

Bruno Capponi

Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)

L'art. 51 della legge n. 69 del 2009 ha inserito nel Titolo I del Libro IV del codice di procedura civile un Capo III-*bis* dedicato al *procedimento sommario di cognizione*, composto di tre articoli (702-*bis*, *ter* e *quater*)¹. Il nuovo procedimento viene così implicitamente classificato tra gli *speciali sommari*, topograficamente anteposto ai soli procedimenti possessori (Capo IV), e posposto al procedimento d'ingiunzione (Capo I), al procedimento per convalida di sfratto (Capo II) ed ai procedimenti cautelari (Capo III), i soli ad essere a loro volta articolati in distinte Sezioni dedicate rispettivamente ai procedimenti cautelari in generale, ai sequestri, ai procedimenti di nuova opera e danno temuto, ai procedimenti di distruzione preventiva e ai provvedimenti d'urgenza.

Tale collocazione (anche all'interno del citato Titolo I) può suggerire più di una riflessione critica; e ciò specie alla luce del fatto che l'art. 54 della stessa legge n. 69 prevede, a proposito della delega al Governo per la riduzione e semplificazione dei riti [comma 4, lett. b), n. 2)], che potranno essere ricondotti al modello *«sommario»* tutti i procedimenti speciali di natura contenziosa, anche camerali, in cui risultino *prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa*. Ma, a differenza di quanto avviene per il procedimento di cui agli artt. 702-*bis* e segg., per i secondi sarà esclusa la possibilità di *«conversione»* nelle forme

¹ Sul procedimento sommario di cognizione si è già formata una vasta letteratura. V., anche per gli opportuni riferimenti, R. Tiscini, *Commento agli artt. 702-bis, ter e quater*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, a cura di A. Saletti e B. Sassani, Torino, 2009, 227 ss.; P.P. Lanni, *Commento agli artt. 702-bis, ter e quater*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, *La riforma del 2009*, curato da C. Consolo assieme a M. De Cristofaro, Milano, 2009, 356 ss.; D. Volpino, *Commento agli artt. 702-bis, ter e quater*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, 6° ed., a cura di F. Carpi e M. Taruffo, Padova, 2009, 2302 ss.

della cognizione ordinaria, disciplinata dal Libro II del codice. Se ne deduce che il procedimento sommario nasce nella stessa legge istitutiva come un modello ibrido, in prospettiva generalizzabile soltanto per i suoi aspetti speciali ma che, nella sua disciplina propria (che partecipa al tempo stesso del modello speciale sommario come dell'ordinario), resta un *unicum* di difficile inquadramento. Il legislatore ha deciso di collocarlo nel Libro IV (l'Upim di cui parlava Virgilio Andrioli), ma l'istituto avrebbe potuto trovare una collocazione altrettanto idonea anche nel Libro II del codice. Va infatti rilevato che il riferimento dell'art. 54 della legge n. 69 ai caratteri della *semplificazione della trattazione o dell'istruzione* (si noti la disgiuntiva oö) sembra valere ad identificare gli oggetti dei procedimenti da attrarre nel modello del sommario *tout court* in attuazione della delega, ma non anche i possibili oggetti del procedimento sommario in sé: il quale, sulla falsariga di quanto avveniva nel procedimento sommario di cui all'abrogato art. 19 d. lgs. n. 5/2003, potrà essere introdotto nelle forme ösommarioö per essere immediatamente ricondotto dal giudice, dopo lo scambio degli atti introduttivi, al modello della cognizione ordinaria di cui al Libro II del codice *se le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria* (art. 702-ter, comma 3).

I precedenti, in termini di modellistica processuale, del nuovo sommario possono essere individuati appunto nel procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 19 del decreto legislativo n. 5/2003 sul rito societario (abrogato nel suo complesso dalla stessa legge n. 69), nel procedimento in materia cautelare di cui all'art. 669-sexies, comma 1, c.p.c., nel procedimento sommario non cautelare di cui al d.d.l. Mastella (atto n. 1524/S/XV). Ovviamente, rispetto a tutti i detti modelli il nuovo sommario presenta autonome particolarità, la maggiore delle quali è senz'altro nella sua idoneità a somministrare qualsiasi tutela dichiarativa con conseguente produzione degli effetti di giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 c.c. Non esistono speciali condizioni di ammissione al procedimento sommario (come accade, ad esempio, per il procedimento monitorio o per quello cautelare): è l'attore a determinarsi nel senso di proporre la domanda con ricorso e non con citazione ad udienza fissa, in tutti i casi in cui (lo si deduce dal possibile contenuto del

provvedimento di conversione del rito) l'istruzione della causa potrebbe essere di tipo *sommario*. Si tratta ovviamente di una formula che non va presa alla lettera: è infatti ragionevole credere che il sommario potrà essere utilizzato (ed anzi, elettivamente utilizzato) per i processi senza istruzione o per i processi ad istruzione soltanto documentale, che di per sé non possono certo essere classificati *sommari*. In questo senso, si lascia meglio apprezzare la formula al negativo utilizzata nell'art. 702-ter, commi 3 e 4, e che rinvia alla necessità di un'istruzione *non sommaria*, intesa come non applicabilità dell'art. 702-ter, comma 5 (di cui oltre si dirà). Anche la trattazione (secondo il disposto dell'art. 54 cit., riferito tuttavia ai soli procedimenti da attrarre al sommario *tout court*) dovrebbe essere *non sommaria*; ma la formula è più difficile da interpretare, perché *trattazione* non è sinonimo di *cognizione* e, checché ne dica il legislatore del luglio 2009, nessun processo, per quanto a cognizione sommaria, dovrebbe essere trattato nel contraddittorio delle parti in modo parziale, incompleto, superficiale, unilaterale. Ne sia prova il fatto che i requisiti di contenuto-forma degli atti introduttivi del procedimento sommario (art. 702-bis, comma 1 e commi 4 e 5) non differiscono da quelli dell'ordinaria cognizione. Ne sia ulteriore dimostrazione il fatto che l'art. 702-ter, commi 3 e 4, fa riferimento alla sola istruzione, e non anche alla trattazione. Nulla afferma la disciplina del sommario in ordine al possibile *contenuto* della domanda giudiziale: e quindi anche un processo ad oggetto complesso, per la vicenda dedotta o per la *causa petendi* invocata, potrà essere introdotto nelle forme sommarie, salva la finale verifica (anzi, la verifica intermedia) rimessa al giudice. Nulla dice ancora, quella disciplina, sui *presupposti processuali di accesso* alla tutela speciale: e dunque non debbono ricorrere particolari condizioni e/o requisiti di urgenza, tanto in relazione alla situazione tutelanda quanto in relazione alla prova. Se ne deduce che l'attore potrà far ricorso alla tutela speciale sommaria esattamente negli stessi termini in cui potrebbe far ricorso a quella ordinaria salvo che (si tratta quindi di una condizione al negativo) il giudice non ravvisi la necessità di un'istruzione *non sommaria*. Risulta quindi certamente ambiguo affermare che il procedimento sommario è d'elezione destinato alle cause semplici, mentre non

sarebbe idoneo alla definizione di quelle "complesse"; ciò che si deduce dalle norme, infatti, è che soltanto la necessità di un'istruttoria di tipo ordinario (la cosiddetta cognizione *piena ed esauriente*) potrà fondare il presupposto della "conversione" del rito; il fatto che sia espressamente regolata la chiamata di terzo da parte del convenuto (art. 702-bis, comma 5; ma nulla è detto circa la chiamata da parte dell'attore, secondo il meccanismo dell'art. 184, comma 4, c.p.c.) lascia intendere che anche la causa litisconsortile, in sé, è perfettamente idonea ad essere definita nella sede sommaria.

La domanda si propone con ricorso, il cui modello è non l'art. 414, ma l'art. 163 c.p.c. (ivi compreso l'avvertimento al convenuto), e la fase introduttiva che segue è quella tipica dei giudizi che iniziano in tali forme (con termini, è ovvio, più contratti rispetto a quelli ordinari). Competente è il solo tribunale monocratico: non quindi (anche) il *giudice di pace*; il che può indurre a qualche perplessità, considerato che davanti al giudice onorario dovrebbero trattarsi le cause tendenzialmente più semplici (mentre, d'altro canto, nei tribunali è piuttosto diffusa la presenza di magistrati onorari, titolari di autonomi ruoli); il tribunale monocratico è anche il giudice d'appello delle sentenze del giudice di pace (artt. 341 e 50-bis c.p.c.), ma vuoi il richiamo all'art. 183 contenuto nell'art. 702-ter, comma 3, vuoi la modalità di definizione del sommario che resti tale dopo la verifica del giudice (ordinanza *ex art. 702-ter*, comma 5), vuoi la presenza di una norma speciale sull'appello (art. 702-*quater*) lasciano intendere che il sommario è stato concepito per il solo giudizio di primo grado; il che anche può indurre a perplessità, perché l'attuale conformazione "chiusa" del giudizio d'appello, esaltata dalla riforma dell'art. 345 c.p.c. operata dalla stessa legge n. 69 (art. 46, comma 16), fa proprio della *revisio* un giudizio suscettibile di essere trattato in forme semplificate. Di qui, ulteriori perplessità circa l'identificazione del sommario quale possibile contenitore di cause "semplici".

Il procedimento sommario (lo si deduce dal richiamo all'art. 183 c.p.c., contenuto nell'art. 702-ter, comma 3) sembra porsi come alternativo al solo processo di cui agli artt. 175 ss. c.p.c.; ma, in realtà, non vi sono ragioni per escludere la sua applicazione in luogo di

qualsiasi processo di cognizione piena, anche se speciale (primo tra tutti il rito del lavoro), mentre sembra sistematicamente corretto escludere la predicabilità del sommario laddove abbia già avuto luogo una fase del processo in forme sommarie: così, ad esempio, nel caso del cautelare *ante causam*, o anche nel caso dell'opposizione a decreto ingiuntivo. La nuova disciplina, d'altra parte e come già avveniva a proposito dell'art. 19 d. lgs. n. 5/2003, nulla dice in ordine alla compatibilità tra sommario e cautelare (non è chiaro se sia ammissibile la domanda cautelare nel corso del procedimento sommario).

Gli esiti immediati del sommario, una volta stabilito il contraddittorio delle parti, sono l'ordinanza di incompetenza, che è a tutti gli effetti assimilabile all'equivalente provvedimento adottato nella cognizione ordinaria; e l'ordinanza non impugnabile, con cui il giudice designato accerti che la domanda non si riferisce ad una delle cause richiamate dall'art. 702-bis (perché, ad esempio, si tratta di causa destinata alla competenza decisoria del collegio). Identico provvedimento può riguardare la sola domanda riconvenzionale del convenuto, e, sebbene la norma nulla dica al riguardo (cfr. l'art. 640 c.p.c.), è giocoforza pensare che in tali casi le domande dichiarate inammissibili potranno essere riproposte in sede ordinaria. Il carattere *non impugnabile* dell'ordinanza esclude infatti la possibilità di un appello in cui ci si dolga appunto e soltanto della valutazione compiuta dal giudice in ordine all'accesso alla tutela sommaria.

Da quanto esposto, si intende chiaramente che ó ancora sulla falsariga di quanto avveniva con l'art. 19 d. lgs. n. 5/2003 ó il procedimento sommario presenta, dal lato dell'attore, il seguente non secondario inconveniente pratico: in base alla sua valutazione iniziale, la domanda potrebbe essere (trattata e) istruita in forme sommarie; a seguito della costituzione del convenuto (e eventualmente del terzo chiamato) e della conseguente valutazione del giudice *in ordine all'istruzione*, il processo potrà essere óconvertitoö nelle forme ordinarie, con la fissazione dell'udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.* Quindi, a ben vedere l'attore ó che non ha *diritto* a che la sua domanda sia trattata e definita col rito sommario: paradossalmente, neppure in caso di contumacia del convenuto, salvo non

si intenda valorizzare l'uso del plurale nell'art. 702-ter, comma 3 ó introduce il procedimento speciale senza alcuna garanzia che quelle forme saranno rispettate sino alla pronuncia di merito, perché la valutazione discrezionale del giudice designato finirà per sovrapporsi ó con *ordinanza non impugnabile* ó alla sua valutazione iniziale, che aveva suggerito l'accesso alla tutela speciale sommaria.

Anche il convenuto potrà soffrire inconvenienti pratici (che non attingono, a mio giudizio, la lesione d'interesse costituzionale: è semmai vero che l'ordinario termine *ex art. 163-bis* c.p.c. appare contrario al principio di ragionevole durata, di cui al comma 2 dell'art. 111 Cost.), perché la fase introduttiva del sommario lo avrà privato dell'ordinario termine di costituzione in giudizio.

È questa, a ben guardare, la caratteristica propria del procedimento sommario di cognizione: l'esercizio contestuale, da parte dell'attore, dell'azione speciale e di quella ordinaria, stante che il provvedimento di conversione del rito non prevede regolarizzazione o integrazioni degli atti compiuti, ed in particolare di quelli introduttivi che, non a caso, sono concepiti sulla falsariga della citazione e della comparsa di risposta nel rito di ordinaria cognizione. Come avveniva nel caso dell'abrogato art. 19 del d. lgs. n. 5/2003, è il giudice a conquistare il centro della scena: è soltanto lui a decidere se il processo, nato (quasi a guisa di proposta) in forme sommarie, conserverà tale caratteristica sino alla decisione di merito. Le parti, dal canto loro, debbono essere attrezzate a trattare un processo di cognizione ordinaria e in ogni caso, in modo del tutto coerente con la struttura del procedimento, debbono compilare atti introduttivi affatto adeguati allo *standard* della cognizione ordinaria.

Se la trattazione della domanda introduttiva viene mantenuta nelle forme sommarie, è escluso il *simultaneus processus* con domande suscettibili di (trattazione e) istruzione nelle forme ordinarie: lo si deduce dall'art. 702-ter, comma 4, che prevede la separazione della domanda riconvenzionale, se bisognosa, lei sola, di istruzione non sommaria. È soltanto apparente la deroga ai principi generali espressi dall'art. 40 c.p.c. in tema di connessione e rito applicabile: il processo simultaneo regola la trattazione in unico contesto di domande a cognizione piena ancorché soggette a differenti riti, e

non anche di domande rispettivamente a cognizione piena e a cognizione sommaria, introducendo tali domande giudizi che, per la loro diversa struttura e finalità, non possono essere trattati in modo simultaneo (v., ad esempio, Cass., sez. I, 11 aprile 1997, n. 3161).

Uno degli aspetti più delicati del nuovo modello ó se non l'aspetto in assoluto più rilevante ó è così dato dalle forme dell'istruttoria, qualora il giudice concordi in ordine alla possibilità della trattazione in sede sommaria sino alla pronuncia di merito. A questo riguardo, la norma di riferimento è certamente stata, per il legislatore di luglio 2009, quella dell'art. 669-sexies, comma 1, c.p.c., essendosi previsto che *il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto* (così l'art. 702-ter, comma 5). A nostro avviso ó e di lato la considerazione di ragion pratica, giusta la quale le istruttorie cautelari non sono nella prassi troppo dissimili da quelle che hanno luogo nella cognizione ordinaria, essendo caratterizzate quantomeno dall'immediatezza che non sempre assiste le seconde ó questa previsione rischia di non essere in linea con l'art. 111 Cost., comma 1, laddove si parla di un processo *giusto perché regolato dalla legge*.

Sono note, al riguardo, le opzioni interpretative affacciate dalla dottrina sul testo costituzionale.

Secondo una prima interpretazione, di tipo letterale e formalista, il legislatore costituzionale avrebbe inteso escludere che norme processuali ógiusteö possano avere rango inferiore a quello della legge ordinaria. Si tratta però di un'interpretazione che non ci sentiamo di condividere, vuoi perché il nostro ordinamento conosce, sebbene in misura modesta, discipline processuali contenute in regolamenti e che non hanno mai posto particolari problemi di compatibilità con l'impianto generale delle norme di fonte primaria, vuoi perché sembrerebbe addirittura opportuno ó anche sulla scorta di quanto ha luogo in altri ordinamenti ó che, in determinate materie o per aspetti determinati, la disciplina processuale possa essere dettata, integrata o adeguata con il più duttile strumento del regolamento governativo (come solitamente avviene in Francia).

Una diversa possibile lettura della norma costituzionale è quella, pun-

tualmente affacciata dai primi interpreti, secondo la quale deve essere *la legge*, e non il giudice, a dettare la disciplina del giusto processo. Ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale di quei processi (o almeno di quei processi su diritti) nei quali l'esercizio dei poteri del giudice e delle parti non è regolato direttamente dalla legge ma viene lasciato, in concreto, alla discrezionalità dell'ufficio (e ciò avviene anche allorché la legge processuale detti una norma *in bianco*, lasciando a chi è chiamato ad applicarla un'ampia libertà di individuare modi, forme e termini delle attività processuali pur nel rispetto dei principi fondamentali, quali ad esempio quello della domanda o del contraddittorio). È vero che in molte occasioni il codice di procedura utilizza (e non potrebbe che utilizzare) formule che non predeterminano in modo puntuale le attività rispettive dei vari soggetti del processo: si pensi all'assunzione di informazioni nel procedimento in camera di consiglio (art. 738, ult. comma, c.p.c.); al procedimento cautelare uniforme in cui viene *omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio* ed in cui il giudice *procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto* (art. 669-*sexies*, 1° comma, c.p.c.); si pensi ancora ai poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro, che consentono il superamento delle preclusioni maturate per le parti (il giudice può disporre prove d'ufficio *in qualsiasi momento*) e l'ammissione di mezzi istruttori *anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile* (art. 421, 2° comma, c.p.c.).

In tutti questi casi, vi è una chiara deroga al modello predeterminato dalla legge per il processo di ordinaria cognizione, ma volta per volta ogni singola deroga *speciale* può essere agevolmente giustificata con argomenti anch'essi di rilievo costituzionale: il diritto di difesa, il principio di eguaglianza sostanziale, il diritto alla ragionevole durata (che talora importa proprio la necessità di derogare alle forme ordinarie per assicurare adeguata tutela alla situazione sostanziale), l'effettività della tutela giurisdizionale. Ci sembra quindi di poter affermare che, se il senso della nuova disposizione costituzionale è chiaro con riferimento al processo su diritti che ha luogo nelle forme dell'ordinaria cognizione regolata dal Libro II del codice, in rapporto ai processi di cognizione speciale, ai procedimenti speciali di cui al libro IV, ad altri procedimenti regolati da leggi speciali, il discorso non può essere quello della meccanica ed aproblematica trasposizione

delle soluzioni tecniche adottate in rapporto al processo di cognizione ordinaria. Non a caso, il *proprium* della tutela sommaria, cautelare, camerale, interinale etc. rispetto alla tutela ordinaria si coglie proprio sul riflesso della diversa qualità degli accertamenti sui fatti rilevanti ai fini del decidere (perché la tutela sommaria comporta di per sé accertamenti parziali, superficiali, incompleti etc.).

Tali considerazioni, tuttavia, non sono riproducibili per il procedimento sommario di cognizione, chiaramente concepito come un'alternativa al processo di cognizione ordinaria non sottoposta a speciali condizioni di ammissibilità, e non caratterizzata da particolari requisiti di urgenza e da altri presupposti *speciali*; il canone della *ragionevole durata*, di per sé, non vale a differenziare il procedimento sommario dal processo ordinario, perché entrambi debbono essere rispettosi del principio costituzionale (che non può essere affievolito nell'ordinario solo perché esiste l'alternativa del sommario); la tutela che si somministra a mezzo del sommario è esattamente la stessa somministrabile nel processo di ordinaria cognizione, e dunque proprio nel nostro caso riesce meno giustificabile una piena discrezionalità del giudice nell'accertamento del fatto: l'ammissione di prove atipiche, la deformalizzazione di quelle tipiche, l'assunzione discrezionale di informazioni, l'utilizzo indiscriminato di prove formate in altri giudizi etc. sono fenomeni che possono giustificarsi nella logica del procedimento *speciale*, perché questo di norma non conduce ad esiti omologhi al processo ordinario ed è anzi di norma seguito da un accertamento a cognizione piena.

Riteniamo quindi che il giudice debba interpretare la formula dell'art. 702-ter, comma 5 o nonostante la chiara omofonia o ben diversamente da quella dell'art. 669-sexies, comma 1, c.p.c., perché in quest'ultimo caso il giudice è chiamato ad accertare il solo *fumus* mentre nel nostro caso è chiamato ad un accertamento che, per quanto (qualificato) sommario, risulterà idoneo a sorreggere il fenomeno non solo dell'esecutorietà (*efficacia della sentenza*), ma anche del giudicato sostanziale (*autorità*).

Qualche problema potrebbe sorgere allorché il giudice ritenga, soltanto dopo aver compiuto l'istruttoria deformalizzata, che la causa sia meritevole di istruzione non sommaria: potrà ancora convertire il processo da sommario in ordinario? La disciplina tace e tuttavia, qualora si reputi ammissibile l'ipotesi, dovrebbe trovare applicazione a-

nalogica l'art. 427, comma 2, c.p.c., sul valore delle prove òacquisite durante lo stato di rito specialeö; sarebbe certamente anomalo se il giudice definisse il procedimento sommario in base alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova, in un contesto in cui l'istruttoria ordinaria avrebbe consentito una decisione *causa cognita* sul merito della controversia. Un argomento contrario a tale soluzione potrebbe peraltro dedursi dalla disciplina speciale sull'appello (art. 702-*quater*), che, in contrasto con quella ordinaria, ammette nuovi mezzi di prova e nuovi documenti *rilevanti*, ovvero che la parte non abbia potuto proporre nel sommario per causa ad essa non imputabile (si pensi al caso del convenuto che non sia riuscito a convincere il giudice dell'opportunità di svolgere un'istruzione non sommaria).

Il procedimento sommario è definito con ordinanza, che peraltro ha la stessa efficacia di una sentenza sia per la tutela condannatoria (iscrizione di ipoteca) sia per quella costitutiva (trascrizione), sia per l'esecutorietà provvisoria (l'ordinanza è titolo esecutivo), sia per la possibile autorità di giudicato (che deriva dalla mancata proposizione dell'appello nei trenta giorni dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza decisoria). In tal modo, il legislatore si è posto sulla scia di un ormai lungo percorso ó iniziato con l'art. 423 c.p.c. e proseguito con gli artt. 186-*bis*, *ter* e *quater* nonché, nell'ambito della stessa legge n. 69, per le pronunce sulla competenza ó volto a confondere le figure istituzionali della sentenza e dell'ordinanza, ed a favorire la pronuncia di provvedimenti succintamente motivati a contenuto decisorio anche di merito. Ancora una volta, al centro delle nuove previsioni sembra porsi il giudice, strozzato dal òcollo di bottigliaö della stesura delle motivazioni. Il giudice d'appello pronuncerà invece sentenza, e con ciò viene nuovamente meno ó cfr. l'art. 186-*quater* c.p.c. ó la regola secondo cui il provvedimento del giudice d'appello, con effetto sostitutivo, deve avere la medesima forma del provvedimento del giudice di primo grado. Ma giacché, nonostante la forma di ordinanza, il provvedimento che chiude il sommario è a tutti gli effetti parificabile ad una sentenza, non soltanto l'appello sarà ammissibile, ma anche le impugnazioni straordinarie.

Non è facile dare una valutazione d'insieme del nuovo procedimento sommario: si tratta di un istituto ambiguo, a cavallo tra la tutela speciale e quella ordinaria. Esso rappresenta un'evoluzione sensibile da

un modello destinato alla formazione semplificata del titolo esecutivo in presenza di determinate condizioni di ammissibilità (il sommario di cui all'art. 19 d. lgs. n. 5/2003), e così da un modello elettivamente destinato alla tutela condannatoria, verso un modello in cui qualsiasi forma di tutela, anche costitutiva, risulta ammissibile e deve così avere effettività secondo le forme speciali. Con dei risultati a volte sorprendenti: si pensi per tutti al caso dell'art. 2932 c.c.; l'orientamento consolidato in giurisprudenza è solo apparentemente contraddetto dalla nota Cass., sez. III, 3 settembre 2007, n. 18512, poi smentita dalla Cass., sez. II, 26 marzo 2009, n. 7369, che non ha neppure richiamato il precedente contrario o vuole che la sentenza, in quanto costitutiva, non sia provvisoriamente esecutiva, e che quindi la piena tutela del promittente acquirente debba attendere la formazione del giudicato. E tuttavia, ove la domanda ex art. 2932 c.c. venga esercitata nelle forme di cui all'art. 702-bis e segg. c.p.c., l'ordinanza decisoria sarà provvisoriamente esecutiva (e sarà titolo idoneo per la trascrizione). E' ben vero che l'art. 282 c.p.c. non distingue, e soltanto un consolidato orientamento, peraltro contrastato da parte della dottrina, vuole che l'efficacia provvisoria della sentenza sia limitata alla condanna; ma, al tempo stesso, non sembra corretto porre sullo stesso piano l'art. 282 e l'art. 702-quater c.p.c., se è vero che l'obiettivo del sommario è quello di assicurare una tutela immediata ed effettiva o, appunto, speciale o con riferimento a qualsiasi pronuncia dichiarativa. Concepire l'ordinanza definitiva del sommario come un provvedimento provvisoriamente esecutivo soltanto se condannatorio, significa di certo sottrarre allo strumento speciale molto di quanto avrebbe inteso attribuirgli il legislatore del 2009. Né possiamo escludere che proprio l'applicazione dell'art. 702-quater induca ad un complessivo ripensamento in ordine all'efficacia esecutiva della sentenza, aprendo ad applicazioni generalizzate della regola espressa dall'art. 282 c.p.c. Ma è chiaro che questo aspetto avrebbe dovuto essere maggiormente meditato, perché altro è dar luogo alla formazione semplificata del titolo giudiziale allorché si tratti di avere accesso all'espropriazione forzata, altro è strutturare un procedimento sommario destinato a qualsiasi tutela dichiarativa semplicemente alternativo al processo ordinario: è ovvio che il primo problema a venire alla ribalta o ancorché l'attenzione di tutti si sia riversata sul riferimento all'art. 2909 c.c., contenuto nell'art. 702-ter o è quello dell'efficacia

provvisoriamente esecutiva dell'ordinanza che definisce il sommario, essendo arduo da accettare che essa sia addirittura più ampia di quella riconosciuta alla sentenza, tenuto conto dell'interpretazione consolidata, soprattutto in giurisprudenza, dell'art. 282 c.p.c.

Il punto davvero delicato, nell'inquadramento del sommario, è nel potere discrezionale riservato al giudice, vuoi nel decidere (insindacabilmente) se mantenere le forme speciali sino alla decisione di merito, vuoi soprattutto nel determinare (altrettanto discrezionalmente) le modalità dell'istruttoria. Di tanto è stato evidentemente consapevole il legislatore recente che, a differenza di quanto avvenuto con l'art. 19 d. lgs. n. 5/2003, ha dettato per il giudizio d'appello regole sui *novae* che sembrano concepite appunto per recuperare l'eventuale *deficit* di tutela registrato nel giudizio di primo grado (dire infatti che il giudice d'appello ammette le prove *rilevanti* significa semplicemente dire che quel giudice è chiamato a fare ciò che non ha fatto il giudice di primo grado: ed a fronte di tale generale previsione indubbiamente scolora quella relativa all'impossibilità, per la parte incolpevole, di proporre o produrre prove nel giudizio di primo grado). Ma, anche in relazione a tale problema, sembra essere stato del tutto negletto il dettaglio, non certo trascurabile, che tra il giudizio di primo grado e quello d'appello c'è un provvedimento provvisoriamente esecutivo, e che l'inibitoria che può concedere il giudice d'appello è pur sempre un provvedimento che le corti sono solite pronunciare in un numero piuttosto limitato di casi (atteggiamento giustificato dopo un primo grado a cognizione ordinaria, da verificare caso per caso qualora il provvedimento impugnato sia di tipo sommario, e sia pronunciato in esito a cognizione sommaria).

L'esperienza dei provvedimenti interinali di condanna ó l'art. 423 c.p.c. e, poi, gli artt. 186-*bis*, *ter* e *quater* ó dimostra che, dopo la tutela monitoria (limitata negli oggetti e nelle condizioni di ammissibilità), il legislatore non è stato in grado di concepire strumenti in grado di assicurare una effettiva e celere tutela *speciale*; l'attuale procedimento sommario di cognizione rischia però di diventare una pericolosa *õfuga in avanti*, con delle conseguenze ó come quelle segnalate in punto di efficacia esecutiva immediata ó forse non convenientemente meditate. Sempre che l'istituto possa essere effettivamente qualificato di tutela *speciale sommaria*: ma il fatto che l'attore non abbia *diritto* al provvedimento di merito sommario ó perché è in defi-

nitiva il giudice a stabilire se tutela speciale ha da essere, o no ó proietta un'ombra di dubbio sulla reale natura dell'istituto.

Una breve considerazione finale.

Nel raffronto con l'ordinanza di cui all'art. 186-*quater*, il sommario propone un modello di provvedimento decisorio sommario che presuppone una cognizione sommaria, e non una cognizione piena ed esauriente; nel raffronto col decreto ingiuntivo, il sommario propone un modello in cui la realizzazione del contraddittorio è preventiva rispetto alla pronuncia del provvedimento decisorio sommario (e, ciononostante, la cognizione in contraddittorio è di tipo sommario); nel raffronto con il procedimento cautelare, il sommario propone un modello in cui ciò che si accerta è non la probabile esistenza del diritto, ma la sua esistenza *tout court* non diversamente da quanto potrebbe avvenire nel processo di ordinaria cognizione, e per di più in presenza dei noti orientamenti correvi della giurisprudenza (ribaditi anche a proposito del decreto ingiuntivo non opposto) in punto di estensione del giudicato sostanziale agli antecedenti logici necessari.

Siamo tutti consapevoli del fatto che le nuove proposte di riforma della giustizia civile intervengono in un contesto che sembra sempre più compromesso e così sempre più bisognoso di terapie d'urto (e forse il più compromesso è proprio il giudizio d'appello dinanzi alla corte d'appello); ma, al tempo stesso, non può non rilevarsi che una maggiore cautela non guasterebbe, allorché si ponga mano non ad un settore speciale o a situazioni caratterizzate da particolari presupposti, bensì alla tutela di tipo dichiarativo, senza distinzioni, creando un canale esattamente parallelo a quello ordinario e, forse, addirittura con più spiccate caratteristiche di effettività.