. c.p.c., compresa la possibilità di costituzione tardiva e di rimessione in termini.

S'aggiunga che le decadenze collegate al difetto di tempestiva costituzione (dalle quali, come appare chiaro, sono escluse quelle istruttorie) permangono operanti anche se il processo dovrà proseguire nelle forme della cognizione piena (art. 702 *ter*, 3° e 4° comma, c.p.c.): il giudice dovrà limitarsi a fissare l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. senza poter concedere alcun termine per la *integrazione degli atti*, sicché saranno impedito tutte le attività difensive in ordine alle quali alla prima udienza di trattazione (o di discussione) — anche nella cognizione piena — sia già maturata la decadenza.

Sebbene l'art. 702 *bis* c.p.c. enunci soltanto la chiamata in garanzia, è da ritenere — pena l'irragionevolezza della disposizione — possibile l'istanza di parte per l'intervento del terzo in tutti i casi concessi dall'art. 106 c.p.c. (esemplare la contestazione della c.d. legittimazione attiva o passiva). La chiamata del terzo imporrà la fissazione di una nuova *prima udienza*, per la quale il chiamato dovrà costituirsi osservando forme e termini identici a quelli fissati per il convenuto.

4. Il procedimento e l'istruzione

Il procedimento si apre (e tendenzialmente dovrebbe esaurirsi) con l'udienza denominata di *comparizione*.

Poiché il principio del contraddittorio impone riconoscersi al ricorrente il potere di proporre domande nuove o riconvenzionali conseguenti alle difese del convenuto (o a entrambe le parti in ordine alle difese del terzo), ovvero di sollevare eccezioni (ancorché non rilevabili d'ufficio) all'eventuale domanda riconvenzionale, dovrà ritenersi tale potere concesso anche in questo procedimento, nell'udienza di cui all'art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c. Spetterà poi al giudice stabilire se sia il caso di proseguire col rito sommario o meno.

Nella medesima udienza — dovendosi pure considerare che né le norme né la natura del procedimento escludono eventuali *udienze di comparizione* successive alla prima — il giudice è chiamato a valutare la possibilità di pervenire alla pronuncia di merito all'esito di un'*istruzione sommaria* e a stabilire se le attività esercitabili dalle parti debbano essere organizzate secondo una sequenza temporale, ovvero non sopportino alcuna preclusione.

A mio avviso, trattandosi di scelte sostanzialmente incontrollabili, la disciplina del procedimento sommario amplifica ruolo e responsabilità del giudice.

Ho già espresso l'idea (mi permetto ancora una volta rinviare agli scritti ricordati nel n. 1) secondo cui l'efficienza della funzione giurisdizionale (e perciò la necessità di interpretare le norme in coerenza al principio della ragionevole durata del processo) impongono di ritenere che anche nel rito sommario la *prima udienza di comparizione* (perciò non le eventuali altre udienze successive) sia destinata alla fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, segnando anche il limite alle richieste istruttorie (compresa la produzione documentale).

Penso perciò — essendo anche questo rito sommario soggetto al sistema delle preclusioni (da ritenere oggi principio fondamentale, operante per qualsiasi rito) — che in ogni caso, una volta ammessi o disposti *gli atti d'istruzione rilevanti*, siano vietate non solo nuove domande o eccezioni (qualora ciò fosse dipeso dalle difese del convenuto), ma anche qualsiasi modificazione di domande o eccezioni già proposte e l'inserimento di nuovi fatti (e perciò anche la contestazione). L'affermazione non trova concorde la dottrina, che — facendo leva sulla *deformalizzazione* della cognizione — consente le indicate attività per tutto il corso del processo (MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corriere giuridico*, 2009 (8), 1031; BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il Foro it.*, 2009, V, 333).

Premesso che il dubbio assume concreta rilevanza unicamente quando il procedimento non s'esaurisca in un'unica udienza, la conclusione non mi trova consenziente, ponendosi in contrasto con la necessità di interpretare le norme in maniera da assicurare la ragionevole durata del processo. È infatti chiaro che concedere spazio — nel corso del procedimento — a istanze della controparte significherebbe *riaprire* il procedimento, a partire dalla necessità di rivalutare la possibilità dell'istruzione sommaria: condivido perciò la conclusione secondo cui «ragioni di ordine sistematico e di coerenza con il rito, impongono di ritenere che le parti possono formulare richieste istruttorie sino... alla ordinanza che provvede sulle richieste di prova indicando gli atti di istruzione ritenuti rilevanti» (Trib. Varese, ord. 18 novembre 2009, *cit.*). D'altra parte, analoga soluzione (cfr. Cass. 26 febbraio 2008, n. 5026) è condivisa nel rito del lavoro, in cui l'art. 420 c.p.c. neppure detta preclusioni *interne* all'udienza di discussione.

Il potere discrezionale del giudice circa la trasformazione della cognizione in ordinaria (vale a dire: *se ritiene che le difese svolte dalle parti* consentano

un'*istruzione sommaria*) non può ritenersi consumato dall'ammissione degli atti ritenuti rilevanti (come ritenuto da Trib. Varese, ord. 18 novembre 2009, *cit.*), dovendo operare per tutta la durata del procedimento.

La soluzione contraria — quando le necessità di istruzione non sommaria emergano da richieste formulate all'esito di un provvedimento di rimessione in termini o di costituzione tardiva del convenuto, ma soprattutto quando proprio l'attività compiuta abbia evidenziato la necessità di indagini più complesse — comporterebbe o l'ingiustificata compressione dei diritti delle parti, ovvero la prosecuzione del processo secondo un rito sommario soltanto all'apparenza, essendo la sua definizione procrastinata all'esito di non breve attività istruttoria. La necessaria *elasticità*, anche dal punto di vista temporale, della valutazione circa la compatibilità delle richieste delle parti con il procedimento di cui agli articoli 702 *bis* ss. c.p.c., imposta, secondo me, dalla natura stessa del rito, comporta l'assunzione di rilevante potere discrezionale da parte del giudice, confermandone la funzione di *chiave di volta* dell'alternativa fra procedimento a cognizione sommaria od ordinaria.

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

L'attività istruttoria nel procedimento in esame pur priva di modelli predeterminati circa le forme e i termini delle richieste delle parti, sostanzialmente rimessi al potere discrezionale del giudice, resta però soggetta — quanto ai poteri del giudice in ordine all'attività assertiva e a quella asseverativa (in particolare, con specifica considerazione dell'assoluta efficacia dell'art. 115, 1° comma, c.p.c.), alla possibilità di utilizzare unicamente le stesse prove ammissibili nella cognizione piena, alle regole di valutazione della prova ecc. — agli stessi criteri operanti nel caso di scelta del modello procedimentale *ordinario*. Infatti, essendo tali poteri in grado di influire sul contenuto della decisione, la scelta di un modello procedimentale in luogo di un altro, operata dalla parte (non stabilita dal legislatore in considerazione della peculiarità dei diritti ammessi alla tutela differenziata) non può condizionare la pronuncia di merito: appare evidente l'incompatibilità dell'interpretazione opposta con gli articoli 3 e 111, 2° comma, Cost.

Ciò premesso, si può ricordare come i poteri istruttori assegnati al giudice del rito sommario (non cautelare) siano stati modellati su quelli previsti dall'art. 669 *sexies*, 1° comma, c.p.c., essendogli stato riconosciuto il potere di procedere a qualsiasi atto d'istruzione *rilevante in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto* (art. 702 *ter*, 5° comma, c.p.c.). Deve perciò trattarsi di attività (soltanto) rilevanti (non indispensabili) per la prova dei fatti costitutivi o delle eccezioni del convenuto, che — come già osservato — potranno anche consistere in prove costituende, quali l'interrogatorio formale, il giuramento (anche suppletorio), la prova testimoniale, o anche nella nomina di un consulente tecnico, purché — in concreto — il giudice ritenga tali attività compatibili con le caratteristiche (e le esigenze di speditezza) del procedimento.

Infine, anche nel rito sommario, deve essere attribuito al giudice — quando disponga *gli atti istruttori rilevanti* — il potere - dovere di fissare *il calendario del processo* regolato dall'art. 81 *bis*, disp. att. c.p.c. (cfr.: Trib. Mondovì, ord. 10 novembre 2009; Trib. Varese, ord. 18 novembre 2009, *cit.*)

5. La connessione

All'evidente fine di evitare attività dilatorie del convenuto, il legislatore ha avuto particolare cura nel disciplinare le varie ipotesi di connessione.

Il principio generale — essenzialmente in virtù di quanto prevede il 4° comma dell'art. 702 *bis* c.p.c. in riferimento alla domanda riconvenzionale che richieda *un'istruzione non sommaria* — è nel senso che la connessione fra cause per le quali il giudice non ritenga opportuna l'istruzione sommaria e cause escluse dal rito speciale resti sottratta alla disciplina *unificatrice* dell'art. 40, 3° e 4° comma, c.p.c., inapplicabile nei rapporti fra rito sommario e ordinario, comportando invece la separazione dei procedimenti.

Ispirata alla medesima *ratio* (evitare la proposizione, a opera del convenuto, di domande escluse dal rito sommario al solo fine di renderlo inutilizzabile) si rivela l'analogia disposizione secondo cui, anche quando la connessione si realizza fra cause soggette al rito sommario e cause da esso escluse per legge (a norma dell'art. 702 *bis*, 1° comma, c.p.c.), il *simultaneus processus* è impedito: in tale eventualità il giudice non deve disporre la separazione, ma dichiarare l'inammissibilità delle domande (anche riconvenzionali) riservate alla cognizione ordinaria.

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

I principi enunciati appaiono peraltro troppo rigidi e non del tutto coerenti con le esigenze della ragionevole durata del processo (art. 111, 2° comma, Cost.).

Una domanda riconvenzionale (dal giudice ritenuta) non suscettibile di trattazione sommaria, o addirittura inammissibile, può essere essenziale al fine di valutare la fondatezza della domanda principale (si pensi alle riconvenzionali fondate su di un'eccezione). In questi casi, imporre la separazione può comportare la sospensione del processo (concernente la domanda principale) che l'attore (ricorrendo la previsione normativa) avrebbe voluto accelerare; d'altra parte — qualora il ragionamento non persuada — non resterebbe che ammettere l'introduzione nel sistema di un'altra ipotesi di condanna con riserva (dell'esame della domanda riconvenzionale).

Ritengo pertanto che in entrambe le fattispecie considerate (domande riconvenzionali che richiedano un'istruzione non sommaria, ovvero inammissibili a norma dell'art. 702 *bis* c.p.c.) si debba consentire al giudice il potere d'inserire anche le domande riconvenzionali fra «le difese... [che] richiedono un'istruzione non sommaria».

Posto che su tale soluzione la dottrina appare concorde (LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1569; BALENA, *op. cit.*, 330 s.), resta confermata la centralità del ruolo del giudice nel procedimento in esame, essendogli in pratica riconosciuto anche il potere di *disapplicare* (nel suo contenuto rigidamente letterale) gli articoli 702 *bis*, 1° comma e 702 *ter*, 4° comma, c.p.c.

6. I modelli decisori

Il procedimento sommario deve essere definito con un'ordinanza di accoglimento (anche parziale) o di rigetto della domanda.

L'ordinanza (di accoglimento) se di condanna, è titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; se di accertamento o costitutiva — ovviamente se relativa a domande soggette a quest'onere — costituisce

titolo per la trascrizione (e per l'annotazione ai sensi dell'art. 2655 c.c.). Come già osservato, l'ordinanza sommaria è dotata degli stessi effetti della corrispondente sentenza.

Accanto all'ordinanza di accoglimento o di rigetto la legge contempla esplicitamente soltanto l'ordinanza dichiarativa dell'incompetenza. Per tale aspetto però la disciplina del rito sommario non diverge da quella del rito ordinario, giacché l'art. 279, 1° comma, c.p.c. impone al giudice tale forma del provvedimento tutte le volte in cui (anche all'esito della cognizione ordinaria) «decide soltanto questioni di competenza». Per questa ragione — vale a dire per l'identità di disciplina con la cognizione piena — ritengo che, nonostante il silenzio della legge, anche l'ordinanza d'incompetenza pronunciata nel rito sommario sia impugnabile col regolamento di competenza. Naturalmente, sebbene queste eventualità non siano state esplicitamente considerate, il procedimento sommario potrà essere definito con una pronuncia di inammissibilità o di estinzione, che pure dovrà avere la forma dell'ordinanza.

In tutti i casi sopra considerati, e perciò in tutti i casi in cui il processo sommario sia definito, indipendentemente dal suo contenuto, l'ordinanza deve contenere la statuizione «sulle spese del procedimento ai sensi degli articoli 91 e seguenti» (art. 702 *ter*, 7° comma, c.p.c.). Naturalmente, trattandosi di ordinanza, nulla impedisce che il provvedimento conclusivo del rito sommario venga pronunciato (in alternativa alla *riserva*) direttamente all'udienza. Poiché il modello decisorio del procedimento in esame è sottratto alla regolamentazione dell'art. 279 c.p.c., deve escludersi la possibilità di qualsiasi ordinanza non definitiva (anche di condanna generica), provvedimento peraltro incompatibile con le caratteristiche del procedimento sommario di cognizione.

L'ordinanza in esame — ove non appellata e, aggiungerei, ove abbia contenuto di merito, ancorché di accertamento negativo — «produce gli effetti di cui all'art. 2909 del codice civile» (art. 702 *quater*): a essa è pertanto attribuita la medesima autorità (con gli stessi limiti, soggettivi e oggettivi, con l'attitudine al giudicato implicito) riconosciuta alle sentenze, e perciò ai provvedimenti frutto di cognizione piena.

7. Le impugnazioni

Sebbene la legge abbia previsto quale mezzo d'impugnazione tipi-

co per le ordinanze sommarie soltanto l'appello, non può escludersene l'impugnabilità con gli altri rimedi indicati dall'art. 323 c.p.c., trattandosi di provvedimenti ai quali, per la loro attitudine al giudicato, deve essere assegnata la natura sostanziale di sentenza.

Pertanto — a parte quanto già detto in ordine al regolamento di competenza — le ordinanze (di merito) pronunciate all'esito del procedimento sommario saranno impugnabili con la revocazione straordinaria (art. 395, numeri 1, 2, 3 e 6 c.p.c.), ovvero con quella ordinaria (art. 395, numeri 4 e 5, c.p.c.) nelle materie per le quali la legge preveda (nel rito a cognizione piena) l'inappellabilità della sentenza (se in queste ipotesi si ritenga, diversamente dall'opinione da me preferita, utilizzabile il procedimento sommario). Sarà pure ammissibile l'opposizione di terzo, ordinaria o revocatoria (art. 404, 1° e 2° comma, c.p.c.).

L'art. 702 *quater* c.p.c., ancorché implicitamente («l'ordinanza... produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro...»), prevede che l'ordinanza di accoglimento o di rigetto possa essere appellata. Naturalmente l'appellabilità dell'ordinanza comporta che la decisione sul gravame (nella forma della sentenza) sarà ricorribile per cassazione.

Anche se in altre occasioni (cfr. i miei precedenti scritti sull'argomento, già ricordati) ho ritenuto appellabili pure le ordinanze di contenuto diverso da quello appena indicato (di inammissibilità della domanda, di estinzione), ritengo che il tema vada rimeditato, dovendosi considerare che — a differenza delle sentenze, per le quali il gravame rappresenta la regola — per le ordinanze l'appellabilità costituisce l'eccezione, sicché il rimedio appare esperibile unicamente quando la legge espressamente lo consenta, ovvero quando il provvedimento assuma *contenuto decisorio*.

Poiché — a parte quella dichiarativa dell'estinzione — la pronuncia d'inammissibilità non incide sui diritti oggetto della domanda, ma solo sulle forme della loro tutela, sarei dell'idea di valutare la possibilità di considerare inappellabile siffatto provvedimento (ricorribile per cassazione unicamente per il capo relativo alle spese).

La mancanza di qualsiasi indicazione normativa costringe poi l'interprete a enfatizzare il riferimento all'*appello*, istituto compiutamente regolato, identificandovi il richiamo (salvo incompatibilità) a tutte le norme dettate per quel mezzo d'impugnazione.

Nessun dubbio suscita la competenza della corte d'appello, atteso

anche il riferimento al collegio e al fatto che il primo grado è riservato alle controversie assegnate al tribunale (monocratico).

Fatte salve le deroghe apportate dalla disciplina speciale, sono pienamente operanti le norme sulle impugnazioni in generale e quelle sull'appello (articoli 323 - 338; 339 - 359 c.p.c.). Ciò comporta, fra l'altro, il potere dell'appellante di chiedere al collegio la sospensione dell'esecutività o dell'esecuzione dell'ordinanza impugnata a norma degli articoli 283 e 351 c.p.c., e la definizione del procedimento con sentenza. Escluderei peraltro la rimessione al primo giudice (articoli 353 - 354 c.p.c.), istituto compatibile con un processo in cui entrambi i gradi di giudizio siano organizzati secondo la cognizione piena.

Importantissima deroga alla disciplina generale è quella concernente il termine, stabilito in trenta giorni dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza (o, se emessa in udienza, dalla sua pronuncia); è però evidente che — mancando l'una e l'altra — resterà operante il termine semestrale di cui all'art. 327, 1° comma, c.p.c. (art. 46, 17° comma).

Per evitare defatiganti istanze di rimessione in termini, sarei dell'idea che il giudice — esercitando un suo potere discrezionale — debba ordinare alla cancelleria la comunicazione dell'ordinanza (non ostandovi gli articoli 136 c.p.c. e 45 disp. att. c.p.c.) *nel suo contenuto integrale*.

La norma (e la lacuna appare particolarmente grave) non detta alcuna disposizione circa il contenuto - forma dell'atto introduttivo del gravame, questione evidentemente decisiva (pure) ai fini dell'osservanza del termine.

A mio avviso, proprio la previsione dell'*appello*, comporta che l'atto introduttivo (e il procedimento) siano gli stessi previsti per quella controversia in secondo grado ove la domanda fosse stata proposta nelle forme del rito ordinario (citazione a udienza fissa, ricorso). In tal senso potrebbe invocarsi l'abrogata disciplina dell'appello nel procedimento sommario societario, in cui il gravame doveva essere introdotto dall'atto di citazione, forma utilizzata in quel rito per la domanda introduttiva del giudizio a cognizione piena (art. 20, 1° comma, d.leg. 5/2003). Ritengo la conclusione inevitabile, visto che — quando il legislatore ha voluto (nei procedimenti sommari) assegnare all'atto introduttivo del gravame la stessa forma prevista per il primo grado (ricorso) — ha ritenuto dover qualificare l'impugnazione (non appello, ma) *reclamo*: così l'art. 18, 1° comma, r.d. 16 marzo 1942, sostituito dall'art. 2, 7° comma, d.leg. 12 settembre 2007, n. 169.

Altra deroga alla disciplina della cognizione piena (peraltro imposta dal primo grado retto dalla cognizione sommaria) concerne l'ammissibilità delle nuove prove (documentali e non), giacché essa reclama, correttamente, al fine di evitare la *sommarizzazione* dell'intero processo (non l'indispensabilità, ma) la *rilevanza*. Singolare (per la verità superflua, spiegabile col fatto che in un primo tempo anche l'art. 702 *quater* c.p.c. subordinava l'ammissibilità delle nuove prove all'*indispensabilità*) appare la previsione dell'ammissibilità di nuovi mezzi di prova e di documenti quando «la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile». Poiché la semplice *rilevanza* comporta l'utilizzabilità delle nuove prove in appello, appare evidente l'inapplicabilità della previsione: la corte certamente non ammetterà un mezzo di prova non rilevante per la sola impossibilità di proposizione nella precedente fase.

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

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

Il dato normativo sembrerebbe poi imporre — qualora la corrispondente sentenza nella materia decisa secondo le forme del procedimento sommario sia inappellabile — l'impugnabilità (soltanto) in cassazione dell'ordinanza *sommatoria*. Trattandosi di rimedio esperibile ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost., il ricorso dovrà essere notificato nei sessanta giorni (non solo dalla notificazione, ma anche) dalla comunicazione del provvedimento.

Anche se il problema non appare drammatico — considerata la reintrodotta appellabilità (art. 30, 2° comma) delle sentenze che abbiano deciso l'opposizione all'esecuzione (resta però inappellabile quella resa sull'opposizione agli atti esecutivi) e (art. 26, 1° comma, d.leg. 40/2006) di quelle emesse all'esito del procedimento di opposizione alle ordinanze — ingiunzione (art. 22 *bis* l. 689/1981) — la conclusione mi lascia molto perplesso. È infatti innegabile la dubbia legittimità costituzionale un procedimento in cui un'ordinanza in grado di produrre gli effetti del giudicato sostanziale non sia suscettibile di un controllo *completo*, secondo modalità non diverse da quelle assicurate dalla cognizione ordinaria. A conferma, può ricordarsi come l'appello *pieno* sia indispensabile per ritenere il procedimento sommario compatibile con l'art. 111, 2° comma, Cost.

Riterrei pertanto — non potendo la scelta del rito sommario rendere appellabile un provvedimento che nella cognizione ordinaria non lo sarebbe — che le cause per le quali la legge stabilisce l'inappellabilità della decisione, ancorché di competenza del tribunale monocratico, non siano suscettibili di trattazione secondo il rito sommario.

GIUSEPPE OLIVIERI

*Ordinario di Diritto processuale civile
Università di Napoli Federico II*

