



**Avv. Manola Faggiotto del Foro di Venezia**

**PRIME OSSERVAZIONI SUL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI  
COGNIZIONE INTRODOTTO DALLA LEGGE 18/6/2009 N. 69  
( Pubblicata in G.U. N. 140/2009 supplemento ordinario n. 95)**

\*\*\*

**Art. 702 bis – FORMA DELLA DOMANDA. COSTITUZIONE  
DELLE PARTI**

*Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, la domanda può essere proposta con ricorso al tribunale competente. Il ricorso, sottoscritto a norma dell'articolo 125, deve contenere le indicazioni di cui ai numeri 1), 2), 3), 4), 5) e 6) e l'avvertimento di cui al numero 7) del terzo comma dell'articolo 163.*

[ Restano escluse le cause riservate alla trattazione collegiale, quelle di competenza del Giudice di Pace, quelle attribuite in unico grado alla Corte d'Appello , quelle assoggettate ad un rito speciale.

E' da ritenere che il richiamo *tout court* al n. 6 dell'art. 163 c.p.c. sia frutto di una svista del legislatore in quanto, trattandosi di procedimento promosso mediante ricorso, è indispensabile la indicazione della procura alle liti già nell'atto introduttivo .

Ed invero, la regola generale sancita dall'art. 125, comma 2, c.p.c. secondo cui la procura al difensore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto purchè anteriormente alla costituzione della parte rappresentata , non è applicabile ai procedimenti promossi mediante ricorso in quanto, in tali casi, la costituzione della parte rappresentata coincide con il deposito del ricorso in cancelleria ( Cass. n. 1899/2007 che richiama Cass. n. 972/1999).

Lo stesso rinvio *per relationem* “ all'avvertimento di cui al n. 7 ) del terzo comma dell'articolo 163 ” ( che , a seguito delle intervenute modifiche va coordinato con il nuovo testo dell'art. 38 c.p.c. in materia di incompetenza ) mal si concilia con la struttura del procedimento in esame in cui sia il giorno della udienza di comparizione , sia i termini per la costituzione del convenuto sono indicati - nel decreto emesso dal giudice designato - successivamente alla proposizione del ricorso.

L'avvertimento di cui al citato n. 7 ) dovrebbe essere così formulato : “ ...avverte il convenuto che deve costituirsi in giudizio entro il termine assegnato dal Giudice nel decreto di fissazione della udienza di comparizione delle parti che verrà notificato, unitamente al ricorso ,almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione , o, in difetto di assegnazione di detto termine , non oltre dieci giorni prima dell'udienza con l'avvertimento che la costituzione oltre il suddetto termine implicherà le decadenze di cui agli art. 38 e 702-bis c.p.c..... “.

Atteso il richiamo all'art. 163 c.p.c. e in mancanza di una disciplina specifica delle nullità del ricorso è ragionevole far capo al regime delle nullità della citazione, contenuto nell'art. 164 c.p.c. ( nella parte, ovviamente, in cui essa è utilizzabile, perché è in quell'articolo che riceve tutela il diritto del convenuto al rispetto del termine di comparizione e , più in generale il diritto di difesa costituzionalmente garantito ) ].

***A seguito della presentazione del ricorso il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta senza ritardo al presidente del tribunale, il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento.***

[ La norma , riproducendo pedissequamente il disposto dell'ultimo comma dell'art. 669-ter c.p.c., prevede che il cancelliere presenti “senza ritardo” il fascicolo d'ufficio al presidente del Tribunale il quale provvederà a designare il magistrato . Ora , mentre nel procedimento cautelare sia gli adempimenti a carico del cancelliere , sia il provvedimento di designazione del magistrato devono essere adottati entro un tempo che ne giustifichi la funzione cautelare , nella ipotesi del procedimento sommario di cognizione, che non ha natura cautelare ( nella relazione accompagnatoria del disegno di legge originario il titolo dell'art. 56 , introduttivo del procedimento in esame, era “*Procedimento sommario non cautelare*”) , deve ritenersi che dette attività debbano intervenire entro un arco temporale compatibile con le finalità acceleratorie del procedimento in oggetto.]

***Il giudice designato fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza; il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione.***

[ Pur mancando la previsione espressa di un termine per la emissione del decreto di fissazione della udienza di comparizione delle parti è da ritenere, in considerazione delle finalità acceleratorie del procedimento di cui si è detto sopra , che il provvedimento dovrà essere adottato entro tempi tali da assicurare il rispetto delle cennate finalità.

E' da sottolineare che la norma non specifica ( diversamente, ad esempio da quanto dispone l'art. 415 c.p.c., ) che la notifica venga effettuata a cura del ricorrente .]

***Il convenuto deve costituirsi mediante deposito in cancelleria della comparsa di risposta, nella quale deve proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione, nonché formulare le conclusioni. A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio.***

[ Il contenuto della comparsa di risposta ricalca sostanzialmente la formulazione dell'art. 167 c.p.c.

Alla luce delle modifiche apportate all'art. 115 c.p.c. si sarebbe dovuto prevedere l'onere del convenuto di contestazione specifica dei fatti dedotti dall'attore-ricorrente . Così come sarebbe stato opportuno integrare il contenuto dell'atto introduttivo prevedendo l'obbligo di preciso avviso sulle

conseguenze della mancata specifica contestazione ( è appena il caso di sottolineare che tale previsione avrebbe dovuto riguardare anche il processo a cognizione piena) .

Manca, tuttavia, il richiamo alla esplicita disposizione, di cui al 2° comma dell'art. 167 c.p.c., della assegnazione al convenuto di un termine perentorio per integrare la domanda riconvenzionale qualora sia assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della stessa ( ferme restando le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione) .

*Quid juris ?*

Dovendo il principio del contraddittorio trovare piena attuazione, va riconosciuto al ricorrente ( o ad entrambe le parti in relazione alle difese espletate dal terzo) il potere di proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni formulate dal convenuto . Andrà , altresì, riconosciuto il potere di chiedere la autorizzazione a chiamare in causa un terzo se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto .

Il termine di riferimento è la *prima udienza* .

Oltre detta udienza, se il procedimento resta sommario, una volta fissati il *thema decidendum* e il *thema probandum* non sarà possibile né proporre nuove domande ed eccezioni, né modificare quelle già proposte .

In caso di mutamento del rito- che si verificherà qualora il Giudice ritenga necessaria per la decisione della controversia ( ovvero della domanda oggetto della riconvenzionale) una "*istruzione non sommaria*" – il termine di riferimento potrebbe essere diverso come si spiegherà *infra* sub. art. 702-ter , comma 3.]

***Se il convenuto intende chiamare un terzo in garanzia deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di costituzione e chiedere al giudice designato lo spostamento dell'udienza. Il giudice, con decreto comunicato dal cancelliere alle parti costituite, provvede a fissare la data della nuova udienza assegnando un termine perentorio per la citazione del terzo. La costituzione del terzo in giudizio avviene a norma del quarto comma.***

[ Benché la norma contempli solo la chiamata di un terzo in garanzia è da ritenere che sia compresa la facoltà della chiamata in tutti i casi previsti dall'art. 106 c.p.c.

Quanto alle modalità della chiamata in causa valgono le regole di cui al giudizio ordinario di cognizione (art. 269 c.p.c.).

Nel fissare la data della nuova udienza e nell'assegnare al convenuto un termine perentorio per la citazione del terzo, il Giudice dovrà valutare il rispetto dei termini di cui al terzo comma dell'art. 702-bis .

La disposizione in esame non fa cenno all'intervento volontario ( art. 105 c.p.c.) né all'intervento per ordine del Giudice ( art. 107 c.p.c.) .

Devono ritenersi applicabili , rispettivamente , gli artt. 267-268 c.p.c. e gli artt. 270-271 c.p.c. ( ricordando, quanto all'art. 271 c.p.c., che, come sancito dalla Corte Cost. con sentenza n. 260/1997 , il richiamo all'art. 167 c.p.c. comprende anche il comma 2 dell'art. stesso ) .

( E' appena il caso di osservare che ,quanto al rito del lavoro, con sentenza n. 193/1983 la Corte Cost. ha dichiarato illegittimo l'art. 419 c.p.c. con riferimento agli art. 3 e 24 cost. "*nella parte in cui - ove un terzo spieghi intervento volontario in una causa di lavoro - non attribuisce al giudice il*

*potere-dovere di fissare (con il rispetto del termine di cui all'art. 415, comma 5) - una nuova udienza non meno di dieci giorni prima della quale potranno le parti originarie depositare memoria e disporre che, entro cinque giorni, siano notificati alle parti originarie il provvedimento di fissazione e la memoria dell'interveniente, e che sia notificato a quest'ultimo il provvedimento di fissazione della nuova udienza." . ) ]*

#### **Art. 702 ter – PROCEDIMENTO.**

***Il giudice, se ritiene di essere incompetente, lo dichiara con ordinanza. Se rileva che la domanda non rientra tra quelle indicate nell'articolo 702 bis, il giudice, con ordinanza non impugnabile, la dichiara inammissibile. Nello stesso modo provvede sulla domanda riconvenzionale.***

[ Qualora il Giudice ritenga la propria incompetenza , lo dichiara con ordinanza ( che sarà impugnabile con il regolamento di competenza ). Ancorché la norma parli “genericamente” di incompetenza è ragionevole ritenere , giusta il disposto del novellato art. 38 c.p.c. , che anche nel procedimento sommario il Giudice non possa rilevare d’ufficio l’incompetenza per territorio semplice .

Poniamo il caso che non venga pronunciata ordinanza di incompetenza e il Giudice , in virtù del comma terzo dell’art. 702-ter , trasformi il rito sommario in rito ordinario fissando l’udienza di cui all’articolo 183 c.p.c.

Potrà il Giudice , ai sensi dell’art. 38 c.p.c., rilevare in quella udienza l’incompetenza per materia , per valore e per territorio inderogabile ?

Il Giudice , qualora rilevi che la domanda dell’attore-ricorrente ( o la riconvenzionale del convenuto) , pur appartenendo alla competenza del Tribunale adito , sia riservata alla trattazione collegiale , la dichiara inammissibile con ordinanza non impugnabile .

Stante l’espressa previsione di non impugnabilità l’ordinanza *de qua* non è né modificabile né revocabile .

Ci si è chiesti se detta ordinanza sia suscettibile di gravame .

Ritiene il prof. Francesco P. Luiso (“ *Il procedimento sommario di cognizione* “) che l’ordinanza di inammissibilità , al pari del decreto emesso ex art. 640 c.p.c., sia insuscettibile di controllo in quanto la stessa non va ad incidere “ *sul diritto alla tutela giurisdizionale* “ ma “ *attiene solo ad una delle possibili modalità di tutela giurisdizionale , fra l’altro neppure costituzionalmente necessaria* “.

Può accadere – ipotizza sempre l’Autore- che il Giudice , anziché dichiarare inammissibile la domanda che non rientra tra quelle indicate dall’art. 702-bis c.p.c., pronunci sulla stessa con rito sommario .

In tal caso – sostiene- la Corte d’Appello, investita della impugnazione, dovrebbe emettere pronuncia sul rito senza deliberare sul merito della causa.

Il Giudice , si è visto, provvede con ordinanza non impugnabile , a dichiarare la inammissibilità della domanda riconvenzionale qualora accerti che non rientra tra quelle indicate nell’art. 702-bis .

Poiché tra dette domande non rientrano quelle riservate alla trattazione collegiale, ne consegue la inapplicabilità dell’art. 281-*novies* c.p.c. che , per le cause connesse , attribuisce al tribunale in composizione collegiale la decisione di entrambe le domande ( ovvero di disporre la separazione a norma dell’art. 279 c.p.c.) .

La norma non chiarisce se i provvedimenti ivi contemplati possano essere assunti dal Giudice anche prima dell'udienza fissata .]

***Se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'articolo 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II. Quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale richiede un'istruzione non sommaria, il giudice ne dispone la separazione.***

[ La trasformazione del rito – disposta dal Giudice quando le difese delle parti richiedano una istruzione non sommaria – è adottata con ordinanza non impugnabile con la quale viene fissata l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Ora , il 5° comma dell'art. 183 c.p.c., prevede che, in quella udienza, l'attore possa “*proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto*” “ nonché chiedere l'autorizzazione , a seguito delle difese del convenuto , a chiamare in causa un terzo.

Sorge, allora, un dubbio.

Dovrà l'attore-ricorrente esercitare le facoltà di cui sopra , a pena di decadenza, nella *prima udienza* di comparizione delle parti , oppure , una volta disposto il mutamento del rito potrà esercitarle nell'udienza all'uopo fissata di cui all'art. 183 c.p.c.?

La prima ipotesi sembra la più convincente in quanto è sulla base di una valutazione delle “ *difese svolte dalle parti*” che il Giudice potrà decidere se la causa esiga una istruttoria non sommaria .

Assolutamente “controproducente”, dunque, per l'attore-ricorrente affidare l'esercizio di tali attività difensive ad una valutazione di mera probabilità di trasformazione del rito .

Senza considerare che il principio del contraddittorio impone la “parità delle armi” e , quindi, il bilanciamento dei poteri delle parti.

Quando la domanda richiede una istruzione non sommaria il Giudice “ *ne dispone la separazione*”.

Dal tenore letterale della norma sembrerebbe imposto al Giudice l'obbligo della separazione con conseguente inapplicabilità dell'art. 40 c.p.c.

Siffatta interpretazione restrittiva, che esclude il “*simultaneus processus*” “ genera qualche dubbio in presenza di ipotesi qualificate di connessione cd. “per subordinazione” o “forte”.

In tali casi dovrebbe essere riconosciuta al Giudice la possibilità di disporre il mutamento del rito e , quindi, la trattazione di entrambe le cause secondo il rito ordinario.

In presenza di cumulo per connessione c.d. “per coordinazione” le cause andranno trattate con riti differenti con tutti i rischi conseguenti ( contrasto di giudicati) .]

***Se non provvede ai sensi dei commi precedenti, alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande.***

[ Qualora si proceda con il rito sommario ( perché il Giudice non si è ritenuto incompetente, oppure non ha dichiarato la domanda inammissibile

né ha mutato il procedimento da sommario in ordinario) il Giudice “*sentite le parti ed 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 e provvede con ordinanza all’accoglimento o al rigetto delle domande*”.

La norma ricalca la formulazione dell’art 669-*sexies* c.p.c. relativa alla istruttoria cautelare .

Il procedimento sommario, tuttavia, non ha natura cautelare ed è destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di giudicato .

Quali saranno, dunque , i presupposti per la pronuncia dell’ordinanza sommaria ?

La norma non lo dice e, così formulata , sembra rimettere al potere squisitamente discrezionale del Giudice , la valutazione della complessità o meno della controversia e , quindi, la decisione in ordine al rito da applicare. Saranno ammissibili le prove precostituite ( tipico esempio i documenti) e così le attività finalizzate alla loro acquisizione ( pensiamo all’ordine di esibizione) .

Qualora , tuttavia, venga contestata l’autenticità del documento e la contestazione non sia *prima facie* palesemente infondata , si dovrà necessariamente dar corso ad un subprocedimento che , nella maggior parte dei casi , necessita di tempi più lunghi rispetto alla assunzione di prove testimoniali.

Ritengo che la esperibilità di una consulenza tecnica d’ufficio non sia , in linea di massima, preclusa dalla previsione della cognizione sommaria a condizione che si tratti di indagine non particolarmente complessa e , possibilmente, destinata ad incidere sulla celere definizione della controversia.

Quanto alle prove costituende ( quali , ad es. la testimonianza , l’interrogatorio formale) il Giudice potrebbe ammetterle qualora abbiano ad oggetto accertamenti semplici e siano di rapida acquisizione .

In definitiva ( ma trattasi, ovviamente, di parere opinabile) la soluzione più ragionevole sarebbe quella di consentire l’ingresso di quegli atti istruttori che , a fronte dell’esame comparativo ( necessariamente e, purtroppo, aggiungo, discrezionale) circa la probabile fondatezza o infondatezza delle difese prospettate dalle parti , il Giudice ritenga adeguati alle esigenze di celerità e speditezza del singolo procedimento .

Il comma aggiunto all’art. 101 c.p.c. dispone che “*Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*”.

La norma andrà applicata anche al procedimento sommario dovendo il principio del contraddittorio prevalere anche sulle finalità acceleratorie .]

***L’ordinanza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione.***

***Il giudice provvede in ogni caso sulle spese del procedimento ai sensi degli articoli 91 e seguenti.***

[ L'ordinanza comunque emessa a definizione del giudizio deve provvedere sulle spese ( rinvio espresso agli artt. 91 e segg. c.p.c.) ]

### **Art. 702 quater – APPELLO**

*L'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'articolo 702-quater produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione. Sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile. Il presidente del collegio può delegare l'assunzione dei mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio.*

[L'ordinanza produce gli effetti di cui all'articolo 2909 c.c., cioè fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa, se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione.

E' bene sottolineare che il termine comincia a decorrere indifferentemente dalla comunicazione o notificazione .

In mancanza di comunicazione o notificazione dovrà applicarsi il termine – ora semestrale- di cui all'art. 327, 1° comma, c.p.c.

L'articolo non specifica la forma dell'atto introduttivo ( ricorso o citazione) e , poco o nulla, dispone sulle modalità di svolgimento del giudizio di appello .

E' da ritenere , atteso il chiaro ed esplicito riferimento all'*appello* e , considerato che in questo grado il procedimento perde la sua specialità , che il procedimento si svolga – salvo le deroghe apportate dalla disciplina speciale- secondo le regole che disciplinano il giudizio d'appello del processo ordinario.

In appello sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti alternativamente in due casi:

a) qualora il collegio li ritenga rilevanti ai fini della decisione,  
b) oppure qualora la parte dimostri di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile.

Diversamente dall'art. 345 c.p.c. ( che utilizza il termine “indispensabili”) , la norma in commento parla di mezzi di prova e documenti “rilevanti “.

Così , come strutturata , la norma sembrerebbe prevedere la ammissione di nuovi mezzi di prova anche irrilevanti purchè la parte dimostri di non averli potuti proporre nel giudizio sommario per causa ad essa non imputabile .

Evidente l'errore di formulazione in cui è incorso il legislatore !.

Per avere un senso la norma va interpretata prevedendo la ammissione di nuovi mezzi di prova che siano rilevanti e rispetto ai quali la parte dimostri di non averli potuti produrre prima per causa non imputabile .]

Avv. Manola Faggiotto