

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (*Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza*) - Giuseppe BUFFONE (*Magistrato*) - Paolo CENDON (*Professore ordinario di diritto privato*) - Gianmarco CESARI (*Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma*) - Bona CIACCIA (*Professore ordinario di diritto processuale civile*) - Leonardo CIRCELLI (*Magistrato, segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura*) - Vittorio CORASANITI (*Magistrato*) - Francesco ELEFANTE (*Magistrato*) - Annamaria FASANO (*Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione*) - Cosimo FERRI (*Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia*) - Eugenio FORGILLO (*Presidente di Tribunale*) - Giusi IANNI (*Magistrato*) - Francesco LUPIA (*Magistrato*) - Giuseppe MARSEGLIA (*Magistrato*) - Piero SANDULLI (*Professore ordinario di diritto processuale civile*) - Stefano SCHIRO' (*Consigliere della Suprema Corte di Cassazione*) - Bruno SPAGNA MUSSO (*Consigliere della Suprema Corte di Cassazione*) - Paolo SPAZIANI (*Magistrato*) - Antonio VALITUTTI (*Consigliere della Suprema Corte di Cassazione*) - Alessio ZACCARIA (*Professore ordinario di diritto privato*).

**Il regime di appellabilità delle ordinanze conclusive
del procedimento sommario di cognizione:
posizioni giurisprudenziali e rilievi critici.**

Articolo di **Giuseppe LISELLA**

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *L'appellabilità dell'ordinanza di cui al co. 5 dell'art. 702 ter c.p.c.: contrasti giurisprudenziali* 2.1. *La sentenza Corte d'Appello di Roma n. 1321 del 07 marzo 2012* 2.1.1. *Dubbi di costituzionalità e possibili spazi di abuso* 2.1.2. *I presupposti della motivazione, analisi critica* 2.1.3. *Il metodo ermeneutico* 2.2. *Un precedente conforme, la sentenza Corte d'Appello di Roma n. 2089 dell'11 maggio 2011* 2.2.1. *Una ulteriore contraddizione* 3. *Considerazioni conclusive e soluzione prospettata* 3.1. *Conferme giurisprudenziali, in particolare la posizione della Corte d'Appello di Milano*

1. A quattro anni dalla sua introduzione nel sistema processual-civiltistico italiano le numerose problematiche ermeneutiche connesse al "procedimento sommario di cognizione" di cui agli articoli [702 bis](#) ss. c.p.c. sono lungi dall'essere risolte.

Consacrato dalla legge n. 69 del 18 giugno 2009 a pilastro di un sistema di giustizia civile tripartito (insieme al rito cognitivo ordinario e a quello laburista, art. 54 l. cit.), il procedimento di cui in analisi ha impegnato gli interpreti finanche sulla sua controversa natura.

Tralasciando in questa sede il dibattito, sempre più pressante tra gli operatori del diritto, riguardo all'adeguatezza della normativa processuale a soddisfare l'esigenza di certezza centrale nella regolamentazione procedurale, non si può rimaner sordi a proposito di tendenze giurisprudenziali che rischiano di minare non solo il raggiungimento dello scopo del nuovo procedimento (cioè l'alleggerimento del carico processuale civile), ma anche la credibilità dei provvedimenti conclusivi dello stesso.

2. Di particolare interesse è il contrasto sorto tra le Corti d'Appello di Roma e Milano riguardante il regime di appellabilità delle ordinanze conclusive il procedimento sommario di cognizione.

La posizione dei giudici capitolini, più risalente nel tempo, è quella che desta maggiori dubbi.

2.1. Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza della Corte d'Appello di Roma del 7 marzo 2012 n.1321¹, con la quale il Collegio ribadisce una posizione non condivisibile sulla appellabilità delle ordinanze che decidono nel merito le controversie iniziate ai sensi degli artt. [702 bis](#) ss. c.p.c. Secondo i magistrati di seconde cure, infatti, la lettera dell'art. [702 quater](#) c.p.c., che disciplina l'appello nel procedimento sommario di cognizione, deve essere interpretata nel senso di escludere l'efficacia di giudicato delle ordinanze che rigettano le istanze dell'attore. Secondo la lettera della norma "l'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'art. [702 ter](#) produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione": tale rimando renderebbe idonee al passaggio in giudicato le sole ordinanze provvisoriamente esecutive che costituiscono

1 In www.dejure.it

“titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione”.

Secondo la Corte, di contro, non sarebbe ammissibile (come nel caso di specie) l'appello avverso le ordinanze di rigetto, per le quali sarebbe applicabile l'art. 640 c.p.c.: nel caso in cui il tribunale di prime cure respingesse le istanze dell'attore, questi potrebbe riproporre in primo grado la domanda.

Tale interpretazione (pur avanzata da taluni in dottrina nei momenti immediatamente successivi all'introduzione del nuovo procedimento, ma sempre in maniera dubitativa²) non può essere condivisa per molteplici ragioni, che risiedono sia nelle sue conseguenze (costituzionalità della norma e possibili spazi di abuso da essa derivanti) che nella sua causa (forti dubbi sussistono infatti sulla coerenza logica della motivazione della sentenza).

2.1.1. Volendo andare per ordine, la posizione ermeneutica di cui in commento aprirebbe ampi spazi a dubbi sulla costituzionalità della norma e sulla sua adeguatezza rispetto al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si deve infatti notare come l'equilibrio processuale sia fortemente spostato a favore dell'attore soltanto in ragione della sua posizione processuale; alla luce di tale interpretazione il procedimento sarebbe atto ad esaurire il primo grado di giudizio solo se favorevole a quest'ultimo, con conseguenze inaccettabili in un sistema basato sul principio processuale della “parità delle armi”, ossequioso dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Pur volendo tralasciare in questa sede le differenze “fisiologiche” tra attore e convenuto presenti anche in primo grado³, non può essere accettato un tale favoritismo nella fase impugnativa.

2 v. *ex plurimis* R. Caponi *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis ss. c.p.c.* par. 5 in www.judicium.it (che comunque sottolinea le forti differenze tra il procedimento di cui agli artt. 702 bis s.s. c.p.c. e gli altri riti sommari); id. *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione* in *Foro It.*, 2009, V, 335, nt.5;

3 v. sul punto *ex plurimis* Balena G. *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009, n.69)* in www.judicium.it, par. 23; Basilico G. *Il procedimento sommario di cognizione* in *Il Giusto Processo Civile*, 2010, 3, p. 729; Bove M. *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli art. 702-bis ss. c.p.c.* in www.judicium.it, par. 3

Oltre allo squilibrio fra le parti, infatti, ci si troverebbe di fronte ad un giudice di prime cure alternativamente capace, *secundum eventum litis*, di decidere o no con efficacia di giudicato, quasi che il contenuto del provvedimento contrario alle richieste attoree possa obnubilare la sua capacità di giudizio.

In tale prospettiva, quindi, la supremazia dell'attore sussisterebbe non solo nei confronti del convenuto, ma anche nei confronti del giudice stesso: solo l'ordinanza a lui più favorevole sarebbe idonea a dotare di forza il giudizio compiuto con procedimento di cui all'art. [702 bis](#) ss. c.p.c.

Si noti inoltre come, nel caso di un provvedimento contrario alle istanze della parte attrice, la possibilità, paventata dalla Corte ai sensi dell'art. [640 c.p.c.](#), di riproporre la domanda giudiziale comporti ulteriori dubbi riguardo all'idoneità della soluzione ermeneutica a garantire il rispetto dei diritti nel procedimento e la tutela da eventuali abusi.

E' evidente, *in primis*, come tale riproposizione porrebbe nel nulla il già svolto procedimento sommario di cognizione, con buona pace non solo del principio di economicità processuale, con un ulteriore appesantimento per il sistema processuale civile italiano (ormai da anni in sovraccarico), ma anche del principio di ragionevole durata del processo, di cui al co. 2 dell'art. 111 Cost.

Non può inoltre sottovalutarsi l'uso illecito del procedimento che tale posizione consentirebbe all'attore: a questi si riconoscerebbe un "quarto grado di giudizio", attivabile infinite volte fino al soddisfacimento della domanda⁴.

Tale "secondo tentativo", infatti, solo nella migliore delle ipotesi si svolgerà tramite rito ordinario. Vi è la possibilità che la parte attrice riproponga la domanda giudiziale nuovamente con rito sommario di cognizione, assicurandosi ancora una volta la facoltà di ricominciare il primo grado di giudizio in caso di decisione sfavorevole, come consentito dall'art. [640](#) c.p.c. il quale sancisce che il provvedimento di rigetto della domanda ingiuntiva non

⁴ In tal senso G. Scarselli *Le altre impugnazioni ed il giudicato* in Giur. it., 2010, 3

pregiudica la riproposizione della stessa “anche in via ordinaria”, non obbligando in alcun modo l'attore ad agire ai sensi degli artt. [163](#) ss. c.p.c.

Tale ipotesi è ben lungi dal rimanere astratta. Nell'ambito della riforma del sistema processuale civile cui sopra si accenna, il d. lgs. n. 150 del 1° settembre 2011 (attuando la delega al governo contenuta nell'art. 54 della l. n. 69 del 18 giugno 2009) ha ricondotto tutti i procedimenti elencati nel Capo III al rito di cui all'art. [702 bis](#) ss. c.p.c. Appare quindi evidente come, in tali casi, l'attore sia obbligato a riproporre la domanda con procedimento sommario di cognizione, non essendogli consentito il rito ordinario; ciò darebbe vita ad una spirale teoricamente infinita⁵ (se all'attore è stato dato torto la prima volta, perché gli si dovrebbe dar ragione, con rito identico, la seconda?) di procedimenti che, inidonei a definire il giudizio, non offrono alle parti la certezza di cui la giustizia dovrebbe esser baluardo.

Unica alternativa sarebbe far affidamento sul valore “morale” della decisione, che dovrebbe portare l'attore a non riproporre la domanda della quale è già stata stabilita (seppur senza alcuna autorevolezza formale) l'infondatezza, salvo il caso di sopravvenienza di nuove prove (quasi ci si trovasse in presenza di un caso di revocazione). E' inutile dire che tale fiducia nell'etica di parte non soddisfa le esigenze dell'ordinamento.

E' esigenza dello Stato (e, per tramite, della Giustizia) che le proprie decisioni siano imponibili con forza e certezza, pena la fine dello stesso; si ricordi come, già secoli fa, tale necessità fu sottolineata da Hobbes⁶ e Machiavelli⁷: se lo

5 v. P. Porreca *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto nel procedimento sommario di cognizione: deformalizzazione, giudicato e giusto processo* in *Giur. Merito* 2011, 11, 2676 seppur con riferimento alla sentenza della Corte d'Appello di Roma del maggio 2011 di cui *ultra*.

6 T. Hobbes *Il Leviatano*, 1651, il quale, in particolare nel capitolo 26, sottolinea come la forza della legge (unica via contro la “*warre of every one against every one*”) debba risiedere nell'autorità dello Stato e non nella verità (*auctoritas non veritas facit legem*).

7 N. Machiavelli, *Il Principe*, per il quale il Principe, al fine di conservare il proprio potere contro gli uomini “tristi”, deve utilizzare la propria forza. In particolare nel cap. 18 egli afferma “Non può, pertanto, uno signore prudente né debbe osservare la fede, quando tale osservanza li torni contro e che sono spente le cagioni che la feciono promettere. E, se li uomini fussino tutti buoni, questo precetto non sarebbe buono; ma perché sono tristi,

Stato non può obbligare al rispetto delle proprie decisioni, esso è destinato a soccombere.

Si deve poi considerare la possibilità che il Tribunale di primo grado accolga solo parzialmente la questione. In tal caso, ragionando nell'ottica della Corte, l'iter giudiziale della decisione si biforcherebbe: da un lato la parte di domanda accolta, appellabile ai sensi del [702 quater](#) c.p.c.; dall'altro la parte rigettata, liberamente riproponibile in primo grado⁸.

Tale soluzione pone due rilevanti problematiche: *in primis* il difficile coordinamento con il principio di economicità processuale (in particolare con la *ratio* sottesa agli artt. [273](#) e [274](#) c.p.c.), *in secundis* la contrarietà al c.d. giudicato implicito.

Proprio quest'ultima questione sembra avere le maggiori ripercussioni. E' pacifico che il giudicato copra dedotto e deducibile⁹: il provvedimento che definisce nel merito la causa, se non più soggetto ai mezzi c.d. ordinari di impugnazione (ex art. [324](#) c.p.c.), fa stato tra le parti, eredi e aventi causa per tutto ciò che ha costituito oggetto del processo (art. 2909 c.c.). Nel caso in esame non sarebbero chiari i confini del "deducibile" (soprattutto nell'ipotesi in cui un fatto costituisca *prius* logico sia per la parte rigettata che per quella accolta) ed è evidente il contrasto con il principio di certezza degli atti giuridici.

Anche tale questione è lontana dal rimanere sul piano dell'astratto; oltre alla varia casistica immaginabile, non possono essere trascurate le criticità legate al capo dell'ordinanza che dovesse condannare alle spese il ricorrente in caso di rigetto della domanda.

Si deve infatti ritenere che, essendo lo stesso un provvedimento di condanna, esso abbia sempre efficacia

e non la osservarebbero a te, tu etiam non l'hai da osservare a loro" (p. 166, XII ed., BUR, Milano, 2004)

⁸ M. Cataldi *Il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c. e d. lg. 1.9.2011, n. 150*, Torino, 2013, 177.

⁹ Si noti come parte minoritaria della dottrina, sulla base della presunta sommarietà *stricto sensu* del procedimento in esame, ritenga (al pari di quanto avviene per alcuni provvedimenti resi a cognizione sommaria non cautelare, come ad es. il decreto ingiuntivo non opposto) che il giudicato formatosi a seguito del rito di cui agli artt. [702 bis](#) ss. c.p.c. non si estenda agli "elementi non dedotti, o impliciti, o fondati su presupposti logici". In tal senso G. Scarselli *Le altre impugnazioni cit.*

esecutiva¹⁰: ciò risulta dall'applicazione analogica al procedimento di cui agli art. [702 bis](#) ss. c.p.c. del combinato disposto degli artt. [91](#) e [282](#) c.p.c. Vieppiù che lo stesso è idoneo all'iscrizione di ipoteca (art. 2818 c.c.).

Da ciò deriverebbe, nell'ottica della Corte, una separazione dell'iter giudiziale: il capo dell'ordinanza sulle spese potrebbe essere impugnato in appello ai sensi dell'[702 quater](#) c.p.c., mentre la domanda potrebbe essere riproposta ex art. [640](#) c.p.c.

E' evidente il dispendio di risorse processuali, a danno dell'efficienza del sistema di giustizia civile.

Si potrebbe al riguardo ravvedere nella condanna alle spese una sufficiente sanzione all'eventuale riproposizione della domanda rigettata nelle forme del procedimento sommario di cognizione.

Non sembra potersi avallare tale ipotesi, per tre ragioni fondamentali. Innanzitutto, non sembra ammissibile la condanna alle spese di una parte per aver agito nei limiti consentiti dalla legge (l'art. [640](#) c.p.c. non impone alla parte la scelta del rito ordinario¹¹), neanche in ragione dell'art. 96 c.p.c. nel caso di c.d. lite temeraria: se si escludono, infatti, i casi in cui la condanna per responsabilità aggravata avvenga per questioni di merito (art. [93](#) c.p.c. co. 2) non si ritiene possa sussistere malafede o colpa grave nell'esercizio di una facoltà implicitamente consentita dall'ordinamento.

Non si può, *in secundis*, sottovalutare il fatto che tale soluzione contrasterebbe con il principio della "parità processuale delle armi" di cui all'art. 111 co. 2 Cost.: in ragione delle diverse disponibilità economiche si consentirebbe un differente trattamento processuale (con possibilità di riproporre il rito sommario solo per chi è in grado di sostenere le spese della sanzione).

Ultimum sed non minimum, non ci si può astenere da una valutazione riguardante la crisi della giustizia civile, dovuta al carico processuale sempre crescente, anche presso le Corti d'Appello. E' evidente come, se si ritenesse corretta tale valutazione, crescerebbe non solo il carico

¹⁰ In tal senso M. Cataldi *Il procedimento sommario di cognizione cit.* p. 177; [F. Pistone Inappellabilità dell'ordinanza decisoria di rigetto ex art. 702 quater c.p.c.: nota critica alla Sentenza della Corte d'Appello di Roma, terza Sezione, 7.3.2012 in La nuova procedura civile 3, 2013.](#)

¹¹ v. *supra*

processuale di primo grado (dovuto alla riproposizione della domanda, magari nelle forme del rito sommario¹²) ma anche quello delle Corti di secondo grado, a causa dell'aumento dei giudizi di impugnazione dei capi che decidono sulle spese.

2.1.2. Tali conseguenze inaccettabili derivano, in realtà, da presupposti claudicanti sui quali la Corte di seconde cure basa la propria decisione.

Si noti, *in primis*, come il riferimento all'art. 640 c.p.c. prenda le mosse dalla controversa natura sommaria del procedimento in analisi: questo è *infatti* norma specifica del procedimento monitorio¹³, la cui applicazione analogica discende dalla classificazione del procedimento in analisi tra le misure sommarie non cautelari.

Sul punto è nota la diatriba dottrina che contrappone chi sostiene la sommarietà "pura" del rito¹⁴ a chi invece ravvede nel nuovo procedimento un rito semplificato a cognizione piena¹⁵.

12 v. *supra*

13 Sul punto anche B. Capponi *La giurisprudenza della "non sostenibilità"* in www.judicium.it

14 v. A. Carratta, in *Mandrioli-Carratta, Come cambia il processo civile Torino, 2009*, p. 158 ss.; S. Menchini *L'ultima "idea" del legislatore cit.* pp. 1032-1033 F.P. Luiso *Il procedimento sommario cit.* par. 1; F. P. Luiso *Diritto processuale civile (3° volume)*, Varese, 2009, Giuffrè, 5a ed, p.117 p.111; B. Capponi *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702 bis e segg. c.p.c.)* p. 2 in www.judicium.it;

15 In tal senso G. Arieta *Il rito "semplificato" di cognizione* in www.judicium.it par. 1; G. Arieta L. Montesano F. De Santis *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010, 4a ed. p. 575 ss.; G. Balena *La nuova pseudo-riforma cit.* par.23; id. *Il procedimento sommario di cognizione* in *Foro it.*, 2009, V, 323; G. Basilico *Il procedimento sommario di cognizione* in *Il Giusto Processo Civile*, 2010, 3, p. 743; C. Besso *Il nuovo rito ex art. 702 bis. c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 3; P. Biavati *Appunti sul processo a cognizione semplificata* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 1; id. *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, in *Giur. Di Mer.*, 2010, 9, 2168; M. Bina *Il procedimento sommario di cognizione* in *Rivista di diritto processuale*, 2010 par. 2; M. Bove *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli art. 702-bis ss. c.p.c.* in www.judicium.it par. 1; R. Caponi *Un modello ricettivo delle prassi migliori cit.*; id. commento agli art. 702 bis ss. c.p.c. in G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini (a cura di) *La riforma della giustizia civile, commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 196; M. Cataldi *Il procedimento sommario di cognizione cit.* pp. 3-30; I. Chesta, *Procedimento sommario di cognizione: un bilancio provvisorio alla luce della giurisprudenza*, in *Giur. Di Mer.*, 2010, 2456; C. Consolo *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura* in *Corr. Giur.*, 2009,7,877; L. De Simone *Le prime esperienze giurisprudenziali in tema di procedimento sommario di cognizione: prassi a confronto* in www.ilcaso.it; A. Didone *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie* in *Giur. Di Merito*, 2010, 411; L. Dittrich *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, *Rivista di diritto processuale*, 2009, par. 7; M. Fabiani *Le prove nei processi dichiarativi semplificati* in www.judicium.it; A. Lombardi *Il procedimento sommario di cognizione generale* in *Giusto proc. Civ.*, 2010, 2, 473; G. Ludovici *Il processo sommario di cognizione: in attesa di giudizio* in www.altalex.it; M.A. Lupoi *Sommario (ma non troppo)* in www.judicium.it, par.2; A. Mondini *Il nuovo giudizio sommario di cognizione. Ambito di applicazione e struttura del procedimento* in www.judicium.it; N. Picardi *Manuale del processo civile*, II, Milano, 2010, 193; C. Risolo *Il procedimento sommario di cognizione* in F. Genovese, C. Risolo (a cura di) *La riforma del processo civile*, Milano, 2010, 351; P. Sandulli *Il diritto alla*

Sembra doversi ritenere la seconda soluzione più soddisfacente, soprattutto alla luce della non previsione di un potere di opposizione in capo al convenuto, dell'idoneità al passaggio in giudicato dell'ordinanza che decide il nuovo procedimento e della sua attitudine ad esaurire il primo grado di giudizio. Da tale posizione deriva necessariamente che, stante la completezza del giudizio di primo grado anche nell'istruttoria (la cui "deformalizzazione" inciderebbe solo sulle modalità di acquisizione dei mezzi probatori, non sulla valutazione degli stessi), alle parti vada necessariamente garantita la *revisio prioris instantiae* in maniera identica alla conclusione di un rito ordinario, cioè la possibilità di appellare indipendentemente dal contenuto della decisione. E' inoltre lapalissiano sottolineare come, per tale parte della dottrina, sarebbe inapplicabile ad un processo a cognizione piena una norma concepita per una misura sommaria¹⁶.

Si noti però come, anche nel caso in cui si volesse accogliere l'idea della natura *stricto sensu* sommaria del procedimento (vuoi per le similitudini terminologiche del [702 ter](#) c.p.c. con il [669 sexies](#) c.p.c., vuoi per la rubrica del Capo III *bis*, sez. V libro IV c.p.c.), sussisterebbero comunque difficoltà ad accettare l'estensione analogica dell'art. [640](#) c.p.c.¹⁷

A differenza che negli altri procedimenti sommari non cautelari, la completezza del contraddittorio è elemento peculiare del procedimento sommario di cognizione, la cui disciplina prevede regole dettagliate per la costituzione dello stesso (art. [702 bis](#) c.p.c.) ed è volta alla sua tutela (si pensi, a titolo di esempio, al co. 5 dell'art. [702 ter](#) c.p.c. che consente al giudice di omettere dall'istruttoria le sole formalità "non essenziali al contraddittorio").

L'art. [640](#) c.p.c. è concepito per un procedimento (quello d'ingiunzione) che si svolge *inaudita altera parte*. La

difesa nel procedimento sommario di cognizione, Nuova Itinera, 2011, 88; B. Sassani *Lineamenti del processo civile italiano*, II, Milano, 2010, 631; R. Tiscini *L'accertamento del fatto nei procedimenti a struttura sommaria* Relazione all'incontro di studio sul tema "la tutela sommaria" organizzato dal CSM il 12 aprile 2010 in Roma, in www.judicium.it; id. *Commento all'art. 702-bis*, in Commentario alla riforma del codice di procedura civile, a cura di A. Saletti e B. Sassani, Torino, 2009, 227-246

¹⁶ v. P. Porreca *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto cit.* con riferimento al precedente conforme della Corte d'Appello di Roma del maggio 2011 di cui *ultra*.

¹⁷ F. Pistone *Inappellabilità dell'ordinanza decisoria di rigetto cit.*

norma consente all'attore, al rigetto del ricorso per decreto ingiuntivo, di scegliere se riproporre la domanda di cui all'art. [637](#) c.p.c. o iniziare un processo di cognizione ordinario: ciò è possibile solo alla luce del fatto che fino a quel momento (e anche in fasi successive, nel caso l'istante prediliga nuovamente la prima soluzione) per la controparte non vi sono stati oneri di nessun genere, dato che la stessa non è stata (ancora) convenuta in giudizio. La norma in esame è quindi una norma del tutto eccezionale (ancorata alle necessità del procedimento monitorio), di certo non applicabile per analogia ad un procedimento, come quello sommario di cognizione, dove (come accennato) il contraddittorio è elemento essenziale di regolarità¹⁸.

Ulteriore presupposto non convincente sul quale si fonda la decisione in analisi riguarda l'equivalenza, data per assodata dalla Corte, tra le decisioni di accoglimento e quella che "costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione" (art. [702 ter](#) c.p.c., co. 6).

In realtà, come sottolineato da parte della dottrina¹⁹, non tutti provvedimenti di accoglimento sono idonei all'iscrizione dell'ipoteca e alla trascrizione, basti per tutti l'esempio della sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso (art. 2932 c.c.). Ragionando nell'ottica della Corte d'Appello di Roma, quindi, non sarebbero produttive degli effetti di cui al 2909 c.c. (e quindi non appellabili) non solo le ordinanze di rigetto, ma anche le ordinanze di accoglimento che non rientrano tra quelle idonee ad iscrizione di ipoteca e trascrizione.

E' evidente come tale prospettiva comporti conseguenze inaccettabili per l'ordinamento, poiché verrebbero ad esistere ipotesi nelle quali, indipendentemente dall'accoglimento o meno della domanda dell'attore, la decisione sarebbe *inutiliter data*²⁰. Ciò avverrebbe, ad esempio, nel caso di un processo iniziato nelle modalità di cui agli artt. [702 bis](#) ss. c.p.c. per

18 v. in tal senso B. Capponi *La giurisprudenza di non "sostenibilità" cit.*; B. Sassani *Meanwhile, in a parallel universe...* in www.judicium.it

19 v. in tal senso B. Capponi *La giurisprudenza di non "sostenibilità" cit.*; id. *il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, 1103 ss.; F. Pistone *Inappellabilità dell'ordinanza decisoria di rigetto cit.*

20 F. Pistone *Inappellabilità dell'ordinanza decisoria di rigetto cit.*

esecuzione dell'obbligo di contrarre derivante da contratto preliminare: quale che sia il contenuto del provvedimento conclusivo, esso non avrà alcuna validità definitiva.

2.1.3. E' d'obbligo quindi, a questo punto, una analisi del processo ermeneutico effettuato dalla Corte.

Il tribunale di seconde cure non manca di ricordare che, ai sensi dell'art. 12 disp. Prel. c.c., nell'applicare la legge non si può dare ad essa altro senso che quello reso palese dalle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore; a proposito di quest'ultima, essa sottolinea che, in un caso di solare evidenza letterale, qualsiasi interpretazione alternativa significherebbe ammettere che il legislatore non è in grado di "esprimere compiutamente e comprensibilmente il proprio pensiero".

Pur non volendo avanzare in questa sede alcuna valutazione attinente alla qualità "scientifica" della legislazione degli ultimi trent'anni, né analizzare se sia adeguato parlare di "pensiero del legislatore" (si è forse tornati all'ormai desueto concetto del legislatore storico²¹?), non si può non sottolineare come la Corte tralasci qualsiasi accenno alla necessaria coerenza delle soluzioni ermeneutiche con l'assetto generale dell'ordinamento e con le disposizioni della Carta Costituzionale.

Per i giudici capitolini è centrale, in tutto il procedimento ermeneutico, il brocardo *in claris non fit interpretatio*, apparentemente mitigato dalla ricerca della *voluntas legis*. Da tali basi interpretative discende, come analizzato, una soluzione del tutto scollegata dal sistema e dai valori costituzionali, che avrebbe forse avuto bisogno di una più approfondita analisi volta ad evitare quanto meno disfunzioni patologiche.

La più attenta e autorevole dottrina ritiene ormai da tempo che l'interpretazione delle norme debba sempre comportare un'analisi sistematica della *ratio* delle stesse²² (*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula*

21 v. *amplius* L. Tullio, commento all'art. 12 disp. Prel. c.c. in G. Perlingieri (a cura di) *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Vol. I, 3a ed., Napoli, 2012, p. 177

22 *Ex plurimis* E. Betti *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 1971, pp. 15 ss.; *funditus* (e con ampi riferimenti bibliografici) L. Tullio, commento all'art. 12 disp. Prel. c.c. cit. pp. 177 ss.

*eius proposita, iudicare vel respondere*²³), affinché dalla applicazione non derivi un "cortocircuito". Per questo è ormai prevalente l'idea che l'interpretazione della norma letteralmente chiara non possa distaccarsi da una valutazione globale degli interessi coinvolti: tale sembra essere il più corretto significato dell'espressione "intenzione del legislatore" di cui all'art. 12 disp. Prel. c.c., in un'ottica che sia, al contempo, letterale, teleologica e sistematica²⁴. Ciò vale a maggior ragione per la norma processuale, il cui significato deve essere certo e ben coordinato con l'intero assetto codicistico.

La *voluntas legis* così come intesa dalla Corte limita l'esame al solo dato letterale dell'art. [702 quater](#) c.p.c.; in realtà l'analisi deve quanto meno ampliarsi all'intera disciplina del procedimento, fino a ricomprendere l'art. 54 della legge introduttiva del rito (l. n. 69 del 18 giugno 2009) e il Capo III del D. Lgs n.150 del 1° settembre 2011. Da questa deriva che il procedimento sommario di cognizione è un rito idoneo a concludere il primo grado, alternativo a quello ordinario, il cui scopo è rappresentare un celere strumento di risoluzione per controversie in cui prevalgano i "caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa" (art. 54 co. 4 l. 69/2009).

Così come interpretato dalla Corte, l'art. [702 quater](#) c.p.c. non rispetta tali parametri ed appare completamente scollegato da tale funzione: esaurisce il primo grado *secundum eventum litis* (con evidenti problemi²⁵ quanto meno per le cause nelle quali la trattazione nelle forme di cui agli artt. [702 bis](#) ss. c.p.c. è obbligatoria), non rappresenta più una valida alternativa al rito ordinario (che convenienza avrebbe l'attore ad utilizzare tale rito rischiando di ricevere una tutela non idonea al passaggio in giudicato, come nel caso dell'art. 2932 c.c.?) e, *ultimum sed non minimum*, in caso di provvedimento di rigetto, consente all'attore di ricominciare dal primo grado di giudizio (con ulteriore dispendio di risorse per il sistema processuale).

23 Brocardo del giureconsulto Giuvenzio Celso in *Corpus iuris civilis*, Dig. 1,3,24

24 v. E. Betti *L'interpretazione della legge cit.* pp.276-281

25 v. *supra*

E' chiaro come, a voler continuare nella direzione della Corte d'Appello di Roma, non solo la *voluntas legis* non verrebbe tenuta da conto, ma ne uscirebbe addirittura svilita.

2.2) Il provvedimento di cui in commento trova un precedente nella sentenza, emessa dalla medesima Corte l'11 maggio 2011 (n.2089)²⁶. Seppur in una più ampia motivazione avente ad oggetto l'applicabilità dell'art. 281 *sexies* c.p.c. dinanzi alla Corte d'Appello e l'ammissibilità dei nuovi mezzi istruttori ai sensi dell'art. [702 quater](#) c.p.c., anche in tale pronuncia si ritiene inammissibile l'appello avverso l'ordinanza di rigetto emessa ai sensi dell'art. [702 ter](#) c.p.c.

Le ragioni di tale inammissibilità sono identiche alla sentenza in analisi, come identiche sono le parole usate per esprimerle; di conseguenza non possono essere diverse le censure mosse.

Nonostante le critiche e i dubbi espressi da parte della dottrina²⁷ all'indomani della pronuncia del 2011, la Corte d'Appello di Roma rimane coerente con la propria posizione, senza però ampliare in alcun modo il proprio iter logico.

Si noti, anzi, come in questa prima pronuncia esista un'ulteriore contraddizione.

Il collegio sottolinea come il regime di ammissibilità dei nuovi mezzi probatori in appello contro ordinanza conclusiva di un procedimento sommario di cognizione sia identico a quello previsto per il rito ordinario ai sensi dell'art. [345](#) c.p.c.²⁸. A sostegno di tale affermazione la Corte sottolinea (condivisibilmente²⁹) come, in caso contrario, si creerebbe

26 In Giur. Merito 2011, 11, 2672 con nota di P. Porreca *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto cit.*; v. anche M. Cataldi *Il procedimento sommario di cognizione cit.* p. 154-159

27 v. P. Porreca *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto cit.*

28 v. M. Acierno *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corriere giur.*, 2010, 4;

29 Si vuole rammentare che, fino alla modifica dell'art. 54 D.L. n. 83 del 22 giugno 2012 così come convertito dalla l. n. 134 del 07 agosto 2012 (che ha sostituito il termine "rilevanti" con "indispensabili"), la seconda parte dell'art. 702 *quater* c.p.c. recitava: "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". Tale formulazione ha suscitato un intenso dibattito tra gli interpreti; alcuni vi individuavano un nuovo tipo di appello, volto a completare una cognizione in primo grado superficiale (in quanto sommaria *stricto sensu*) tramite l'ammissibilità indiscriminata dei c.d. *nova*.

una eccessiva disuguaglianza tra chi, prediletto il rito ordinario in primo grado, si ritroverebbe sottoposto ai rigidissimi limiti dettati dall'art. [345](#) c.p.c. e chi, scelto invece il rito sommario di cognizione, avrebbe illimitate possibilità istruttorie.

Seguendo tale ragionamento la funzione dell'appello all'ordinanza conclusiva del procedimento sommario non sembra diversa da quella avverso la sentenza che chiude il rito ordinario: non quindi un appello "aperto" (come affermato da parte della dottrina³⁰ sostenitrice della sommarietà *stricto sensu*) volto a completare la cognizione in primo grado sommaria, ma ordinaria *revisio prioris instantiae*.

Non è quindi chiaro come la Corte, considerando l'appello al procedimento sommario al pari di quello ordinario (e non quindi sostitutivo della fase di opposizione, volto a completare una cognizione non piena), possa immaginare l'estensione analogica dell'art. [640](#) c.p.c., quasi che il nuovo rito fosse un ibrido fra i due procedimenti (quello ordinario e quello ingiuntivo), nel quale l'istruzione è completa (e quindi non è possibile produrre *nova* al di fuori degli stringenti canoni del [345](#) c.p.c.), con derivante pienezza della cognizione, ma inidoneo, in caso di rigetto della domanda, ad esaurire il primo grado di giudizio.

3) Alla luce delle argomentazioni sopra svolta è evidente che l'interpretazione dell'art. [702 quater](#) c.p.c. effettuata dalla Corte d'Appello di Roma crea non pochi problemi.

E' ormai pacifico orientamento della Corte Costituzionale³¹ che rientri tra i poteri del giudice della controversia pervenire ad una interpretazione adeguatrice conforme a Costituzione qualora dall'interpretazione letterale della norma possa derivare vizio di costituzionalità³².

30 v. *ex plurimis* F. Pistone *Inappellabilità dell'ordinanza decisoria di rigetto cit.*; F. P. Luiso *Il procedimento sommario di cognizione cit*, par. 6; F. P. Luiso *Diritto processuale civile cit.* p.119; S. Menchini *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione in Corriere Giuridico*, 2009, 8, p. 1033;

31 *Ex plurimis* Corte Cost. 14 luglio 1988 n. 823; Corte Cost. 23 aprile 1998 n. 138; Corte Cost. 17 giugno 1999 n. 242; Corte Cost. 24 maggio 2000 n. 158; Corte Cost. 16 novembre 2001 n. 367;

32 V. *amplius* L. Tullio, commento all'art. 12 disp. Prel. c.c. cit. p. 210

La dottrina maggioritaria³³ è concorde nell'affermare che l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione (indipendentemente dalla sua natura) sia idonea al passaggio in giudicato quale che ne sia il contenuto.

Deve ritenersi, infatti, che il rimando effettuato dall'art. [702 quater](#) c.p.c. al solo co. 6 dell'art. [702 ter](#) c.p.c. sia riferito alla sola prima parte del periodo, cioè al termine "ordinanza"³⁴.

La formulazione del co. 6 dell'art. [702 ter](#) c.p.c. è, infatti, puramente descrittiva: stabilisce che l'ordinanza di cui al co. 5 è provvisoriamente esecutiva ed è idonea (ove fosse possibile ai sensi di legge e ove la parte scelga di procedere in tal senso) per l'iscrizione giudiziale e per la trascrizione³⁵. Il richiamo dell'art. [702 quater](#) c.p.c. è quindi riferito a tutte le ordinanze che decidono nel merito il primo grado, sia essa di rigetto e accoglimento.

Parte della giurisprudenza di merito ha già preferito tale soluzione.

3.1. E' appunto orientata in tal senso è la sentenza della Corte di Appello di Milano del 14 marzo 2013³⁶.

33 In tal senso M. Acierio *Il nuovo procedimento sommario cit.*; G. Arieta *Il rito "semplificato" cit.* par. 13; G. Arieta L. Montesano F. De Santis *Corso base di diritto processuale cit.* p. 586 ss.; G. Basilico *Il procedimento sommario cit.* p. 763; P. Biavati *Appunti sul processo cit.*; M. Bove *Il procedimento sommario cit.* par. 5; M. Cataldi *Il procedimento sommario di cognizione cit.* pp. 157-159 e 173-178; A. Carratta *Come cambia il processo cit.*; C. M. Cea *L'appello nel procedimento sommario di cognizione in www.judicium.it* par. 2.6; I. Chesta, *Procedimento sommario di cognizione cit.*; A. Didone *Il nuovo procedimento sommario di cognizione cit.*; L. Dittrich *Il nuovo procedimento sommario cit.* par. 7 in cui si sottolinea come la scelta dell'ordinanza in luogo della sentenza sia una scelta puramente "estetica", senza alcun risvolto pratico; F. P. Luiso *Il procedimento sommario di cognizione cit.* par. 5; id. *Diritto processuale civile cit.* p.118; M.A. Lupoi *Sommario (ma non troppo) cit.*, par. 7; R. Masoni, commento all'art. 702 quater c.p.c. in P. Cedon (a cura di) *Commentario al Codice di procedura civile* Giuffrè, Milano, 2012; P. Porreca *Il procedimento sommario di cognizione: orientamenti, applicazioni e protocolli dei fori italiani*, Milano, 2011, 342-345; G.F. Ricci *La riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 113; B. Sassani *Meanwhile, in a parallel universe.... in www.judicium.it*; R. Tiscini *Commento all'art. 702- quater*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile cit.*, 264-266; D. Volpino *Il procedimento sommario di cognizione*, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2010, II, p. 69;

34 P. Porreca *Il procedimento sommario di cognizione cit.*, 342; parte della dottrina ha parlato di mero errore del legislatore, A. Lombardi *Il nuovo processo civile, commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, 489; G. Scarselli *Le altre impugnazioni cit.* (il quale parla di "strafalcione del legislatore")

35 v. M. Acierio *Il nuovo procedimento sommario cit.*; M. Cataldi *Il procedimento sommario di cognizione cit.* p. 175; parte della dottrina ha correttamente osservato che in tal caso sia più frequente l'annotazione della sentenza: la trascrizione è un fenomeno abbastanza raro (art. 2651 c.c.); F. P. Luiso *Il procedimento sommario di cognizione cit.* par. 6; id. *Diritto processuale civile cit.* p.118;

36 Tale sentenza è, ad oggi, ancora non reperibile attraverso i convenzionali canali di ricerca e le riviste specializzate. Si ringrazia l'Avv. V. Provera del Foro di Milano per averne fornito una copia.

La Corte meneghina, in contrasto con quanto affermato nelle due sentenze di cui in commento, nell'ambito di una più ampia motivazione attinente al merito della controversia, ha ritenuto appellabili, ai sensi dell'art. 702 [quater](#) c.p.c. tutte le ordinanze, siano esse di rigetto o di accoglimento, poiché tale soluzione "meglio soddisfa esigenze di equilibrio sistematico e pienezza del diritto di difesa".

Nonostante la condivisibilità di tale orientamento si auspica comunque un repentino intervento della Corte di Cassazione sul punto, volta a uniformare le divergenze interpretative che, inevitabilmente, creano disfunzioni agli utenti del sistema-giustizia. Ne è un esempio l'ordinanza del Tribunale di Campobasso del 01 luglio 2013³⁷, la quale pronuncia, appunto, sul caso di riproposizione della domanda rigettata nelle forme dell'art. [702 bis](#) ss. c.p.c. Il giudice dichiara, per il principio *ne bis in idem*, inammissibile il ricorso, ritenendo non condivisibile l'orientamento della Corte d'Appello di Roma (citata dal ricorrente a sostegno delle proprie argomentazioni): si sostiene infatti come, data la natura sostanziale di sentenza dell'ordinanza di cui all'art. [702 ter](#) c.p.c. co. 5 (della quale il co. 6 costituisce semplice specificazione) non si può ammettere la sua esecutività *secundum eventum litis*.

Il provvedimento fa riferimento anche alle conseguenze sistematiche derivanti dall'interpretazione della Corte capitolina: in tal caso, oltre a vanificarsi le finalità del nuovo procedimento, "si giungerebbe all'assurdo che il processo, invece di procedere verso una decisione definitiva, ritornerebbe all'inizio"³⁸.

Nell'attesa che venga sanato tale contrasto, a seguito dell'analisi svolta, l'unica interpretazione sistematicamente corretta e idonea a garantire la norma da dubbi di costituzionalità (che sicuramente, se l'orientamento giurisprudenziale di cui sopra avrà seguito, porteranno ad un intervento del Giudice delle Leggi sul punto) e disfunzioni patologiche sembra essere quella dei giudici milanesi.

³⁷ In www.ilcaso.it

³⁸ Trib. Campobasso del 1 luglio 2013 in www.ilcaso.it