

NUOVO PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE E ASTREINTES: BREVI NOTE SULL'ENNESIMA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

Indice: 1. Inquadramento sistematico del nuovo rito sommario di cognizione; 2. Ambito di applicazione del nuovo rito; 3. Fase introduttiva del giudizio; 4. Procedimento; 5. Fase decisoria e mezzi di impugnazione; 6. Les astreintes.

1. Inquadramento sistematico del nuovo rito sommario di cognizione

La riforma approvata con la legge 69/2009 consegna agli operatori del diritto un'abrogazione, una promessa di abrogazione e un nuovo rito.

Com'è noto, infatti, con il predetto intervento normativo si è in primo luogo sancito il definitivo abbandono del procedimento speciale a suo tempo introdotto in ambito commerciale¹, si è conferita una delega al governo per ridurre i riti di cognizione² ed infine, quasi a voler colmare un senso di vuoto creato da tale impeto demolitorio, si è introdotto un nuovo ed autonomo procedimento destinato a rispondere più compiutamente alle esigenze di celerità che investono la giustizia civile nel suo insieme: il processo sommario di cognizione.

Nella prospettiva della riforma il nuovo rito di cognizione dovrebbe innanzitutto ridurre i tempi di durata di ogni singolo processo e, contemporaneamente, dovrebbe comportare un significativo alleggerimento del carico di lavoro dei tribunali in modo tale da favorire l'impiego di maggiori risorse per la soluzione delle cause più complesse, a cui invece il nuovo modello procedimentale non potrà essere applicato.

Il nome scelto per il nuovo procedimento non deve trarre in inganno: esso ha ben poco a che fare con l'omonimo rito disciplinato, solo qualche anno orsono, dall'art. 19 del d.lgs. 5/2003 (oggi abrogato), con il quale il legislatore aveva inteso importare nel nostro ordinamento un rimedio dalle

¹ A pochi anni dalla sua introduzione, della riforma del processo societario rimane in vigore, infatti, soltanto la disciplina dell'arbitrato e della conciliazione.

² Si tratta dell'art. 54 della l. 69/2009, mediante cui il Parlamento ha attribuito al Consiglio dei Ministri il compito di sopprimere i riti considerati superflui; a regime ne dovrebbero rimanere solo tre: il procedimento ordinario di cognizione, il procedimento sommario di cognizione e il rito del lavoro.

caratteristiche non dissimili rispetto a quelle del *referè* di origine francese³, seppur con alcune discrasie che avevano destato non poche perplessità sia in dottrina che in giurisprudenza⁴.

Sulla falsariga del modello francese, il procedimento speciale operativo in ambito commerciale assicurava al ricorrente la sollecita emissione di un titolo esecutivo, che poteva essere azionato coattivamente nei confronti del debitore. Benché il provvedimento concesso in tali forme non fosse, invero, idoneo ad acquistare la natura di cosa giudicata, disponeva ugualmente di una certa stabilità in quanto era destinato a produrre i suoi effetti fintantoché non fosse stato appellato nei termini di legge ovvero fino a quando il titolo azionato non fosse stato oggetto di un autonomo, ma del tutto eventuale, giudizio a cognizione piena. Ciò assicurava al creditore l'adempimento celere del diritto vantato e relegava ogni disputa ad un successivo, puramente eventuale, procedimento.

Come usualmente avviene nello schema del *referè*, la tutela così concessa veniva svincolata dai presupposti di natura cautelare in passato richiesti per simili provvedimenti e l'accoglimento dell'istanza non veniva più subordinato all'urgenza o al pericolo di un danno grave e irreparabile, ma pretendeva unicamente l'evidenza del diritto azionato, circostanza che l'ordinamento francese rappresenta ancor oggi nell'impossibilità di formulare una seria opposizione alle ragioni dedotte dal ricorrente e che l'ordinamento italiano definiva quale manifesta infondatezza dei motivi addotti dal convenuto.

L'ordinamento italiano, poi, limitava la sfera di applicazione del detto rimedio –non diversamente da quanto accade oltralpe- alle controversie che avevano per oggetto il pagamento di una somma di denaro ovvero la consegna di una cosa mobile determinata.

Il procedimento sommario del rito commerciale si fondava, pertanto, sull'idea che la tutela del diritto oggetto di contestazione potesse prescindere da una pronuncia di accertamento formulata all'esito di un processo a cognizione piena ed esprimeva la convinzione che un titolo esecutivo emesso celermente potesse sostituire adeguatamente la più tradizionale ed onerosa statuizione

³ Il *referè* consiste in una procedura semplificata, a trattazione orale, attribuita alla competenza del presidente del tribunale, che delibera in qualità di giudice unico. Il provvedimento conclusivo può essere costituito da un ordine di interrompere il comportamento manifestamente illecito, da un ordine di rimessione in pristino o di adempimento ovvero da una misura a carattere conservativo. Cfr. artt. 808 e 809 del nuovo codice di procedura civile francese.

⁴ Si pensi alla procedura di impugnazione che si svolgeva nelle forme del processo a cognizione piena ovvero alla prevista conversione del rito sommario in quello formale: tutte previsioni che si discostavano significativamente dall'impianto originario del *referè* francese, che invece pretende una più netta distinzione rispetto ai procedimenti destinati a concludersi con un provvedimento di natura dichiarativa.

dichiarativa⁵. In altre parole. Il paradigma adottato dal rito commerciale era modellato sull'idea che il processo ordinario di cognizione, in ragione della sua complessità, non fosse idoneo a procurare rapidamente la soddisfazione del credito vantato e che per tale ragione il ricorso allo stesso dovesse essere limitato alle controversie più complesse, mentre in ogni altra, più banale, fattispecie doveva ritenersi più efficace l'impiego di una procedura più snella, che, sgravando l'operato dell'a.g. dal peso di inutili formalismi, consentisse una più celere definizione del giudizio mediante una statuizione dal contenuto ridotto, ma parimenti appropriato.

Con l'istituzione del *referè*, pertanto, non soltanto si muniva il cittadino di un rimedio semplificato, ma si interveniva pure sulla struttura stessa della cognizione sottraendo la condanna ad un suo presupposto logico, ovvero alla statuizione di accertamento, che era divenuta oggetto di un apprezzamento del tutto eventuale ed ipotetico⁶.

La legge 69/2009 supera invece una tale prospettiva, forse mai compiutamente apprezzata nelle sue più profonde conseguenze dallo stesso legislatore del rito societario, e introduce un nuovo procedimento sommario con l'intenzione di dare vita ad un rito in tutto alternativo e concorrente rispetto a quello ordinario, capace di sostituirsi in ogni effetto a quest'ultimo, riproponendo così un antico dualismo che già nel codice del 1865 era stata sperimentato senza particolare fortuna⁷.

Il legislatore dell'epoca, imitando a sua volta una soluzione già praticata oltralpe all'inizio del secolo, aveva invero già previsto un sistema fondato su due pilastri: il procedimento formale, caratterizzato dalla presenza di rigide preclusioni e dall'impossibilità di modificare le proprie

⁵ Per un'interessante disamina dei motivi per cui un cittadino non dovrebbe accontentarsi dell'emissione di un titolo esecutivo, ma pretendere che l'a.g. si pronunci con una statuizione dal contenuto dichiarativo vd. VOLPINO, "*Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*", in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, p. 67.

⁶ L'autonomia della condanna viene, infatti, meno soltanto nel caso in cui una parte processuale decida di domandare un giudizio a cognizione piena; eventualità che peraltro il legislatore nostrano aveva favorito -forse un po' contraddittoriamente- quando aveva previsto che l'impugnazione dell'ordinanza di condanna dovesse avvenire nelle forme ordinarie e non in quelle del reclamo, di certo più confacenti alla natura del provvedimento emesso in primo grado.

⁷ Appare indice quanto mai rappresentativo della frenesia legislativa degli ultimi anni il fatto che entrambe le ultime riforme rappresentino in qualche modo un ritorno, più o meno marcato, al codice di procedura civile del 1865, laddove era già disciplinato un procedimento ordinario del tutto simile a quello poi introdotto in tema di controversie societarie e dove era previsto un sistema duale con un rito alternativo ampiamente semplificato.

domande dopo l'iscrizione a ruolo della causa⁸, e il procedimento sommario, improntato ad una accentuata oralità, ove era sempre consentito proporre nuove deduzioni⁹.

I due procedimenti erano alternativi e concorrenti e, sebbene al sommario si potesse fare ricorso solo previa autorizzazione del Presidente del Tribunale territorialmente competente, ben presto il processo formale venne relegato ad una mera funzione di testimonianza storica¹⁰.

Sulla falsariga di questo antico modello, l'odierna riforma affianca al rito finora conosciuto un procedimento semplificato a cui è possibile ricorrere per ogni controversia non riservata alla competenza del collegio.

Allo stato, non sembra possibile individuare con un grado accettabile di approssimazione quale sarà il destino del rito sommario di nuova introduzione; tuttavia pare sin d'ora evidente che un ricorso massiccio al nuovo modello procedimentale, lungi dal favorire un alleggerimento dei carichi di lavoro dei tribunali, potrebbe ostacolare la piena realizzazione degli obiettivi di celerità perseguiti dal legislatore.

In una simile ipotesi, infatti, i tempi di definizione delle controversie si allungerebbero in ragione della procedura di conversione del rito, che per scelta del redattore della norma impone la fissazione di un'ulteriore udienza di prima comparizione¹¹ e cadrebbe nel nulla anche la possibilità di assicurare alle cause più semplici una corsia privilegiata per la loro immediata definizione.

Non pare, infine, nemmeno facilmente prevedibile quale potrebbe essere l'impatto dell'istruttoria deformalizzata prevista dalla riforma sui tempi di definizione di ogni singolo giudizio. Se, infatti, ci soffermiamo per un istante a considerare come usualmente le cause siano istruite mediante la produzione di documenti, l'assunzione di alcuni testi e con l'eventuale conferimento di un incarico peritale, deve ritenersi che nella maggior parte dei casi la semplificazione prevista dal legislatore

⁸ L'iscrizione della causa sul ruolo di udienza era successiva all'esaurimento dello scambio di memorie fra le parti, che nella struttura del rito doveva portare alla definizione dell'oggetto della controversia e del *petitum*.

⁹ Il rito venne presto definito "il procedimento delle sorprese" perché all'udienza ogni parte poteva formulare nuove richieste, favorendo in tal modo un ampio ricorso al rinvio dell'udienza, che costituiva l'unico rimedio previsto per assicurare il rispetto dei principi del contraddittorio. Cfr.: CIPRIANI, "Storie di processualisti ed oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia", 1991; TARUFFO, "La giustizia civile dal '700 ad oggi", 1980.

¹⁰ Era, infatti, invalso l'uso tra i presidenti di tribunale di rilasciare la prescritta autorizzazione con particolare generosità.

¹¹ La dottrina che si è espressa finora sul punto ritiene, infatti, che, una volta statuita l'incompatibilità della controversia con le forme del rito sommario, il giudice non possa contestualmente concedere alle parti i termini per il deposito delle memorie di cui al sesto comma dell'articolo 183 c.p.c., ma sia obbligato a fissare una nuova udienza di prima comparizione ai sensi dell'articolo predetto. Vd. infra.

potrebbe ridursi alla scomparsa delle memorie disciplinate dal comma sesto dell'art. 183 c.p.c. e di quelle previste dall'art. 190 c.p.c., effetto che si sarebbe peraltro potuto ottenere intervenendo sul procedimento ordinario, assicurando ad esso quella flessibilità che si è invece preferito conferire ad altro alternativo rito¹².

Due circostanze potrebbero invece scoraggiare il ricorso alla nuova procedura: le statistiche giudiziarie, che allo stato non incoraggiano di certo il giudice a sostituire le sentenze con le nuove ordinanze previste dalla riforma, e le tariffe professionali, che non bilanciano adeguatamente in termini economici la riduzione di udienze e atti .

Se dunque tali “accidenti” non rappresenteranno un freno all'utilizzo del nuovo rito, il procedimento sommario potrebbe trasformarsi in realtà in un semplice espediente per semplificare il procedimento ordinario, accentuando così, almeno in parte, la propria alternatività a quest'ultimo. Il tutto, però, a discapito della sua celerità.

2. Ambito di applicazione del nuovo rito

Il procedimento sommario di cognizione trova applicazione esclusivamente nelle controversie in cui il tribunale è chiamato a pronunciarsi in composizione monocratica e non può essere impiegato nelle materie indicate dall'art. 50-bis c.p.c., ovverosia nei casi in cui il legislatore ha devoluto il giudizio alla competenza del collegio (ad esempio nelle ipotesi previste dall'art. 140-bis del codice del consumo).

Poiché la norma parla di procedimenti di competenza del tribunale e non contempla nemmeno la possibilità di convertire il rito sommario in un rito diverso da quello ordinario, i primi commenti sono unanimi nel ritenere che la nuova disciplina non possa essere applicata davanti al giudice di pace né tanto meno alle controversie devolute alla cognizione della corte di appello, che giudica sempre in composizione collegiale, ovvero ai processi di secondo grado in genere¹³.

¹² La riforma Mastella aveva pensato di poter intervenire sul comma sesto dell'art. 183 c.p.c. rendendo in alcuni casi non obbligatoria la concessione dei termini per il deposito delle memorie ivi previste.

¹³ LUISSO, “*Il procedimento sommario di cognizione*”, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, p. 1568; DEMARCHI, “*Il nuovo processo civile*”, p. 413.

Maggiori incertezze desta, invece, la verifica di compatibilità con il rito del lavoro, che secondo alcuni potrebbe beneficiare degli effetti acceleratori perseguiti dalla riforma¹⁴.

Innanzitutto, non pare assumere rilevanza dirimente sul punto il fatto che nella delega avente per oggetto la riduzione e la semplificazione dei riti il procedimento disciplinato dagli artt. 409 e ss. c.p.c. sia indicato come alternativo sia al processo ordinario che a quello sommario. L'art. 54 l. 69/2009, infatti, fornisce a tutti e tre i riti un unitario collocamento sistematico e non traccia un ruolo differente per il solo procedimento del lavoro, esprimendosi nei confronti di quest'ultimo in termini non dissimili rispetto a quelli usati per le restanti procedure. Desta, invece, più di una perplessità, sebbene non insormontabile, la lettera dello stesso art. 702-bis c.p.c., ove la riforma ha inteso disciplinare la conversione del rito in favore del solo processo ordinario, imponendo al giudice di fissare per l'effetto l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

Pacificamente escluse dal processo sommario sono, infine, tutte le controversie soggette ad un rito speciale¹⁵, mentre nulla sembra precludere il suo impiego nella fase di merito delle opposizioni esecutive e nel giudizio di merito successivo all'emanazione di provvedimenti cautelari.

Secondo quanto previsto dall'art. 702-ter c.p.c., quando il giudice rileva che la domanda proposta non rientra tra quelle per cui è prevista la decisione in composizione monocratica, con ordinanza non impugnabile - e pertanto non revocabile né modificabile¹⁶ - l'azione deve essere dichiarata inammissibile.

La decisione del giudice in merito all'applicabilità del rito non è, dunque, soggetta a controllo alcuno, proprio come già succede nel rito monitorio in forza di quanto previsto dall'art. 640 c.p.c.

Poiché la statuizione sull'ammissibilità della domanda non pregiudica, in tale caso, la tutela del diritto soggettivo azionato, potendo sempre l'attore agire nuovamente avvalendosi delle forme previste per il rito ordinario, deve escludersi che la pronuncia in parola disponga di quella definitività necessaria per consentire il ricorso straordinario in Cassazione contemplato dalla Costituzione¹⁷.

¹⁴ A favore: OLIVIERI, *"Il Procedimento sommario di cognizione"*, in *judicium.it*; Contra: LUISO, cit., p. 1568; FINOCCHIARO, *"Giudizio di cognizione: strada veloce per chiudere le controversie"*, in Guida al diritto, Dossier Online, 1/2009, pp. 25 e 26; BALENA, *"La nuova pseudo-riforma della giustizia civile"*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, § 23.

¹⁵ Dubbi esistono, quindi, anche in merito ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo. In termini negativi: ARIETA, *"Il rito semplificato di cognizione"*, in *judicium.it*, § 2.

¹⁶ In tal senso si veda l'art. 177 c.p.c.

¹⁷ In tal senso si esprime LUISO, cit., p. 1568; ARIETA, cit., § 9. Dubbioso: BALENA, cit., § 23.

Per il resto il legislatore non ha ritenuto di dover contenere ulteriormente l'ambito di applicazione del nuovo modello procedimentale, il quale pertanto non è soggetto ad alcun limite né per quanto riguarda il novero dei diritti suscettibili di tutela né per quanto concerne il possibile contenuto del provvedimento conclusivo, che sarà, quanto agli effetti, del tutto identico a quella pronunciato all'esito di un processo svolto secondo i tradizionali canoni della cognizione piena.

Una volta verificata la sussistenza dei presupposti processuali generali (competenza e giurisdizione)¹⁸ e di quelli speciali (giudizio riservato al tribunale in composizione monocratica), il giudice, secondo quanto contemplato dalla riforma, è tenuto a valutare se la controversia sia compatibile con il rito sommario prescelto. Viene introdotto così, ancorché implicitamente, un ultimo presupposto all'impiego del nuovo modello procedimentale, in virtù del quale il giudice deve provvedere alla conversione del rito ogni qual volta le difese formulate dalle parti richiedano una trattazione non semplificata.

Sul punto, la riforma non dice molto di più, salvo precisare che, in caso di istruttoria sommaria, il giudice procede al compimento degli atti che considera rilevanti per l'emissione del provvedimento richiesto nel modo che ritiene più opportuno ed omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

In tale scarna previsione riposa, tuttavia, l'essenza del nuovo rito.

Se, infatti, per il resto (atto introduttivo, comparsa di risposta e provvedimento conclusivo), il procedimento sommario appare per lo più strutturato ad imitazione del processo ordinario, è proprio nella fase dell'istruttoria che prende vita la specificità del rito, laddove si prevede che sia il giudice e non la norma scritta a definire in quale modo debba essere compiuta l'attività di acquisizione probatoria.

È bene precisare. Nel procedimento sommario non viene meno il principio della domanda, né viene conferito all'a.g. il potere di assumere prove d'ufficio senza istanza di parte (cd. principio

¹⁸ I presupposti processuali di carattere generale trovano, infatti, piena applicazione nel rito sommario e non sono soggetti a particolari modifiche. Sebbene qualche autore si sia espresso in favore della possibilità che il giudice statuisca sulla carenza di giurisdizione nel corso di un procedimento incardinato con le forme del processo sommario mediante sentenza, appare preferibile ritenere che, in conformità al modello proposto dalla riforma, la decisione sia esternata mediante ordinanza, la quale ovviamente disporrà degli effetti tipici di una sentenza, così come d'altronde chiaramente stabilito in termini più generali dall'art. 702-quater c.p.c. In corrispondenza con quanto previsto dai principi generali vigenti, pare, inoltre, condivisibile l'idea che l'ordinanza avente per oggetto questioni concernenti la competenza sia soggetta ai rimedi impugnatori previsti dall'art. 42 c.p.c., mentre la decisione sulla giurisdizione sia soggetta ad appello.

dispositivo della prova)¹⁹, ma, al fine di agevolare una celere conclusione del giudizio incardinato, l'istruttoria viene svincolata dalle formalità prescritte alla sezione terza del titolo primo del libro secondo del codice di procedura civile, imponendo quale unico limite il rispetto del contraddittorio. A questo punto emerge, però, in tutta la sua evidenza come la nozione di incompatibilità inserita nell'art- 702-ter c.p.c. non disponga di alcuna attitudine esplicativa avendo il legislatore ommesso di indicare il parametro di valutazione con cui compiere un tale apprezzamento. Nella norma, infatti, non compare un criterio in virtù del quale sia possibile accertare l'idoneità della controversia ad essere trattata nelle forme dell'istruttoria sommaria, criterio che si deve porre quale elemento terzo tra il modello procedimentale prescelto e il contenuto oggettivo della controversia.

Non potendosi prescindere dalla definizione di un tale parametro di valutazione, ci pare allora che il silenzio serbato dal legislatore su di un aspetto così cruciale possa essere colmato solo avvalendosi di un'interpretazione unitaria e sistematica del nuovo procedimento.

Il giudizio sommario non riduce né estende l'oggetto del discernimento del giudice, riconosce alla controversia un *thema decidendum* ed un *thema probandum* del tutto identico a quello che si avrebbe in un giudizio ordinario ed impone al giudice un accertamento pieno, non circoscritto alla constatazione di un mero *fumus boni iuris*²⁰. Sul punto, la riforma non lascia spazio ad alcun dubbio tanto da conferire all'ordinanza emessa a conclusione del procedimento gli effetti giuridici che conseguono normalmente nel nostro ordinamento alla sentenza (*in primis*, come meglio vedremo nel seguito, il giudicato). Il giudizio, infatti, non si conclude con una valutazione meramente probabilistica in relazione alla maggiore fondatezza delle pretese vantate da una parte, ma con un accertamento compiuto dello stato di fatto e di diritto oggetto della controversia. Proprio per tale ragione, né il ricorso né tanto meno la comparsa di risposta sono oggetto di semplificazione, ma esigono un contenuto non dissimile da quello richiesto per il rito ordinario dovendo le parti esaustivamente descrivere il merito della controversia e non limitarsi a tratteggiare i fondamenti di una causa che solo eventualmente verrà trattata in sede di merito.

Quanto finora osservato induce, allora, a ritenere che il parametro di compatibilità tra la natura della controversia e il rito sommario debba essere individuato nell'attitudine dei fatti oggetto di causa ad essere trattati secondo una procedura deformalizzata e semplificata senza che ciò costituisca motivo

¹⁹ Chiaramente in ARIETA, cit., § 12.

²⁰ Sul punto vd.: CONSOLO, "Una buona novella al c.p.c. [...]", in Corriere giuridico, 2009, pp. 742 e 743; MENCHINI, cit., § 4; BALENA, cit., § 23.

di pregiudizio per l'accertamento pieno ed esaustivo con cui il procedimento si deve concludere. Solo laddove la destrutturazione del tradizionale modello di assunzione probatoria non comprometta l'attitudine dichiarativa della pronuncia, il giudice potrà ritenersi soddisfatto ed acconsentire all'impiego del rito sommario. Al contrario, laddove, invece, la difficoltà della causa comporti l'impiego di un'istruttoria maggiormente articolata, il giudice provvederà altrimenti disponendo la conversione del rito.

Nell'ottica della riforma, pertanto, la semplificazione della fase istruttoria non deve essere percepita quale archetipo di una ridimensionata funzione dichiarativa della giurisdizione²¹, bensì quale deformalizzazione di un metodo di indagine che non produce di per sé pregiudizio alcuno per la capacità di accertamento riconosciuta al giudice. Il legislatore fonda, infatti, un tale convincimento sull'idea che l'istruttoria compiuta nelle forme disciplinate dal libro secondo del codice di procedura civile non rappresenti l'unico possibile modello di investigazione idoneo a fondare una cognizione piena, potendosi ben verificare la circostanza che altre metodologie di indagine siano altrettanto adeguate in relazione al caso concreto considerato.

Spetta dunque al giudice compiere una tale verifica ed appurare se la fattispecie oggetto di controversia possa essere trattata prescindendo dalle forme previste per l'istruttoria ordinaria e se possa essere decisa mediante una trattazione accelerata da concentrarsi in un numero esiguo di udienze, in conformità al principio di economia.

Ciò detto, passiamo a considerare come i presupposti processuali ora citati devono essere rilevati nel corso del giudizio e gli effetti che conseguono ad un'eventuale erronea applicazione del nuovo rito.

È utile in primo luogo rammentare che per quanto concerne la giurisdizione e la competenza non sono previste regole speciali e che anche in tale materia trovano applicazione le norme generali di cui al primo libro del codice di procedura civile. Il difetto di giurisdizione sarà, dunque, rilevabile

²¹ Come invece accadeva nel rito sommario societario.

d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio²², mentre l'incompetenza sarà disciplinata dagli artt. 38 e ss. c.p.c. con le decadenze ivi disciplinate²³.

Nell'ipotesi in cui il ricorso al rito sommario sia, invece, dipeso da un errore in ordine all'attribuzione della controversia alla competenza del giudice monocratico, deve ritenersi che sia possibile rilevare la carenza del presupposto anche in sede decisoria, in ossequio a quanto previsto dall'art. 281-octies c.p.c., e che, qualora sussista impugnazione sul punto, in grado di appello il collegio possa pronunciarsi in rito dichiarando la nullità dell'ordinanza emessa dal tribunale, in conformità alle disposizioni dell'art. 161, comma primo, c.p.c. Se, infatti, il giudice di primo grado non dispone della potestà per pronunciarsi sul merito, dovrebbe logicamente concludersi che anche il giudice del secondo grado sia privo di una simile facoltà, non essendovi ragione per immaginare un trattamento differente.²⁴

Non pare invece che l'impiego del nuovo modello processuale, con riferimento ad una controversia che per complessità non avrebbe mai dovuto essere decisa nelle forme previste per il rito sommario, possa giustificare nel giudizio impugnatorio un rinvio al giudice di primo grado ovvero una pronuncia esclusivamente in rito. In un simile contesto, infatti, ogni vizio lamentato troverebbe automaticamente rimedio nel secondo grado di giudizio, nel corso del quale si potrebbe sempre procedere, ai sensi di quanto statuito dall'art. 702-quater c.p.c., all'integrale rinnovazione dell'istruttoria già svolta avanti al tribunale.

Alla luce di tale circostanza, le soluzioni alternative non appaiono, pertanto, convincenti. L'idea che la corte di appello possa concludere il giudizio con una pronuncia in rito non appare, infatti, conforme alla natura tipicamente sostituiva del rimedio impugnatorio azionato e conferirebbe alla nuova procedura una forte componente di imprevedibilità ed incertezza, di certo non auspicata dal legislatore della riforma.

²² In tema si legga la sentenza n. 24883, del 9 ottobre 2008, in cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che “[...] il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti o rilevato d'ufficio dal giudice fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ovvero può essere fatto valere mediante impugnazione del relativo capo della sentenza di primo grado, in assenza della quale si determina il passaggio in giudicato della relativa questione[...]”.

²³ MENCHINI, cit., § 3.

²⁴ LUISSO, cit., p. 1568. Contra: ARIETA, cit., § 9; GIORDANO, in GIORDANO – LOMBARDI, “*Il nuovo processo civile*”, pp. 569 e 570.

Allo stesso modo, non pare ragionevole il rinvio al primo grado con contestuale conversione del rito, poiché le ipotesi di rinvio nel giudizio di appello sono da ritenersi eccezionali e, di norma, sono specificamente previste dalla legge.

3. Fase introduttiva del giudizio

La domanda si propone con ricorso contenente gli elementi indicati nell'art. 163 c.p.c. sulla falsariga di quanto già stabilito per l'atto di citazione.

La riforma non si esprime in merito ai possibili vizi di nullità dell'atto introduttivo.

Attesa l'esigenza di celerità che regola complessivamente il procedimento sommario, si potrebbe anche immaginare che un tale silenzio non sia la conseguenza di una superficiale redazione della norma, bensì il risultato di una ben più consapevole decisione maturata con l'intenzione di rendere ancor più spedito il rito.

Se così fosse, l'atto viziato non potrebbe essere sanato e la nullità dovrebbe essere dichiarata con ordinanza all'esito della prima udienza. Peraltro, vale la pena di sottolineare come ciò non priverebbe il ricorrente di ogni tutela, perché potrebbe sempre procedere al deposito di un nuovo atto introduttivo, che, tuttavia, sarebbe soggetto alle decadenze e prescrizioni nel frattempo maturate.

Il dettato normativo, però, non sembra incoraggiare un'interpretazione di tale sorta, poiché non prevede che gli atti introduttivi del giudizio sommario siano soggetti alle nullità ed alle decadenze previste per il rito ordinario. Anzi. Non esiste norma nel nuovo procedimento che consenta un rinvio generalizzato alle disposizioni del libro secondo del codice di procedura civile e ogni volta che si è inteso far riferimento alle regole vigenti per il rito ordinario lo si è fatto sempre con riferimenti molto precisi e puntuali, come emerge platealmente nel caso degli elementi costitutivi del ricorso.

Per questo, si potrebbe anche reputare che non siano state previste nullità, in quanto un simile paradigma meglio si adatterebbe alla natura del rito disciplinato, che consente alle parti la modifica e l'integrazione degli atti in corso di giudizio senza prevedere alcuna decadenza²⁵.

²⁵ Con l'unica eccezione di quanto specificamente previsto per la memoria di costituzione del resistente: vd. infra.

Inoltre, non può passare inosservato come una simile interpretazione trovi conforto nelle regole generali previste in materia di nullità, laddove il codice di procedura civile, all'art. 156, ha previsto che una tale sanzione possa essere comminata soltanto per indicazione espressa della legge.

Nulla esclude, invece, che sia il giudice a dover tutelare il contraddittorio invitando le parti a colmare eventuali lacune e a emendare eventuali irregolarità²⁶.

Con un evidente intento acceleratorio, i termini di costituzione e di comparizione sono stati abbreviati in guisa tale da destare in qualche autore²⁷ dubbi in merito alla costituzionalità di un tale intervento, che inciderebbe sostanzialmente sul diritto di difesa del convenuto.

Una tale preoccupazione non sembra invero condivisibile. La discrezionalità riconosciuta dalla Costituzione al Parlamento in tema di regolamentazione del diritto di difesa proibisce la concessione di termini assolutamente irrisori, ma non impedisce che per le controversie meno articolate sia previsto un termine inferiore rispetto a quello stabilito per quelle caratterizzate da una maggiore complessità, che in base a quanto previsto dalla riforma sono da ritenersi esclusivamente disciplinate dalle norme vigenti per il procedimento ordinario. La diversa natura della controversia legittima, infatti, un differente trattamento processuale, in conformità ai principi di ragionevolezza ed uguaglianza statuiti dall'art. 3 della Costituzione.

L'art. 702-bis c.p.c. prevede, pertanto, che, una volta depositato il ricorso, il cancelliere provveda alla formazione del fascicolo di causa e che a sua volta il presidente del tribunale provveda alla nomina del giudice delegato, a cui è affidata la trattazione del procedimento. Esaurita questa prima fase procedimentale, il giudice designato fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti e il ricorrente notifica al resistente, almeno trenta giorni prima della data fissata per la costituzione di quest'ultimo, il detto decreto unitamente all'atto introduttivo.

È previsto, inoltre, che il resistente si costituisca non oltre dieci giorni prima dell'udienza; ne consegue, pertanto, che tra la data di notifica e quella di comparizione dovranno decorrere almeno quaranta giorni, durante i quali il ricorrente potrà elaborare la propria strategia difensiva.

²⁶ Vd. sul punto MENCHINI, cit., § 4. Al riguardo, non può sottacersi come in dottrina sia emersa qualche voce favorevole alla sola applicazione diretta delle sanzioni previste dall'art. 164 c.p.c. senza alcun rinvio alle sanatorie ivi disciplinate. Secondo questo punto vista, la natura del procedimento sommario mal si concilierebbe con una regolamentazione che, di fatto, estenderebbe considerevolmente la durata del processo. In merito vd. GIORDANO, in GIORDANO – LOMBARDI, cit. pp. 559 e 560.

²⁷ DEMARCHI, "Il nuovo processo civile", p. 411.

Con la comparsa di costituzione il resistente “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” (art. 702-bis, comma 4, c.p.c.). Incombe sul resistente, a pena di decadenza, l’onere di chiamare in causa terzi, di proporre le domande riconvenzionali, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d’ufficio. Sotto l’aspetto strutturale, il ricorso e la comparsa di risposta non sono concepiti in modo omogeneo.

Mentre il ricorso è sottratto alle nullità tipiche dell’atto di citazione, il resistente non viene liberato dai corrispondenti obblighi di tempestiva contestazione; difformità di trattamento che potrebbe favorire un acuirsi delle ragioni di contrasto: il resistente, essendo esposto al rischio di incorrere in preclusioni e decadenze, viene indotto a esporsi immediatamente, mentre il ricorrente non ha alcun interesse a svelare sin dalle prime battute le proprie ragioni²⁸.

Per quanto concerne, invece, la chiamata in causa di terzi, il comma quinto dell’art. 702-bis c.p.c. riconosce tale facoltà con riferimento esplicito alle sole ipotesi in cui il soggetto terzo sia chiamato in garanzia. Sebbene il dettato normativo non compia nessun riferimento alle altre tipiche ipotesi di intervento su istanza di parte previste dall’art. 106 c.p.c., sembra preferibile non prestare eccessivo peso al dato letterale, favorendo sul punto l’applicazione dei principi generali vigenti in materia ed espressi nel primo libro del codice di rito. Sulla base di un ragionamento sistematico, deve, infatti, escludersi che la riforma abbia inteso ridurre le ipotesi rilevanti di connessione a discapito unicamente della citazione del terzo e senza introdurre una corrispondente restrizione in ordine all’intervento volontario, che invece sarebbe soggetto alle ben più generose prescrizioni di cui al primo libro. Un sistema concepito in tal modo limiterebbe il diritto di difesa del convenuto senza assicurare una celere conclusione del giudizio, poiché, mentre i terzi potrebbero sempre intervenire e domandare appieno giustizia, di fatto rallentando il processo, il resistente non potrebbe compiutamente dispiegare la propria strategia processuale²⁹.

²⁸ La riforma non fornisce indicazioni che consentano di circoscrivere adeguatamente la discrezionalità di fatto riconosciuta al ricorrente e ciò rende più difficile assicurare al resistente un’effettiva tutela del diritto di difesa senza pregiudizio alcuno per la celerità del processo. Come, infatti, accadeva nel “rito delle sorprese”, di cui abbiamo parlato al primo capitolo, il rinvio dell’udienza rappresenterà spesso l’unico rimedio in grado di assicurare piena tutela ai diritti di entrambe le parti.

²⁹ A favore: MENCHINI, cit., § 3; LUISO, cit., p. 1568. Contra GIORDANO, in GIORDANO – LOMBARDI, cit., pp. 564 e 565.

Appare allora più logico e coerente ritenere che il comma quinto dell'art. 702-bis c.p.c. sia stato introdotto al solo scopo di regolamentare la corretta procedura di citazione del terzo, senza alcuna velleità di dare forma ad una disciplina speciale maggiormente restrittiva in ordine ai presupposti di ammissibilità di una tale istanza.

Sebbene, infine, la norma relativa alla chiamata del terzo non menzioni il ricorrente, deve ritenersi, in ossequio a principi di uguaglianza e di parità fra le parti, che la disposizione debba trovare applicazione anche nei suoi confronti³⁰.

4. Procedimento

Durante l'udienza di comparizione il giudice delegato è, in primo luogo, tenuto a verificare la propria *potestas iudicandi*, facendo impiego sia delle categorie generali vigenti in materia sia delle singole prescrizioni vigenti unicamente per il rito speciale.

Infatti, attesa l'equivalente attitudine cognitiva di cui dispone il giudizio sommario rispetto a quello ordinario, non vi è motivo per sottrarre il primo alle disposizioni che regolano i presupposti processuali in genere, che dunque troveranno piena applicazione anche nel nuovo rito³¹. Ne consegue che non solo in materia di competenza o giurisdizione, ma anche in tema di giudicato pregresso, di carenza di interesse ovvero di litispendenza troveranno applicazione le norme comuni, così come già disciplinate per il procedimento ordinario.

Per quanto riguarda i presupposti processuali speciali, come si è già osservato, la riforma ha compreso fra le cause di inammissibilità del ricorso l'attribuzione della controversia alla competenza collegiale del tribunale. La scelta non è priva di conseguenze in quanto rappresenta un significativo sacrificio per il ricorrente, che in ragione della dichiarazione di inammissibilità sarà costretto a depositare un nuovo atto introduttivo del giudizio senza salvezza degli effetti del primo a suo tempo depositato.

Con riferimento, invece, alla compatibilità della controversia incardinata con le caratteristiche di semplificazione e celerità proprie dell'istruttoria del rito sommario, il legislatore della riforma ha preferito dare luogo ad una regolamentazione meno gravosa inserendo l'eventuale carenza del predetto presupposto fra le condizioni di procedibilità, così da consentire l'immediata conversione del rito. In tal modo, il ricorrente, diversamente dall'ipotesi precedente, non viene esposto alle

³⁰ BALENA, cit., § 23.

³¹ Cfr. sul punto LUISO, cit., p. 1568.

decadenze e preclusioni maturate successivamente al deposito dell'atto introduttivo e la continuità del procedimento viene assicurata dalla conversione del rito disposta dal giudice senza necessità di alcuna integrazione o rinnovazione della domanda già formulata. Il che non esclude, ovviamente, che una volta convertita la procedura, le parti, siano naturalmente sottoposte a tutte le preclusioni, decadenze ed oneri che reggono la disciplina del diverso rito applicato, nel nostro caso quello ordinario.

Sorgono, tuttavia, alcune perplessità sulle modalità di conversione previste dal nuovo modello processuale. Se da un lato la nuova disciplina non assicura al resistente la piena osservanza del termine di comparizione più ampio previsto dall'art. 163-bis c.p.c., dall'altro lato l'art. 702-ter c.p.c. prescrive espressamente che il giudice fissi, una volta disposta la trasformazione del rito, l'udienza di prima comparizione prevista dall'art. 183 c.p.c.

La normativa non offre, pertanto, un'omogenea disciplina, determinando una compressione dei termini di difesa non giustificata dall'esigenza di celerità del procedimento, che risulta, invero, già minacciata dal semplice fatto di dover in ogni caso provvedere allo svolgimento di una nuova udienza di prima comparizione. Se, poi, si considera che tale riduzione dei termini di comparizione consegue unicamente ad una decisione del ricorrente, che agisce con il rito sommario laddove invece ciò risulta essere assolutamente vietato dalla legge, appare in tutta la sua evidenza il pericolo che si determini un grave *vulnus* costituzionale per la possibile violazione del diritto di difesa e di uguaglianza di fronte alla legge. Pericolo che peraltro si potrebbe sempre evitare assicurando che tra il giorno della notifica del ricorso e la data dell'udienza di prima comparizione del rito ordinario trascorrono i 90 giorni previsti dall'art. 163-bis c.p.c.

Nel corso della prima udienza di comparizione, il giudice valuta anche l'ammissibilità delle domande riconvenzionali proposte dalle parti e la loro compatibilità con il rito sommario.

In quest'ultimo caso, la riforma ha preferito favorire la separazione del processo consentendo all'attore di perseguire l'obiettivo di una celere decisione senza tuttavia privare il convenuto della possibilità di agire a tutela dei propri diritti in un separato giudizio ordinario. Il che, evidentemente, rappresenta un significativo cambiamento di paradigma rispetto a quel favore ampiamente dimostrato in passato dal legislatore per il *simultaneus processus*, come è reso evidente dalla regolamentazione tuttora vigente nel rito ordinario.

Ne consegue pertanto che, qualora la domanda riconvenzionale debba essere decisa dal collegio, il giudice monocratico si limiterà a pronunciarne l'inammissibilità procedendo con il rito sommario

soltanto per la domanda principale. Qualora l'a.g. ritenga, invece, che la domanda riconvenzionale non sia compatibile con la natura sommaria dell'istruttoria, dovrà essere disposta la separazione delle cause e la contestuale conversione del rito in relazione alla sola domanda del resistente.

Ancorché nulla sia affermato nel testo della riforma, pare logico e corretto ritenere che gli stessi criteri ora illustrati debbano operare anche con riferimento alle ipotesi di cumulo di domande³².

Sebbene il dettato normativo appaia molto preciso e non lasci adito a molte interpretazioni, qualche autore si è già espresso contro un'applicazione troppo rigida del principio della separazione delle cause³³. Viene, infatti, osservato come in alcuni casi l'abbandono di una trattazione congiunta delle domande formulate potrebbe accrescere significativamente il rischio di generare contrasti fra giudicati incompatibili. In tali ipotesi, di norma riconducibili alle connessioni forti quali la pregiudizialità, la dipendenza, l'incompatibilità e l'alternatività, sarebbe almeno preferibile la conversione dell'intero procedimento nelle forme del processo ordinario così da garantire quella trattazione unitaria che la lettera della norma tende, invece, ad escludere.

Abbiamo già avuto modo di considerare i criteri che reggono l'accertamento della compatibilità della controversia rispetto all'istruttoria sommaria. Come si è visto spetta al giudice valutare se l'oggetto della causa possa essere deciso con il rito sommario ed una eventuale decisione negativa al riguardo non può essere impugnata da alcuna delle parti. Il sistema è, infatti, concepito in modo tale da consentire la conversione del rito solo in favore del procedimento ordinario di cognizione e in modo tale da escludere che il fenomeno inverso possa mai verificarsi per alcuna ragione, nemmeno per porre rimedio ad una precedente errata valutazione. Il giudice, dunque, non può convertire in rito sommario una controversia originariamente incardinata ai sensi dell'art. 163 c.p.c. e nemmeno utilizzare la descritta passerella per revocare una trasformazione da rito sommario a rito formale precedentemente statuita.

La scelta di applicare il rito ordinario è dunque sempre irreversibile, mentre quella di ricorrere al sommario consente sempre l'impiego della passerella, anche ad istruttoria inoltrata. Nulla esclude, infatti, che durante il procedimento, in ragione delle nuove istanze formulate dalle parti ovvero a fronte dei fatti emersi, l'istruttoria possa risultare eccessivamente gravosa e non permettere più la

³² In tali termini si era, infatti, già pronunciato il Tribunale di Milano con la sentenza 7 ottobre 2004, in *Società*, p. 912 con riferimento al rito sommario societario.

³³ In tale senso si esprime MENCHINI, cit. § 3; BALENA, cit., § 23.

prosecuzione della controversia nelle forme del sommario, rendendosi così indispensabile la conversione del rito.

Una volta compiute tutte queste verifiche preliminari, l'istruttoria potrà finalmente avere luogo e per espressa volontà del legislatore si svilupperà omettendo ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Poiché il giudice è tenuto a compiere tutti gli atti di istruzione rilevanti per la decisione e non può sottrarsi al pieno rispetto dei diritti processuali delle parti³⁴, la semplificazione procedurale perseguita dalla norma non si sostanzia nel contenimento dei mezzi di prova acquisiti, bensì nella deformalizzazione delle modalità che presiedono alla loro acquisizione. Ne consegue, pertanto, che la norma non limita il diritto delle parti a pretendere che siano assunte alcune prove piuttosto che altre, ma incoraggia il giudice ad individuare modalità più celeri per l'espletamento dei singoli atti istruttori.

È difficile immaginare quali novità una tale disposizione possa di fatto comportare e nello specifico se possa effettivamente provocare qualche significativa economia nello svolgimento del processo. Si può stimare, infatti, che molti giudici ricorreranno all'audizione dei testi nelle forme finora applicate per gli informatori, ovvero che l'acquisizione di documenti e il ricorso alle ispezioni saranno probabilmente realizzati con una maggiore disinvoltura rispetto a quanto oggi accade.

Quanto tutto ciò possa essere utile allo scopo di abbreviare la durata dell'istruttoria ci pare difficilmente determinabile nonché di difficile accertamento quando la riforma entrerà a regime.

Peraltro, la lettera della norma non chiarisce se siano ammissibili le prove atipiche, come invece avviene a tutt'oggi nel procedimento cautelare uniforme. Due orientamenti si sono espressi sul punto. L'uno, più restrittivo, sostiene che il dettato normativo, pur svincolando la procedura dagli obblighi formali stabiliti dal libro secondo, non legittimi l'introduzione di nuovi mezzi di prova non autorizzati dall'ordinamento³⁵. Esiste, poi, un secondo indirizzo che si mostra più favorevole all'impiego di prove atipiche sul presupposto che la semplificazione perseguita dalla riforma coinvolga non solo le modalità di escussione, ma la natura stessa dell'istruttoria³⁶.

³⁴ Il principio dispositivo della prova non viene infatti meno e non pare che all'a.g. sia conferito alcun potere ufficioso di acquisizione dei mezzi di prova rilevanti per il giudizio.

³⁵ Vd. FINOCCHIARO, "Avvio più rapido con la presentazione del ricorso", in Guida al diritto, Dossier Online, n. 1/2009, p. 31.

³⁶ MENCHINI, cit., § 4; GIORDANO, in GIORDANO – LOMBARDI, cit., p. 575.

In ogni caso, sebbene il procedimento sommario liberi il giudice da tutte quelle forme che non sono essenziali al contraddittorio, la dottrina non esclude che nel corso di un procedimento sommario si possa fare uso anche di un mezzo di prova fortemente strutturato quale è il giuramento decisorio, che per produrre i suoi effetti dalle forme di legge non può assolutamente prescindere³⁷.

5. Fase decisoria e mezzi di impugnazione

Passiamo ora ad analizzare la parte più innovativa – *rectius*, più reazionaria– del nuovo processo sommario: la decisione.

La legge di riforma nulla dispone in ordine alla precisazione delle conclusioni. Poiché, tuttavia, il processo sommario di cognizione non impone termini perentori entro cui modificare ed integrare le domande ovvero entro cui dedurre le istanze istruttorie, deve reputarsi che non si possa prescindere dal prevedere una fase processuale che faciliti il consolidamento definitivo del *thema decidendum* e *probandum* sottoposto al vaglio dell'autorità. Di conseguenza, assunti i mezzi di prova, è logico immaginare che il giudice, nel rispetto del principio del contraddittorio, solleciterà le parti a discutere l'oggetto della controversia e a puntualizzare una volta per tutte le domande proposte.

All'esito di tale fase non gli resterà che pronunciarsi in merito a queste, emettendo un provvedimento conclusivo dai requisiti più semplificati rispetto alla sentenza, ma, per espressa volontà del legislatore, dagli effetti del tutto corrispondenti.

Il comma quarto dell'art. 702-ter c.p.c. stabilisce che il giudice provvede all'accoglimento o al rigetto delle domande con ordinanza. Mentre il procedimento sommario in materia commerciale poteva, dunque, unicamente concludersi con un provvedimento di accoglimento, il nuovo rito oggi non esclude che la controversia possa avere quale esito una pronuncia sfavorevole al ricorrente. Un simile cambiamento di paradigma consegue, con buona probabilità, a due ragioni. Da un lato, l'obbligo di conversione del rito con riferimento a tutte le ipotesi di domanda infondata, così come prescritto nel procedimento sommario societario, comportava un significativo aggravio processuale in palese violazione di quell'esigenza di economia e celerità a cui invece il legislatore intende oggi ispirarsi. D'altro lato, l'emissione di un provvedimento di rigetto mal si conciliava con un procedimento destinato a procurare all'avente diritto unicamente un titolo di cui potersi avvalere in

³⁷ FINOCCHIARO, cit., p. 31.

fase esecutiva, ma ora risulta perfettamente compatibile con un rito – quello dell’ultima riforma - a cui invece è stata riconosciuta una piena efficacia dichiarativa.

Veniamo dunque al nucleo della questione.

Il nuovo procedimento sommario di cognizione si conclude con una decisione che, pur espressa nelle forme dell’ordinanza, beneficia di tutti gli effetti tipici di una sentenza.

Stabilisce, infatti, il sesto comma dell’art. 702-ter c.p.c. che il provvedimento conclusivo è provvisoriamente esecutivo e costituisce titolo per l’iscrizione dell’ipoteca giudiziale e per la trascrizione³⁸. Il settimo comma del medesimo articolo, in conformità ai principi generali riconosciuti dalla giurisprudenza di Cassazione, prevede che il giudice si pronunci con l’ordinanza anche sulle spese del procedimento.

Fin qui nulla di nuovo. Non è certo questo il primo caso in cui l’ordinamento conferisce simili effetti a provvedimenti che non sono emessi nelle forme della sentenza, come ad esempio i provvedimenti anticipatori di cui agli artt. 186-bis e ss. c.p.c.

Sconvolge tutti i più tradizionali asserti della dottrina e della giurisprudenza la previsione dell’art. 702-quater c.p.c., laddove si statuisce che “l’ordinanza emessa ai sensi dell’art. 702-ter produce gli effetti di cui all’art. 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione”. In altre parole, l’ordinanza emessa a conclusione di un procedimento sommario di cognizione è idonea ad integrare la natura di cosa giudicata e quanto in essa deciso non può essere oggetto di un nuovo ed autonomo processo, salvo l’ipotesi di un’eventuale impugnazione nei termini prescritti dalla legge.

Vero è che anche l’ordinanza anticipatoria dell’art. 186-quater c.p.c. integra il giudicato, se non tempestivamente impugnata, ma ciò non può indurre a superficiali comparazioni. Diversamente da quanto accade nel rito sommario, il provvedimento di cui all’art. 186-quater c.p.c. è emesso a conclusione di una istruttoria espletata nelle forme ordinarie. Si può quindi dire che la norma consente un’evidente semplificazione delle modalità di redazione dell’atto decisorio, ma non incide minimamente sul processo cognitivo del giudice, che invece viene assicurato attraverso il compimento esaustivo dell’istruttoria formale.

³⁸ L’ imprecisione sembra essere imputabile al redattore della norma. In realtà il comma sesto intende riferirsi in primo luogo all’annotazione delle sentenze e solo per i casi sporadici in cui ciò è consentito alla vera e propria trascrizione (vd. art. 2651 c.c.). Il tutto in conformità a quanto già avviene per le sentenze. Deve, pertanto, logicamente escludersi che con tale prescrizione si sia inteso introdurre sul punto una disciplina derogatoria ed eccezionale con riferimento alle sole ordinanze emesse con il rito sommario.

La riforma, invece, travolge proprio il meccanismo di accertamento dei fatti e riconosce ad un metodo di conoscenza fortemente deregolamentato gli stessi effetti di stabilità normalmente attribuiti ad una sentenza.

In tal modo, però, il processo di ristrutturazione della procedura ritorna alle origini. Se all'inizio di questo percorso il legislatore, infatti, si prefiggeva lo scopo di procurare celermente all'avente diritto un titolo esecutivo così da evitare di ingolfare la giurisdizione dichiarativa con cause di poco conto o palesemente fondate, ora il cerchio si chiude con il ritorno al passato, ovvero alla centralità dell'accertamento pieno del diritto. Nulla di più lontano e diverso dal modello rappresentato dal *referé* francese, che sembrava dovesse uscire vincitore e che invece con il tempo è stato accantonato. D'altronde, già con il rito sommario societario si erano intravisti alcuni sintomi di un simile ritorno di fiamma per la tradizione allorquando si era preferito concepire per l'impugnazione un vero grado di appello e non un semplice reclamo, che sarebbe stato assai più coerente con le caratteristiche del procedimento.

Come si è già detto, l'ordinanza può essere appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione³⁹. Questo secondo grado di giudizio è stato strutturato dalla riforma secondo il modello del processo ordinario e non fruisce pertanto delle semplificazioni procedurali previste per il primo grado. Sul punto la dottrina⁴⁰, fino ad oggi, si è espressa unanimemente in tal senso anche a fronte delle precedenti esperienze maturate con riferimento al rito societario, per il quale nemmeno la giurisprudenza aveva dubitato di una simile soluzione. Peraltro, la stessa lettera dell'art. 702-quater c.p.c. si astiene dal configurare una qualsivoglia disciplina speciale di carattere sommario con riferimento al secondo grado di giudizio e si limita ad introdurre solo una deroga al regime ordinario.

Alla luce di queste prospettazioni e della considerazione che la corte di appello giudica in composizione collegiale e non monocratica⁴¹, deve ritenersi condivisibile la soluzione adottata dalla dottrina.

³⁹ Il termine lungo di cui al comma primo dell'art. 327 c.p.c. troverà dunque applicazione solo qualora l'ordinanza non sia stata notificata né comunicata.

⁴⁰ Vd. FINOCCHIARO, cit., p. 33 e ss.; MENCHINI, cit., § 4; GIORDANO, in GIORDANO –LOMBARDI, cit., p. 583 e ss; DEMARCHI, cit., p. 427.

⁴¹ Sulla competenza del collegio a decidere l'appello non possono, peraltro, sorgere dubbi attesa la disposizione conclusiva dell'art. 702-quater c.p.c., che consente al presidente del collegio di delegare l'assunzione della prova ad un collega.

Come si è già avuto modo di accennare, una sola previsione dell'art. 702-quater c.p.c. si allontana dalle regole comuni del procedimento di secondo grado e ammette l'acquisizione di nuovi mezzi di prova ogni qual volta il collegio li ritenga rilevanti ai fini del giudizio e non solo quando la parte dimostri di non averli potuti proporre precedentemente per una causa a lei non imputabile ovvero quando siano assolutamente indispensabili per addivenire ad una decisione, come invece statuisce l'art. 345 del codice di rito.

Si è detto che una simile impostazione particolarmente generosa con riferimento all'ammissione delle prove nel giudizio di appello sia un'inevitabile conseguenza della sommarietà del primo grado, che, pur coltivando una lodevole esigenza di celerità, non assicurerebbe ad entrambe le parti un'istruttoria adeguata e completa. Il secondo grado, secondo questa chiave di interpretazione, rivestirebbe una funzione palesemente integrativa del processo di *primae curae* e tutelerebbe il diritto di difesa originariamente coartato. Simili considerazioni vengono poi portate alle estreme conseguenze da quegli autori⁴² che reputano necessario in secondo grado rinnovare tutta l'istruttoria già svolta nelle forme sommarie: se il giudice ha deciso celermente, è infatti sempre utile ed imprescindibile un successivo e sereno approfondimento dei fatti in sede di gravame. Ragionamento, che, tuttavia, sembra trarre conseguenze troppo radicali ed in palese violazione del principio di economia a cui la riforma ha inteso pienamente ispirarsi.

Se, infatti, è vero che la lettera dell'art. 702-quater c.p.c. non introduce un criterio maggiormente selettivo rispetto a quello comunemente previsto per il primo grado di giudizio, è altresì corretto affermare che in nessuna norma è previsto un automatico obbligo di rinnovazione dell'istruttoria sommaria. L'appello serve, infatti, a colmare eventuali lacune del primo grado e non a rimettere in gioco la parte risultata perdente all'esito di questo. Inoltre, è risaputo come il giudizio di secondo grado si adatti poco a sostituire in blocco l'istruttoria compiuta in primo grado in quanto per sua natura è destinato a svolgersi dopo molti anni dai fatti, quando oramai i ricordi dei testimoni sono sbiaditi e i fatti divengono sempre più scoloriti. Non può infine passare inosservato come un'interpretazione troppo permissiva aggraverebbe ulteriormente il carico di lavoro delle corti appello, che già oggi risultano particolarmente gravate di pendenze, e questo non favorirebbe di certo quella celerità tanto anelata dal legislatore della riforma.

⁴² In merito vd. CARRATTA, "Processo sommario societario e limiti dell'appello avverso l'ordinanza: riflessioni de jure condito e prospettive de jure condendo", Giur. It., 2008, p. 2558; MENCHINI, cit., § 4.

Per questo, la rilevanza dei mezzi di prova dovrebbe essere valutata tenendo in considerazione i principi di economia processuale e di parità delle parti tutelati a livello costituzionale (art. 111 Cost.) e dovrebbero, invero, ammettersi solo quelle istanze istruttorie che non risultano essere mai state formulate in precedenza né essere state compiutamente valutate dal giudice di *primae curae*.

Da ultimo deve escludersi che l'appello costituisca l'unico strumento di impugnazione proponibile avverso l'ordinanza emessa a conclusione di un procedimento sommario. Poiché il rito conferisce al provvedimento una piena valenza decisoria suscettibile di divenire cosa giudicata, pare conforme alla natura del provvedimento ritenere che ad esso siano applicabili sia i gravami straordinari, quali la revocazione e l'opposizione di terzo, sia il ricorso in Cassazione.

Ad imitazione di quanto avviene per l'appello, anche in tali ipotesi la procedura seguirà le disposizioni comuni del codice di rito e i processi saranno trattati nelle forme ordinarie e non in quelle sommarie.

6. Les astreintes

Il processo esecutivo civile, così come disciplinato prima delle modifiche introdotte con l'ultima riforma, non era configurato per assicurare al creditore l'efficace esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, specie se caratterizzati dalla presenza di spiccati caratteri di infungibilità.

Il codice civile del 1942 aveva, infatti, dato vita ad un sistema in cui l'esecuzione forzata era garantita solo nelle ipotesi in cui la persona del debitore poteva essere sostituita nell'esecuzione da un terzo estraneo al rapporto giuridico azionato, mentre nei rimanenti casi, ove tale surrogazione non poteva realizzarsi, residuava per il creditore unicamente la possibilità di agire per il risarcimento del danno.

Un così significativo deficit di tutela aveva persino indotto una parte della dottrina e della giurisprudenza a considerare l'eventualità che nel nostro ordinamento la condanna ad un *facere* infungibile fosse assolutamente preclusa. Si era, infatti, ritenuto che, essendo interdotta al debitore la facoltà di agire in via esecutiva, in simili ipotesi la sentenza espressa nei termini di una condanna dovesse reputarsi *inutiliter data*, in quanto non sarebbe mai stato possibile eseguirla coattivamente. L'azione avrebbe, dunque, dovuto essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse e l'attore avrebbe dovuto domandare sin dall'inizio soltanto il risarcimento del pregiudizio patito⁴³.

⁴³ Vd. Cass., Sez. II, 24 agosto 1994, n. 7500. Sull'argomento, ampiamente, FORNACIARI, "I limiti dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare", § 4.2, <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/5371.pdf>.

Sennonché, negli anni passati, si era incominciato a diffondere in giurisprudenza un differente orientamento, che valorizzava l'efficacia di una siffatta pronuncia. Si era, infatti, pensato che, in ogni caso, la sentenza di condanna sarebbe stata sempre idonea a produrre i suoi normali effetti mediante la volontaria esecuzione del debitore e che, inoltre, avrebbe potuto costituire il presupposto di ulteriori conseguenze giuridiche, come, per esempio, nel caso della successiva formulazione di una autonoma domanda di risarcimento⁴⁴.

Non si creda, però, che il problema dell'esecuzione forzata degli obblighi infungibili rappresentasse un'anomalia del nostro ordinamento priva di riscontri in altri paesi e sistemi giuridici a noi affini. In realtà, la questione costituiva una preoccupazione comune a tutti quegli ordinamenti che erano – e tuttora sono – vincolati dal principio di non coercibilità diretta comunemente espresso nelle forme del noto brocardo latino *nemo ad factum praecisum cogi potest*. A differenza di quanto accadeva da noi, però, in alcuni ordinamenti stranieri si era già da tempo cercato di superare un simile vincolo apprestando nuove forme di tutela.

L'esame comparativo delle soluzioni adottate in alcuni di questi paesi consente di individuare tre diversi modelli di intervento: la sanzione penale comminata dal sistema dell'*Equity* inglese, le *astreintes* previste dal diritto francese e l'istituto del *Geldstrafe* di origine tedesca.

Il primo rimedio si avvale dell'efficacia preventiva rappresentata dal sistema penale e si fonda sul meccanismo sanzionatorio della condanna detentiva o pecuniaria, a cui viene sottoposto il debitore che non ottempera adeguatamente all'ordine del giudice⁴⁵. Il secondo modello punisce il soggetto trasgressore con il pagamento di una penalità di mora da versarsi in favore del creditore, mentre il terzo sistema prevede una sanzione di natura civile da corrisondersi in favore delle casse dell'erario.

È notorio come dottrina e giurisprudenza in questi anni abbiano manifestato più di un'incertezza in ordine alla possibilità di incoraggiare l'utilizzo dell'armamentario penale con lo scopo di assicurare l'adempimento dei provvedimenti del giudice civile. Ciò è dipeso da due ordini differenti di motivazioni: da una lato ci si è convinti che non sia auspicabile un ulteriore aumento dei carichi di

⁴⁴ Cass., Sez. I, 1 dicembre 2000, n. 15349; Cass., Sez. I, 17 luglio 1992, n. 8721.

⁴⁵ Le corti anglosassoni che giudicavano secondo i principi dell'*Equity* ordinavano l'adempimento specifico dell'obbligo di *facere* o di *non facere* al debitore e, in caso di inottemperanza, sanzionavano il reprobato applicando la fattispecie penale del *contempt of Court* (una specie di oltraggio alla Corte). Il sistema è stato nel tempo temperato, favorendo l'applicazione della sola multa a discapito dell'oramai storicamente superata condanna alla reclusione. Il sistema si differenzia, ancora oggi, dagli altri modelli per il marcato carattere penale della sanzione inflitta.

lavoro in un settore come quello penale che già soffre di lentezze difficilmente tollerabili, dall'altro lato è parso ai più che una simile applicazione del diritto sanzionatorio potesse costituire un ritorno a quell'imprigionamento per debiti che era stato definitivamente abolito con la legge n. 4166/1887 e il cui abbandono aveva rappresentato una conquista di civiltà non facilmente rinunciabile.

Del resto, non era nemmeno passato inosservato ai più attenti osservatori come il nostro codice penale ben poco si addicesse ad una simile soluzione, poiché il dettato normativo non assicurava – e non assicura tuttora – un'estesa e generale tutela ai provvedimenti comunemente emessi dai giudici civili.

Se ci si sofferma a considerare lo stato della giurisprudenza in materia, si noterà infatti come la fattispecie prevista dall'art. 650 c.p. non sia ritenuta dai più applicabile alle pronunce dell'autorità giudiziaria e come, contestualmente, l'ambito di operatività dell'art. 388 c.p. sia particolarmente contenuto, riguardando solo ipotesi di condotte fraudolente ed elusive commesse dal debitore ovvero particolari tipologie di atti giuridici specificamente individuati⁴⁶.

In assenza, pertanto, di una previsione generale a carattere penale e di una adeguata tutela in sede esecutiva, negli ultimi decenni si è cercato di correre ai ripari introducendo meccanismi di coercizione indiretta a rilevanza meramente settoriale⁴⁷. Solo con la recente riforma si è, invece, finalmente deciso di abbandonare la strada degli interventi circoscritti a determinate materie e si è predisposto un quadro comune di norme.

Il nuovo art. 614-bis c.p.c. stabilisce, infatti, che il giudice, con il provvedimento di condanna, fissi su istanza di parte una penalità di mora per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Discusso è se il mezzo *de quo* possa trovare applicazione con riferimento ad un qualsiasi inadempimento oppure unicamente in relazione agli obblighi di fare infungibili e a quelli di non fare.

Sul punto, si sono già formati due contrastanti orientamenti.

⁴⁶ Fra le molte sentenze che hanno escluso l'applicabilità dell'art. 650 c.p. agli atti giudiziari vd. Cass., Sez. I, 26 gennaio 2001 – 2 aprile 2001, n. 12924; Cass., Sez. I, 13 giugno 2001 – 20 luglio 2001, n. 29436.

⁴⁷ Fra i molteplici interventi settoriali che si sono succeduti nel tempo possiamo qui ricordare l'ultimo comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ove si prevede che, nel caso di licenziamento di rappresentanti sindacali, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento della sentenza di reintegro il datore di lavoro è tenuto a corrispondere una certa somma a favore del fondo adeguamento pensioni, ovvero l'art. 140 del codice del consumo, le disposizioni in materia di marchi e brevetti (art. 124, comma secondo, del d.lgs. 10.2.2005 n. 30, codice della proprietà industriale) e da ultimo le prescrizioni dell'art. 709-ter c.p.c. in materia di separazione e divorzio.

Secondo una prima prospettiva, non solo la lettera della legge militerebbe per un'interpretazione più restrittiva, ma la natura stessa dello strumento pretenderebbe quale ineludibile presupposto l'incoercibilità dell'obbligo. Tra tutela esecutiva diretta ed indiretta vige, infatti, un rigido rapporto di complementarietà in guisa tale che non appare possibile fruire alternativamente dei due rimedi⁴⁸.

Un secondo indirizzo, che ha già trovato qualche conferma in giurisprudenza⁴⁹, reputa, invece, che non si possa prestare troppa importanza al dato letterale, poiché ogni limitazione possibile all'applicazione dell'istituto non è contenuta nel corpo della norma, ma solo nella sua rubrica, il cui valore interpretativo non deve essere immotivatamente sopravvalutato.

In attesa di un più significativo - almeno in termini quantitativi - intervento giurisprudenziale, può solo osservarsi come l'interpretazione più restrittiva delinei un sistema fortemente disomogeneo, in cui il presupposto dell'incoercibilità della prestazione condizionerebbe solo le obbligazioni di fare e non quelle di non fare. È certamente vero che la struttura di queste ultime obbligazioni non è di facile lettura, tanto che spesso è complicato distinguerne la natura, tuttavia non pare propriamente coerente un modello in cui solo per una certa categoria di obbligazioni si applica un criterio selettivo così stringente⁵⁰.

Soffermandoci ancora a considerare i presupposti del nuovo *astreinte*.

Deve sin d'ora rimarcarsi come, secondo i più, il nuovo strumento possa essere impiegato non soltanto con riferimento alle sentenze pronunciate a conclusione di un procedimento ordinario, ma in relazione a tutti i provvedimenti di condanna, pur se emessi in fase cautelare o in base ad una cognizione non piena⁵¹.

Sebbene una così estesa applicazione del rimedio accresca significativamente il rischio che il provvedimento giurisdizionale originariamente munito della condanna accessoria sia revocato a fronte di un successivo grado di giudizio ovvero in seguito all'emanazione di un atto a cognizione piena, non pare che una tale circostanza possa favorire un'interpretazione più restrittiva.

⁴⁸ Al riguardo vd. LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, cit., p. 469 e ss; CAPPONI, “*Astreintes nel processo civile italiano?*”, in Giust. Civ., 1999, p. 157; DEMARCHI, cit., p. 439; FINOCCHIARO, “*Con l'arrivo dell'esecuzione indiretta si accresce la tutela delle parti?*”, in Guida al diritto, Dossier Online, n. 1/2009, p. 19 e ss.

⁴⁹ In un *obiter dictum* il Tribunale di Terni ha affermato che l'art. 614-bis c.p.c. sarebbe stato introdotto allo scopo di assicurare l'esecuzione di tutti i provvedimenti giudiziari di condanna e non solo di quelli aventi come oggetto obblighi di fare o di non fare (ord. 4 agosto 2009).

⁵⁰ Per questo alcuni autori propongono di sottrarre al rimedio dell'*astreinte* tutti quegli obblighi di non fare che possono essere realizzati coattivamente. Sul punto, vd. LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, cit., p. 469 e ss.

⁵¹ LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, cit., p. 470; DEMARCHI, cit., p. 441.

Il problema della successiva revoca o modifica dell'atto a cui accede la penalità di mora non può, infatti, essere affrontato scoraggiando l'utilizzo dello strumento e minacciando l'effettività dell'intervento di riforma, ma deve essere puntualmente considerato assicurando una complessiva coerenza all'ordinamento.

Poiché la condanna al pagamento dell'*astreinte* costituisce titolo esecutivo in conformità a quanto statuito dall'art. 614-bis c.p.c., deve sin d'ora escludersi che il debitore possa legittimamente astenersi dall'adempimento fino al passaggio in giudicato del provvedimento concernente il merito. Non vi è, quindi, alternativa possibile all'adempimento immediato, ma ciò non significa che un'eventuale inottemperanza possa sempre essere rilevata.

Ogni qual volta, infatti, la condanna relativa al rapporto giuridico principale venga revocata da un titolo giurisdizionale successivo, l'inadempimento all'ordine giudiziale non potrà più essere contestato, in quanto il provvedimento originario non sarà più idoneo a produrre effetto alcuno. In tal caso l'onere non dovrà più corrispondere l'*astreinte*, pur non avendo adempiuto alla prescrizione originariamente impartitagli dal giudice.

Nell'ipotesi, invece, in cui il debitore non esegua l'obbligazione principale, limitandosi invece a corrispondere quella accessoria, avrà diritto alla restituzione di quanto versato, qualora la controversia si sia definitivamente conclusa a suo favore.

Il presunto debitore potrebbe, infine, risolversi ad adempiere la prestazione principale indotto dal timore di dover corrispondere in seguito una troppo onerosa penalità di mora. Anche in tal caso, tuttavia, troverà adeguata tutela nelle restituzioni che avranno luogo all'esito definitivo del giudizio. Nulla esclude, però, che in alcune di queste ipotesi la collaborazione della controparte possa rivelarsi necessaria per eliminare gli effetti giuridici prodotti con l'esecuzione delle statuizioni provvisoriamente esecutive. Si pensi all'eventualità del promittente venditore che presta il consenso alla stipulazione del contratto spinto dal desiderio di evitare il pagamento della penalità di mora: se, per qualsiasi ragione, il provvedimento giudiziario venisse meno, solo con il consenso dell'acquirente il venditore medesimo potrebbe ottenere la restituzione, non solo materiale, ma in primo luogo giuridica, del bene⁵².

Per ovviare ad un simile inconveniente, in dottrina si è pensato di ricorrere alla categoria dei vizi della volontà ovvero all'istituto della condizione risolutiva. In un ipotesi del genere, a mio

⁵² Per i rapporti tra esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c. e penalità di mora ex 614-bis c.p.c. vd. CONSOLO, "Una buona novella al c.p.c. [...]", in *Corriere giuridico*, 2009, p. 741 e ss.

sommesso parere, si potrebbe anche immaginare l'impiego dell'istituto della presupposizione, che forse meglio della condizione risolutiva potrebbe dare espressione ai caratteri impliciti di una siffatta regolamentazione contrattuale⁵³.

Nonostante il favore manifestato da alcune voci della dottrina⁵⁴, non pare invece apprezzabile il ricorso all'istituto della violenza morale, che non sembra rispecchiare adeguatamente la condotta tenuta dall'asserito creditore. Inoltre, una simile soluzione espone ingiustamente quest'ultimo alla discrezionalità della controparte, a cui sola sarebbe concesso di valutare l'utilità di domandare l'annullamento.

Ad ogni modo, prescindendo da tali considerazioni, non deve dimenticarsi che a tutela di comportamenti eccessivamente disinvolti presiederà sempre il disposto del secondo comma dell'art. 96 c.p.c., ove è prevista la sanzione del risarcimento del danno per il creditore che ha agito nelle forme dell'esecuzione forzata senza la normale prudenza.

Per ragioni di cautela, l'art. 614-bis c.p.c. esclude espressamente che il provvedimento accessorio di condanna possa essere impiegato con riferimento alle controversie concernenti i contratti di lavoro subordinato e i rapporti di collaborazione coordinata e continuata. Evidentemente, si è avuto il timore che il ricorso in tali materie al rimedio dell'esecuzione indiretta avrebbe potuto comportare un ulteriore e non auspicabile irrigidimento della disciplina lavoristica, già sufficientemente presidiata a parere del redattore della norma. Peraltro, non è sfuggito ai più che la previsione di una condanna al pagamento di una penalità di mora avrebbe potuto incidere troppo significativamente sulla libertà personale dell'imprenditore e del dipendente con effetti a dir poco catastrofici per la serenità dell'ambiente di lavoro in cui entrambi sono chiamati a convivere.

A questo ordine di valutazioni può, d'altronde, essere ricondotto anche l'ulteriore limite imposto all'istituto e rappresentato dalla clausola della manifesta iniquità. Con questa nozione, si è voluto, infatti, impedire che lo strumento dell'esecuzione indiretta potesse essere impiegato per forzare la libertà personale degli individui ovvero per ledere i diritti fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione, dalla Carta di Nizza e dalle convenzioni internazionali⁵⁵. Nella prospettiva del redattore della riforma, la clausola è stata pensata, tra l'altro, con l'obiettivo di attenuare gli

⁵³ Vd. SACCO – DE NOVA, “Trattato di diritto privato”, diretto da RESCIGNO, vol. X, sez. IV, cap. 6.

⁵⁴ CONSOLO, cit., p. 742.

⁵⁵ Vd. per esempio la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

eccessivi automatismi che caratterizzano la penalità di mora in guisa tale da assicurare al debitore adeguata tutela nel caso in cui l'inadempimento non sia a lui imputabile⁵⁶.

L'art. 614-bis c.p.c. riconosce alla condanna accessoria la natura di titolo esecutivo e prevede che l'ammontare della penalità sia calcolato in base al valore della controversia, alla natura della prestazione, al danno quantificato o prevedibile e con riferimento ad ogni altra circostanza utile.

Nulla dice la norma in merito alle condizioni soggettive delle parti, ma non si può di certo escludere che possano essere accuratamente valutate per determinare l'entità della sanzione e ciò può dirsi soprattutto in applicazione di quanto previsto dalla clausola di chiusura, la cui estensione appare sufficiente per legittimare il ricorso ad un simile criterio integrativo.

Diverso problema è, invece, quello della cumulabilità del rimedio con l'integrale risarcimento del danno. Sul tema, infatti, si sono già formati due diversi orientamenti dottrinali, in attesa di un intervento giurisprudenziale che offra qualche chiarimento in merito.

Secondo alcuni⁵⁷, la natura della penalità di mora è puramente sanzionatoria e come tale non può essere confusa con finalità di carattere indennitario, che sono assolutamente estranee all'istituto così come finora conosciuto. L'*astreinte* rappresenta unicamente un mezzo di coercizione e non una forma di quantificazione anticipata del danno sofferto in ragione del protrarsi dell'inadempimento e per tale ragione l'assoluta e perfetta complementarità esistente fra i due istituti non può essere messa in discussione.

Altre voci⁵⁸ valorizzano maggiormente il testo dell'art. 614-bis c.p.c., laddove l'entità del danno *patito* e *patiendi* viene inserita espressamente tra i criteri di determinazione della penalità. Alla luce di tale dato, ritengono, pertanto, che la somma imposta quale condanna accessoria disponga di una insopprimibile componente indennitaria, circostanza da reputarsi incompatibile con un integrale risarcimento del danno.

Si potrebbe in merito percorrere anche una terza via e sostenere la natura esclusivamente sanzionatoria dell'*astreinte* nei limiti in cui ciò non comporti un'ingiustizia manifesta gravando il debitore di un debito francamente eccessivo. In tal modo ci si sottrarrebbe al pericolo di trasformare la penalità di mora in un semplice meccanismo di forfetizzazione anticipata del danno, così

⁵⁶ Si pensi all'ipotesi in cui l'esecuzione dell'obbligo richieda la collaborazione di terzi ovvero il verificarsi di determinate condizioni oggettive indipendenti dalla volontà del debitore. Vd. LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, cit., p. 472 e ss.

⁵⁷ DEMARCHI, cit., p. 441 e 442; PERROT- THERY, "Procédures civiles d'exécution", p. 84.

⁵⁸ LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, cit., p. 478 e ss.

privandola sostanzialmente di ogni effetto coercitivo, e contestualmente si garantirebbe un'adeguata protezione anche al debitore, che sempre potrebbe agire in giudizio per tutelarsi contro comportamenti inutilmente vessatori.

Conclusa l'analisi dei presupposti e degli elementi costitutivi dell'*astreinte* italiano, proviamo ora a considerare un aspetto più prettamente processuale, ovvero se l'istanza ex art. 614-bis c.p.c. sia soggetta ai normali termini di preclusione imposti dalla disciplina del processo ordinario.

Se ci si sofferma a considerare la natura prettamente accessoria di una simile condanna e la sua assoluta estraneità all'oggetto sostanziale della controversia, emergono in tutta evidenza le somiglianze esistenti con l'istituto del risarcimento del danno per lite temeraria. Una simile circostanza favorisce, pertanto, un'applicazione – potremmo dire – analogica, di quella giurisprudenza che, oramai senza contrasti, esclude pacificamente le istanze ex art. 96 c.p.c. dal novero delle domande soggette alle preclusioni disciplinate per il procedimento ordinario⁵⁹.

La possibilità generalmente riconosciuta al creditore di depositare istanza per la condanna all'*astreinte* in un processo diverso da quello in cui si è ottenuta la condanna principale ha, invece, spinto qualche voce a propendere per un'interpretazione più restrittiva, che meglio valorizzerebbe l'autonomia di una tale domanda, ritenendo così applicabili le preclusioni di cui al libro secondo del codice di rito⁶⁰.

Stefano Sala
Magistrato del Tribunale di Varese

⁵⁹ Con la conseguenza ulteriore che il valore della controversia non sarà minimamente influenzato dall'ammontare dell'importo richiesto per la penalità di mora. Cfr. LOMBARDI, in GIORDANO – LOMBARDI, “*Il nuovo processo civile*”, pp. 471 e 472.

⁶⁰ FINOCCHIARO, cit., pp. 21 e 22.