

ROBERTO NANNELLI

Avvocato del Foro di Firenze

Il procedimento sommario di cognizione di primo grado Riflessioni sulla fase introduttiva e sull'attività della prima udienza alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il contenuto del ricorso introduttivo – 3. Il decreto di fissazione dell'udienza e i termini a difesa – 4. Il contenuto della comparsa di costituzione e risposta – 5. La formazione del thema probandum nel primo grado – 6. La decisione sulle prove e la conversione del rito – 7. Riflessioni conclusive

1. – L'art. 51 della Legge 18.6.2009 n. 69 ha introdotto un nuovo procedimento di cognizione affidandone la regolamentazione a soli tre nuovi articoli (dal 702 bis al 702 quater) che sono stati inseriti nel corpo del codice di procedura civile.

Il nuovo articolato è stato raccolto nel nuovo (anch'esso) capo III bis e questo, a sua volta, inserito nel titolo primo del libro quarto del codice, intitolato appunto “dei procedimenti sommari”. Già da questa collocazione possiamo cogliere la chiara volontà del legislatore di affiancare al modello processuale a cognizione ordinaria un nuovo procedimento a cognizione sommaria (da qui si capisce la sua intitolazione) che avesse gli stessi effetti decisori ma che presentasse una maggiore snellezza nella fase introduttiva, istruttoria e deliberativa.

Nonostante la sua collocazione topografica che lo pone tra i procedimenti speciali sommari, non è stato facile definirlo con precisione. Alcuni autori hanno parlato di un modello ibrido, difficilmente inquadrabile¹. Altri invece hanno parlato di un modulo procedurale che l'ordinamento offre per la tutela di un ampio spettro di diritti rimettendo all'attore prima e al giudice poi se utilizzare questo modello processuale in alternativa a quello ordinario². Un modello processuale quindi che è stato indicato come lontano dalla logica che aveva animato il rito sommario societario e che, in generale, sottende ai procedimenti sommari veri e propri³. Infine si è sostenuto che, in pratica, il procedimento sommario di cognizione rappresenta semplicemente un'alternativa al giudizio ordinario⁴.

Non possiamo dire con certezza se le prime applicazioni giurisprudenziali di questo modello processuale abbiano o meno contribuito a chiarirne la natura e le

¹ Bruno Capponi – Note sul procedimento sommario di cognizione – www.judicium.it

² Mauro Bove – Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702 bis e seguenti cpc – www.judicium.it

³ Mauro Bove – op. cit.

⁴ Antonio Mondini – Convegno su “Le novità del codice di procedura civile” - Atti Fondazione Formazione Forense

finalità. Sicuramente possiamo dire che il numero delle decisioni che sono disponibili danno un'interessante punto di vista su come le questioni principali derivanti da questa riforma siano state risolte in pratica nei singoli casi concreti.

Lo scopo di questa riflessione è appunto quello di individuare alcune decisioni che hanno risolto questioni particolari in modo da verificare, a un anno dalla entrata in vigore, se esistano o meno punti fermi per l'applicazione di questo nuovo modello processuale.

2. – L'art. 702 bis cpc, al primo comma, individua il contenuto del ricorso che, semplicemente, dice appunto la norma, deve contenere le indicazioni di cui ai numeri 1), 2), 3), 4), 5), 6) e l'avvertimento di cui al numero 7) dell'articolo 163. In pratica il contenuto del ricorso introduttivo è uguale a quello dell'atto di citazione con esclusione dell'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione, vista appunto la natura del procedimento. Il parallelismo tra questo modello processuale e il giudizio di cognizione è evidente e ciò, si è detto, serve a consentire, nel caso di mutamento di rito ex art. 702 ter/2 cpc, di poter fissare direttamente l'udienza ex art. 183 cpc avendo avuto gli atti introduttivi lo stesso contenuto⁵. E' evidente come in questa fase non ci sia stata alcuna deformalizzazione della procedura⁶.

Il problema che si è posto a proposito del contenuto del ricorso è stato sulla compatibilità di questo modello processuale con altri tipi di riti o meglio con la sua utilizzabilità per trattare controversie che siano assoggettate a riti speciali, quali ad esempio quelle in materia di locazioni o di lavoro. Parte della dottrina non ha infatti escluso questa possibilità⁷

Sul punto va segnalata l'ordinanza del Tribunale di Modena del 18.1.2010 che, a proposito dell'applicabilità del processo sommario di cognizione ad una controversia in materia di affitto di azienda, ha negato questa soluzione ribadendo che la controversia dedotta in giudizio era regolata solo dal rito previsto dagli artt. 447 bis e segg. cpc.

E' interessante vedere la motivazione di queste ordinanza che, lo diciamo subito, appare convincente.

Prima di tutto il Tribunale ha considerato che con la delega al Governo per la riduzione e la semplificazione dei riti, prevista dall'art. 54 della Legge 18.6.2009 n. 69, siano emersi tre modelli processuali: il rito del lavoro, il rito sommario e il rito a cognizione ordinaria. Quindi la soluzione scelta dal Legislatore sarà quella di mettere a disposizione tre modelli processuali.

Ciò però non significa ancora che una specifica controversia che debba essere trattata con il rito del locatizio/laboristico non possa anche astrattamente essere decisa con il rito sommario di cognizione.

Questa soluzione comunque va scartata, secondo il Tribunale, per tre diverse e concorrenti motivazioni.

1) In primo luogo va considerato che il rito sommario è stato pensato come alternativo al giudizio ordinario di cognizione; questa intenzione del legislatore la si

⁵ Antonio Mondini – op. cit.

⁶ Mauro Bove – op. cit.

⁷ Bruno Capponi – op. cit.

coglie da due aspetti fondamentali: l'art. 702 ter/3 cpc, il quale prevede che, in caso di non trattazione sommaria della causa sia fissata l'udienza ex art. 183 cpc con prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario e l'art. 702 bis/1 cpc il quale richiama l'avvertimento di cui all'art. 7) dell'art. 163 cpc. Né potrebbe obiettarsi che a quel punto questa norma vada letta nel senso che l'udienza di rinvio possa essere prevista per gli incumbenti di cui all'art. 420 cpc poiché in questo caso diversi sarebbero gli incumbenti e le attività processuali che il codice di rito prevede per le due udienze⁸.

2) In secondo luogo il Tribunale ha precisato che nel rito del lavoro sussistono preclusioni istruttorie che maturano sin dalla costituzione in giudizio, preclusioni che invece non si verificano nel giudizio sommario di cognizione ove fino all'udienza è possibile produrre documenti o formulare richieste istruttorie.

3) Infine il Tribunale introduce un terzo argomento: la ratio del processo locatizio/laboristico è quello di dare una decisione in tempi rapidi, se possibile alla stessa udienza. Questa caratteristica ovviamente non la troviamo nel processo ordinario di cognizione che, tendenzialmente, ha tempi più lunghi. Sarebbe allora irragionevole pensare che una controversia, per la quale l'ordinamento appronta un modello processuale più veloce, visti gli interessi relativi alla causa stessa, debba poi, per effetto del passaggio dal rito sommario a quello ordinario scontare tempi più lunghi. E' evidente che un'interpretazione in questo senso svuoterebbe di significato la scelta fatta a suo tempo dal Legislatore di privilegiare la velocità di trattazione per determinate controversie.

3. – Dopo il deposito del ricorso, il cancelliere forma il fascicolo e lo presenta senza ritardo al presidente del tribunale che designa il magistrato addetto alla trattazione della causa. Il giudice designato fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza. La copia autentica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza, va notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per

⁸ Trib. Modena Sez. II civile, R.G. n. 9102/2009 Giudice Dott. Roberto Masoni - Si legge nella motivazione dell'ordinanza: *“Anzitutto la prima obiezione risulta fondata sul dato letterale. L'art. 702 ter, 3° comma, c.p.c. impone al giudice, il quale non ritenga ammissibile la sommaria istruzione del procedimento, la fissazione “dell'udienza cui all'art. 183”. Il richiamo a questa disposizione, tipica del processo ordinario, evidenzia che il nuovo procedimento sommario è stato concepito quale strumento alternativo rispetto al processo, archetipico, ordinario di cognizione, di cui al II° libro del c.p.c. Tale rilievo trova ulteriore conforto nell'ulteriore richiamo compiuto dall'art. 702 bis all'art. 163 c.p.c., in riferimento all'avvertimento previsto dal n. 7 e che l'attore deve dare al convenuto in riferimento al fatto che la costituzione tardiva in giudizio implica le decadenze previste dall'art. 167 e 38. Si è replicato evidenziando che “l'obiezione potrebbe non risultare decisiva (mostrandosi singolare l'esclusione di un procedimento accelerato proprio nelle controversie in cui tale esigenza è più pressante); sarà allora necessario sostituire l'udienza di cui all'art. 183 con quella di cui all'art. 420”. Quest'operazione di cosmesi giuridica dovrebbe, però, ulteriormente confrontarsi con la previsione, caratteristica del rito laboristico, dell'udienza di discussione di cui all'art. 420 c.p.c. nella quale vanno espletate composite e varie attività processuali. In modo particolare, questo è il luogo deputato, in via preliminare, al tentativo di conciliazione delle parti, oltre che all'esperimento del loro libero interrogatorio. Ebbene, l'espletamento di tali attività processuali preliminari non è, viceversa, previsto nell'udienza di trattazione del processo ordinario di cognizione, che ha uno snodo decisamente vario e diversificato (si v. il tenore dell'art. 183 c.p.c.)”*.

la sua costituzione.

Dal testo normativo manca la previsione di un termine entro cui il magistrato designato debba fissare l'udienza di comparizione delle parti. Manca nel nostro caso una previsione simile all'art. 415/2 cpc il quale appunto prevede che il giudice, entro cinque giorni dal deposito del ricorso, debba fissare l'udienza di discussione.

In dottrina allora si è cominciato a discutere se al giudizio sommario di cognizione debba o meno applicarsi l'art. 168 bis cpc il quale, nel rito ordinario, prevede sia che il presidente debba designare l'istruttore entro due giorni dall'iscrizione a ruolo sia che l'istruttore possa con decreto da emettere entro cinque giorni differire la data di udienza fissata in citazione. La dottrina in genere ha scelto la soluzione positiva⁹ e su questa si sono attestati i protocolli di vari osservatori¹⁰.

Un altro problema controverso che deriva, come vedremo, da quello posto è precedenza è la questione relativa alla trascrivibilità del ricorso e del decreto allorché il primo contenga una domanda che, ex artt. 2652 e 2653 cc, vada trascritta.

Il problema, che è stato poi oggetto di una pronuncia più avanti esaminata, presenta due diversi aspetti: il primo è relativo alla trascrivibilità in sé del ricorso e del decreto ex art. 702 bis cpc il secondo invece riguarda la necessità o meno della notifica della copia autentica del ricorso e del decreto per poter chiedere la trascrizione della domanda. Questi due aspetti sono stati trattati da una recente ordinanza del Tribunale di Milano del 23.2.2010 il quale ha deciso un reclamo proposto ex art. 2674 bis cpc avverso la trascrizione con riserva che il Conservatore aveva effettuato su richiesta del ricorrente che aveva chiesto l'accoglimento dell'azione ex art. 2901 cc impugnando l'atto di trasferimento di immobili effettuata dal suo debitore. Nel caso di specie il ricorrente aveva richiesto la trascrizione solo della copia autentica del ricorso senza averla prima notificata con il decreto. Il Conservatore aveva dubitato sia della trascrivibilità della domanda contenuta nel ricorso ex art. 702 bis cpc sia della possibilità di prescindere dal requisito della notificazione dell'atto giudiziario da trascrivere ex art. 2658 cc. Su questo punto specifico il ricorrente, che aveva reclamato la suddetta iscrizione con riserva, si era difeso deducendo che, la mancata previsione appunto di un termine entro cui il giudice debba fissare l'udienza fa sì che i tempi per ottenere il decreto di fissazione dell'udienza e della relativa notificazione sfuggono alla disponibilità della parte ricorrente che quindi dovrebbe subire un tempo, a lei non imputabile, durante il quale la controparte potrebbe eludere con un proprio comportamento la garanzia preposta a tutela dei diritti del creditore dalla normativa in materia di trascrizione di atti giudiziari con lesione dei principi fondamentali di cui agli articoli 3 e 24 della Costituzione.

Il Tribunale di Milano, nel respingere il reclamo, ha affermato che il ricorso ex art. 702 bis cpc è trascrivibile al pari della citazione¹¹ ma ha poi aggiunto che non è

⁹ Mauro Bove – op. cit.

Giampiero Balena – Il procedimento sommario di cognizione- Foro It., 2009

¹⁰ Osservatorio valore prassi di Verona – protocollo sul procedimento sommario di cognizione da cui si legge: “*Il decreto di fissazione dell’udienza deve essere emesso dal giudice designato tendenzialmente entro 5 giorni dalla data di assegnazione (v. ordine di servizio del Presidente del Tribunale di Verona n. 127/09)*” - www.valoreprassi.it.

¹¹ Tribunale di Milano 23.2.2010 causa R.G. 11037/2009 Giudice Dott.ssa Lucia Elena Formica – Si legge nella ordinanza: “*Si osserva che gli articoli 2652 e 2653, in tema di trascrizione di domande giudiziali relative a questioni elencate nelle norme stesse, non stabiliscono alcuna limitazione circa la*

possibile prescindere dal requisito della notifica del ricorso e del decreto vista la previsione dell'art. 2658 cc e che non sussiste nel caso di specie alcuna disparità di trattamento, neppure tale da far sospettare la lesione di principi costituzionali e quindi da consentire una remissione alla Consulta mettendo l'ordinamento a disposizione due strumenti diversi (la citazione e il ricorso) ed essendo una scelta della parte quella di utilizzare uno dei due¹².

La decisione appare condivisibile e fa emergere, ancora una volta, l'aperto parallelismo tra il giudizio ordinario e quello sommario di cognizione.

4. – Il quarto e il quinto comma dell'art. 702 bis cpc prevedono che il convenuto debba costituirsi depositando in cancelleria la comparsa di risposta, in cui 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 conclusioni. A pena di decadenza deve proporre le domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio e deve dichiarare di chiamare in causa un terzo da cui vuole farsi garantire differire la prima udienza chiedendo al giudice lo spostamento dell'udienza e il termine perentorio per la notifica della chiamata in causa.

Questa norma ha comportato problemi applicativi in ordine alla proposizione della domanda riconvenzionale per la quale il giudizio sommario non sarebbe esperibile e alla chiamata in causa del terzo e, in particolare, come vada applicato l'art. 702 ter/4 cpc il quale prevede che, quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale richieda un'istruzione non sommaria, il giudice debba disporre la separazione delle cause.

La dottrina ha formulato queste ipotesi:

- se la domanda riconvenzionale appartiene alla competenza per valore del giudice di pace, questa può essere trattata con la domanda principale in sede sommaria;
- se la domanda riconvenzionale appartiene alla competenza per materia di altro giudice o dello stesso giudice ma assoggettata a un rito diverso, allora va dichiarata

forma dell'atto contenente la domanda da trascrivere; parimenti, l'articolo 2658, in tema di atti da presentare al conservatore per la trascrizione di domanda giudiziale, al secondo comma, si limita a prescrivere che sia presentata copia autentica del documento che la contiene; di conseguenza, non si vede alcun ostacolo alla trascrizione nel caso in cui la domanda giudiziale sia contenuta in ricorso anziché in atto di citazione"

¹² Si legge ancora nell'ordinanza: *"La evidenziata disparità di trattamento, però, non è ingiustificata, ma trova fondamento nelle diversità di disciplina tra il processo ordinario di cognizione e il procedimento sommario di recente introduzione, certamente più agile del primo ma penalizzante per certi aspetti, tra cui quello evidenziato dal reclamante; soprattutto quella disparità di trattamento non è ingiusta; infatti, i privati sono liberi di orientarsi, a seconda delle strategie concrete, per uno strumento più svelto quanto a forme e procedure, qual è il ricorso ex art. 702 bis c. p. c, oppure optare per il tradizionale atto di citazione, caratterizzato da maggiori oneri ma con il vantaggio di consentire la pronta trascrizione della domanda; la paventata lesione di principi fondamentali (in ipotesi contenuti negli articoli 3 e 24 della Cost.), che imporrebbe di ricercare un'interpretazione dell'articolo 2658 c.c. conforme a quei principi oppure di sollevare una questione di legittimità, sussisterebbe invece se il ricorso ex articolo 702 bis cpc fosse unico strumento a disposizione dell'interessato"*

inammissibile all'interno del processo sommario¹³;

- se invece la domanda riconvenzionale appartiene alla cognizione del collegio e non del giudice monocratico come la domanda principale, allora le due domande vanno separate, a meno che il vincolo di connessione sia forte o derivante da pregiudizialità e allora tutte e due le domande (la principale e la riconvenzionale) vanno devolute al rito di cognizione ordinaria¹⁴.

In questo panorama si inserisce l'ordinanza del Tribunale di Biella del 9.2.2010 il quale, nell'ipotesi di domanda riconvenzionale non assoggettabile al rito sommario perché devoluta alla cognizione del collegio (impugnazione di testamento) connessa con la domanda principale (rilascio di immobili legati a favore del ricorrente) che invece risulta connessa, con la quale detto giudice ha dichiarato l'inammissibilità di tutte le domande, compresa quella principale.

La motivazione dell'ordinanza la si legge tutta in questo passo: ritenuto che *“in tal caso debba trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 702 ter, secondo comma, c.p.c., che prevede la declaratoria di inammissibilità della domanda riconvenzionale che non rientri tra quelle di cui all'art. 702 bis c.p.c., e che tale declaratoria debba riguardare altresì la domanda principale, essendovi tra le domande un chiaro vincolo di connessione per pregiudizialità, che determina l'attrazione alla competenza del collegio anche della domanda principale stessa ai sensi degli artt. 34, 36 e 274 bis, secondo comma, c.p.c.”*¹⁵.

In sostanza, nel caso sopra indicato, la scelta processuale del convenuto ha comportato l'inammissibilità della domanda dell'attore e quindi il fatto che anche questa sia stata travolta con importanti conseguenze sul piano pratico, basti pensare al venire degli effetti della trascrizione della domanda introduttiva. E' evidente che la soluzione prescelta dal Tribunale subalpino non incoraggia certamente l'uso giudizio sommario di cognizione la cui vita, con questa ipotesi ermeneutica, sarebbe rimessa alle scelte processuali della parte resistente, scelte che potrebbero assumere il carattere di strumentalità, per avere l'unico fine paralizzare le domande del ricorrente avendo peraltro l'indubbio vantaggio di conoscerle prima che il processo possa essere nuovamente incardinato.

L'altro problema attiene alla chiamata in causa del terzo.

Su questo punto specifico ricordiamo che l'art. 702 bis/5 cpc prevede espressamente la possibilità di chiamare in causa un terzo per farsi garantire. La norma è stata interpretata dalla dottrina nel senso che la lettera della norma non avrebbe escluso la totale applicazione dell'art. 106 cpc e quindi la possibilità di una chiamata per comunanza di causa¹⁶.

Una prima applicazione giurisprudenziale di questa norma invece ha compiuto la scelta opposta. Infatti il Tribunale di Genova con ordinanza del 16.1.2010 ha respinto

¹³ Mauro Bove - op. cit.

¹⁴ Francesco Paolo Luiso - Il processo sommario di cognizione - www.lerxform.it

¹⁵ Tribunale di Biella 9.2.2010 Giudice Dott. Paolo Rava

¹⁶ Francesco Paolo Luiso - op- cit. - Si legge: *“pare ragionevole ritenere che il legislatore abbia inteso con tale espressione richiamare l'intero art. 106 c.p.c., non essendovi ragione per escludere la chiamata per comunanza di causa”*

Mauro Bove - op. cit

Sergio Menchini - L'ultima “idea” del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione - Corr. Giurid. 2009, 1025 e segg.

una richiesta di chiamata in causa di un terzo, avanzata dal convenuto, che aveva individuato il primo come responsabile esclusivo della fattispecie dedotta dal ricorrente. E' interessante vedere la motivazione che può essere così riassunta:

- La norma contempla solo la chiamata in causa in garanzia.
- Tale limitazione è funzionale alla ratio del procedimento che deve tendere ad una rapida definizione.
- L'impossibilità di chiamare in causa il terzo responsabile esclusivo non pregiudica in alcun modo il convenuto che può dimostrare la sua estraneità ed ottenere il rigetto della domanda.
- Né può dolersi l'attore visto che non lo ha chiamato in giudizio.
- Né esiste un maggior pericolo di contrasto di giudicati visto che comunque quella del convenuto (e dell'attore) è una facoltà e pertanto il rischio permarrrebbe ugualmente¹⁷.

L'ordinanza restringe di molto gli spazi della chiamata in causa del terzo. Si ha come l'impressione che il Tribunale voglia "preservare" il rito in questione da estensioni del thema decidendum che possano turbare la scansione temporale così da evitare che la partecipazione al giudizio di un numero imprecisato di soggetti possa far venire meno la sommarietà dell'istruzione e quindi far venir meno la scelta semplificata operata dal ricorrente.

5. – Il thema decidendum della causa può dirsi definito con la prima udienza, ritenendosi ammissibili domande ed eccezioni del ricorrente da proporsi fino in quella sede e che siano conseguenza delle domande e delle eccezioni formulate dal convenuto in comparsa di costituzione e risposta o consentendosi la chiamata in causa di un terzo da cui vedersi garantito¹⁸

Più difficile appare trovare una soluzione alla definizione del thema probandum per il primo grado poiché manca nella normativa ogni indicazione al riguardo e soprattutto mancando l'indicazione di un termine perentorio, come invece è previsto nel rito ordinario di cognizione, che definisca e delimiti temporalmente il diritto delle parti di richiedere l'ammissione di prove. Qui il termine perentorio non poteva chiaramente essere previsto perché il procedimento di appello avverso l'ordinanza decisoria emessa al termine del rito sommario prevede appunto la possibilità delle parti di richiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova.

Il problema allora è capire quando, nel fase di primo grado, possa cessare la ogni discussione in ordine alla decisione sui mezzi di prova.

In genere, le prassi applicative sono nel senso di consentire alle parti di formulare i mezzi istruttori fino alla prima udienza o, in caso di ritenuta necessità, entro il termine successivo che il giudice volesse fissare¹⁹.

¹⁷ Tribunale di Genova 16.1.2010 causa iscritta al R.G. n. 13557/09 - Giudice Dott. Paolo Gibelli - Si legge nella motivazione dell'ordinanza: "... rilevato che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 702 bis del c.p.c., la chiamata del terzo nel rito sommario è consentita solo per la chiamata in garanzia; ritenuto che quanto sopra sia conforme alla ratio di introdurre nell'ordinamento un procedimento di rapida definizione ..."

¹⁸ Muro Bove - op. cit.

Giampiero Balena - op. cit.

¹⁹ In questo senso ved. Osservatorio Valore Prassi di Verona - Protocollo sui procedimenti sommario di

Un aiuto in questo senso ci potrebbe venire dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale ha sempre confermato il principio della unitarietà e della contestualità dell'istruzione probatoria, o meglio della sua infrazionabilità. per dire che, una volta decisa l'ammissibilità e la rilevanza delle prove, non si possono più chiedere altre prove sugli stessi fatti²⁰. In sostanza, applicando questo principio al giudizio sommario di cognizione, potremmo dire che, in primo grado, una volta decisa l'ammissione delle varie richieste istruttorie ex art. 702 ter/5 cpc, maturi per le parti la preclusione di ulteriori richieste istruttorie, almeno su quegli stessi fatti oggetto di prove già richieste, e quindi si cristallizzi, almeno per quella fase processuale, il *thema decidendum*.

Questa soluzione però non trova consenso unanime tra i commentatori. Infatti alcuni sono contrari a questa ipotesi interpretativa in omaggio alla deformalizzazione del procedimento²¹ Altri invece sono favorevoli sostenendo che la possibilità di allegazione e di formulazione di prove oltre gli atti dovrebbe essere limitata alla prima fase della prima udienza. In questa sede infatti, secondo quanto previsto dal quinto comma dell'art. 702 ter cpc il giudice procede nel modo che ritiene più opportuno ad assumere gli atti di istruzione rilevanti e ciò presuppone, secondo coloro che aderiscono a questa tesi, la definizione del *thema probandum* almeno prima della decisione del giudice sulle richieste istruttorie²².

La giurisprudenza sembra aderire a questo filone di pensiero. In questo senso troviamo l'ordinanza del Tribunale di Varese del 18.11.2009 la quale appunto ritiene che le parti, in primo grado, possano formulare mezzi di prova fino all'emissione dell'ordinanza che faccia ritenere il giudizio proseguibile con il rito sommario, considerato appunto che questa decisione debba essere assunta alla prima udienza ex art. 702 bis/3 cpc. Quindi bisogna che in quel momento il quadro delle richieste probatorie sia ormai definito e immodificabile²³.

cognizione. Il punto 17 del protocollo recita: *“L’obiettivo tendenziale del procedimento sommario di cognizione è l’esaurimento delle attività previste dall’art. 702-ter in una sola udienza, ma è possibile la fissazione di ulteriori udienze in funzione delle necessità concrete di trattazione ed istruzione della causa. Tenuto conto dei contrasti interpretativi sulla configurabilità di uno sbarramento formale alla prima udienza per la definizione del thema decidendum e probandum, è auspicabile che le parti formulino tutte le proprie istanze, anche istruttorie, negli atti introduttivi o nella prima udienza”*

²⁰ Ex pluribus Cass. Sez. III, 7.4.2009 n. 8377; Cass. Sez. II, 21.1.2004 n. 901

²¹ Remo Caponi - Atti incontro di studio “Il nuovo processo civile: procedimento sommario, astreintes e procedimenti cautelari” - Firenze 13.11.2009 organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura - Ufficio dei referenti per la formazione decentrata del Distretto della Corte d'Appello di Firenze

²² Antonio Mordini - op. cit.

²³ Tribunale di Varese 18.11.2009 in cui si legge *“Si badi: se il giudice deve decidere sulle sorti del sommario alla prima udienza (fissata ex art 702-bis, comma III, c.p.c.), ciò vuol dire che la piattaforma probatoria deve essersi per tale momento processuale già stabilizzata, quanto fa ritenere che la natura fisiologica del rito e la sua auspicata celerità impongano alle parti di individuare il thema probandum già negli scritti introduttivi del giudizio, seppur nelle forme snelle del sommario e, dunque, senza le solennità tipiche del giudizio ordinario (ad es., articolazione dei capitoli per i testi). Si vuol dire che l’ultimo momento utile per delimitare il ventaglio delle richieste istruttorie è l’udienza di prima comparizione, ove le parti possono specificare le prove già richieste nei propri atti o formulare istanza per quelle determinate dall’altrui difesa; si può dubitare circa l’articolazione – solo all’udienza di prima comparizione – di “nuove prove” dirette, diverse da quelle già previste negli atti introduttivi, atteso che il sommario, se è snello nell’istruzione, è formale e procedimentalizzato nell’introduzione. E, però, ragioni di ordine sistematico e di coerenza con il rito,*

6. – Il terzo comma dell'art. 702 ter cpc prevede l'ordinanza di mutamento di rito qualora il giudice ritenga che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria; in questo caso il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'articolo 183 cpc e da allora in poi si applicano le disposizioni del libro II del codice.

In sostanza, il giudice è davanti a un bivio: o ritiene che, sulla base delle richieste delle parti, l'istruttoria sarà anch'essa sommaria, e allora decide sui mezzi di prova e poi nel merito della controversia dedotta in giudizio oppure muta il rito e fissa la prima udienza di trattazione prevista dal libro secondo del codice di rito.

I commentatori hanno per lo più affermato che il giudice, nel compiere questa valutazione, non deve seguire la logica che invece guida le decisioni nei cautelari basate fondamentalmente sull'esigenza di fornire una tutela veloce e urgente ma priva della stabilità del giudicato e quindi fondate su un'istruttoria sommaria nel senso che potrà essere rivalutata e approfondita nell'eventuale causa di merito²⁴. In altre parole nei procedimenti cautelari il concetto di sommario è funzionale a quello di urgente. Nel processo sommario di cognizione invece la ratio è diversa poiché l'ordinanza che sarà emessa al termine dell'istruttoria ha i caratteri della decisorietà e della definitività assistiti dal giudicato. Allora si dice che qui “sommario” significa “semplice” e “non complesso”²⁵.

Le prime applicazioni giurisprudenziali vanno effettivamente in questa direzione. Oltre alla ormai “storica” ordinanza del Tribunale di Mondovì del 16.11.2009, è stata confermata anche da una recente ordinanza del Tribunale di Torino il quale appunto ha ribadito il concetto secondo il quale la non sommarietà non va valutata con riferimento all'oggetto della causa bensì all'attività istruttoria necessaria²⁶.

Per quanto riguarda l'ordinanza di mutamento di rito, le prime ordinanze hanno posto due problemi di una certa rilevanza: la separazione delle domande del ricorrente qualora alcune di queste abbiano la necessità di avere una trattazione sommaria e la rimessione in termini del convenuto, in caso di mutamento di rito e quindi di fissazione dell'udienza ex art. 183 cpc.

La prima questione si può riassumere così: il ricorrente propone diverse domande nei confronti del convenuto il quale si costituisce in giudizio prendendo posizione sulle domande stesse; il giudice, dal contenuto della comparsa di costituzione

impongono di ritenere che le parti possono formulare richieste istruttorie sino alla pronuncia del giudice in ordine alla decidibilità della controversia con le forme del sommario (art. 702-ter, comma V, c.p.c.) e, dunque, sino all'ordinanza che provvede sulle richieste di prova indicando gli atti di istruzione ritenuti rilevanti. Oltre tale sbarramento, alle parti non è consentito dedurre nuovi mezzi di prova poiché si incorrerebbe nel rischio di favorire atteggiamenti difensivi secundum eventum litis, ovvero meramente orientanti a provocare una conversione del rito ove al percorso scelto dal giudice per l'istruzione del sommario si ritenga di preferire il procedimento ordinario. Resta salvo il potere di provvedere a nuovi mezzi di prova ex officio, anche su impulso delle parti, dopo o durante l'istruzione probatoria, ove il giudice lo ritenga necessario, ma senza che possa più provvedersi alla conversione del rito”

²⁴ Francesco Paolo Luiso - op.cit.

²⁵ Mauro Bove - op. cit.

²⁶ Tribunale di Torino 11.2.2010 - causa iscritta al R.G. n. 28416/2009

e risposta del convenuto, matura la convinzione che solo alcune delle domande del ricorrenti abbiano necessità di un'istruttoria sommaria e che invece le altre necessitino di un'istruttoria piena. A quel punto, deve rimettere al giudizio a cognizione ordinaria tutte le domande e cioè tutta la causa; può separare le domande trattenendo a cognizione sommaria quelle istruibili velocemente e mutando il rito per le altre o, infine, può decidere tutte le domande con l'ordinanza emessa al termine del giudizio, e cioè anche su quelle che, a causa della complessità della istruttoria di cui avevano necessità, non sono state istruite?

Il Tribunale di Busto Arsizio, con la sua ordinanza del 8.2.2010 ha scelto quest'ultima soluzione. Nel premettere che il ricorrente aveva proposto due distinte domande e che, mentre la prima era pacifica perché non contestata dal convenuto, la seconda invece necessitava di un'istruttoria non sommaria, ha deciso nel merito su entrambe (accogliendo la prima e respingendo la seconda). Nella motivazione ha precisato che le prove a sostegno della domanda respinta non erano state ammesse sia perché inammissibili e irrilevanti ma anche perché il rito deformalizzato scelto dal ricorrente non avrebbe comunque consentito di dimostrare i fatti relativi che avevano necessità invece di un'istruttoria piena. Non sarebbe stato infine possibile, sempre secondo il Tribunale, separare le cause e rimettere al giudizio ordinario solo la domanda da istruire non sommariamente poiché, per quanto qui interessa, questa possibilità sarebbe prevista solo per la domanda riconvenzionale e non anche per quelle principali²⁷.

Questa interpretazione è penalizzante per i ricorrenti. Costoro infatti non conoscono, di regola, le scelte processuali dei convenuti e quindi non possono sapere in anticipo quale sarà il “grado” di contestazione delle domande e dei fatti che sarà presente nelle comparse di costituzione e risposta. Tenuto allora conto che la necessità del mutamento di rito possa derivare dalle difese contenute in questi ultimi atti, è evidente che il ricorrente, che proponga con un unico ricorso più domande, si vede esposto al rischio che il giudice possa istruire e accogliere solo alcune di esse respingendo invece nel merito (e quindi non consentendo la successiva loro riproposizione) quelle che avevano necessità di un'istruttoria non sommaria. E' chiaro che la scelta più logica (chiesta peraltro anche dal convenuto nella causa suddetta) sarebbe e sarà quella di rimettere alla trattazione ordinaria l'intera controversia anche quando solo alcune delle domande formulate avrebbero avuto necessità di un'istruttoria piena.

Veniamo adesso all'altro problema: quello relativo alla rimessione in termini del convenuto qualora il giudice opti per il mutamento di rito.

Il problema non è secondario e deriva dal fatto che il convenuto, al contrario di quanto accade nel giudizio ordinario, in quello sommario ha di regola un termine inferiore per preparare le sue difese; è previsto infatti dall'art. 702 bis/3 cpc il termine minimo di quaranta giorni tra la notificazione e l'udienza, con il successivo termine di costituzione, a pena di decadenza, di dieci giorni prima dell'udienza. In altre parole, il

²⁷ Tribunale di Busto Arsizio 8.2.2010 - Giudice Dott. Radici. Si legge nella motivazione: *“Diversamente opinando, il rito sommario diventerebbe una sorta di pre-processo finalizzato a verificare la sufficienza degli elementi di prova messi a disposizione del ricorrente, che in questo modo si garantirebbe una chance in più, posto che il Giudice, nel caso di incompletezza del quadro istruttorio, dovrebbe disporre la prosecuzione con il rito ordinario, assegnando nuovi termini (il tutto in palese contrasto con gli effetti deflattivi che hanno ispirato il legislatore della riforma)”*

convenuto, per preparare le sue difese, può avere a disposizione anche solo 30 giorni. Questi termini sono molto più ristretti rispetto al rito ordinario poiché qui, come sappiamo, il termine minimo previsto dall'art. 163 bis/1 cpc è di novanta giorni se il luogo della notificazione si trova in Italia e di centocinquanta se si trova all'estero.

In dottrina si è segnalato questa incongruenza sostenendo appunto che il convenuto può subire la scelta dell'attore che, stando almeno alla lettera della norma, impedisce al primo di recuperare il maggior termine a difesa, inconveniente questo che rischia di far emergere profili di incostituzionalità²⁸.

Altri autori, proprio per scongiurare questo pericolo, hanno ritenuto che, in caso di conversione del rito da "sommario" ad "ordinario", si debba recuperare il termine a difesa²⁹.

La giurisprudenza sembra accorgersi del problema e con vari ordini di servizio dei presidenti dei tribunali cerca di ovviare a questo problema prevedendo che, in caso di mutamento del rito, sia fissata la nuova udienza almeno dopo novanta giorni e sia concesso al convenuto la facoltà di depositare una nuova comparsa di costituzione venti giorni della prima udienza di trattazione³⁰.

Questo problema è invece completamente ignorato dal Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi che, con ordinanza del 10.2.2010 nel disporre il mutamento di rito ha fissato l'udienza del 183 *sic et simpliciter*, senza dunque alcuna rimessione in termini³¹.

7. – Le considerazioni conclusive che possiamo trarre da questa breve riflessione relativa alle prime applicazioni di questo nuovo modello processuale sono costituite da luci e da ombre.

Il vantaggio di ottenere con il rito sommario una decisione di merito che, almeno sulla carta, debba tendenzialmente arrivare prima rispetto a quella che si potrebbe avere con giudizio a cognizione ordinaria è però negativamente compensato da altri svantaggi che, almeno a stare alle prime applicazioni, disincentiveranno il ricorso a questo modello processuale.

²⁸ Mauro Bove - op. cit nella quale si legge "*Si potrebbe tentare di battere la strada di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 702-bis, 3° comma, in virtù della quale impone al giudice di fissare anche il termine per la notificazione al convenuto del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza badando a che siano rispettati, nello spazio tra detta notificazione ed il termine per la costituzione del convenuto, i termini a difesa previsti nel rito ordinario, ossia settanta giorni. Ma questa è una strada difficile da percorrere, perché, anche a voler ammettere che il giudice debba fissare pure un simile termine, sembra ardua la possibilità di affermarne la perentorietà, visto il tenore dell'art. 152 c.p.c.*"

²⁹ Giampiero Balena - op. cit

³⁰ Ordine di servizio del Presidente del Tribunale di Genova nel quale si legge: "*Qualora il processo debba proseguire secondo il rito ordinario — con «applicazione delle norme del libro secondo» (art. 702 ter, 3° comma) —, trovano applicazione tutte le norme del libro eluse dall'iniziativa dell'attore, che ha errato nella scelta del rito sommario: in particolare gli art. 163 bis, con concessione del ; termine di novanta giorni per comparire, e l'art. 166 c.p.c. , per l'eventuale deposito di nuova comparsa di risposta, nella quale potranno essere proposte nuove eccezioni, prodotti nuovi documenti, svolte tutte le difese che il più ristretto termine non aveva, di fatto, consentito: ciò in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata che pare idonea a sottrarre la controversia a questioni di illegittimità costituzionale altrimenti non evitabili*"

³¹ Tribunale di San'Angelo dei Lombardi del 20.11.2009 - Giudice Dott. Luigi Levita

Che vantaggio può avere una parte ad iniziare un giudizio sommario quando, a seconda della condotta processuale scelta dal convenuto e che non può essere preventivamente prevista e valutata dal ricorrente, quest'ultimo possa rischiare di subire una decisione di inammissibilità delle proprie domande derivante dalla proposizione di una riconvenzionale che sia connessa con queste ultime ma che sia inammissibile, con effetti per il ricorrente stesso potenzialmente devastanti (pensiamo alla trascrizione della domanda); oppure che vantaggio può avere il ricorrente nel rischiare di subire la reiezione nel merito di una delle domande proposte solo perché l'esigenza di un'istruttoria formale si è verificata per questa e non per le altre e perché non gli è stato consentito di dimostrare la fondatezza o meno della domanda stessa, essendo l'intero processo rimasto nel rito deformalizzato?

Che vantaggio può avere il convenuto ad accettare un basso profilo delle sue difese, tale da evitare il mantenimento del rito, quando gli sia precluso di chiamare in causa terzi ritenuti autonomamente responsabili; oppure quando, in caso di mutamento di rito (rito che lui non ha introdotto e che lui non ha scelto), non abbia la facoltà di integrare i propri atti difensivi e quindi si trovi dentro un giudizio ordinario ma con i termini a difesa che, nel migliore dei casi, siano stati ridotti a un terzo rispetto a quelli che normalmente gli sarebbero stati garantiti se il processo fosse iniziato fin da subito nel modo corretto?

Di fronte a queste incertezze e a queste prime decisioni quindi è normale che gli operatori della giustizia manifestino perplessità sulla convenienza dal seguire questo modello processuale che, nelle intenzioni del legislatore, doveva essere il modo per velocizzare la decisione di merito.

Non riteniamo comunque corretto dover rinunciare a questo modello processuale che comunque può essere un valido strumento di giustizia. L'unico modo per farlo veramente funzionare è, secondo lo scrivente, incamminarsi decisamente nell'individuazione di prassi condivise che, per quanto possibile, possano togliere incertezze agli operatori ed evitare applicazioni erranee delle norme nuove processuali.

Formare magistrati e avvocati in modo comune su questo terreno e cercare delle prassi condivise incentiverà certamente l'utilizzazione di questo modello processuale e impedirà che gli utenti se ne discostino sempre di più con ciò comportando il rischio del fallimento della riforma.