

IL NUOVO PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Precedenti immediati e sua natura; 3. Ambito di applicazione; 4. La fase introduttiva; 5. Il procedimento e l'istruttoria; 6. I modelli decisorii; 7. Le impugnazioni.

1. PREMESSA

Come certamente si ricorderà, sullo scorcio della XIV Legislatura l'allora Governo in carica, con la sostanziale collaborazione dell'opposizione, ebbe a varare alcuni provvedimenti legislativi¹ evidentemente tesi alla ricerca di soluzioni efficaci per la grave situazione in cui versava (e tuttora versa) la giustizia civile.

L'onda riformatrice non si è, però, così esaurita, atteso che l'attuale Governo, espressione della medesima maggioranza parlamentare, ha recentemente approvato la legge 18 giugno 2009, n. 69², entrata in vigore il 4.7.2009, in cui non soltanto sono contenute ulteriori numerose modifiche del codice di rito, ma soprattutto è stata inserita, all'art. 54³, una specifica *delega al Governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili* che lascia chiaramente intendere che, ben presto, il cantiere del legislatore processuale tornerà in attività.

Ad una prima impressione, il metodo di questa ennesima riforma del processo civile non sembra convincente, ed altrettanto può dirsi con riferimento agli obiettivi perseguiti.

Circa il primo, invero, non può sottacersi che l'aver trasformato tale processo in una sorta di cantiere sempre aperto non contribuisce di sicuro alla stabilità del sistema e finisce con il compromettere anche un'efficace organizzazione dei servizi.

¹ Il decreto legge n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005, e la legge n. 263/2005, recanti molteplici modifiche al codice di procedura civile; le leggi nn. 52/2006 e 54/2006, rispettivamente riguardanti l'esecuzione forzata nonché la separazione personale dei coniugi e l'affidamento condiviso; il decreto legislativo n. 5/2006 in tema di fallimento e procedure concorsuali; il decreto legislativo n. 40/2006, in materia di giudizio di cassazione ed arbitrato.

² Per una opportuna, e per certi versi istruttiva, ricostruzione dell'intero *iter* parlamentare di tale legge, cfr. G. BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, § 1, in *Il giusto processo civile 2009*, fasc. 3, altresì consultabile in www.judicium.it.

³ I cui primi quattro commi così statuiscano: *1. Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale. 2. La riforma realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. 3. Gli schemi dei decreti legislativi previsti dal presente articolo sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi al Parlamento, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni competenti per materia, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1, o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. 4. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) restano fermi i criteri di competenza, nonché i criteri di composizione dell'organo giudicante, previsti dalla legislazione vigente; b) i procedimenti civili di natura contenziosa autonomamente regolati dalla legislazione speciale sono ricondotti ad uno dei seguenti modelli processuali previsti dal codice di procedura civile: 1) i procedimenti in cui sono prevalenti caratteri di concentrazione processuale, ovvero di officiosità dell'istruzione, sono ricondotti al rito disciplinato dal libro secondo, titolo IV, capo I, del codice di procedura civile; 2) i procedimenti, anche se in camera di consiglio, in cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa, sono ricondotti al procedimento sommario di cognizione di cui al libro quarto, titolo I, capo III-bis, del codice di procedura civile, come introdotto dall'articolo 51 della presente legge, restando tuttavia esclusa per tali procedimenti la possibilità di conversione nel rito ordinario; 3) tutti gli altri procedimenti sono ricondotti al rito di cui al libro secondo, titoli I e III, ovvero titolo II, del codice di procedura civile; c) la riconduzione ad uno dei riti di cui ai numeri 1), 2) e 3) della lettera b) non comporta 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; d) restano in ogni caso ferme le disposizioni processuali in materia di procedure concorsuali, di famiglia e minori, nonché quelle contenute nel regio decreto 14 dicembre 1933, n. 1669, nel regio decreto 21 dicembre 1933, n. 1736, nella legge 20 maggio 1970, n. 300, nel codice della proprietà industriale di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e nel codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.*

Quanto, invece, agli, obbiettivi, gli stessi sembrano essere due: 1) accelerare i processi in modo da riportarne la durata entro termini ragionevoli; 2) semplificare i riti, ponendo le premesse per una riduzione dei tanti, troppi procedimenti, la cui disciplina è disseminata nelle leggi speciali, a tre tipi fondamentali: processo ordinario, di cui al libro II, titolo I; processo a rito del lavoro, di cui al libro II, titolo IV; processo semplificato di cui al libro IV, capo III *bis*, di nuova introduzione.

Per accelerare i processi, in particolare, sono state scelte quattro opzioni: 1) la drastica riduzione dei termini dilatori concessi alle parti (ridotti tutti a tre mesi, salvo il termine lungo per il passaggio in giudicato delle sentenze che da un anno è stato portato a sei mesi); 2) il depotenziamento delle questioni di competenza (tutte rilevabili ad istanza di parte e comunque, se rilevabili di ufficio, non oltre l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. e tutte da decidere con ordinanza impugnabile con regolamento di competenza); 3) l'inasprimento delle decadenze (l'estinzione, sia del processo di cognizione che di quello esecutivo, sarà rilevabile anche di ufficio); 4) il tentativo di limitare, prevedendosi conseguenze economiche sfavorevoli, l'abuso del processo.

Prima facie, però, può ragionevolmente dubitarsi della idoneità di questi strumenti al raggiungimento dello scopo che il legislatore del 2009 si è prefissato.

E'indubbio, infatti, che la irragionevole durata dei nostri processi è largamente determinata da *tempi morti* che non dipendono dai comportamenti dei suoi protagonisti ma da problemi strutturali ed organizzativi, spesso, ed in particolare oggi, accentuati dalla cosiddetta legge Mastella in tema di reclutamento, di assegnazione e nomine dei magistrati negli uffici.

Né va sottovalutato il problema delle cancellerie e degli ausiliari in genere, i cui organici, di per sé insufficienti, mai sono coperti completamente e, se lo sono, spesso con personale demotivato.

Per non parlare, infine, della lamentata insufficienza degli strumenti materiali.

Tralasciando, comunque, tali questioni, il cui approfondimento meriterebbe una sede più appropriata e volendo, in questa sede, limitarsi esclusivamente ad una sommaria valutazione, sotto il profilo tecnico, circa la bontà e l'opportunità delle introdotte novità legislative, il giudizio non potrebbe che essere piuttosto variegato.

In molti casi, invero, come già sostenuto dai primi commentatori⁴, trattasi di interventi certamente condivisibili poiché diretti a realizzare qualche utile semplificazione realmente priva di effetti collaterali (si vedano, ad esempio, le modifiche afferenti le modalità di notificazione della sentenza e della impugnazione), oppure volti ad attuare alcune delle innovazioni da tempo auspicate dalla dottrina (quali, ad esempio, la sanabilità dei vizi della procura *ad litem* ovvero la generalizzazione del rimedio della rimessione in termini) od infine a porre rimedio a taluno dei non pochi "svarioni" in cui era incorso il legislatore del 2005/2006.

Per altri aspetti (si pensi, in particolare, alla testimonianza scritta, al cd. filtro dei ricorsi per cassazione, alla disciplina delle misure coercitive per l'attuazione degli obblighi di fare o di non fare, al procedimento sommario di cognizione), anche importanti e delicati, invece, ogni altra valutazione (volendo qui prescindere da considerazioni tecniche) non può che essere differita ai risultati che la loro prima applicazione consentirà di realizzare.

Tanto premesso, una delle più importanti novità caratterizzanti la citata riforma del 2009 sembra sicuramente essere il *procedimento sommario di cognizione*, disciplinato dall'art. 51 della legge n. 69/2009, che ha aggiunto il nuovo capo III *bis* (*procedimento sommario di cognizione*), composto dagli artt. 702 *bis*, 702 *ter* e 720 *quater*, al titolo primo (*procedimenti sommari*) del libro quarto (*procedimenti speciali*) del codice di procedura civile.

Si è già osservato⁵ che se il codice del 1940 (dopo l'esperienza, non positiva, del procedimento sommario fino a quell'epoca vigente) aveva ancorato il processo di cognizione di rito ordinario ad un modello unico, insensibile alla natura più o meno semplice o più o meno complessa della controversia, e le riforme successive avevano ribadito la scelta di applicare le stesse regole procedurali a prescindere dal livello di complessità della causa, preferendo incrementare il numero e la varietà dei riti speciali in base alle tipologie di controversie, il predetto nuovo rito

⁴ Cfr. G. BALENA, *op. cit.*, § 24.

⁵ Cfr. G. ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione*, § 1, in *www.judicium.it*.

sommario consente invece al giudice (e, prima ancora, alla parte che agisce in giudizio) di selezionare il contenzioso e di adottare diverse regole del procedimento in relazione alla maggiore o minore complessità della controversia.

Una scelta siffatta merita di essere salutata favorevolmente, pur non potendosi negare alcune criticità (i possibili abusi derivanti dall'utilizzo "improprio" del rito da parte del ricorrente, in funzione della possibile lesione delle garanzie difensive del convenuto; la necessità, già auspicata da autorevole dottrina⁶, di accompagnare l'introduzione del nuovo rito con interventi sull'organizzazione anche tabellare - e sul calendario giudiziale - idonei ad assicurare a questi processi, se non una vera e propria "corsia preferenziale", una trattazione separata dagli altri che consenta di non vanificare le scelte, anche innovative, a favore della celerità della decisione) che possono condizionare l'applicazione del nuovo modello processuale e determinarne il fallimento.

2. PRECEDENTI IMMEDIATI E SUA NATURA

Il precedente immediato del nuovo istituto è certamente da ricercarsi nel *procedimento sommario non cautelare* di cui all'art. 46 del c.d. disegno di legge Mastella (d.d.l. n. 1524/S/XV)⁷, ma le differenze tra essi sono notevoli, così come sensibilmente rilevanti sono le differenze del primo rispetto al procedimento sommario di cognizione societario, oggi abrogato per effetto dell'art. 54, quinto comma, della legge n. 69/2009, di cui all'art. 19 d. lgs. n. 5/2003⁸.

⁶ Cfr. G. ARIETA, *op. cit.*, § 1.

⁷ Che così statuiva: *Dopo il Capo III, del titolo I, del libro quarto del codice di procedura civile è inserito il seguente: CAPO III – bis DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO NON CAUTELARE Art. 702-bis. Procedimento sommario di cognizione. – Con ricorso al giudice competente a conoscere del merito può essere chiesta la pronuncia di ordinanza di condanna al pagamento di somme di denaro ovvero alla consegna o rilascio di cose. Il ricorso contiene l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda con le conclusioni, nonché l'indicazione dei mezzi di prova dei quali la parte intende valersi e dei documenti che offre in comunicazione. Il giudice provvede con decreto alla fissazione dell'udienza assegnando un termine all'istante per la notificazione del ricorso ed un termine per la costituzione del resistente. Il giudice, sentite le parti, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione al provvedimento richiesto e pronuncia ordinanza di condanna nei limiti in cui ritenga verosimili, sulla base degli elementi acquisiti, i fatti che sono posti a fondamento della domanda e non verosimili i fatti posti a fondamento delle eccezioni. L'ordinanza di condanna costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Con l'ordinanza che definisce il procedimento sommario il giudice provvede alla liquidazione delle spese di lite. Contro l'ordinanza che definisce il procedimento sommario è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 669-terdecies. L'ordinanza di condanna è sostituita ad ogni effetto dalla sentenza che definisce in primo grado il giudizio di merito, qualora la parte che vi abbia interesse lo promuova nel termine di cui al comma seguente. Se non viene iniziato il giudizio di merito entro sessanta giorni dalla pronuncia o dalla comunicazione dell'ordinanza di condanna, ovvero se il giudizio di merito si estingue, l'ordinanza diventa irrevocabile. In caso di reclamo, il termine previsto dal comma precedente decorre dalla pronuncia o dalla comunicazione dell'ordinanza pronunciata dal giudice del reclamo. Il giudizio di merito può essere iniziato anche dopo la scadenza del termine di cui ai commi precedenti se la parte interessata dimostra di non aver avuto tempestiva conoscenza del procedimento per nullità della notifica del ricorso, o dell'ordinanza di condanna per nullità della sua comunicazione, ovvero di non essersi potuta costituire per fatto a lei non imputabile".*

⁸ Questo il testo della norma: *(Ambito di applicazione. Procedimento) 1. Fatta eccezione per le azioni di responsabilità da chiunque proposte, le controversie di cui all'art. 1 che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, anche se non liquida, ovvero la consegna di cosa mobile determinata, possono essere proposte, in alternativa alle forme di cui agli artt. 2 ss., con ricorso da depositarsi nella cancelleria del tribunale competente, in composizione monocratica. 2. Il giudice designato fissa a non oltre sessanta giorni la data di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza; il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data di udienza. 2 bis. Al termine dell'udienza il giudice, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli artt. 91 ss. c.p.c. L'ordinanza costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. 3. Il giudice, se ritiene che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria ovvero in ogni altro caso in cui non dispone a norma del 2° co. bis, assegna all'attore i termini di cui all'art. 6. 4. Avverso l'ordinanza di condanna può essere proposta esclusivamente impugnazione davanti alla corte di appello*

Solo per segnalare alcune (senza alcuna pretesa di esaustività): a) mentre il campo di applicazione del procedimento sommario non cautelare del progetto Mastella, nonché del procedimento sommario societario, era delimitato alla richiesta di un provvedimento di condanna (al pagamento di somme di danaro ovvero alla consegna o rilascio di beni), il nuovo procedimento sommario è generalmente previsto per qualunque tipo di domanda⁹, all'unica condizione che si tratti di "cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica" (cfr. art. 702 bis, primo comma) e, dunque, al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 50 bis c.p.c.. Si deve, peraltro, escludere che possa essere trattata con il rito sommario la causa in cui il tribunale in composizione monocratica decida come giudice di appello (avverso le sentenze del Giudice di pace), in quanto ad esse si applicano le norme appunto del processo di appello, incompatibili con quelle in esame; b) l'ordinanza di cui all'art. 19 del d. lgs. n. 5/2003 era di per sé inidonea, se non impugnata, a conseguire l'autorità della cosa giudicata che oggi, invece, viene esplicitamente attribuita al provvedimento conclusivo del nuovo rito; c) diversamente dal rammentato art. 19 del d.lgs. n. 5/2003, che discorreva esplicitamente (cfr. terzo comma) di *cognizione* sommaria¹⁰, lasciando altresì intendere che la decisione dovesse intervenire già al termine della prima udienza, manca, nell'art. 702 ter c.p.c., qualunque riferimento ad una cognizione superficiale, vuoi in relazione ai fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, vuoi relativamente alle eccezioni sollevate dal convenuto; d) evidente è anche la diversità dei presupposti, rispetto al corrispondente art. 702 bis c.p.c., del disegno di legge Mastella, che consentiva la pronuncia dell'ordinanza allorché il giudice ritenesse "verosimili, sulla base degli elementi acquisiti, i fatti che sono posti a fondamento della domanda e non verosimili i fatti posti a fondamento delle eccezioni"¹¹.

Va poi considerato che il quinto comma dell'art. 702 ter c.p.c., per l'ipotesi in cui il Giudice ritenga sussistere i presupposti per la utilizzazione del rito *de quo*, prevede che questi alla prima udienza, "sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande": la norma, dunque, riecheggia palesemente quella dell'art. 669 sexies, primo comma, c.p.c. relativa al procedimento cautelare uniforme, ma è stata depurata delle espressioni che avrebbero potuto far pensare ad un accertamento incompleto o comunque superficiale, tipico dei provvedimenti cautelari. Sicché, mentre l'art. 669 sexies limita la fase propriamente istruttoria ai soli atti indispensabili in relazione ai fini ed ai presupposti del provvedimento richiesto (*id est* alla verifica del *fumus boni iuris*), nell'art. 702 ter si discorre, in termini più neutri, di *atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto*.

Merita, altresì, di essere evidenziato che l'art. 54, quarto comma, della legge n. 69/2009 prevede che il rito ora considerato divenga il modello di riferimento per tutti i procedimenti di cognizione (si badi: a cognizione piena) "anche se in camera di consiglio, i cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa": anche in questo caso,

nelle forme di cui all'art. 20. 5. All'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all'art. 2909 c.c..

⁹ Cfr. F.P. LUISO, Il procedimento sommario di cognizione, in www.judicium.it; R. CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c.*, in www.judicium.it; G. BALENA, *op. cit.*, § 23; *Contra* CARRATTA, in *Come cambia il processo civile*, p. 139, ritenendosi che la limitazione alle domande di condanna possa desumersi dal sesto comma dell'art. 702 ter c.p.c., per cui l'ordinanza che definisce il procedimento "è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale e per la trascrizione". Secondo G. BALENA, *op. cit.*, § 23, in nota, tenuto conto dell'opposta e più pregnante indicazione che può trarsi dall'esame dei lavori parlamentari, non sembra che la formulazione dell'art. 702 ter offra un argomento risolutivo, esattamente come l'art. 282 c.p.c., secondo cui *la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva*, non potrebbe essere certamente invocato per escludere l'ammissibilità di domande che non siano di condanna. Si consideri, inoltre, che il riferimento alla *trascrizione* ha senso, prevalentemente, proprio rispetto alle sentenze di mero accertamento o costitutive.

¹⁰ Che l'ordinanza ex art. 19 si fondasse su una cognizione superficiale era inequivocabilmente confermato, d'altronde, dal comma 2 bis, secondo cui "al termine dell'udienza il giudice, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna".

¹¹ Per un'autorevole critica a detta disposizione, vedasi A. PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro It.* 2007, V, 44 e ss.

pertanto, manca qualunque allusione ad una possibile sommarietà o superficialità dell'accertamento, tanto più che per i procedimenti che verranno ricondotti a questo modello neppure sarà possibile la conversione (*ope iudicis*) al rito ordinario.

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

Muovendo da ciò si è sostenuto¹² che la sommarietà del rito in esame deve essere intesa come mera semplificazione di ogni fase del processo successiva a quella introduttiva, l'unica disciplinata direttamente dall'art. 702 *bis* c.p.c.: il legislatore, cioè, pensando alle controversie più semplici, ha voluto introdurre un modello di procedimento dalla disciplina piuttosto scarna, che il giudice può in certa misura forgiare a propria discrezione. Ipotesi, questa, del tutto plausibile ove si consideri il *favor* dimostrato negli ultimi decenni per l'uso, nell'ambito della giurisdizione contenziosa, di un procedimento del tutto deformalizzato quale è quello camerale contemplato dagli artt. 737 e ss. c.p.c., che attribuisce al giudice massima discrezionalità nella conduzione e nella stessa determinazione delle modalità di svolgimento del processo.

In concreto, questo dovrebbe presentarsi come più snello (affrancato, cioè, dalla necessaria concessione dei termini *ex art.* 183 o 190 c.p.c., nonché da momenti squisitamente formali quali l'udienza di precisazione delle conclusioni), e pertanto, non diversamente dall'odierno procedimento in camera di consiglio, dovrebbe teoricamente consentire una maggiore immediatezza della decisione evitando la divisione in fasi che contraddistingue il processo di cognizione ordinario. Il giudice, dunque, fatto salvo l'imprescindibile principio del contraddittorio (*cf.* l'art. 101 c.p.c. come modificato dalla legge n. 69/2009), ha la possibilità di definire la causa in qualsivoglia momento, così compensandosi la mancanza di preclusioni legali relative alla proposizione di eccezioni in senso lato (quelle, cioè, rilevabili di ufficio), nonché alla richiesta di prove costituenti ed alla produzione di documenti¹³.

Sintetizzandosi, allora, ampiamente le conclusioni a cui si è già pervenuti da parte di autorevole dottrina, il procedimento sommario di cognizione *ex art.* 702 *bis* e ss. c.p.c. deve considerarsi, a dispetto del suo nome e della sua collocazione sistematica, come un processo a cognizione piena, poiché nella sua destinazione prevale la funzione di accertare definitivamente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, rispetto alle funzioni che sono proprie dei procedimenti sommari ma sono completamente assenti dal profilo legislativo di questo istituto¹⁴.

Quanto appena esposto induce ragionevolmente a ritenere che alla base della previsione della introduzione del procedimento sommario di cognizione vi sia stato, essenzialmente, il tentativo di offrire alla parte che agisce in giudizio uno strumento processuale in grado di farle ottenere la decisione del giudice in tempi più rapidi rispetto a quelli necessari per la cognizione piena.

Muovendo da tale premessa, si è osservato¹⁵ che una valutazione ispirata al *pessimismo* (forse *della ragione*) condurrebbe ad essere scettici sull'idoneità del nuovo rito al raggiungimento dell'obbiettivo perseguito. Se il nuovo modello processuale non avrà successo (per tale risultato

¹² *Cfr.* G. BALENA, *op. cit.* § 23.

¹³ Così G. BALENA, *op. cit.* § 23.

¹⁴ *Cfr.* R. CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*. In senso sostanzialmente conforme, vedi anche G. ARIETA, *op. cit.*, § 1, secondo cui il procedimento sommario (*rectius*: semplificato) è un processo di cognizione speciale, alternativo al processo a cognizione piena ed idoneo ad impartire identica tutela rispetto a quest'ultimo.

¹⁵ *Cfr.* G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Guida al Diritto n. 28/2009*, pag. 37 e ss.

dovranno concorrere il comportamento delle parti e le scelte del giudice in ordine alla possibilità di continuare il processo col rito sommario: *cf.* art. 702 *bis*, 3° comma), tutto resterà come prima; qualora invece il procedimento incontrerà il favore della prassi, v'è il rischio concreto che i ruoli dei giudici, ora intasati dalle cause a rito ordinario, saranno occupati da quelle sommarie, con la conseguente difficoltà (se non impossibilità) di ottenere la decisione in tempi ragionevoli.

D'altra parte, poiché l'utilizzabilità di questo rito sommario non è collegata a valutazioni di *periculum in mora* (né affidate al giudice, come accade per i procedimenti sommari cautelari, né individuate preventivamente dal legislatore, secondo quando spesso avviene per i procedimenti sommari non cautelari), non v'è alcuna ragione che imponga la postergazione delle cause a cognizione piena a quelle del rito sommario (generale)¹⁶.

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

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

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

3. AMBITO DI APPLICAZIONE

L'ambito di applicazione del nuovo procedimento sommario è circoscritto, in larghissima parte, dall'*incipit* dell'art. 702 *bis* c.p.c., a tenore del quale tale modello processuale può essere adottato, sostanzialmente in via alternativa con il procedimento ordinario, "*nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica*".

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

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

¹⁶ La considerazione è di A. PROTO PISANI, *La tutela sommaria tra efficienza ed effettività, lectio magistralis* tenuta il 5 maggio 2009 presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli. In senso contrario, invece, *cf.* G. ARIETA, *op. cit.*, § 1, in cui si prospetta la necessità di accompagnare l'introduzione del nuovo rito con interventi sull'organizzazione anche tabellare - e sul calendario giudiziale - idonei ad assicurare a questi processi, se non una vera e propria "corsia preferenziale", una trattazione separata dagli altri che consenta di non vanificare le scelte, anche innovative, a favore della celerità della decisione.

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

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

In particolare, per quanto riguarda le controversie assoggettate al rito del lavoro, è maggioritaria, allo stato, la soluzione negativa¹⁷.

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

Autorevole dottrina¹⁸, peraltro, ha individuato nell'art. 54 della legge n. 69/2009 - che delega il Governo ad adottare, entro ventiquattro mesi, uno o più decreti legislativi "*in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nella giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legge speciale*" - una ragione ulteriore, e di carattere sistematico, a sostegno dell'inapplicabilità del procedimento sommario alle controversie assoggettabili al rito del lavoro: in buona sostanza, muovendosi dall'assunto che l'esigenza legislativa di porre fine alla proliferazione di riti si realizza tipizzando esclusivamente i tre modelli processuali ivi descritti¹⁹, all'interno dei quali far confluire i diversi procedimenti di cui sono costellate le leggi speciali, si sostiene che tali modelli non ammettano reciproche interferenze.

La conclusione non appare del tutto convincente almeno per due motivi: *a*) non v'è ragione per assimilare i procedimenti che saranno assoggettati al procedimento sommario secondo i criteri della delega contenuta nell'art. 54, l. n. 69 del 2009 e quello oggi previsto dal codice (artt. 702 *bis* - 702 *quater* c.p.c.) caratterizzato, contrariamente ai primi, proprio dalla possibilità di cambiare il rito secondo la scelta del giudice²⁰; *b*) il richiamo all'art. 183 c.p.c. ed al libro secondo non riguarda la disposizione relativa all'ambito di applicazione del rito, incentrata sul discrimine della cognizione monocratica del giudice, ma indica un modello di prosecuzione del giudizio del tutto compatibile con il rito del lavoro, attesa la sostanziale sovrapposizione di disciplina processuale degli atti introduttivi²¹. Ciò non senza considerare che alcune tipologie di controversie lavoristiche (o previdenziali) e locative (occupazioni senza titolo, risoluzioni di contratti di comodato) presenterebbero proprio quei caratteri di semplificazione dell'istruzione, della trattazione e della

¹⁷ *Cfr.* G. BALENA, *La nuova pretesa riforma della giustizia civile*, § 23, in *Il giusto processo civile*, 2009; F.P. LUISSO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it p.; G. ARIETA *Il rito "semplificato" di cognizione* in www.judicium.it p.3,4; S. MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*. Favorevoli all'estensione dell'applicabilità del procedimento sommario G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione* in www.judicium.it e C. CONSOLO, *la legge di riforma 18 giugno 2009 n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere Giuridico*, 2009 p.

¹⁸ G. ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione* in www.judicium.it, p. 4.

¹⁹ Per il testo dell'art. 54 della legge n. 69/2009, e la relativa individuazione dei tre modelli processuali ivi descritti, vedi la precedente nota n. 3.

²⁰ La considerazione è di M. ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: prime questioni applicative*, costituente la bozza di una recente relazione sul punto tenuta a Bologna.

²¹ Sostanzialmente in tali sensi vedi anche G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Guida al Diritto n. 28/2009*, pag. 37 e ss., dove si precisa anche che, naturalmente, il procedimento sommario nella materia del lavoro, non rientrando tra i provvedimenti speciali o cautelari (rispetto ai quali è, per così dire, speculare), richiederebbe comunque la preventiva richiesta del tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c..

decisione caratteristici del procedimento sommario, mentre non sempre sarebbe possibile, per queste specifiche tipologie di controversie, l'accesso alla tutela d'urgenza, potendo mancare il *periculum in mora*²².

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

In particolare²³, l'introduzione con il ricorso postula che il rispetto del termine perentorio stabilito nell'art. 640 c.p.c. si determini sulla base del suo deposito in cancelleria, essendo la notificazione del ricorso e del decreto rimessa alla discrezione temporale del giudice; non è chiaro, poi, come potrebbe procedersi alla riduzione della metà dei termini di comparizione prevista dall'art. 645 c.p.c. per le opposizioni a decreto ingiuntivo assoggettate al rito ordinario; non sarebbe, inoltre, agevole l'assunzione in prima udienza dei provvedimenti *ex artt.* 648, 649 e 186 *ter* c.p.c., con la conseguenza di differire temporalmente ad un'udienza successiva le deliberazioni più incisive del procedimento²⁴.

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

Per quanto riguarda i procedimenti sommari tipizzati quali la convalida di sfratto e di licenza ed i procedimenti possessori, sembra nettamente maggioritaria l'opinione che esclude l'applicabilità ad essi del nuovo procedimento sommario per la completezza della disciplina processuale che caratterizza entrambe le fasi, quella sommaria e quella a cognizione piena (eventuale), di questi procedimenti²⁵.

Merita, peraltro, di essere segnalato che non è mancato chi, con riferimento al giudizio possessorio, pur ritenendo arduo prendere posizione a favore o contro la compatibilità di quest'ultimo con il procedimento sommario, ha cercato di contrapporre alla appena riportata tesi negativa, quella secondo cui la parte possa optare anche in tal caso per l'utilizzo del procedimento sommario, così evitando la duplicità di fasi ed ottenendo, con un unico procedimento, una tutela immediata in grado di condurre al giudicato sul merito possessorio.²⁶

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

²² Cfr. M. ACIERNO, *op. cit.*

²³ Cfr. M. ACIERNO, *op. cit.*

²⁴ Vedi anche G. ARIETA, *op. cit.*, p. 3, dove si afferma che qualche dubbio può sussistere per i giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, anche se le caratteristiche di specialità del relativo procedimento sembrano escluderne la compatibilità con il rito semplificato.

²⁵ In tal senso sostanzialmente G. ARIETA, *op. cit.*, p. 3; S. MENCHINI, *op. cit.* pag. 2.

²⁶ Cfr. G. OLIVIERI, *op. cit.*

Tra le cause suscettibili di trattazione col rito sommario vanno altresì inserite, secondo autorevole dottrina²⁷, anche le opposizioni di cui agli articoli 615 (non solo per le opposizioni instaurate prima dell'inizio dell'esecuzione, ma anche per quelle promosse successivamente, dovendosi ritenere operante per la fase successiva alla decisione sulla sospensione: in tal caso la scelta dovrà essere compiuta nel termine perentorio concesso dal giudice *per l'introduzione del giudizio di merito*, se competente per la causa è l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice della esecuzione, od altrimenti per la riassunzione della causa innanzi all'ufficio giudiziario competente. *Cfr.* art. 616 c.p.c.) e 619 (quando a trattazione monocratica). In caso di opzione per il rito sommario è da ritenere (con interpretazione imposta dall'art. 111, 2° comma, Cost., dovendosi evitare ingiustificate ed eccessive compressioni del contraddittorio) inoperante la *riduzione a metà* del termine di comparizione (articoli 616 c.p.c.) di trenta giorni fissato dall'art. 702 *bis*, 3° comma c.p.c., quella *riduzione* costituendo una disciplina eccezionale, strettamente legata ai termini di comparizione stabiliti per la cognizione piena.

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

Può, infine, ritenersi compatibile con il modello del procedimento sommario l'azione antidiscriminazione prevista dall'art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, in quanto sostanzialmente fondata su una fase cautelare e su una successiva statuizione a cognizione piena, ma caratterizzata da un forte tasso di atipicità e semplificazione dell'attività istruttoria, oltre che da una considerevole accentuazione dell'officiosità dei poteri istruttori del giudice²⁸.

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

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

4. LA FASE INTRODUTTIVA

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

Il richiamo all'art. 163 c.p.c., e non anche al 163 *bis* c.p.c. (in quanto palesemente incompatibile con la struttura della fase introduttiva del procedimento) lascia il dubbio se alla parte sia consentito chiedere l'abbreviazione del termine di comparizione, ove il giudice, per esigenze organizzative interne, ne abbia assegnato uno notevolmente superiore a quello minimo, oppure se

²⁷ *Cfr.* G. OLIVIERI, *op. cit.*

²⁸ Cui può aggiungersi l'azione di medesima natura disciplinata dal d. lgs. n. 216 del 2003, limitatamente alle discriminazioni per ragioni etniche e razziali

una siffatta istanza debba essere dichiarata, *de plano*, inammissibile per la prospettata incompatibilità della norma da ultimo citata con il procedimento in esame.

Evidentemente diversa, invece, sarebbe l'ipotesi in cui venga formulata una istanza di anticipazione di udienza (già fissata), atteso che l'eventuale provvedimento di suo accoglimento dovrebbe determinare la modifica integrale dei termini di notificazione e di costituzione.²⁹

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

La scelta a favore della descritta tipologia di atto introduttivo sembra dettata in funzione delle esigenze organizzative del giudice, ma potrebbe penalizzare il ricorrente in relazione al tempo di produzione degli effetti sostanziali della domanda (che non può non coincidere con il giorno di notificazione del ricorso)³⁰, tanto da rischiare di rendere poco opportuno l'utilizzo delle forme del rito semplificato, soprattutto in caso di trascrizione della domanda (*cf.* art. 2652 e ss. c.c.). In tale ipotesi, peraltro, è da ritenere che dovrà essere trascritto non la copia ma un secondo originale del ricorso corredato del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti notificato al convenuto).

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

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

Questa forma di possibile abuso del processo può essere contrastata, oltre che con l'assegnazione di un termine più ampio per la costituzione del convenuto, applicando l'ormai generalizzato istituto della rimessione in termini di cui all'art. 153, comma secondo, c.p.c., essendo imputabili alla parte ricorrente le decadenze maturate a carico del convenuto in un lasso temporale non compatibile con l'esercizio delle garanzie difensive³¹.

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

Una volta depositato il ricorso, al magistrato designato dal Presidente del Tribunale (art. 702 *bis*, 2° comma, c.p.c.)³² è affidata la fase prodromica (ancorché essenziale) all'instaurazione del contraddittorio, giacché dovrà pronunciare il decreto di fissazione dell'udienza che, notificato al

²⁹ Per l'applicazione del medesimo principio nel processo del lavoro, vedi Cass. n. 13162 del 2006.

³⁰ E' invece indubbio (anche tenuto conto di quanto affermato da Cass. S.U. n. 20596 del 2007 con riferimento al procedimento monitorio) che la litispendenza agli effetti processuali si determina dal momento del deposito del ricorso.

³¹ Da segnalare che in G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 4, si ipotizza come ulteriore strumento per prevenire eventuali abusi nell'utilizzo del procedimento in questione, quello di imporre al ricorrente l'onere (pur in assenza di una specifica previsione normativa) di indicare nel proprio atto introduttivo le ragioni, che il giudice sarà chiamato a valutare nel corso della prima udienza, in grado di dimostrare la compatibilità della controversia con l'istruttoria e con le forme della decisione semplificata.

³² La norma prospetta un modulo organizzativo valido esclusivamente per i Tribunali non suddivisi in sezioni, per cui deve essere, ovviamente, adattata a quelli in cui invece esiste una tale suddivisione mediante l'applicazione dell'art. 168 *bis*, primo comma, c.p.c.. In questo contesto, saranno i presidenti delle singole sezioni, dopo l'assegnazione del fascicolo secondo i criteri tabellari, a designare il magistrato. Anche i commi secondo e terzo della citata norma dovrebbero trovare applicazione, trattandosi di norme di disposizioni di organizzazione interna degli affari, mentre risultano incompatibili con la introduzione della controversia con ricorso il quarto ed il quinto comma del medesimo articolo.

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 fissazione della data dell'udienza, ma anche nella precisa determinazione del termine di costituzione del convenuto.

Perché il decreto indicato sia idoneo al raggiungimento dello scopo (evitando così la nullità indotta dall'art. 156, 2° comma, c.p.c.), il termine assegnato al convenuto per la costituzione in giudizio e la data dell'udienza di comparizione delle parti debbono essere individuati non solo con un intervallo minimo di dieci giorni, ma considerando che il ricorrente deve notificare al convenuto ricorso e decreto almeno trenta giorni prima della data stabilita per la sua costituzione in giudizio³³: si tratta di un termine *non libero*, come evidenzia il confronto tra l'art. 702 *bis*, 3° comma, ultima parte, c.p.c. (il ricorso «*deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione*») e l'art. 163 *bis*, 1° comma (nonché 415, 5° comma, c.p.c.) i cui termini sono qualificati *liberi* (ovvero *non minori* di ...).

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

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

In ipotesi di notificazione del ricorso e del decreto predetti senza il rispetto del citato termine, il giudice, rilevata officiosamente la nullità, dovrà disporre la rinnovazione in caso di mancata costituzione del convenuto, ed analogo ordine dovrà essere impartito se quest'ultimo abbia eccepito il vizio nella comparsa di costituzione e risposta (a meno che non voglia optarsi per la possibilità di fissazione di una nuova udienza, che tenga conto di tale termine, sul modello dell'art. 164, terzo comma, c.p.c.).

Se, invece, si sia in presenza di una omessa (o giuridicamente inesistente) notificazione, nessun nuovo termine potrà essere concesso dal giudice, il quale, quindi, dovrà dichiarare la improcedibilità del ricorso.

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

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

Merita, altresì, di essere sottolineato che il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c., modificato dalla predetta legge, ha recepito e generalizzato il principio, da ritenersi applicabile anche al rito

³³ Appare ragionevole ritenere che la norma rimetta al giudice il potere di stabilire, caso per caso, il termine per la costituzione del convenuto, interpretazione questa che potrebbe, come si detto in precedenza nel testo, apprestare rimedio all'abuso del rito semplificato da parte del ricorrente, nel senso che il giudice, in presenza di una controversia palesemente non compatibile con la trattazione "*sommatoria*", potrebbe assegnare un termine più congruo per la costituzione del convenuto imponendo alla parte istante di notificare il ricorso, ad esempio, sessanta giorni prima della data fissata per la sua costituzione.

sommario (o semplificato), che la mancata specifica contestazione dei fatti rende gli stessi “pacifici” ed utilizzabili ai fini della decisione.

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

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

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

Va evidenziato, poi, che l'art. 702 *bis* c.p.c. fa riferimento, stranamente, alla sola fattispecie della *chiamata in garanzia*, e non anche alla più generica ipotesi della *comunanza di causa* contemplata dall'art. 106 c.p.c. per cui l'intervento coatto ad istanza di parte è pacificamente ammesso ai sensi degli artt. 167, ultimo comma, e 269 c.p.c.. Tuttavia, in assenza di una esplicita esclusione, è doveroso pensare - pena l'irragionevolezza della disposizione - che il legislatore *minus dixit quam voluit*³⁴, tanto più che alcune delle fattispecie solitamente ricondotte al concetto di *comunanza di causa* sono caratterizzate da un nesso non meno intenso di quello che assiste la connessione tra la causa principale e quella di garanzia (si pensi, in particolare, alla connessione per alternatività, che giustifica la chiamata del terzo, cd. vero obbligato, molto frequente, ad esempio nelle controversie di tipo risarcitorio, allorché il convenuto si difenda sostenendo di non essere lui il responsabile del danno), sì da rendere assolutamente indesiderabile una trattazione (necessariamente) separata delle cause connesse. Senza trascurare, inoltre, che, in non pochi casi, la chiamata del terzo è strumentale ad una più agevole e compiuta difesa del convenuto, che non può essere certamente sacrificata - pena la sospetta incostituzionalità delle norme ora in esame - sull'altare della semplificazione del rito³⁵.

Se il convenuto ha dichiarato di voler chiamare in causa un terzo, il giudice, con decreto da comunicarsi alle parti costituite, fisserà la data della nuova udienza nonché il termine *perentorio* entro cui il convenuto dovrà provvedere alla *citazione* del terzo, mentre quest'ultimo, dal canto suo, dovrà costituirsi a norma del quarto comma dell'art. 702 *bis* c.p.c., ossia con le medesime modalità prescritte per la costituzione del convenuto.

5. IL PROCEDIMENTO E L'ISTRUZIONE

Alla prima udienza - quella originariamente fissata nel decreto o la nuova fissata dal giudice a seguito della dichiarazione di chiamata del terzo nella comparsa di costituzione da parte del convenuto - è dedicata la prima parte dell'art. 702-*ter* c.p.c., che si limita ad individuare una serie di provvedimenti che il giudice designato è chiamato a pronunciare nel corso della stessa.

In termini generali, le attività da compiersi nella prima udienza, a parte le verifiche preliminari, sono quelle in primo luogo dirette a stabilire se sussistono le condizioni per l'accesso e

³⁴ Cfr. nello stesso senso F.P. LUISO, *op. cit.*; G. OLIVIERI, *op. cit.*; G. BALENA, *op. cit.*; G. ARIETA, *op. cit.*; S. MENCHINI, *op. cit.*

³⁵ Così G. BALENA, *op. cit.*, § 23, in cui si sottolinea anche che il sacrificio, nella specie, sarebbe definitivo e non più rimediabile, poiché non sarebbe ovviamente possibile, alla luce del principio del doppio grado, ammettere l'intervento coatto del terzo nel giudizio di secondo grado.

la trattazione del procedimento nelle forme del rito semplificato. Solo all'esito della verifica positiva, ha inizio la trattazione nelle forme semplificate.

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

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

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

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

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

Tale conclusione sembra imposta dall'art. 702 *bis*, 4° comma, 1ª parte, c.p.c. essendosi ingiunto al convenuto di « ... proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda ... », ricordandosi, sul punto, che - a norma del riformato art. 115, 1° comma, c.p.c. - « ... il giudice deve porre a fondamento della decisione ... i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita ... ».

Appare ragionevole concludere poi che, - essendo anche questo rito sommario soggetto al sistema delle preclusioni - in ogni caso, una volta ammessi o disposti *gli atti d'istruzione rilevanti*, sono precluse non solo nuove domande o eccezioni (qualora ciò fosse dipeso dalle difese del convenuto), ma anche qualsiasi modificazione di domande o eccezioni già proposte e l'inserimento di nuovi fatti (e perciò anche la contestazione).

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

In buona sostanza, l'istruzione nel rito sommario è completamente rimessa al potere discrezionale del giudice, con l'importante (ai fini del rispetto delle garanzie imposte dall'art. 111, 2° comma, c.p.c.)³⁶ correttivo della possibilità di chiedere in appello l'ammissione di qualsiasi nuova prova (o di depositare un nuovo documento) purché *rilevante* (e non indispensabile).

³⁶ Si veda - con riferimento al procedimento sommario societario - Cass. 11 luglio 2008, n. 19238, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 495 ss., con nota di TISCINI, *Primi interventi della Corte Suprema sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*.

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

Ne deriva, pertanto, che alla formula "*atti di istruzione*" va attribuito un significato diverso da quello della pur simile espressione contenuta nell'art. 669-*sexies*, comma primo, c.p.c.: non si tratterà, in particolare, di disporre un'istruttoria limitata alle finalità del procedimento, ma di raccogliere quelle prove (potrà trattarsi anche di prove 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) dei fatti costitutivi della domanda dell'attore o delle eccezioni del convenuto pur sempre necessarie a decidere su domande ritenute "compatibili" con la decisione semplificata.

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

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

Invero, a differenza di quanto può ritenersi nella cognizione sommaria cautelare - in cui il provvedimento, imposto da ragioni d'urgenza, non potrà mai aspirare al giudicato³⁷ - il rito in esame costituisce una mera alternativa, rimessa alla scelta dell'attore, rispetto alla cognizione piena.

Pertanto, ammettere indiscriminatamente il potere officioso del giudice nel procedimento di cui agli articoli 702 *bis* seguenti c.p.c., significherebbe demandare ad una sola parte (con l'avallo della valutazione sostanzialmente incontrollabile del giudice circa la possibilità dell'*istruzione sommaria*) la scelta - in ordine alla medesima situazione giuridica fatta valere - tra un processo retto dal principio inquisitorio ed uno governato dal principio dispositivo, sì da generare non pochi dubbi di costituzionalità con riferimento agli articoli 3 e 111, 2° comma, Cost.³⁸.

Autorevole dottrina, infine, ha sostenuto che anche nel rito sommario, dovrebbe essere riconosciuto al giudice - quando disponga *gli atti istruttori rilevanti* - il potere/dovere di fissare *il calendario del processo* regolato dall'art. 81 *bis*, disp. att. c.p.c. (art. 52, 2° comma).

Fermo quanto precede, va a questo punto evidenziato che, secondo l'art. 702 *ter*, 3° comma, c.p.c. - nell'udienza di comparizione, ma pure in qualsiasi momento dell'istruzione - quando «*ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'articolo 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II*»³⁹.

³⁷ Per le ragioni in grado di giustificare il potere istruttorio officioso del giudice nel procedimento (sommario) cautelare, RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme (I procedimenti sommari e speciali* a cura di CHIARLONI e CONSOLO, Torino 2005, I, 470.

³⁸ Cfr. G. OLIVIERI, *op. cit.*

³⁹ Qualora voglia accedersi alla tesi della compatibilità del procedimento in questione anche con il rito del lavoro - *cfr.*, sul punto, quanto più ampiamente esposto nel paragrafo n. 2 di questa relazione - il suddetto provvedimento del giudice

Trattasi, come è palese, di un provvedimento (una vera e propria conversione del rito, senza alcuna rimessione in termini) che costituisce espressione di un potere affatto discrezionale, non suscettibile di controllo: l'ordinanza, invero, non può essere modificata o revocata nel corso del procedimento di primo grado, ed ovviamente nessuna censura nei suoi confronti può essere avanzata in grado di appello⁴⁰.

Malgrado ciò, non sembra che la norma possa suscitare sospetti di illegittimità costituzionale, giacché l'alternativa imposta alle parti concede loro garanzie non inferiori a quelle offerte dal rito sommario, a ciò aggiungendosi che l'utilizzazione del rito sommario contemplato dagli articoli 702 *bis* e ss. c.p.c., a differenza di quanto accade per i procedimenti sommari tipici, costituisce non un'imposizione prescritta (o una facoltà concessa) dalla legge, ma il risultato congiunto della scelta della parte istante e della valutazione discrezionale del giudice circa la possibilità di poter procedere senza la necessità della *istruzione non sommaria*⁴¹.

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

Va premesso, in proposito, che una siffatta valutazione non costituisce una novità assoluta, in quanto già contemplata dall'art. 19 dell'ormai abrogato d.lgs. n. 5 del 2003: in sintesi⁴², detta norma delineava un percorso cognitivo in base al quale il giudice verificava il duplice presupposto per la prosecuzione della trattazione in via sommaria, costituito dall'oggetto della causa e dalla compatibilità delle difese del convenuto, fermo restando che, per arrestare il procedimento sommario, era sufficiente che riscontrasse l'inesistenza anche di uno solo di questi presupposti: pertanto, ad esempio, la valutazione di incompatibilità con la cognizione sommaria dell'oggetto della causa era già sufficiente a far pronunciare il provvedimento di assegnazione dei termini, rendendo inutile l'ulteriore verifica sulle difese del convenuto.

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

dovrà consistere nella fissazione dell'udienza prevista dall'art. 420 c.p.c..

⁴⁰ Secondo F.P. LUISO, *op.cit.*, pag. 4, la decisione mediante istruttoria sommaria non integra un diritto alla tutela suscettibile di essere leso dal giudice. Viceversa, di fronte al rigetto dell'istanza di prosecuzione in via ordinaria e conclusione del giudizio in via sommaria, il convenuto avrà la possibilità di trovare in appello la sede ove porre rimedio alle eventuali lacune nell'istruttoria che si possono produrre a causa della scelta del giudice. Il giudizio di appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario, infatti, - *cf.* oltre nel testo - è aperto alle nuove attività istruttorie.

⁴¹ *Cfr.* G. OLIVIERI, *op. cit.*

⁴² *Cfr.* per un maggiore approfondimento G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 8, dove si legge, tra l'altro, che l'art. 19 dell'ormai abrogato d. lgs. n. 5 del 2003, nel descrivere i limiti entro i quali il giudice monocratico poteva esercitare i suoi poteri di cognizione sommaria (o per accogliere, in tutto o in parte, la domanda ovvero per arrestare il procedimento sommario e trasformare il rito), richiedeva al giudice di verificare che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto fossero "compatibili" con la cognizione sommaria; mentre, per accogliere la domanda, il giudice doveva ritenere sussistenti i fatti costitutivi e manifestamente infondata la contestazione del convenuto. In particolare, la verifica sull'oggetto della causa richiedeva al giudice di valutare, alla stregua del contenuto della domanda e delle difese del convenuto, se l'"attuale" oggetto della lite si prestasse ad essere deciso nelle forme sommarie. A parte l'ipotesi di richiesta di tutela estranea ai presupposti della tutela sommaria, oggetto di valutazione poteva essere anche l'eventuale allargamento del *thema decidendum* conseguente, ad esempio, alla proposizione di eccezioni in senso stretto e l'opportunità che al giudizio partecipasse un terzo che il convenuto aveva dichiarato di voler chiamare in causa. Quanto alle difese del convenuto che richiedevano una cognizione non sommaria, la valutazione del giudice doveva qui soffermarsi, in primo luogo, sull'impostazione complessiva del sistema difensivo del convenuto, dalla quale desumere le reali questioni, di fatto e di diritto, controverse tra le parti, per poi tenere conto di singole eccezioni di rito e di merito, nonché delle richieste istruttorie già formulate o comunque prospettate quale *thema probandum* del giudizio a cognizione piena.

rito e di merito, nonché delle richieste istruttorie già formulate o comunque prospettate quale *thema probandum*.

All'esito di queste verifiche il medesimo giudice è chiamato ad effettuare una valutazione complessiva e di sintesi, prefigurando il percorso che si rende necessario per la decisione e la sua compatibilità con le forme semplificate⁴³.

Va sottolineato, infine, al fine di evitare che l'attore ricorra al rito sommario al solo scopo di ridurre i termini difensivi a disposizione del convenuto, che l'indicato provvedimento di mutamento del rito presuppone sempre l'esistenza del potere di scelta del rito sommario da parte dell'attore.

Pertanto, se quest'ultimo deposita il ricorso stabilito dall'art. 702 *bis*, 1° comma, c.p.c. quando la legge non lo consenta - perché la causa appartiene alla competenza del giudice di pace o della corte d'appello in unico grado, oppure perché trattasi di controversia riservata alla trattazione collegiale del tribunale - il procedimento dovrà essere definito con un'ordinanza d'inammissibilità.

6. IL CUMULO DI CAUSE

Il favore legislativo verso l'utilizzo diffuso del procedimento sommario si coglie non solo nella già menzionata⁴⁴ previsione dello stesso come uno dei tre modelli entro i quali far confluire la eccessiva frammentazione di riti provenienti dalle leggi speciali, ma anche dalla norma contenuta nel quarto comma dell'art. 702 *ter*, c.p.c. secondo la quale il giudice, se ritiene che la domanda riconvenzionale tempestivamente proposta dal convenuto non sia assoggettabile, per la sua complessità, al procedimento sommario, ne dispone la separazione.

Detta disposizione, sebbene sia facilmente ipotizzabile un cumulo oggettivo e soggettivo in cui soltanto taluna delle cause connesse si presti ad un'istruzione sommaria, prende in considerazione unicamente la fattispecie della domanda riconvenzionale, lasciando peraltro chiaramente intendere che questo tipo di connessione mai può essere di ostacolo all'utilizzazione del rito speciale poiché, come si è visto, se è la sola causa riconvenzionale a non prestarsi ad una istruzione sommaria il giudice deve disporre la separazione⁴⁵.

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

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

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

⁴³ Peraltro, secondo G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 8, anche se il giudice non è chiamato ad effettuare una prognosi sulla fondatezza o infondatezza della domanda, deve concludersi che nella valutazione complessiva e di sintesi che giustifica la prosecuzione nelle forme semplificate possa ritenersi compresa anche quella sulla sua eventuale manifesta fondatezza o manifesta infondatezza. Secondo il medesimo Autore, quindi, le tipologie di controversie che, almeno di norma, sembrano essere maggiormente compatibili con l'istruttoria semplificata, a parte quelle contumaciali, potrebbero essere, ad esempio, le cause risarcitorie, condominiali, di pagamento o rimborso di somme di danaro.

⁴⁴ *Cfr.*, parag. 2.

⁴⁵ Verosimilmente fissando per essa soltanto l'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c..

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

Per contro, difficoltà non secondarie pongono le ipotesi in cui le domande siano collegate in modo tale che eventuali statuizioni non coordinate provochino conflitti di giudicati e diano vita a discipline dei rapporti non omogenee (si tratta delle c.d. connessioni forti, quali quelle per pregiudizialità-dipendenza e incompatibilità⁴⁶): la separazione e lo svolgimento di giudizi distinti possono originare provvedimenti dai contenuti contrastanti e incompatibili.

Come si è già affermato, in dottrina⁴⁷, allora, si pone la seguente alternativa: o si ritiene che il meccanismo previsto dalla legge non possa operare in vicende di quest'ultimo tipo, per cui, in deroga a quanto previsto dall'art. 702-ter, comma quarto, il giudice ordina la trasformazione del rito non solo per la causa riconvenzionale ma anche per quella principale, conservando il cumulo e trattando l'intero processo con le regole del secondo libro del codice, oppure ci si arrende di fronte al dato normativo e si accettano le conseguenze negative della scissione e della trattazione separate delle liti connesse.

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

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

Anche in questo caso, però - ove la trattazione della riconvenzionale (si pensi a quella fondata su di un'eccezione) appaia indispensabile - mi sembra doversi comunque attribuire al giudice il potere di inserire anche la domanda (riconvenzionale) inammissibile fra «le difese ... [che] richiedono un'istruzione non sommaria»⁴⁸.

7. I MODELLI DECISORI

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

Il provvedimento d'incompetenza, peraltro, deve contenere, ai sensi dell'art. 50 c.p.c., la fissazione del termine per la riassunzione innanzi al giudice indicato come competente (va ricordato che, in mancanza di tale indicazione tale termine è ora fissato dalla legge in tre mesi)⁴⁹.

⁴⁶ Se, ad esempio, Tizio propone nei confronti di Caio, proprietario dell'autovettura, una domanda nelle forme sommarie per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da un incidente stradale, Caio può chiamare in garanzia Sempronio conducente. Ipotizziamo che la domanda principale sia in grado di essere decisa con istruzione sommaria, e la domanda di regresso no; e viceversa. Ebbene, la separazione impedirebbe inevitabilmente la coerenza delle decisioni sulla domanda principale e su quella di regresso.

⁴⁷ Cfr. S MENCHINI, *op. cit.*, pag. 5.

⁴⁸ Secondo G. BALENA, *op. cit.*, § 23, inoltre, l'inoperatività del *simultaneus processus* fra cause soggette alla trattazione collegiale e quelle soggette alla trattazione monocratica, e perciò l'inapplicabilità, nella specie, dell'art. 281 *novies* c.p.c., dovrebbe comportare che la proposizione cumulativa di tali cause da parte dell'attore dovrebbe condurre ad una dichiarazione di inammissibilità di tutte le domande ai sensi del secondo comma dell'art. 702 *ter* c.p.c..

⁴⁹ Cfr. art. 50 c.p.c., come modificato dall'art. 45, sesto comma, della legge n. 69/2009.

Anche il difetto di giurisdizione, qualora sia scrutinabile senza necessità di alcun accertamento complesso, può essere dichiarato con ordinanza prima della trattazione del procedimento sommario e, analogamente al provvedimento sull'incompetenza, deve, in virtù dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009, indicare il giudice nazionale munito di giurisdizione e disporre la *translatio iudicii*⁵⁰.

Una tale ordinanza, alla luce dell'orientamento anche di recente confermato dalla Suprema Corte⁵¹, non dovrebbe essere impugnabile con il regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto si tende ad impedire il ricorso a tale rimedio ogni qual volta vi sia una pronuncia che chiuda il procedimento, anche se non di merito come accade con il provvedimento che declina la giurisdizione.

Si è però rilevato⁵² che detto orientamento si è consolidato in un sistema che non consentiva la *translatio iudicii* e si riferiva a provvedimenti assunti in forma di sentenza, osservandosi, altresì, che il terzo comma dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009 stabilisce che “*restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione*” e che un provvedimento che declina la giurisdizione chiude il procedimento davanti al giudice adito, tanto che dovrebbe contenere anche la statuizione sulle spese di lite.

Si è, allora, ritenuto⁵³ di escludere il ricorso al regolamento preventivo di giurisdizione in quanto strumento finalizzato a risolvere la questione di giurisdizione nel corso di un procedimento e non in una fase di quiescenza, e, di fronte all'ulteriore quesito afferente la individuazione delle modalità d'impugnazione dell'ordinanza *de qua*, si è posta l'alternativa tra l'appello *ex art. 702 quater* c.p.c. ed il ricorso *ex art. 111 Cost.* davanti alla Corte di Cassazione: circa il primo, si è però evidenziata l'insuperabilità dell'ostacolo testuale costituito dal combinato disposto dell'art. 702 *ter*, sesto comma e dell'art. 702 *quater*, primo comma, dalla cui lettura sembra evincersi che possano essere impugnati in appello soltanto i provvedimenti sommari di merito e non quelli che definiscano esclusivamente in rito la causa⁵⁴, per cui residuerebbe soltanto il ricorso *ex art. 111 Cost.* davanti alla Corte di Cassazione, dovendosi escludere, per manifesta incostituzionalità, la soluzione che esclude la sindacabilità dell'ordinanza che pronuncia sul difetto di giurisdizione.

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

La norma, come si è acutamente osservato⁵⁵, è solo apparentemente chiara, perché pone un duplice problema relativo, da un lato, al regime di impugnabilità dell'ordinanza e, dall'altro, alle conseguenze dell'errore sulla mancata declaratoria di inammissibilità.

Sembra potersi aderire alla tesi di coloro⁵⁶ che hanno sostenuto che la dichiarazione di inammissibilità non sia altro che un rifiuto di accesso al rito semplificato, per mancanza del relativo presupposto, e che essa sia sottratta a qualsiasi rimedio impugnatorio, che darebbe luogo ad una fase processuale che avrebbe ad oggetto solo una questione di rito e che non potrebbe concludersi con una pronuncia di merito, né consentire, in mancanza di espressa previsione normativa, la rimessione al primo giudice.

⁵⁰ L'innovazione recepisce l'indirizzo formatosi dopo la sentenza delle S.U. n. 4109/2007 e la sentenza della Corte Cost. n. 77 del 2007.

⁵¹ *Cfr.* Cass. S.U. Ord. n. 26296 del 2008

⁵² M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 8 e ss.

⁵³ M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 8 e ss.

⁵⁴ Da segnalare la riflessione di G. BALENA, *op. cit.*, § 23, sull'inammissibilità delle pronunce di rito meramente dichiarative della prosecuzione del giudizio nel procedimento in questione da reputarsi, secondo l'Autore, comunque impugnabili con l'appello unitamente al merito, previa dichiarazione di riserva d'appello.

⁵⁵ *Cfr.* G. ARIETA, *op. cit.* pag. 6; F.P. LUISO, *op. cit.* pag. 3.

⁵⁶ *Cfr.* G. ARIETA, *op. cit.* pag. 6; F.P. LUISO, *op. cit.* pag. 3.

L'ordinanza in esame nemmeno sembra impugnabile con il ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* per mancanza del requisito di decisorietà, salvo forse per quanto riguarda la sola statuizione sulle spese che in essa deve essere contenuta⁵⁷.

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

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

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

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

Va ricordato che le Sezioni Unite, componendo un contrasto interno, hanno affermato⁵⁸ il principio che l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale costituisce, alla stregua del rinvio operato dall'art. 50-*quater* c.p.c. al successivo art. 161, comma primo, c.p.c., autonoma causa di nullità della decisione e non la forma di nullità relativa derivante da atti processuali antecedenti alla sentenza, con la sua conseguente esclusiva convertibilità in motivo di impugnazione e senza che la stessa produca l'effetto della rimessione degli atti al primo giudice se il giudice dell'impugnazione sia anche giudice del merito, oltre a non comportare la nullità degli atti che hanno preceduto la sentenza nulla.

Autorevole dottrina⁵⁹, però, ha ritenuto che questa conclusione, oltre a porsi in forte contrasto con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, attribuirebbe al vizio la capacità di porre nel nulla l'esercizio dei poteri decisorii da parte non soltanto del giudice di primo grado, ma anche, eventualmente, di quello d'appello (ove questi decida nel merito), con effetti eccessivamente differenziati rispetto a quelli derivanti dall'applicazione dell'art. 50-*quater*, per cui ha concluso che, anche in questo caso, il giudice d'appello debba annullare il provvedimento e decidere sul merito, previa obbligatoria rinnovazione non solo della fase decisoria, ma anche degli eventuali atti di istruzione compiuti dal primo giudice: anche questi ultimi, infatti, sarebbero viziati, in quanto, presupponendo la composizione monocratica del tribunale, non avrebbero potuto essere assunti se la causa fosse stata instaurata, come avrebbe dovuto, nelle forme del rito ordinario.

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

L'espulsione dal rito semplificato della sola domanda riconvenzionale presuppone la sussistenza delle condizioni per disporre la separazione della causa riconvenzionale, che, come si è già sostanzialmente affermato nel precedente paragrafo, va esclusa in tutti i casi di connessione

⁵⁷ In tali sensi sembra propendere G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 7.

⁵⁸ *Cfr.* Cass. S.U. 25.11.2008, n. 28040.

⁵⁹ *Cfr.* G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 7.

forte e comunque quando sussistono ragioni di opportunità che consigliano la celebrazione del *simultaneus processus*.

Per il provvedimento di merito che conclude il procedimento in esame il legislatore ha dettato una disciplina più dettagliata che, però, non ha mancato di determinare interpretazioni non univoche riguardanti in particolare, l'idoneità al giudicato del provvedimento di rigetto⁶⁰ e l'impugnabilità con l'appello di tale provvedimento.

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

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

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

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

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

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

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

In definitiva, - ed al fine di eliminare il problema della ricerca di un adeguato strumento d'impugnazione per la statuizione sulle spese e la necessità di selezionare, all'interno di un'unica statuizione di accoglimento parziale, ciò che può essere impugnato e ciò che rimane fermo con effetti davvero irrazionali (gli stessi gravi problemi si porrebbero, inoltre, con la limitazione del giudicato al solo provvedimento di accoglimento) - appare più ragionevole ritenere che la pronuncia di rigetto e di accoglimento passi in giudicato, ove non impugnata in primo grado o dopo la sentenza d'appello, non essendo contestabile la ricorribilità di quest'ultima in cassazione al pari delle altre pronunce di secondo grado⁶¹.

7. LE IMPUGNAZIONI

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

⁶⁰ Secondo R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 3, lo specifico dettato normativo escluderebbe la possibilità di attribuire efficacia di giudicato all'ordinanza di rigetto, per cui, per poter arrivare alla soluzione contraria occorrerebbe sollevare la corrispondente questione di legittimità costituzionale oppure adottare una interpretazione correttiva del combinato disposto degli artt. 702 *ter*, quinto e sesto comma, e 702 *quater*, c.p.c. conforme a Costituzione.

⁶¹ Così M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 19.

accoglimento, ma verosimilmente anche quella di rigetto attese le considerazioni esposte, sul punto, nel paragrafo precedente, possa essere appellata.

Autorevole dottrina⁶² ha poi sostenuto che il rimedio *de quo* debba essere ritenuto esperibile anche avverso le ordinanze di contenuto diverso da quello appena indicato (di inammissibilità della domanda, di estinzione), atteso il loro carattere definitivo⁶³.

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

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

Ciò appare particolarmente grave ove si rifletta che il gravame rappresenta l'unico grado in cui le parti possono far valere le proprie ragioni con garanzie non inferiori a quelle offerte dalla cognizione piena (il che, come si è già avuto modo di sottolineare⁶⁴, è essenziale per evitare sospetti di illegittimità costituzionale dell'intero procedimento sommario).

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

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

Devono poi ritenersi pienamente operanti - salvo le deroghe apportate dalla disciplina speciale - le norme sulle impugnazioni in generale e quelle sull'appello (articoli 323 - 338; 339 - 359 c.p.c.). Ciò comporta, fra l'altro, il potere dell'appellante di chiedere al collegio la sospensione dell'esecutività o dell'esecuzione dell'ordinanza impugnata a norma degli articoli 283 e 351 c.p.c., e la definizione del procedimento con sentenza, mentre deve condividersi l'opinione⁶⁵ relativa alla inapplicabilità dell'istituto della rimessione al primo giudice (articoli 353 - 354 c.p.c.), compatibile soltanto con un processo in cui entrambi i gradi di giudizio siano organizzati secondo la cognizione piena. In queste ipotesi, quindi, il giudice di appello dovrà provvedere a rinnovare gli atti invalidi ed a decidere nel merito.

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

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

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

⁶² G. OLIVIERI, *op. cit.* pag. 49.

⁶³ Vedi comunque, quanto, in via problematica, si è esposto, nel testo, nel paragrafo precedente con riferimento alla possibilità di utilizzare tale gravame per le ordinanze di inammissibilità e per quelle che dichiarano il difetto di giurisdizione. Peraltro, come evidenziato in M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 19, un argomento sistematico a favore dell'estensione dell'appello anche a queste ipotesi può desumersi dal fatto che il giudice dell'impugnazione potrà assumere in secondo grado provvedimenti di identico contenuto in tutti i casi in cui il giudice del sommario abbia superato l'eccezione processuale ed abbia definito il procedimento nel merito, mentre il giudice di secondo grado, investito dello specifico motivo di gravame, abbia riformato la sentenza di primo grado.

⁶⁴ G. OLIVIERI, *op. cit.* pag. 49.

⁶⁵ G. OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 49; G. BALENA, *op. cit.* § 23.

In assenza di qualsivoglia specifica disposizione circa il contenuto/forma dell'atto introduttivo del gravame - questione evidentemente decisiva (pure) ai fini dell'osservanza del termine - proprio la previsione dell'*appello* comporta che l'atto introduttivo ed il procedimento siano gli stessi previsti per quella controversia in secondo grado ove la domanda fosse stata proposta nelle forme del rito ordinario⁶⁶.

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

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

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 *sommaria*.

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

Non è mancato, però, tra i primi commentatori, chi ha escluso, in radice, la possibilità di trattazione con il procedimento sommario delle cause per le quali la legge stabilisce la inappellabilità della relativa decisione⁶⁷.

Da ultimo, va evidenziato che, sebbene la legge abbia previsto quale mezzo d'impugnazione tipico per le ordinanze sommarie soltanto l'appello, non può comunque escludersene l'impugnabilità con gli altri rimedi indicati dall'art. 323 c.p.c., trattandosi di provvedimenti ai quali, per la loro attitudine al giudicato, deve essere assegnata la natura sostanziale di sentenza⁶⁸.

⁶⁶ Secondo G. OLIVIERI, *op. cit.*, in tal senso potrebbe invocarsi l'abrogata disciplina dell'appello nel procedimento sommario societario, in cui il gravame doveva essere introdotto dall'atto di citazione, forma utilizzata in quel rito per la domanda introduttiva del giudizio a cognizione piena (art. 20, 1° comma, d. lgs. 5/2003). L'Autore ritiene la conclusione inevitabile, visto che - quando il legislatore ha voluto (nei procedimenti sommarie) 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.

⁶⁷ Secondo G. OLIVIERI, *op. cit.*, anche se il problema non appare drammatico - considerata la reintrodotta appellabilità (art. 30, 2° comma) delle sentenze che abbiano deciso l'opposizione all'esecuzione (resta però inappellabile quella resa sull'opposizione agli atti esecutivi) e (art. 26, 1° comma, d. lgs. 40/2006) di quelle emesse all'esito del procedimento di opposizione alle ordinanze ingiunzione (art. 22 *bis* l. 689/1981) - l'opposta conclusione lascerebbe perplessi. Sarebbe, infatti, innegabile la dubbia legittimità costituzionale di un procedimento in cui un'ordinanza in grado di produrre gli effetti del giudicato sostanziale non sia suscettibile di un controllo *completo*, secondo modalità non diverse da quelle assicurate dalla cognizione ordinaria. A conferma, il medesimo Autore ritiene che l'appello *pieno* sia indispensabile per ritenere il procedimento sommario compatibile con l'art. 111, 2° comma, Cost., e, pertanto - non potendo la scelta del rito sommario rendere appellabile un provvedimento che nella cognizione ordinaria non lo sarebbe - conclude nel senso che le cause per le quali la legge stabilisce l'inappellabilità della decisione, ancorché di competenza del tribunale monocratico, non siano suscettibili di trattazione secondo il rito sommario.

⁶⁸ Così G. OLIVIERI, *op. cit.* pag. 49.

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

dott. Eduardo Campese
(Giudice presso la VII sezione civile del Tribunale di Napoli)

-