

IL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE: PROBLEMATICHE APPLICATIVE

GIUSI IANNI

1. La natura del procedimento sommario di cognizione e la ratio della sua introduzione.

Il rito sommario di cognizione è stato introdotto nel nostro ordinamento processuale dalla legge 69/2009 che, inserendo all'interno del codice di rito i nuovi artt. 702 bis, 702 ter e 702 quater c.p.c., lo ha configurato come vera e propria alternativa rispetto al processo ordinario, tanto da includerlo tra i modelli generali a cui ricondurre la pluralità dei riti civili, nell'opera di semplificazione culminata nell'emanazione del d.lgs. 150/2011 (appunto, di semplificazione dei riti civili).

La prima problematica che si è posta con l'entrata in vigore della riforma ha riguardato la natura della nuova tipologia procedurale: il nostro ordinamento, infatti, già conosceva riti "sommari", rispetto ai quali, però, la sommarietà era riferita alla cognizione, nel senso che si trattava (e si tratta) di procedimenti caratterizzati da una delibazione non piena delle domande e delle eccezioni delle parti, che vengono valutate all'esito di un'istruttoria parziale e definite con provvedimenti interinali, suscettibili di acquistare efficacia di giudicato solo in caso di mancata "reazione" della parte che ne è destinataria (come nel caso del procedimento per decreto ingiuntivo o della convalida di licenza o sfratto) o destinati ad essere sostituiti all'esito di un ordinario giudizio di merito che le parti hanno la facoltà o l'obbligo di promuovere (come nel caso dei procedimenti cautelari o possessori).

Nel caso, invece, del rito di cui agli artt. 702 bis e ss. c.p.c., per come può dirsi ormai pacifico in dottrina e in giurisprudenza, la sommarietà è da riferirsi non al profilo della cognizione, bensì a

quello dell'istruzione, nel senso che esso si caratterizza per una cognizione piena delle domande e delle eccezioni delle parti e postula unicamente la possibilità di uno svolgimento in forma semplificata dell'istruttoria, tale da garantire una generale accelerazione dei tempi del giudizio (finalità, questa, che sta alla base della sua stessa introduzione nel nostro ordinamento processuale). Tale conclusione appare rafforzata proprio dall'entrata in vigore del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 che ha assoggettato obbligatoriamente al rito sommario (senza, cioè, possibilità di conversione del rito da parte del Tribunale, a differenza di quanto previsto dall'art. 702 ter c.p.c.) talune procedure (come ad esempio quella destinata alla liquidazione degli onorari degli avvocati), identificate, per come evincibile dalla relazione illustrativa, sulla base del carattere di semplificazione della trattazione o dell'istruzione (e non, quindi, della cognizione): appare, infatti, evidente che ove il rito in oggetto fosse assimilabile alle procedure "sommario" si avrebbe una macroscopica violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione, precludendosi alle parti, nei procedimenti di cui agli artt. 14-28 d.lgs. 150/2011 le facoltà proprie della piena cognizione.

E' da escludersi, per altro verso, che il rito sommario abbia natura cautelare – malgrado la collocazione sistematica delle nuove norme nella stessa sezione del codice dedicata a questa tipologia di procedimenti - prescindendo del tutto la sua instaurazione da profili di *periculum in mora*.

2. Il campo di applicazione degli artt. 702 bis e ss. c.p.c.. I procedimenti non definibili nelle forme del rito sommario di cognizione.

Quanto detto sulla natura del rito sommario, fa sì che con tale modulo procedurale possano essere introdotte domande di qualsiasi natura (di condanna, di accertamento, costitutive), per come ricavabile anche dall'iter parlamentare che ha condotto all'approvazione della novella del 2009 (in quanto l'originario disegno di legge, al pari dell'articolo 19 del d.lgs. 5/2003 che prevedeva un rito sommario in seno all'abrogato processo societario, limitava il procedimento sommario alle azioni di

condanna al pagamento di somme di denaro, anche se non liquide, ovvero alla consegna o rilascio di cose, mentre tale limitazione successivamente è venuta meno in conseguenza di un emendamento governativo).

L'unica limitazione sancita dal legislatore riguarda le cause assoggettate a riserva di collegialità (come individuate dall'art. 50 bis c.p.c.) in quanto ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c. la domanda può essere introdotta nelle forme del rito sommario "Nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica" e ai sensi dell'art. 702 ter c.p.c. se la domanda non rientra tra quelle in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica il giudice la dichiara inammissibile con ordinanza non impugnabile, senza che, quindi, siano possibili provvedimenti di mutamento del rito. Non è possibile, inoltre, il ricorso al rito sommario di cognizione per le cause di competenza del giudice di pace, per come ha già avuto modo di chiarire la Corte di Cassazione (Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 23691 dell'11 novembre 2011) proprio sulla base della lettera dell'art. 702 bis c.p.c. interpretata come escludente la possibilità di ricorrere al rito sommario quando una causa è di competenza di un giudice diverso dal Tribunale monocratico (anche, quindi, ad esempio, se si tratta di cause di competenza della Corte di Appello in unico grado, come l'opposizione alla stima). I primi commentatori della riforma (ad esempio, Luiso) hanno, inoltre, escluso che il rito sommario sia applicabile per i giudizi di appello di sentenze del giudice di pace, benché si tratti di processi che si svolgono dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, trattandosi di procedimenti assoggettati comunque alle specifiche regole dell'appello, incompatibili con quelle di cui agli artt. 702 bis e ss. c.p.c..

Ulteriori limitazioni al campo di applicazione del rito sommario sono state identificate con riferimento a specifiche tipologie di giudizi di competenza del Tribunale monocratico, come l'opposizione a decreto ingiuntivo, caratterizzata da istituti peculiari quali quelli di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. (per la concessione della provvisoria esecutività del decreto opposto o la sospensione della provvisoria esecutività già concessa dal giudice del monitorio); l'impugnazione di delibera assembleare (anche in questo caso caratterizzata dalla possibilità di sospendere la delibera impugnata); le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi che se proposte ad esecuzione già iniziate postulano una fase interinale

dinanzi al GE retta dalle regole della procedura camerale ai sensi dell'art. 185 disp. att. mentre se proposte prima dell'inizio dell'esecuzione prevedono la possibilità per il giudice della cognizione di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo. Con riferimento, inoltre, all'opposizione agli atti esecutivi si è osservato che la stessa è destinata a concludersi con sentenza non appellabile, il che contrasterebbe con la disciplina del rito sommario, caratterizzata per la previsione dell'appellabilità dell'ordinanza conclusiva (anche se questo argomento a mio avviso non è dirimente, essendo il rito sommario non un procedimento speciale, bensì un modulo generale destinato a seguire le caratteristiche proprie della domanda che ne forma oggetto). Le linee guida del Tribunale di Lamezia Terme ritengono il rito sommario compatibile con le opposizioni all'esecuzione, per quanto riguarda, in particolare, la fase cognitoria successiva all'adozione dei provvedimenti urgenti da parte del GE rispetto alle opposizioni incardinate ad esecuzione già in corso: il GE, infatti, una volta adottati i provvedimenti di sua competenza (nell'ambito di procedimento assoggettato, appunto, alle forme del rito camerale), deve fissare termine per l'instaurazione del giudizio di merito dinanzi al giudice della cognizione e, a quel punto, non essendovi più esigenze di natura cautelare, il giudizio ben potrà essere definito nelle forme del rito sommario, anche perché di regola si tratta di procedimenti di natura documentale, che involgono unicamente la risoluzione di questioni di diritto. Alcuni protocolli (quali ad esempio quelli del Tribunale di Verona o di Modena) escludono, inoltre, la possibilità di ricorrere al rito sommario per il giudizio di merito finalizzato alla conferma di un provvedimento di natura cautelare, ma secondo me trattasi di scelta non condivisibile, ben prestandosi, anzi, il rito sommario alla definizione di simili procedimenti, considerata la già avvenuta parziale istruzione degli stessi da parte del giudice della cautela e le garanzie offerte dal rito sommario in punto di cognizione ed attitudine al giudicato del provvedimento conclusivo.

La questione su cui si sono rilevati i maggiori contrasti, sia in dottrina che in giurisprudenza, riguarda l'applicabilità del nuovo modulo procedurale ai procedimenti assoggettati al rito del lavoro.

Da un lato, infatti, si è affermata la tesi positiva, proprio in considerazione della portata generale del rito sommario e della sua applicabilità a tutti i procedimenti di competenza del Tribunale

monocratico; dall'altro, viceversa, si è esclusa tale compatibilità, sia per ragioni di carattere letterale e sistematico - perché l'art. 702-ter, nella parte in cui impone la conversione del rito sommario in rito ordinario se il giudice ritiene necessaria una istruttoria non sommaria, prevede la fissazione di udienza ex art. 183 c.p.c., estranea al rito del lavoro - sia per ragioni di stretta opportunità, in quanto il rito lavoro offre già quelle caratteristiche di snellezza e celerità che possono portare a preferire il rito sommario a quello ordinario.

3. Il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. e il decreto di fissazione di udienza. L'instaurazione del contraddittorio.

Sotto il profilo formale, il rito sommario di cognizione si introduce con ricorso, ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c..

E', quindi, in primo luogo l'attore ad effettuare una valutazione di opportunità sul rito sommario, reputando la domanda suscettibile di istruzione non sommaria.

Il ricorso ha le medesime caratteristiche contenutistiche dell'atto di citazione, in quanto l'art. 702 bis c.p.c. richiama i requisiti di cui all'art. 163 c.p.c., sia per quanto riguarda l'editio actionis (in quanto il ricorso dovrà indicare tanto il petitum quanto la causa petendi della domanda), sia per quanto riguarda la vocatio in ius, dovendo contenere l'avviso sulle decadenze in cui il convenuto può incorrere in caso di intempestiva costituzione, ai sensi degli artt. 167 e 38 c.p.c.; mancherà, ovviamente, l'indicazione del giorno della comparizione perché trattandosi di giudizio introdotto con ricorso sarà il giudice, con decreto, a fissare l'udienza di comparizione delle parti e all'esito l'attore provvederà alla notifica del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione di udienza alla controparte. La pendenza della lite sarà comunque determinata dal deposito del ricorso, per come evincibile dalla nuova formulazione dell'ultimo comma dell'art. 39 c.p.c. (modificato dall'art. 45, co. 3 lett. c), L. 69/2009), che ha codificato il principio giurisprudenziale secondo cui nelle cause introdotte con ricorso (senza, quindi, esclusioni) la litispendenza è determinata proprio al deposito del ricorso.

Altra peculiarità del rito sommario, anche in questo caso indice della volontà dell'ordinamento di incentivarne l'utilizzazione è il dimezzamento del contributo unificato rispetto ai processi introdotti con rito ordinario, come previsto dalla Circolare del Ministero della Giustizia del 4 agosto 2009. Ove poi il giudice disponga il mutamento del rito la parte che ha versato il contributo unificato iniziale dovrà effettuare l'integrazione fino a raggiungere l'importo del contributo in misura piena.

A seguito del deposito del ricorso, come detto, il giudice fissa con decreto la data dell'udienza di comparizione delle parti.

Il legislatore, a differenza di quanto accade nella disciplina del rito lavoro, non indica alcun termine, neppure di carattere ordinatorio, entro il quale il giudice è chiamato ad emanare il decreto di fissazione dell'udienza né, tantomeno, un termine entro il quale fissare l'udienza, la cui individuazione è quindi rimessa alla piena discrezione del giudice designato alla trattazione; si è osservato, comunque, in dottrina che pur non sottendendo il sommario esigenze di carattere cautelare, le cause introdotte con tale modulo procedurale dovrebbero avere – in qualche modo e compatibilmente con i carichi dei singoli uffici - "corsie preferenziali", al fine di non frustrare le caratteristiche di celerità che lo contraddistinguono (le linee guida del Tribunale di Lamezia Terme, ad esempio, prevedono che l'udienza di comparizione debba essere fissata non oltre quattro mesi dalla data di deposito del ricorso).

Nel decreto di fissazione di udienza, in ogni caso, il giudice deve assegnare al convenuto anche un termine per la costituzione che, ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. deve avvenire “non oltre dieci giorni prima dell'udienza”.

La norma, malgrado la non chiara formulazione, viene tendenzialmente interpretata nel senso che il giudice può anche fissare un termine maggiore di quello di dieci giorni prima dell'udienza di comparizione, purché sia garantito tale termine minimo inderogabile a tutela del diritto di difesa.

Il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione devono, poi, essere notificati al convenuto almeno 30 giorni prima della data fissata per la costituzione del convenuto (non, quindi, della data di udienza). La norma, a differenza di quanto accade per il rito ordinario, non prevede termini maggiori per il caso in cui la

notifica debba essere effettuata all'estero, ma alcuni commentatori in dottrina hanno ammesso in questi casi la possibilità per il giudice di assegnare un termine per la notifica più ampio, purché ciò risulti dal decreto di fissazione di udienza. Addirittura il protocollo varato dal Tribunale di Modena esclude l'applicabilità del rito sommario alle ipotesi in cui vi sia un convenuto straniero, posto che le norme in materia di rito sommario non prevedono l'ipotesi in cui sia convenuto in giudizio un soggetto straniero.

In generale, comunque, la prassi applicativa di alcuni Tribunali (tra cui Lamezia Terme) è nel senso di prevedere che il giudice nel decreto assegni all'attore un termine per la notifica, che può anche essere più ampio di quello di trenta giorni fissato dal legislatore, al fine di dare modo al convenuto, in presenza di cause più complesse, di avere maggiore tempo per la difesa; trattandosi, però, di indicazione non prevista dalla legge, il mancato rispetto non sarà sanzionabile ove sia stato garantito il termine minimo di trenta giorni tra la data di udienza e quella fissata per la costituzione del convenuto

La notifica è a carico dell'attore e in mancanza di espressa previsione deve escludersi che l'attore abbia il diritto di ricevere dalla cancelleria l'avviso sull'intervenuta fissazione dell'udienza, essendo suo onere prenderne visione presso l'ufficio.

Quanto alla conseguenza di eventuali vizi formali dell'atto introduttivo o della mancata garanzia al convenuto dei termini minimi previsti dalla legge, è sostanzialmente pacifica l'applicabilità al rito sommario dell'art. 164 c.p.c., afferente i vizi dell'atto di citazione (cui per contenuto il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. è per come detto assimilabile), per cui i vizi resteranno tendenzialmente sanati dalla costituzione in giudizio del convenuto (in difetto di eccezioni), mentre in caso di mancata costituzione il giudice dovrà ordinare l'integrazione del ricorso con gli elementi mancanti o la rinnovazione della sua notifica (ove la prima non abbia garantito il termine minimo di trenta giorni) entro un termine perentorio

Se, poi, l'attore non procede alla rinnovazione del ricorso, ovvero non rinotifica ricorso con annesso il (nuovo) decreto di fissazione dell'udienza di comparizione, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo ed il processo si estingue.

Ove, invece, la notifica del ricorso introduttivo e del pedissequo decreto di fissazione di udienza sia stata del tutto omessa o sia giuridicamente inesistente, perché l'atto è stato consegnato in luogo o a persona che non siano in alcun modo e per nessuna via riferibili o collegabili al soggetto passivo della notificazione, la dottrina propende per la tesi dell'improcedibilità della domanda (e, quindi, della necessità di definire in rito il processo), trattandosi di inesistenza insuscettibile di sanatoria, anche alla luce del principio di ragionevole durata che deve permeare le scelte ermeneutiche dell'interprete.

Se, infine, la notifica del ricorso introduttivo e del pedissequo decreto di fissazione di udienza è regolare e il convenuto non si costituisca, sarà applicabile la disciplina generale della contumacia di cui agli artt. 291 e ss. C.p.c., quale istituto di carattere generale pienamente compatibile anche con le caratteristiche proprie del rito sommario.

4. La difesa del convenuto nel rito sommario di cognizione.

Il convenuto si costituisce in giudizio mediante una comparsa, nella quale deve proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione, nonché formulare le sue conclusioni.

Il convenuto, inoltre, deve costituirsi tempestivamente - ossia 10 giorni non liberi prima dell'udienza di comparizione ovvero entro il termine fissato dal giudice con il decreto – al fine di non incorrere in determinate decadenze, che sono le stesse di quelle previste per il rito ordinario dagli artt. 38 e 167 c.p.c., vale a dire: 1) la possibilità di proporre domande riconvenzionali; 2) la facoltà di sollevare eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio; 3) il potere di chiamare in giudizio un terzo, con onere, in questo caso, di chiedere anche il differimento dell'udienza ai sensi dell'art. 269 c.p.c.; 4) la possibilità di eccepire l'incompetenza per materia, valore o territorio.

Si ritiene, inoltre, applicabile anche nel rito sommario il principio di non contestazione di cui all'art. 115 co. 2 c.p.c., per cui il convenuto dovrà specificamente prendere posizione su tutti i fatti

dedotti dall'attore, pena la considerazione degli stessi come ammessi; si ammette, comunque, che la specifica contestazione possa avvenire anche all'udienza di comparizione, essendo essa deputata alla definitiva fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

5. La chiamata di terzi (su istanza di parte o per ordine del giudice). L'intervento volontario.

Con la comparsa tempestivamente depositata, come detto, il convenuto può chiedere di chiamare in causa terzi.

L'art. 702-bis c.p.c., invero, parla solo di chiamata in garanzia di terzi, ma una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione induce a ritenere che sia possibile la chiamata di terzi in tutte le ipotesi previste dall'art. 106 c.p.c., configurandosi, altrimenti, una deroga rispetto al rito ordinario difficilmente giustificabile in relazione ai canoni della ragionevolezza e della ragionevole durata (vanno in tale direzione la gran parte delle pronunce di merito e dei protocolli approvati dai Tribunali italiani sul rito sommario).

Vi sono, tuttavia, alcuni giudici di merito (es. Tribunale di Modena e di Genova) che hanno ammesso la possibilità di chiamata in causa di terzi solo per l'ipotesi di chiamata in garanzia, proprio alla luce della lettera della norma che non potrebbe essere considerata una "svista" del legislatore, stante il lungo e complicato iter parlamentare che ha preceduto l'approvazione delle nuove norme.

Ove, in ogni caso, il convenuto in comparsa di costituzione chieda la chiamata in causa di un terzo, il giudice dovrà fissare una nuova udienza con decreto comunicato dalla cancelleria alle parti costituite e dovrà concedere al convenuto un termine perentorio per la notificazione al terzo della comparsa. C'è, quindi, un'importante differenza rispetto alla disciplina del rito ordinario, in quanto l'art. 269 c.p.c. non prevede un termine perentorio per la chiamata di terzi da parte del convenuto, limitandosi a stabilire che la chiamata debba avvenire nel rispetto dei termini di cui all'art. 163 bis c.p.c..

Ciò comporta che se la chiamata del terzo non viene effettuata nel termine perentorio assegnato ex art. 702 bis c.p.c., il convenuto dovrà considerarsi decaduto dalla facoltà di chiamare il terzo in

giudizio, non potendosi ipotizzare l'applicabilità dell'art. 164 c.p.c..

Quanto al sindacato che il giudice può compiere in ordine all'istanza di chiamata in causa del convenuto, possono richiamarsi i principi sanciti dalle Sezioni Unite della Cassazione in relazione all'art. 269 c.p.c. (Cass. Sez. Un. 23 febbraio 2010, n. 4309), secondo cui l'opportunità della chiamata in causa è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice designato, salvo il caso del litisconsorte necessario pretermesso.

Tali principi ben si attagliano, peraltro, alle caratteristiche di celerità e speditezza proprie del rito sommario, al fine di evitare istanze strumentali a possibili mutamenti del rito dovuti ad un'estensione soggettiva del contraddittorio che riduca i margini di compatibilità del giudizio introdotto dall'attore con il modulo procedurale di cui agli artt. 702 bis e ss. C.p.c.

Benché gli artt. 702 bis e ss. C.p.c. non dicano nulla sulla possibilità di chiamata in causa da parte dell'attore, devono ritenersi applicabili le regole dettate per il rito ordinario dall'art. 183 c.p.c., con la conseguenza che anche l'attore potrà chiedere di essere autorizzato alla chiamata in causa del terzo, ove tale esigenza sorga dalle difese del convenuto.

Tale facoltà dovrà essere esercitata alla prima udienza e ove la chiamata sia autorizzata dal giudice quest'ultimo, sempre in udienza, fisserà nuova udienza di comparizione onerando la parte istante della chiamata in causa del terzo entro un assegnando termine perentorio (in analogia a quanto previsto, questa volta, dall'art. 702 bis c.p.c. per la chiamata in causa da parte del convenuto).

Il terzo dovrà a sua volta costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza di comparizione, pena le decadenze già viste a proposito del convenuto, stante l'assimilazione delle due posizioni processuali espressamente sancita dall'art. 702 bis c.p.c..

La dottrina ha ritenuto ammissibile anche l'intervento volontario di terzi; è, tuttavia, controverso se tale facoltà sia consentita entro il momento della precisazione delle conclusioni (come previsto per il rito ordinario dall'art. 293 c.p.c.) ovvero entro il termine stabilito per la costituzione del convenuto (come previsto dall'art. 419 c.p.c. per il rito lavoro). La seconda soluzione pare essere più congeniale alle caratteristiche di celerità e speditezza del rito sommario, in

quanto se si ammettesse la possibilità di un intervento senza limiti di tempo dei terzi si frusterebbero le esigenze sottese a tale modulo procedurale e si rischierebbe di compromettere quelle valutazioni sulla praticabilità del rito sommario che il giudice deve compiere in prima udienza; ciò anche alla luce di quel consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui il terzo che interviene a processo già in corso subisce le preclusioni probatorie già maturate a carico delle parti costituite, ma non anche quelle assertive (per cui, ad esempio, può proporre nuove domande ed eccezioni). Si è anche propugnata una soluzione intermedia, in forza della quale l'intervento, in considerazione delle ampie facoltà assertive che la giurisprudenza riconosce al terzo interveniente, deve considerarsi consentito fino a che il giudice non abbia deciso sulla definibilità con rito sommario della controversia, salvo che si tratti di litisconsorte pretermesso, non potendosi assegnare a quest'ultimo preclusioni di qualsiasi tipo.

Può, infine, considerarsi astrattamente possibile anche l'intervento per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.), salvo verificare in concreto la compatibilità dell'estensione soggettiva provocata da tale decisione con la definibilità del processo nelle forme del rito sommario di cognizione

6. L'udienza ex art. 702 ter c.p.c.

All'udienza fissata per la comparizione delle parti, il giudice, dopo aver evidentemente compiuto le necessarie verifiche sulla regolare instaurazione del contraddittorio, deve fare una prima delibazione in ordine alla propria competenza rispetto alla domanda introduttiva, come espressamente previsto dall'art. 702 ter c.p.c., secondo cui il giudice, ove ravvisi la propria incompetenza, lo dichiara con ordinanza (ciò in armonia con l'impianto generale della riforma del 2009, che ha previsto la forma dell'ordinanza per tutte le pronunce in tema di competenza).

Per la rilevabilità dell'eventuale competenza varranno le regole generali del codice di rito (con la conseguenza che in caso di incompetenza per territorio derogabile il Tribunale potrà operare il rilievo solo a fronte della rituale eccezione sollevata dal convenuto, mentre l'incompetenza territoriale inderogabile, quella per materia

e quella per valore saranno rilevabili anche d'ufficio entro il limite dell'udienza di comparizione) e la pronuncia di incompetenza sarà soggetta agli ordinari rimedi impugnatori, quindi, nello specifico, a regolamento necessario di competenza ove il giudice abbia adottato solo tale statuizione.

Il giudizio, oltre che nell'ipotesi indicata, potrà chiudersi in rito in caso di difetto di giurisdizione del G.O. ovvero qualora debba essere dichiarata l'estinzione del giudizio (ad esempio: per mancata integrazione del contraddittorio nel termine perentorio assegnato dal giudice ex art. 102 c.p.c. o per mancata rinnovazione dell'atto introduttivo nel termine assegnato ex art. 164 c.p.c.).

Superato positivamente il vaglio sulla competenza, il giudice deve verificare se la causa (sia per quanto riguarda la domanda principale sia per quanto riguarda la domanda riconvenzionale) rientri tra quelle indicate nell'art. 702-bis c.p.c. e, quindi, se si tratta di causa di competenza del Tribunale in composizione monocratica; se tale valutazione dà esito negativo, il giudice dichiara la domanda (principale o riconvenzionale) inammissibile con ordinanza, senza quindi possibilità di mutamenti del rito o di *translatio* del giudizio nelle forme ordinarie (così, art. 702-ter, co. 2, c.p.c.). Tendenzialmente, inoltre, la norma sembra imporre una delibazione separata di domanda principale e domanda riconvenzionale, con la conseguenza che la dichiarazione di inammissibilità dell'una non precluderà la possibilità di definizione con rito sommario dell'altra (e viceversa).

La dottrina ha, tuttavia, criticato tale scelta a fronte di domande connesse (ad esempio una divisione ereditaria, proponibile nelle forme del rito sommario perché rimessa alla cognizione del Tribunale monocratico in cui uno dei coeredi, in via riconvenzionale, propone domanda di riduzione per lesione di quota legittima o domanda di impugnazione del testamento, che è causa riservata al collegio).

In questi casi, applicando alla lettera l'art. 702-bis c.p.c. occorrerebbe dichiarare inammissibile la domanda di riduzione per lesione che andrebbe riproposta, con le forme ordinarie, ma così verrebbe del tutto frustrata l'opportunità di un *simultaneus processus*, particolarmente pregnante nell'esempio richiamato.

La dottrina, allora, ha suggerito una interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata dell'art. 702-bis c.p.c. che in caso di

connessione forte tra domanda principale e domanda riconvenzionale, una delle quali sia rimessa alla decisione del collegio, consente la conversione nel rito ordinario di tutto il processo cumulato (compresa quindi la causa di cognizione collegiale), senza trattazione separata delle domande (in tal senso anche alcuni protocolli, quali quello di Verona o di Modena, nonché le prime pronunce di merito).

Superato il vaglio di ammissibilità, il giudice deve verificare se per il processo può essere definito nelle forme del rito sommario.

Infatti, ai sensi dell'art. 702-ter c.p.c.: “Se 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. Quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale richiede un’istruzione non sommaria, il giudice ne dispone la separazione”.

Occorre, quindi, chiedersi in cosa consiste l’istruttoria non sommaria, che preclude la trattazione del processo nelle forme del rito sommario.

Sul punto, all’indomani dell’entrata in vigore della riforma del 2009, sono state avanzate diverse ipotesi e, in particolare, si era paventato che il nuovo rito potesse trovare applicazione alle sole cause “semplici”, in cui, cioè, apparisse manifestamente fondata o manifestamente infondata la domanda, senza, quindi, sostanzialmente necessità di istruzione (sono andati in tale direzione anche taluni protocolli, ad esempio il Tribunale di Verona).

Successivamente, la giurisprudenza di merito si è assestata nel senso di valutare l’ammissibilità il rito sommario a seconda della complessità dell’istruzione da svolgere, indipendentemente dalla complessità delle questioni giuridiche da trattare: si presteranno, pertanto, a tale modulo procedurale non solo le cause “semplici” prima ricordate, ma anche quelle giuridicamente complesse, caratterizzate, però, da un’istruttoria snella, destinata a concludersi nel giro di una o due udienze (perché ad esempio devono essere sentiti pochi testi su poche circostanze o deve essere espletata unicamente una CTU) o implicanti unicamente la necessità di risolvere questioni di diritto. La snellezza dell’istruttoria deve, inoltre, essere verificata non in astratto (con riferimento ai mezzi di prova indicati dalle parti), bensì in concreto, in relazione alle prove

che il giudice ritenga ammissibile e rilevanti e, quindi, effettivamente da assumere; ciò al fine di evitare che il convenuto possa effettuare richieste istruttorie dilatorie, finalizzate unicamente ad ottenere il mutamento del rito.

Sarà, invece, bisognevole di una istruttoria non sommaria la causa che richieda l'audizione di molti testi, su molti capitoli di prova, ovvero indagini peritali particolarmente lunghe e complesse. In questo caso il giudice fisserà udienza ex art. 183 c.p.c. disponendo il mutamento del rito con ordinanza non impugnabile e invitando le parti alla regolarizzazione fiscale degli atti, in particolare per quanto riguarda l'importo del contributo unificato che dovrà essere integrato. In questo caso il processo proseguirà nelle forme ordinarie, per cui le parti potranno chiedere la concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., il giudice ammetterà le prove ritenute rilevanti e all'esito dell'istruttoria il giudizio sarà definito con sentenza.

La conversione del rito presuppone ovviamente che sia definito il *thema decidendum* e il *thema probandum* del giudizio; e poiché la decisione sulla definibilità con rito sommario del giudizio deve avvenire in prima udienza, è da ritenere che entro quel momento le parti debbano precisare le proprie posizioni allegatorie e probatorie, benché l'art. 702 ter c.p.c. non preveda preclusioni temporalmente specificate. La precisazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* può essere effettivamente difficile in caso di costituzione in udienza del convenuto, per cui alcuni protocolli (tra cui le linee guida del Tribunale di Lamezia Terme) ammettono la possibilità di concedere in questi casi un breve rinvio interlocutorio, finalizzato esclusivamente a consentire all'attore di precisare le proprie conclusioni e le proprie richieste di prova alla luce delle difese del convenuto. Altri protocolli, ad esempio quello del Tribunale di Modena, prevedono la possibilità di concedere termine per il deposito di memorie istruttorie, ma trattasi di prassi che appare scarsamente compatibile con il nuovo modulo procedurale, sia perché nessuna disposizione prevede la concessione di termini per memorie, sia perché ciò appare in contrasto con le esigenze di celerità e concentrazione del rito sommario.

Visto l'onere che le parti hanno di “scoprire” le carte entro il limite della prima udienza, ci si può chiedere cosa accade se il giudice disponga il mutamento del rito ritenendo la causa non

definibile con rito sommario, cioè se siano configurabili nel giudizio che prosegue nelle forme ordinarie decadenze a carico delle parti in relazione alla fase procedurale già svoltasi: invero, poiché l'art. 702 ter c.p.c. prevede la fissazione di udienza ex art. 183 c.p.c. è da ritenere che le parti siano genericamente rimesse in termini per le deduzioni assertive e le richieste probatorie e possano compiere in quella sede tutte le facoltà tipiche dell'udienza di prima comparizione e trattazione, anche ove non compiute nell'udienza fissata ex artt. 702 bis-702 ter c.p.c.. Alcuni protocolli, ad esempio Bologna e Genova, prevedono addirittura che l'udienza ex art. 183 c.p.c. all'esito di mutamento del rito debba essere fissata nel rispetto dei termini di cui all'art. 163-bis c.p.c. con concessione al convenuto di termine per il deposito di una nuova comparsa di risposta integrativa di quella già depositata, non potendo egli subire una compressione delle proprie facoltà difensive legata ad una scelta in rito errata dell'attore.

Può anche accadere che il giudice effettui il vaglio di non definibilità con rito sommario della sola domanda riconvenzionale: in questo caso, ai sensi dell'art. 702 ter c.p.c., il giudice dispone la separazione della riconvenzionale dalla principale e muta il rito solo riguardo ad essa. Anche con riferimento a questa fattispecie, comunque, come visto per il vaglio di ammissibilità, deve ritenersi che in presenza di "connessione forte" tra le due domande il giudice debba disporre il mutamento del rito per l'intero cumulo processuale, stante l'opportunità di trattazione ed istruzione congiunta delle domande delle parti.

Se il giudice decide di proseguire nelle forme del rito semplificato, l'istruttoria sarà condotta ai sensi del comma 5 dell'art. 702 ter c.p.c.. il quale dispone che "alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto".

La formulazione della norma ricalca quella adottata dall'art. 669 sexies c.p.c. per l'istruzione del procedimento cautelare, salvo la sostituzione del termine "indispensabili" con quello "rilevanti" riferito agli atti di istruzione da compiere.

Tale differenza non è di poco conto ed è giustificata proprio dalla diversa finalità del procedimento: quello cautelare, finalizzato ad un provvedimento che non ha caratteri di giudicato; quello

sommario, finalizzato ad un provvedimento che può assumere i caratteri del giudicato e postula, invece, un accertamento approfondito della fondatezza delle domande e delle eccezioni proposte.

Potranno, quindi, essere omesse solo le formalità che non siano necessarie per la piena realizzazione del diritto di difesa.

Questo ha portato, ad esempio, i giudici di merito e i primi protocolli a stabilire la necessità della capitolazione delle prove ad opera delle parti e di indicazione specifica del nome dei testi (senza possibilità di portare liberamente, ad esempio, informatori come nei giudizi di natura cautelare), nonché la piena applicabilità delle norme procedurali sull'incapacità a testimoniare e quelle sostanziali sui divieti di prova tramite testimonianza (art. 2721 ss c.c.). Allo stesso modo dovranno essere capitolate le circostanze oggetto di interrogatorio formale e di giuramento della parte e la c.t.u. sarà caratterizzata dalla formulazione dei quesiti nel contraddittorio delle parti. La deformalizzazione potrà essere attuata, invece, attuata in relazione a quelle formalità che non siano essenziali al contraddittorio (ad es. non necessarietà di citare a mezzo di ufficiale giudiziario o raccomandata i testi senza incorrere in decadenza; omissione delle forme e dei termini del sub procedimento di cui agli artt. 195 e ss. c.p.c. e possibilità per il CTU di giurare all'atto del deposito della perizia direttamente in udienza, ove i quesiti siano stati formulati, nel contraddittorio delle parti, nell'ordinanza che dispone la consulenza)

7. Le possibili vicende anomale del processo.

Per ciò che concerne le vicende anomale del processo, non si pongono particolari dubbi sull'applicabilità nel processo che si svolge con rito sommario della disciplina dell'interruzione e dell'estinzione, mentre la Suprema Corte (ord. 2 gennaio 2012, n. 3), ha escluso l'applicabilità della sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. ritenendo i caratteri della speditezza e della celerità che contraddistinguono il rito sommario incompatibili con la stasi del giudizio propria della sospensione.

Tendenzialmente, sono stati ritenuti applicabili al rito sommario (benché in maniera non univoca; contra, si veda ad esempio Trib. Verona, 11 gennaio 2012, reperibile su www.ilcaso.it) anche l'articolo 309 e l'art. 181 c.p.c. – per l'ipotesi di mancata comparizione delle parti in prima udienza ovvero in quelle successive – anche sulla base della constatazione che tali disposizioni sono state ritenute dalla Suprema Corte compatibili con il rito del lavoro, anch'esso caratterizzato da esigenze di celerità e speditezza.

Infine, si ritiene ammissibile la proposizione di istanze cautelari nel corso del procedimento sommario, ogni qual volta le ragioni di urgenza ad esse sottese non consentono di attendere tempi tendenzialmente brevi di definizione del procedimento sommario.

In caso invece di connessione di cause pendenti dinanzi al medesimo ufficio ma introdotte con rito differente (sommario e ordinario) ove l'istruttore (designato per la trattazione di entrambe ab origine o all'esito di udienza Presidenziale ex art. 274 c.p.c.) ritiene sussistano i presupposti per la riunione, l'unica soluzione praticabile sembra quella del mutamento del rito rispetto alla causa introdotta con rito sommario, al fine di garantirne la trattazione congiunta con forme procedurali omogenee.

Altra questione controversa, postasi all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, è se nelle domande ex art. 702 bis c.p.c. aventi ad oggetto le materie di cui all'art. 5 del citato d.lgs. 28/2010 sia condizione di procedibilità il preventivo tentativo di mediazione: a mio avviso la risposta deve essere positiva, dipendendo l'obbligo della mediazione non dal rito scelto ma dalla materia tratta (cfr. Trib. Varese, ord. 20 gennaio 2012, est. Buffone) Vi sono stati, tuttavia, alcuni Tribunali (es. Trib. Firenze, ord. 22 maggio 2012, reperibile su www.ilcaso.it) che hanno affermato la tesi negativa, considerando la ratio acceleratoria dei tempi processuali perseguita dal rito sommario incompatibile con la dilatazione del momento introduttivo del giudizio innata nell'obbligo di esperire il previo tentativo di mediazione.

8 L'ordinanza che definisce il giudizio.

All'esito dell'istruttoria il processo introdotto e istruito con il rito sommario di cognizione è definito con ordinanza la quale, malgrado la forma, ha contenuto di sentenza, tant'è che è idonea al giudicato, contiene la regolamentazione delle spese di lite e costituisce titolo per la trascrizione (ove sia stata trascritta la domanda) e per l'iscrizione di ipoteca. L'ordinanza, inoltre, è provvisoriamente esecutiva ove contenga statuizioni di natura condannatoria e legittima, pertanto, l'eventuale esecuzione forzata nei confronti del soccombente.

Stante, tuttavia, la scelta formale del legislatore, il provvedimento conclusivo del giudizio potrà essere succintamente motivato; potrà essere redatta direttamente a verbale ovvero su foglio separato depositato in cancelleria all'esito di riserva assunta dal giudice, con l'omissione del subprocedimento di cui all'art. 190 c.p.c. (che prevede lo scambio tra le parti di comparse conclusionali e repliche).

Visto che l'ordinanza tiene luogo della sentenza, pur nel silenzio della legge, dovrebbe ritenersi l'ammissibilità di ordinanze "non definitive" ed ordinanze di "condanna generica", in applicazione analogica degli artt. 278 e 279 c.p.c., però, al di là di qualsiasi compatibilità astratta, il frazionamento della decisione appare poco probabile a fronte di un processo che il giudice ha scelto di definire con le forme semplificate del rito sommario.

9 L'appello

L'ordinanza emessa nel rito sommario è appellabile, come espressamente previsto dall'art. 702 quater c.p.c.. L'impugnazione va proposta nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione, altrimenti l'ordinanza stessa passa in giudicato.

Si tratta di una prima peculiarità rispetto alla sentenza emessa a definizione del processo ordinario, in quanto il legislatore prevede solo un termine breve di impugnazione, che decorre, appunto, dalla comunicazione (a cura della cancelleria) o, se anteriore, dalla notificazione (a cura della parte interessata) dell'ordinanza. Ci si è

chiesti se, in difetto di comunicazione e di notifica, debba trovare applicazione il termine lungo di sei mesi di cui all'art. 327 c.p.c.; propendendo per la tesi positiva, come mi sembra preferibile, al fine di non procrastinare sine die il passaggio in giudicato del provvedimento, il termine decorrerebbe dalla data del deposito in cancelleria dell'ordinanza ovvero dalla sua pronuncia in udienza.

L'appello, considerate anche le prime pronunce di merito (cfr. Corte d'Appello Reggio Calabria, 1 marzo 2012), soggiace all'ordinaria disciplina del codice di procedura civile, per cui dovrà essere introdotto con atto di citazione (e non con ricorso come la domanda di primo grado) e si concluderà con sentenza.

In appello, inoltre, considerata la cognizione piena che caratterizza il primo grado, devono ritenersi inammissibili domande ed eccezioni nuove, in applicazione analogica di quanto stabilito dall'art. 345 c.p.c.. Una peculiarità significativa rispetto all'art. 345 c.p.c. era, invece, contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 702 quater c.p.c. in punto di istruttoria, in quanto si disponeva che in appello “Sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile”.

L'uso dell'espressione rilevanti anziché del requisito dell'indispensabilità delle nuove prove come prevista dall'art. 345 c.p.c. per l'ammissibilità delle stesse in appello aveva portato la dottrina a configurare l'appello contro ordinanza sommaria come sistema di impugnazione aperto, in cui cioè sarebbe stata possibile l'ammissione di tutti i mezzi di prova richiesti dalle parti, purché ammissibili e rilevanti secondo le regole generali, anche se non richiesti nel corso di tale procedimento; e ciò al fine di emendare eventuali carenze istruttorie legate al carattere semplificato del primo grado di giudizio.

L'art. 702 quater c.p.c., tuttavia, al pari dell'art. 345 c.p.c., è stato modificato dal d.l. 83/2012, convertito con legge 134/2012, pubblicata in Gazzetta Ufficiale l'11 agosto scorso. Diventano, quindi, ammissibili nel giudizio di appello avverso l'ordinanza emessa ex art. 702 ter c.p.c. le sole prove nuove ritenute indispensabili ai fini della decisione, senza le quali, cioè, il giudice di appello non è in grado di orientare la propria determinazione sui motivi di gravame. La nuova formulazione dell'art. 702 quater

c.p.c. viene a ricalcare, quindi, la vecchia formulazione dell'art. 345 c.p.c., che però è stato modificato dal medesimo decreto sviluppo nel senso di eliminare anche il riferimento all'indispensabilità, consentendo, quindi, l'indicazione di prove nuove nel giudizio di appello solo ove la parte dimostri di non aver potuto produrli in primo grado per causa ad essa non imputabile.

Altra questione problematica è l'applicabilità all'appello avverso ordinanza sommaria degli artt. 353 e 354 c.p.c. che prevedono, in tassative ipotesi, la rimessione al primo giudice della causa all'esito del giudizio di gravame.

A favore della tesi dell'applicabilità si è osservato che l'art. 702 quater c.p.c. si limita a regolare alcuni aspetti specifici del giudizio di appello, lasciando intendere, pertanto, implicitamente, l'applicabilità delle regole generali per quanto non espressamente derogato. Se, quindi, si propende per la tesi positiva, anche il giudizio di rinvio dovrebbe svolgersi secondo le regole di cui agli artt. 702 bis e ss. C.p.c.