

Bologna, 14 settembre 2009  
Convegno "La riforma del codice di procedura civile"

PAOLO BIAVATI

Ordinario dell'Università di Bologna

APPUNTI INTRODUTTIVI SUL NUOVO PROCESSO A COGNIZIONE SEMPLIFICATA

SOMMARIO. 1. - La domanda sociale di una tutela rapida e le risposte del legislatore. 2. - Qualità della cognizione e formazione del giudicato. 3. - La cognizione nel processo c.d. sommario come cognizione semplificata ma esauriente. 4. - Ulteriori argomenti a sostegno della tesi esposta. 5. - Due verifiche: l'istruttoria e l'appello. 6. - Congruità della tesi sostenuta con profili sistematici e pratici. 7. - Valutazioni conclusive.

1. - Gli aspetti della tutela cautelare, anticipatoria e sommaria, nel quadro delle recenti e ricorrenti modifiche al processo civile, disegnano, a ben guardare, un quadro di notevole omogeneità. Non credo (*absit iniuria verbis*) che questo sia ascrivibile ad una ponderata programmazione e ad un'articolata operazione culturale del legislatore, che, anzi, ancora nel 2009, accorpa le riforme processuali all'interno di un testo normativo complesso, dedicato alle più svariate situazioni<sup>1</sup>. Ritengo piuttosto che questo esito, oggettivamente interessante, dipenda dalla forzata necessità di rispondere ad una domanda sociale di giustizia rapida, in un contesto politico in cui le risorse disponibili non aumentano o perfino si contraggono.

Sta di fatto che ciascuna delle grandi riforme degli ultimi venti anni ha lavorato nella direzione di ottenere provvedimenti giudiziari efficaci senza dover passare attraverso la trafila del giudizio a cognizione ordinaria.

Senza scendere ai dettagli, basti qui ricordare che il legislatore del 1990 potenziò la tutela cautelare, istituendo un procedimento uniforme, dotato di due essenziali meccanismi: l'attribuzione

---

<sup>1</sup> Valgono ancora oggi le considerazioni, svolte nella precedente stagione di riforme del 2005-06, da CARPI, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 849 ss.

tendenziale della competenza al giudice del merito e la possibilità di modificare e rivedere il provvedimento, mediante il reclamo e la revoca<sup>2</sup>. Ciò rendeva più autorevole la misura concessa e tendeva a facilitare la soluzione delle controversie sulla base del *dictum* cautelare del giudice. Certo, il nesso di strumentalità con il giudizio di merito e la concentrazione di questa tutela a favore dei diritti suscettibili di un pregiudizio irreparabile, ne limitavano il campo di applicazione, lasciando fuori dalla corsia a percorrenza veloce tutte le situazioni soggettive comuni.

Nel 2005, nuovi interventi hanno investito questa materia. Il più significativo è quello che ha inciso sul profilo della strumentalità, attenuandone o, secondo alcune letture, potenzialmente eliminandone il peso. Il provvedimento anticipatorio governato dall'art. 669-octies c.p.c. non solo propone un assetto di interessi alle parti, ma si candida a divenire definitivo, se i litiganti decideranno di non instaurare il giudizio di merito<sup>3</sup>. Questo provvedimento, per espressa volontà legislativa, non giunge all'efficacia del giudicato, ma ha certo l'ambizione di poter essere, almeno sul piano pratico, l'ultima parola di quella lite<sup>4</sup>.

La legge n. 69 del 18 giugno 2009 pone un terzo, importante tassello<sup>5</sup>:

---

<sup>2</sup> Su cui v., fra i molti contributi, VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro italiano*, 1992, V, c. 432 ss.; TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, in *Rivista di diritto processuale*, 1991, p. 335 ss. La riforma era stata preparata da un intenso dibattito dottrinale, fra cui v. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 407 ss.; LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, ivi, p. 154 ss.; ARIETA, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1982; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983; CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, in *La tutela d'urgenza*, Rimini, 1986, p. 37 ss.

<sup>3</sup> Sulla riforma del 2005, v. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, p. 781 ss.; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro italiano*, 2005, V, c. 135 ss.; ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, Padova, 2005, spec. p. 991 ss.; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (l. 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it*; BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, p. 67 ss.; TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, 3° ed., Padova, 2008.

<sup>4</sup> V. ampiamente QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

<sup>5</sup> E' certamente vero che il nuovo procedimento mutua molti tratti dall'abrogato processo sommario di cognizione (su cui per tutti v. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 353 ss.). Tuttavia, va notato che il limitato ambito di applicazione faceva dell'art. 19 del d. lgs. n. 5 del 2003 una sorta di alternativa al procedimento di ingiunzione, più che uno strumento di portata generale, come è

quello di un giudizio a cognizione semplificata, applicabile alla generalità delle situazioni soggettive, senza che occorra alcun requisito di urgenza nella tutela o di irreparabilità del danno, che sfocia in un provvedimento (e qui sta la novità maggiore) idoneo al giudicato<sup>6</sup>. Si tratta di un'innovazione sulla cui efficacia pratica è ancora difficile pronunciarsi, ma che va certamente nella direzione che avevo personalmente auspicato all'indomani della riforma del 2006<sup>7</sup>.

2. - Il profilo del rapporto cognizione/giudicato nel nuovo processo sommario, disciplinato dagli artt. 702-bis, 702-ter e 702-quater c.p.c., è il punto essenziale da comprendere.

Preliminarmente, credo che sia essenziale liberare la mente da schemi preconfezionati, nei quali cercare di collocare le novità legislative. E' vero, piuttosto, che non di rado (e questo è un esempio) le norme obbligano a rivedere impostazioni formate in momenti precedenti.

Ora, il diritto processuale civile ha vissuto a lungo sulla base dell'equazione giudicato/cognizione ordinaria: intendendosi come tale quella disciplinata dal processo ordinario di cognizione, del secondo libro del codice, ovvero da processi ordinari su materie *ad hoc*, come il processo del lavoro o il recentemente abrogato processo societario<sup>8</sup>. L'equazione ha radici profonde. In sostanza, essa presuppone che la verità reale sia difficilmente attingibile nel processo e condiziona la stabilità degli effetti della decisione finale, non alla sua intrinseca credibilità o razionalità, ma al fatto che essa si sia prodotta al termine di un percorso formale dato. Si tratta, ovviamente, di un percorso ricco di garanzie, al punto che per alcuni

---

invece il procedimento qui commentato. Soprattutto, poi, nel caso dell'art. 19, all'ordinanza non impugnata non veniva riconosciuta la forza di giudicato. Ne segue che le riflessioni svolte sul sommario societario non sembrano utilmente applicabili a comprendere il nuovo istituto.

<sup>6</sup> V. per i primi contributi CARRATTA, in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 135 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 103 ss.; OLIVIERI, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 28, p. 37 ss.; MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1025 ss.; BOVE, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Ronciglione, 2009, p. 81 ss.; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*.

<sup>7</sup> Senza pretesa di autoreferenzialità, ma solo per indicare lo sviluppo di una linea di riflessione, richiamo BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 574.

il venir meno di qualche garanzia comporta l'incostituzionalità del rito (ai sensi dell'art. 24 e, più di recente, dell'art. 111 cost.)<sup>9</sup>.

A mio avviso, in tal modo non ci si pone il problema gnoseologico, di quale cognizione (per estensione, ampiezza, complessità) sia necessaria e sufficiente a definire con certezza la lite, ma ci si assicura che il caso sia stato esaminato secondo determinate e ben organizzate regole. Al di fuori di questo contesto, il giudicato non si può formare: è accettata l'idea di un giudicato che nasce da procedimenti a cognizione sommaria e incompleta (come il procedimento monitorio), a condizione che la parte che lo desidera possa sempre instaurare, se lo vuole, un giudizio di merito a cognizione ordinaria (come, nell'esempio appena portato, l'opposizione a decreto ingiuntivo)<sup>10</sup>.

Anche se, in una certa misura, un indebolimento di questa costruzione veniva dai provvedimenti anticipatori liberi dal giudizio di merito, fino alla legge n. 69 questa era la lettura assolutamente dominante.

I venti di crisi sull'equazione cognizione ordinaria/giudicato, però, soffiavano da tempo: vuoi sul versante del giudicato, sottoposto al vaglio critico del diritto europeo<sup>11</sup>; vuoi sul versante della cognizione ordinaria, troppo macchinosa per dare un'efficace giustizia con le scarse risorse a disposizione dell'apparato giudiziario, al punto da favorire (perché praticamente più efficaci) le decisioni

---

<sup>8</sup> Per questa espressione e, in generale, sulla problematica qui esaminata, v. di recente la monografia di TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009.

<sup>9</sup> V. per tutti LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, in LANFRANCHI-CARRATTA, *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, p. 1 ss.

<sup>10</sup> V. per tutti GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 137 ss. L'a. mette in luce come la distinzione fra cognizione sommaria e cognizione piena passi attraverso la discrezionalità procedurale, da un lato, e la dettagliata predeterminazione legale di tutti i passaggi salienti del giudizio, dall'altro (ivi, p. 142). Preferisco impiegare la nozione di cognizione sommaria in un'accezione contenutistica, per indicare le fattispecie in cui l'accertamento dei fatti avvenga in modo superficiale o incompleto.

<sup>11</sup> Non mi riferisco soltanto alla decisione Lucchini del 18 luglio 2007 (su cui v. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007, n. 5, p. 1591 ss.), ma anche alla recentissima sentenza della Corte di giustizia nel caso Olimpiclub del 3 settembre 2009 (causa C-2/08), in cui si è ravvisato un contrasto fra l'art. 2909 c.c. e il diritto comunitario, in relazione all'estensione del giudicato tributario esterno riferito ad una data annualità fiscale ad altre e diverse annualità fiscali, caratterizzate dalle medesime circostanze di fatto e di diritto.

senza giudicato<sup>12</sup>.

Il processo sommario rappresenta una rottura di questo schema. Occorre però dimostrare, per convincersene, che la cognizione affidata al giudice non è propriamente una cognizione sommaria, ma una cognizione piena, esauriente ed adeguata alla fattispecie, seppure semplificata e certamente non ordinaria<sup>13</sup>.

3. - Il punto centrale di questa dimostrazione sta nel terzo comma dell'art. 702-ter.

La norma prevede che il giudice, presa visione degli atti e documenti prodotti dalle parti, secondo le modalità regolate dall'art. 702-bis, "se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria", dispone che il processo prosegua secondo le forme della cognizione ordinaria.

E' di notevole rilievo il fatto che il giudice (per l'esattezza, il Tribunale a composizione monocratica) compie una pre-analisi del processo, non sulla base di dati ipotetici, ma in base alla concretezza reale del singolo caso. Vorrei rilevare che questa situazione è nuova e originale nel diritto processuale italiano. Essa non è paragonabile ai mutamenti di rito, dipendenti dalla materia trattata in causa: si configura come una significativa applicazione dell'idea di elasticità<sup>14</sup>, nel senso che il rito (semplificato o ordinario) dipende, almeno da un certo momento del processo in avanti, non da una scelta delle parti, ma da una valutazione consapevole del giudice, che sarà diversa caso per caso.

Devo dire che, ad una primissima lettura, questa disposizione mi era parsa bizzarra e fonte di incertezze. In realtà, se correttamente applicata nella prassi, essa rappresenta uno snodo, anche concettuale, di rilievo. Infatti, il giudice, sia nel rito ordinario che in quello semplificato, lavora in vista di una decisione suscettibile di

---

<sup>12</sup> V. in proposito le efficaci riflessioni di TISCINI, *op. cit.*, p. 3 ss. V. poi ampiamente, in chiave comparatistica, CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1359 ss.

<sup>13</sup> E' appena il caso di osservare che non si pone in discussione la necessità di pervenire ad una decisione giusta, attraverso un metodo che garantisca pienamente i diritti di difesa delle parti, ma soltanto l'identificazione della cognizione ordinaria come l'unico percorso possibile per raggiungere la stabilità del provvedimento.

acquisire efficacia di cosa giudicata. Esaminate le carte (e quindi, *ex post* e non *ex ante*), stabilisce se al giudicato si possa pervenire mediante una cognizione più semplice, e allora proseguirà con il rito sommario, ovvero più complessa, ed allora convertirà il processo al rito ordinario.

Le carte, a loro volta, depongono nel senso di una completa presentazione della materia del contendere. Seppure questa argomentazione probabilmente non sia decisiva, va detto che la struttura del procedimento, come realizzata dall'art. 702-bis, contiene più di un aspetto che non si spiegherebbe se la cognizione svolta fosse realmente sommaria<sup>15</sup>. In specie, sono significative le forme della difesa del convenuto, che deve prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda e ha l'onere di proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio. Nel compiere la propria analisi del caso, il giudice dispone quindi di tutte le informazioni essenziali<sup>16</sup>.

E' bene sottolineare che la norma parla di "istruzione" (sommaria o non sommaria). Quindi, la scelta del giudice dipende dalla complessità in fatto e non da quella in diritto della causa che deve esaminare. Non solo: la complessità deve essere organizzativa e non concettuale. Se la causa deve essere decisa in base alla difficile interpretazione di un solo documento, è possibile procedere con il rito *ex art. 702-bis ss. c.p.c.*; se, per contro, è necessario ascoltare molti testimoni o disporre una complessa consulenza tecnica, si dovrà optare per il rito disciplinato dal secondo libro del codice<sup>17</sup>.

Il giudice, in altre parole, deve misurare, se così posso esprimermi, la "quantità" di attività istruttoria necessaria e deliberare di conseguenza. A mio avviso, al giudice spetta il compito di esaminare, in questa sede, anche la rilevanza e l'ammissibilità delle prove

---

<sup>14</sup> Su cui richiamo la lezione di DENTI, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 8 ss.

<sup>15</sup> MENCHINI (*op. cit.*, p. 1025) rileva che, almeno nella fase preparatoria, si ha una cognizione piena ed esauriente.

<sup>16</sup> Non mi pare che siano previste preclusioni per le deduzioni istruttorie: sicché, la causa potrebbe risultare più complessa in un momento successivo. La soluzione più plausibile è che, in questo caso, il giudice possa disporre il passaggio al rito ordinario anche dopo avere iniziato l'istruzione semplificata (in questo senso, v. G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 112).

dedotte dalle parti (e specialmente dal convenuto). Ad escludere il rito sommario, non basterebbe una comparsa di risposta infarcita di richieste di prove testimoniali, se si trattasse di istanze chiaramente non ammissibili o non rilevanti.

Certo, stabilire con ragionevolezza il livello di complessità che impone il passaggio al rito ordinario è difficile. Forse, aggiungo, non è neppure utile, perché la decisione avviene a posteriori. L'attore che sceglie di introdurre il rito sommario potrebbe non immaginare l'esistenza di complesse eccezioni del convenuto e, quindi, avvedersi che la sua iniziativa, apparentemente corretta per i dati a sua disposizione, non è destinata a proseguire, ma deve confluire nel quadro di una trattazione ordinaria. A me sembra che abbia rilievo il quinto comma dell'art. 702-ter: il riferimento, pressoché letterale, alla formula dell'art. 669-sexies c.p.c. fa pensare che sia compatibile con il rito semplificato un'istruttoria di complessità analoga a quella di un procedimento cautelare uniforme.

E' bene sottolineare, al riguardo, che il giudice, in base al comma appena citato, "procede nel modo più opportuno agli atti di istruzione rilevanti". Quindi, confermato che la scelta per il sommario è preceduta da una valutazione di rilevanza (e di ammissibilità) delle prove proposte dalle parti, è anche chiaro che il nuovo rito semplificato non esclude, ma permette lo svolgimento di istruttoria e l'espletamento di prove costituenti.

Comunque ci si voglia atteggiare dinanzi al problema del livello di complessità dell'istruttoria, occorre prendere atto di un dato normativo: il giudice sceglie, tenendo conto di ciò che è necessario per la futura formazione di un giudicato e nel rispetto delle regole del giusto processo, seppure in un quadro di oggettiva minore complessità in fatto.

Ecco, allora, il punto decisivo. La cognizione del giudice del rito chiamato sommario non è sommaria, nel senso che non è incompleta o superficiale, ma è piena e adeguata alle caratteristiche di quel caso. Essa è, piuttosto, una cognizione semplificata, caratterizzata da una fattispecie riconducibile ad un quadro probatorio non complesso. Ne segue che l'equazione cognizione ordinaria/giudicato non può più

---

<sup>17</sup> V. in questo senso, G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 110.

ritenersi una costante del nostro ordinamento.

4. - La tesi qui sostenuta è rafforzata da altre due considerazioni. La prima concerne il carattere di generalità delle controversie conoscibili dal giudice con il rito sommario. Si tratta, infatti, di tutte le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica.

Ora, la cognizione sommaria (in senso proprio) è normalmente impiegata, proprio per la sua intrinseca insufficienza, in fattispecie normative delimitate. L'estensione del rito c.d. sommario a tutte le controversie, tranne a quelle esplicitamente escluse, è un importante indice che si tratta qui di una cognizione piena ed adeguata.

La seconda concerne l'acquisizione della forza di cosa giudicata per l'ordinanza con cui il giudice decide la causa.

Come accennavo sopra, anche i provvedimenti anticipatori senza necessità di instaurazione del giudizio di merito hanno una struttura che, potenzialmente, li renderebbe idonei al giudicato: effetto che, però, il legislatore espressamente nega. Invece, la cognizione semplificata del rito sommario (che, si è visto, non differisce nella sua complessità da quella di un procedimento cautelare), è idonea a raggiungere l'efficacia di stabilità prevista dall'art. 2909 c.c.

Questo diverso trattamento si spiega, a mio avviso, attraverso (o anche attraverso) la lettura del citato terzo comma dell'art. 702-ter. Infatti, nel caso dei cautelari anticipatori, la decisione di stabilizzare in pratica il provvedimento, non instaurando la causa di merito, è presa dalle parti: nessuna autorità giurisdizionale si è pronunciata sull'adeguatezza dell'accertamento svolto e sono soltanto le parti ad effettuare una valutazione in questo senso, non senza mescolarla a considerazioni di ordine concreto. Il giudice tace e il giudicato non si forma.

Per contro, l'adeguatezza della cognizione semplificata nel caso di specie è asseverata da una decisione del giudice. Certo, il giudice può sbagliare e qui si aprirà lo spazio per il giudizio di appello potenziato previsto dall'art. 702-quater c.p.c. Tuttavia, se la valutazione è esatta, quel processo avrà esattamente il *quantum* di cognizione necessaria e sufficiente a decidere il caso. Il giudice

parla e il giudicato si forma.

Dall'impostazione proposta, seguono alcuni corollari.

In primo luogo, il giudizio sommario è possibile per ogni tipo di domanda e non solo per le domande di condanna<sup>18</sup>. L'ordinanza sarà provvisoriamente esecutiva e costituirà titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione, se avrà questo tipo di contenuto. Se la domanda viene respinta e si forma un accertamento negativo, questa pronuncia viene a dare sostanza ad un giudicato di rigetto.

La generalità delle controversie assoggettabili al rito semplificato mi fa propendere per l'estensione degli artt. 702-bis ss. c.p.c. anche alla materia disciplinata dal rito del lavoro. E' vero che, se passa alla trattazione ordinaria, il giudice deve fissare l'udienza "di cui all'art. 183", il che fa pensare al solo rito ordinario di cognizione comune. Non mi pare però, che questo argomento sia decisivo, rispetto all'attribuzione al nuovo rito di tutte le controversie che sono conosciute dal tribunale in composizione monocratica. Non appare decisivo neppure il fatto che, nella prospettiva della delega di cui all'art. 54 della l. n. 69, il rito sommario e il rito del lavoro siano considerati modelli non interscambiabili, giacché, in quella norma, il sommario non è interscambiabile neanche con il rito ordinario. In mancanza di forti argomentazioni contrarie, ritengo quindi preferibile concludere nel senso della possibilità di impiegare il procedimento sommario anche nelle materie governate dal rito del lavoro<sup>19</sup>.

5.- E' necessario, a questo punto, confrontarsi con le posizioni che, in dottrina, ritengono che il nuovo processo realizzi effettivamente una cognizione sommaria e che la pienezza della cognizione si realizzi soltanto attraverso l'appello (o, quanto meno, la possibilità dell'appello).

Il confronto si articola in due passaggi essenziali: la qualità

---

<sup>18</sup> Su questo punto concorda la maggior parte dei primi commentatori (MENCHINI, *op. cit.*, p. 1026-1027; OLIVIERI, *op. cit.*, p.42). Contrario invece CARRATTA (*op. cit.*, p. 139), che ritiene il nuovo procedimento utilizzabile solo per pronunce di condanna.

<sup>19</sup> Di questa opinione è OLIVIERI (*op. cit.*, p.42); di opinione negativa sono invece MENCHINI (*op. cit.*, p.1027) e CARRATTA (*op. cit.*, p. 139 ss.).

dell'istruttoria e il ruolo dell'appello.

Sotto il primo profilo, si è rilevato che, nel nuovo istituto, la cognizione è sommaria, non perché è parziale, ma perché è superficiale: ed è superficiale, in questa prospettiva, perché l'accertamento dei fatti viene condotto in modo destrutturato, senza il rispetto delle forme di cui al secondo libro del c.p.c.<sup>20</sup>

A me sembra che il quinto comma dell'art. 702-ter, seppure quasi identico, come già rilevato, all'art. 669-sexies, non possa essere letto come la norma dettata a proposito del procedimento cautelare, ma debba invece essere interpretato alla luce dell'idoneità fisiologica al giudicato (e quindi, normalmente senza appello) dell'ordinanza che decide il caso<sup>21</sup>. L'informalità concessa al giudice è intrinsecamente limitata dall'effetto di stabilità della pronuncia. La qualità della cognizione e dell'accertamento non è superficiale, ma è dello stesso livello di quella che si sviluppa nella cognizione ordinaria. Il controllo avviene a priori: se il giudice si avvede che la sua cognizione sarebbe incompleta e non pienamente realizzabile, deve optare per la trattazione ordinaria<sup>22</sup>.

Analogamente, non mi pare che le nuove norme attribuiscono poteri officiosi più ampi al giudice: il tribunale ha i poteri istruttori che gli vengono conferiti dal diritto comune (e quindi più ampi se si tratta di controversia di lavoro) per quella materia.

Una seconda verifica importante della correttezza della tesi proposta si ha con l'analisi dell'art. 702-quater, relativo all'appello nei confronti dell'ordinanza emessa all'esito del giudizio.

Chi ravvede nel nuovo rito una forma di cognizione sommaria, non solo nel nome ma anche nella sostanza, deve necessariamente ipotizzare che vi sia un momento successivo a cognizione piena: diversamente, si avrebbe un giudicato senza cognizione adeguata e quindi una probabile fattispecie di incostituzionalità. Di qui, l'idea di leggere

---

<sup>20</sup> V. in questo senso MENCHINI, *op. cit.*, p. 1031 e nt. 24.

<sup>21</sup> Osserva esattamente G.F. RICCI (*op.cit.*, p.113) che l'ordinanza che pone fine al procedimento sommario ha natura sostanziale di sentenza.

<sup>22</sup> In altre parole ancora. Nei procedimenti autenticamente sommari (ad esempio, si pensi al procedimento in camera di consiglio), l'intensità della cognizione è forzatamente limitata. Nel procedimento *ex art. 702-bis ss. c.p.c.*, invece, il giudice sceglie lo schema sommario, anziché quello ordinario, quando lo ritiene idoneo e sufficiente a realizzare una cognizione che prepara il giudicato. E' questa facoltà di scelta che, a mio avviso, colora come esauriente l'accertamento condotto dal giudice.

nell'appello il vero momento della cognizione e interpretare in modo estensivo le difformità dell'art. 702-*quater* rispetto all'appello di diritto comune<sup>23</sup>.

Se, da un lato, le preoccupazioni volte a dare una lettura costituzionalmente conforme del nuovo istituto sono certamente condivisibili, è però opportuno esaminare con molta attenzione l'art. 702-*quater* per verificare se lo si possa effettivamente vedere come la fase a cognizione piena che succede a quella sommaria in prima istanza.

Ora, a ben guardare, vi è soltanto una differenza essenziale fra il testo della norma in esame e il terzo comma dell'art. 345 c.p.c.<sup>24</sup> Mentre nel diritto comune dell'appello le nuove prove, costituite o documentali, possono essere ammesse solo se indispensabili, qui ci si riferisce invece a prove che il collegio ritenga semplicemente rilevanti. Null'altro, e soprattutto null'altro sotto il profilo della materia del contendere, che resta rigorosamente confinata entro i limiti della prima istanza. Ogni altro profilo dell'appello rimane governato dalle norme del secondo libro del c.p.c.

In particolare, l'art. 702-*quater* consente alla parte, come l'art. 345, di proporre nuove prove se dimostra di non averle potute produrre in prima istanza per causa ad essa non imputabile. Come esattamente notato in dottrina, questo segmento della norma suppone un giudizio già completo e definito in prima istanza<sup>25</sup>. La disposizione è chiara e non può essere sterilizzata, interpretando in modo eccessivamente estensivo il riferimento alle nuove prove: che, peraltro, devono essere autenticamente nuove e non semplicemente le medesime, assunte secondo diverse formalità<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Si veda specialmente CARRATTA (*op. cit.*, p. 158 ss.), che ritiene che si tratti di un appello "speciale", volto a consentire la trasformabilità del processo da sommario in cognizione piena.

<sup>24</sup> Manca, nella norma sull'appello nel procedimento sommario, il riferimento al giuramento e si specifica che le prove possono essere raccolte da un solo componente del collegio, appositamente delegato.

<sup>25</sup> Lo osserva, pur da una prospettiva diversa da quella sostenuta in queste note, MENCHINI, *op. cit.*, p. 1033, nt. 32.

<sup>26</sup> Osserva giustamente LUISO (*op. cit.*, par. 6) che sussiste una contraddizione logica fra le due possibilità di nuove prove offerte dall'art. 702-*quater* c.p.c., giacché il criterio della rilevanza assorbe anche quello dell'incolpevole produzione in prima istanza. Tuttavia, la norma prevede i due criteri congiuntamente e quindi, posto che quello restrittivo è chiaro, o si amputa una parte dell'articolo, oppure si interpreta in modo limitativo il concetto di prova rilevante, avvicinandosi a quello di diritto comune dell'indispensabilità. In ogni caso, non si può che convenire con l'a. citato sulla pessima redazione tecnica della norma.

Pur volendo attribuire all'alternativa rilevanti/indispensabili il maggiore rilievo possibile, non mi pare che l'appello svolga un ruolo di cognizione piena in contrapposizione ad una supposta cognizione sommaria. L'estensione dei mezzi di prova proponibili per la prima volta in fase di gravame si spiega piuttosto con l'esigenza di tutelare la parte soccombente dall'eventuale errore di valutazione del giudice nella pre-analisi del caso e che lo abbia portato a trattare con il rito sommario una controversia, che invece necessitava della trattazione ordinaria<sup>27</sup>. E' bene sottolineare che queste nuove prove sono comunque racchiuse nell'ambito delle difese svolte nella fase sommaria: il che mette in luce la radicale differenza con ipotesi come quella dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

Non basta. Il nuovo procedimento è utilizzabile, come si è visto, tutte le volte che non occorra un'istruzione complessa e, quindi, può essere certamente impiegato nelle cause di puro diritto. In queste fattispecie, la maggiore ampiezza dell'appello sul piano delle prove è del tutto inefficace: eppure, non si può negare che la lite di diritto decisa in base agli artt. 702-bis ss. porti al giudicato sostanziale. La lettura delle norme, scevra da pregiudizi, mi sembra conduca, quindi, alla constatazione che nel nuovo procedimento si dà luogo ad un accertamento esauriente in prima istanza.

6. - Considerare il nuovo processo sommario come un processo a cognizione semplificata, ma piena ed adeguata rispetto alla fattispecie concreta, si pone in coerenza con molteplici profili.

In primo luogo, questa lettura si allinea con il disegno complessivo del legislatore e con la delega prevista dall'art. 54 della l. n. 69 del 2009, che, come è noto, prevede che i procedimenti civili di natura contenziosa regolati dalla legislazione speciale (salvo le importanti eccezioni previste al comma quarto, lettera d), della stessa norma) siano ricondotti ad uno dei tre modelli processuali indicati: il rito del lavoro, quello ordinario, ovvero, appunto, il rito sommario. Ora, è lo stesso legislatore ad affermare con chiarezza che saranno ricondotti al procedimento sommario di cognizione quei procedimenti speciali "in cui sono prevalenti caratteri di

---

<sup>27</sup> V. l'esatta puntualizzazione di G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 115.

semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa". L'impiego della parola "semplificazione" come contenuto dei procedimenti "sommari" è di notevole interesse. Se, come ritengo, semplificazione e sommarietà sono due nozioni diverse (la prima allude a una cognizione adeguata e suscettibile di giudicato; la seconda, a una cognizione incompleta o superficiale, con inidoneità al giudicato se non previa possibile instaurazione di un giudizio ordinario), il loro uso convergente da parte del legislatore svuota di ogni significato tecnico l'impiego dell'espressione "sommario", visto che del medesimo rito non si possono affermare al contempo due qualità opposte<sup>28</sup>. Ecco allora che la ricostruzione va condotta sul terreno sostanziale e, come si è visto, è l'idea di semplificazione a risultare prevalente.

Nel quadro europeo - ed è questo il secondo aspetto - le forme di cognizione semplificata ed accelerata sono ampiamente favorite ed è normale che si pervenga ad un accertamento stabile (e quindi, la formazione del giudicato) all'esito di questi procedimenti<sup>29</sup>. Ora, vedere nel rito definito sommario un processo a cognizione semplificata rende l'innovazione della l. n. 69 del tutto coerente con le tendenze del diritto dell'Unione.

Ancora, come ho già accennato, un procedimento a cognizione semplificata ma adeguata si sottrae a possibili censure di incostituzionalità.

L'ultimo aspetto concerne la ricaduta pratica di quanto stiamo esaminando. Se la cognizione vera e piena si avesse soltanto in appello, ogni carenza probatoria in prima istanza sarebbe sostanzialmente rimediabile. Se invece la cognizione è adeguata, occorre che i difensori giochino correttamente le loro carte nella fase di prima istanza, consapevoli che l'appello potrà riaprire la gara solo in limitate ipotesi.

Per quanto concerne, poi, il sistema giustizia, la tesi della natura meramente sommaria della cognizione ha per effetto l'aumento del contenzioso in appello, il che è certamente contrario alla *ratio* del

---

<sup>28</sup> Ovviamente, questo suppone che alla sommarietà si dia un significato di contenuto gnoseologico e non di natura formale, collegato alla mancanza di rigidità delle regole processuali.

<sup>29</sup> Mi permetto un richiamo a BIAVATI, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 766.

legislatore. Credo che le norme processuali vadano interpretate con un'ottica finalistica: nel senso, cioè, che rendano più fluido e non più incerto il meccanismo della tutela giurisdizionale, in rapporto alla concretezza dei singoli ordinamenti. La lettura qui proposta ha probabilmente l'effetto di rendere meno numerosi i casi in cui il giudice si limiterà al sommario, ma di consentire una soluzione efficace della lite già in prima istanza, rendendo l'impugnazione un'eventualità meno frequente.

7. - Gli elementi di novità del nuovo processo, come si è visto, sono significativi: soprattutto, mi sembra, è importante il nuovo compito di prognosi che la legge affida al giudice, chiamato ad assegnare ad ogni causa introdotta nelle forme del rito sommario, le modalità di trattazione più opportune. Si tratta di un vero e proprio *case management* italiano<sup>30</sup>: come il giudice inglese ha possibilità di optare per forme di trattazione diversa a seconda del caso (dal *fast track* allo *small track*)<sup>31</sup>, così anche i nostri magistrati dovranno esercitare poteri di governo, non solo interni ad un rito predefinito, ma tali da avviare il caso su un binario piuttosto che su un altro. E' evidente, quindi, che molto del successo o dell'insuccesso del rito sommario dipenderà dalla sua gestione pratica, sia ad opera dei giudici che ad opera degli avvocati.

Gli avvocati possono essere tentati da vari possibili abusi del rito sommario. Da un lato, possono cercare di introdurre con il sommario processi fattualmente complessi, per mettere in difficoltà il convenuto, costretto a difendersi in tempi compressi e con il rischio di commettere errori (che gli peseranno anche nell'ipotesi di passaggio al rito ordinario, in cui, ad esempio, le preclusioni maturate prima dell'udienza dell'art. 183 restano ferme)<sup>32</sup>. Dall'altro, possono ampliare artificiosamente le difese del convenuto, al fine di indurre il giudice ad optare per il rito ordinario, prevedibilmente più lungo.

---

<sup>30</sup> Sul significato del *case management* britannico, v. ZUCKERMAN, *Court control and party compliance. The quest for effective litigation management*, in TROCKER-VARANO (a cura di), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005, p. 143 ss.

<sup>31</sup> V. per tutti TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rassegna forense*, 2006, p. 1465 ss. e spec. p. 1475 ss.

Oltre a questi comportamenti, che potranno comunque essere efficacemente fronteggiati dal giudice e dalla controparte, vi è un altro e più sottile rischio. Gli avvocati sono concordemente favorevoli all'accelerazione dei tempi del processo, ma richiedono di avere a disposizione, per il proprio caso, tempi di difesa ampi e rilassati. La riduzione della durata delle cause è auspicata, ma talora si pensa che debba essere realizzata attraverso metodi che non riducano in alcun modo le memorie, le repliche, le produzioni documentali e via discorrendo.

Un cambio di mentalità va certamente auspicato, ma la sobrietà nelle difese, fermo il rispetto del contraddittorio, non può scaturire da un volontario *self-restraint* dei difensori, bensì da regole imposte, così come accade in sede europea<sup>33</sup>. A mio avviso, l'applicazione del procedimento sommario potrà avere effetti benefici, perché mostrerà che si possono vincere cause con una strumentazione semplice; ciò potrebbe, negli auspici, generare un ciclo virtuoso, con un impiego sempre più diffuso del nuovo rito.

Quanto ai tribunali, è indispensabile un metodo di organizzazione delle udienze che permetta la trattazione di un congruo numero di procedimenti sommari. Un singolo magistrato dovrebbe poter decidere vari giudizi sommari (se si tratta davvero di casi a cognizione semplificata) in una mattinata. Nel contempo, occorre assicurare che le udienze si tengano senza eccessive dilazioni rispetto alla presentazione del ricorso e delle difese. Forse, occorrerà assegnare ai procedimenti sommari una corsia apposita, che li distingua dal canale di trattazione dei giudizi ordinari.

Come ho scritto in apertura, non vi è sempre razionalità nelle scelte del legislatore, ma la domanda di giustizia rapida, che proviene dalla società civile, è un fiume carsico che presto o tardi trova gli sbocchi opportuni. Il rito a cognizione semplificata introdotto dalla l. n. 69 offre a questa esigenza una possibilità concreta e non resta che auspicarne un'efficace applicazione.

---

<sup>32</sup> Il punto è giustamente messo in luce da MENCHINI, *op. cit.*, 1028.

<sup>33</sup> Basti pensare alle istruzioni pratiche impartite alle parti dalle corti dell'Unione europea a Lussemburgo, in cui la lunghezza delle memorie e la durata delle discussioni orali sono determinati in precedenza. Al riguardo, mi permetto un rinvio a BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2009, 4° ed., p. 174 ss.