



MARCELLO STELLA

***Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.).***

Al cospetto delle nuove, culturalmente sfidanti, figure di ordinanze sommarie inserite nell'ordito del rito di cognizione classico (*olim* il *flagship track*) del Libro II c.p.c., il primo sforzo cui gli operatori del diritto saranno attesi consisterà, con piglio pragmatico, nel saper fare affiorare l'“effetto utile” del ricorso a codeste forme di tutela sommario-semplificata-esecutiva, di cui non tutte le implicazioni sono palesate dal testo. Il metodo comparatistico può rivelarsi strumento prezioso: non tanto come chiave di soluzione dei quesiti minutamente procedurali, pur numerosi, alcuni più seri di altri, che già adombrano la percezione del modello nostrano, che invero pochissime affinità presenta con i modelli anglo-francesi, a loro volta tra loro profondamente diversificati per ragioni sistemologiche ben riconducibili. Quanto per cercare di cogliere l'obiettivo di fondo perseguito dalla ineffabile *mens legis*, che a stento trapela dalle relazioni illustrative, ufficio del massimario compreso. Si seguita a negare centralità alla tutela di merito che conduce al giudicato sostanziale, a dispetto del lascito “programmatico” degli artt. 2907-2909 c.c. Il risparmio della risorsa giudiziaria scarsa pare affidato più ancora che al colpo d'occhio prognostico, fino a ieri traducibile al più in proposte conciliative (artt. 185-185bis) e modesta ipotesi sulle spese di lite, alla tangibile deterrenza che un vaglio di manifesta fondatezza/infondatezza della domanda, corredato da capo di condanna alle spese subito esecutivo, sarà capace di esercitare sulle parti e più ancora sui loro difensori, corresponsabilizzati alle sorti dei loro assistiti.

*The enactment of new procedural rules, allowing summary disposal of the case by immediately by final orders without res judicata effects, demands a considerable effort from scholars, courts and practitioners in appreciating the goals and value of the new litigation tools. By looking at summary procedures in England and France, notwithstanding the differences between them, one may only slightly gather the policy objective pursued by the Italian legislator. The Author argues there is more than simply allowing the succeeding party to avoid the expenses and delays of a full trial, including ordinary appeals which the losing opponent would be entitled to against a full judgment.*

Sommario: 1. Il nucleo del rito sommario societario “riciclato” nella proposta di legge delega; 2. Referenti comparatistici. Il *summary judgment* inglese; 3. Il *référé-provision* francese; 4. Presupposti comuni alle due ordinanze; 5. Presupposti particolari. Ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda; 6. (*Segue*) Ordinanza di accoglimento provvisorio e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo; 7. (*Segue*) Ulteriori effetti. Preclusione delle opposizioni di merito ai sensi dell'art. 615 c.p.c. Efficacia nei confronti dei terzi; 8. Ordinanza provvisoria di rigetto della domanda; 9. Reclamabilità del rigetto della istanza di definizione con ordinanza provvisoria; 10. Natura del mezzo di reclamo e prosecuzione del processo di merito; 11.

Cumulo di domande e ordinanze provvisorie; 12. Deontologia e psicologia giudiziaria: i nuovi paradigmi della deterrenza.

### 1. Il nucleo del rito sommario societario “riciclato” nella proposta di legge delega

Dichiaratamente animata da “finalità acceleratorie e di semplificazione della decisione”, la Commissione Luiso aveva inizialmente suggerito l’innesto di un nuovo procedimento speciale, nel Libro IV del c.p.c., funzionale a secernere una ordinanza definitiva del giudizio, senza attitudine al giudicato sostanziale, al riscontro della sussistenza dei fatti costitutivi della domanda e della manifesta infondatezza delle difese del convenuto. Non una autentica novità per il nostro ordinamento. La possibilità di ottenere, all’esito di un procedimento non cautelare, ma autosufficiente, una ordinanza di condanna immediatamente esecutiva, inidonea al giudicato sostanziale (e tuttavia definita appellabile), sul presupposto della prova dei fatti costitutivi e della manifesta infondatezza della “*contestazione*” del convenuto, a ben vedere, era stata già prevista dall’art. 19, d.lgs. 5/2003<sup>1</sup>.

L’ambito di applicazione di tale procedimento sommario era piuttosto limitato: la speciale tutela sommaria era circoscritta ai diritti di credito al pagamento di somme di denaro, anche illiquide (caso in cui non sarebbe stato possibile ottenere un decreto ingiuntivo), o alla consegna di cose mobili determinate. In buona sostanza, l’art. 19, d.lgs. 5/2003 era stato ritagliato per colmare gli spazi interstiziali tra il procedimento ingiunzionale e le ordinanze anticipatorie previste dalla disciplina del rito ordinario di cognizione (186-*bis*, 186-*ter* c.p.c.).

Vi era pertanto già un sufficiente retroterra dottrinale e giurisprudenziale sul rito sommario societario<sup>2</sup>, di breve vita, ma non rimasto lettera morta, da cui potere attingere per forgiare il

---

<sup>1</sup> Reminiscenze normative, che presentano tuttavia ben poche analogie con la ordinanza *ex art.* 183-*ter* c.p.c., cui accenna R. METAFORA, *Le nuove ordinanze di manifesta fondatezza e infondatezza introdotte dalla Riforma del processo civile*, in *Giustizia civile.com*, 2023. Sul rito sommario societario, anche per ultt. rife. bibliografici, G. DELLA PIETRA, *Il procedimento sommario societario: molti dubbi e qualche certezza*, in *Corr. giur.*, 2005, 577 ss.; S. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, *ivi*, 2004, 1100 ss.; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, pp. 145 ss.; A. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 483 ss.; C. CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, pp. 448 ss.

<sup>2</sup> In giur., Trib. Verona, 26 gennaio 2005 (est. Mirenda), in *Foro it.*, 2005, I, cc. 2893 ss., nota redaz. C. PERAGO. Il Tribunale scaligero, in disparte la denuncia delle “timidezze” del *conditor* quanto al nitore dei presupposti della ordinanza definitiva del rito sommario societario, opinava nel senso che la sommarietà della cognizione prefigurata dall’art. 19, d.lgs. 5/2003 non sia incompatibile, in assenza di divieto espresso, col compimento di atti istruttori. Ulteriore argomento – questo, però, a nostro avviso, meno convincentemente spendibile – militante a favore della possibilità di una fase istruttoria anche in seno allo speciale procedimento a cognizione sommaria, sarebbe stata la disparità di trattamento (“inspiegabile simmetria”) che si sarebbe creata rispetto alla disciplina del rito cautelare uniforme, che facoltizza il giudice della cautela ad assumere gli atti di istruzione “indispensabili”. Non tanto la disparità di trattamento tra situazioni processuali disomogenee, quanto la manifesta irragionevolezza di un procedimento puramente cartolare, senza possibilità di assumere prove costituende, avrebbe secondo noi arrecato *vulnus* all’art. 3 Cost., se questa fosse stata la *mens legis*, beninteso. Nulla, dunque, di non ovviabile mediante una interpretazione costituzionalmente orientata o finanche adeguatrice, potere che pure rientra nelle attribuzioni del “giudice comune” secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale dell’ultimo ventennio.

nuovo istituto. Ciò avrebbe suggerito, quanto meno, di evitare di ribattezzare il suo emulo con una rubrica fuorviante quale quella di “*Ordinanza di condanna con riserva*”.

Non si trattava probabilmente neppure allora (salvo riconciliare all’appellabilità della ordinanza il recupero, ma allora già in grado impugnatorio, della cognizione piena), e certamente non si tratta oggi di evocare l’istituto della condanna con riserva di esame delle eccezioni del convenuto<sup>3</sup>, che postula che queste siano destinate ad essere esaminate, con funzione di *accertamento*, nello stesso o anche in altro processo.

Già secondo la stessa proposta della Commissione Luiso, la ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda sarebbe stata idonea a definire il giudizio, senza che dovessero seguire ad essa propaggini di completamento della cognizione sulla *res iudicanda*, a trattazione più distesa e approfondita. E a differenza così, per fare un solo esempio, di quanto previsto dall’art. 1, co. 49 ss., l. 92/2012, nell’ambito del c.d. rito Fornero di impugnazione dei licenziamenti, ove è disposto che il giudice, assunti i soli atti di istruzione “indispensabili”, provvede con ordinanza immediatamente esecutiva all’accoglimento o al rigetto della domanda, e la ordinanza non è revocabile né soggetta a sospensione sino alla pronuncia della sentenza all’esito della fase (a cognizione piena) di opposizione.

Concettualmente incongruo sarebbe definire “anticipatorie” le nuove ordinanze (che sono due, come vedremo, poiché al fianco della ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda il legislatore si è sentito in debito di disciplinare anche il suo omologo corrispettivo in negativo, ossia la ordinanza di rigetto della domanda, peraltro adottabile anche in un caso diverso dalla manifesta infondatezza), pur nella consapevolezza che le opinioni degli autori riguardo alla nozione di anticipatorietà divergono al punto da far quasi dubitare della effettiva utilità dogmatica di tale categoria<sup>4</sup>. La terminologia con cui si qualificano le ordinanze sommarie interinali già disciplinate dal Libro II e i provvedimenti cautelari autonomi del Libro IV, non si addice perciò alle nuove ordinanze provvisorie, che non sono pronunciate *ante causam* o comunque *prima* di altro provvedimento a cognizione piena, fisiologicamente destinato ad accertare il diritto controverso, ma pongono senz’altro esse stesse fine alla pendenza del rapporto giuridico processuale (salvo reclamo). E perciò non si può dire che queste ordinanze mirino ad anticipare, in tutto o in parte, gli effetti satisfattivi della sentenza di merito. Esse chiudono senz’altro il processo e almeno sotto tale profilo formale tengono

---

<sup>3</sup> Una simile proposta classificatoria era stata avanzata, di passata, da A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1 ss., c. 14, forse in considerazione del fatto che, in caso di accoglimento della domanda di condanna con la speciale ordinanza ex art. 19, d.lgs. 5/2003 questa sarebbe stata impugnabile con appello sostitutivo, e la corte d’appello avrebbe potuto, nell’ambito del medesimo rapporto processuale, pronunciare con *plena cognitio* anche sulle eccezioni del convenuto soccombente. La dottrina maggioritaria aveva comunque rifiutato di accedere alla categorizzazione così proposta, tenuto condivisibilmente conto, come sottolineato nel testo, che il modello della condanna con riserva postula che sulla eccezione o sulla domanda riconvenzionale (art. 35 c.p.c.) si formi comunque una decisione a cognizione piena, a seconda dei casi idonea a caducare, modificare o lasciare intatto il *decisum* sulla domanda principale.

<sup>4</sup> E invero ne dubita R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, p.43.

luogo di una sentenza definitiva, ma senza averne il contenuto decisorio tipico, poiché si tratta di provvedimenti inidonei al giudicato sostanziale.

Analoghe ragioni sistematiche impediscono di etichettare le nuove ordinanze provvisorie come “filtro” di accesso all’esame di merito da parte del giudice adito<sup>5</sup>. Ad essere condizionato negativamente dalla opzione di parte per il nuovo *iter* definitivo della causa non sarà l’esame della *res iudicanda*, ossia del diritto soggettivo che forma oggetto della domanda. Questo vi sarà sempre, sia pure secondo uno *standard* di giudizio divergente da quello che caratterizza il giudizio ordinario a cognizione piena. Ciò che mancherà sempre sarà invece l’effetto di accertamento della esistenza o inesistenza del diritto, che solo scaturisce dal passaggio in giudicato della sentenza resa nel contraddittorio tra le parti all’esito di un giudizio non sommario sulla fondatezza della domanda. Solo in senso atecnico, perciò, potrebbe parlarsi di “filtro” di ammissibilità della domanda. Semmai filtro di accesso alla tutela di merito a cognizione piena. Ed anzi, proprio la circostanza che ambedue le ordinanze possano essere pronunciate lungo tutto il corso del giudizio di primo grado, e quindi anche, in ipotesi, all’esito di istruttoria non sommaria svolta secondo le forme del Libro II c.p.c. (ciò che ben consentirebbe di decidere con *plena cognitio* su tutte le questioni), induce a ritenere che la finalità dell’istituto vada ricercata altrove o comunque non sia riducibile ad un puro interesse pubblicistico di economia processuale e di risparmio della risorsa giurisdizionale scarsa, rispetto al quale potrebbe apparire distonica la scelta di subordinare alla iniziativa di parte la attivazione di queste nuove forme di *case disposal*.

Una *preclusione processuale* all’esperienza delle impugnazioni ordinarie (e relative inibitorie) e delle opposizioni esecutive di merito *ex art.* 615 c.p.c. da parte del debitore soccombente, invece, la ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda non reclamata o confermata in sede di reclamo riteniamo sarà idonea a produrla: non si vedrebbe altrimenti la utilità dell’istituto per il creditore (di là della beffa di sentirsi dire che ha ...manifestamente ragione), eccttuato il modesto e contingente risparmio di tempo, rispetto al normale *iter* occorrente alla pronuncia di una sentenza di merito (o della ordinanza definitiva del rito semplificato), come meglio si dirà *infra*. E proprio in questo non secondario, ancorché non esplicitato effetto della nuova ordinanza provvisoria è da cogliersi, per noi, il *proprium* dell’istituto e all’insieme il maggiore incentivo pratico al suo utilizzo. Il *trade-off* per il creditore è dopotutto non svantaggioso.

L’attore che proponga la istanza *ex art.* 183-ter c.p.c. palesa la volontà di rinunciare alla possibilità di ottenere un accertamento idoneo al giudicato sostanziale *ex art.* 2909 c.c. sul diritto soggettivo di credito (onde la riserva della istanza di parte, nel pieno rispetto del principio dispositivo sostanziale, e la limitazione *ratione obiecti* alle cause su diritti disponibili),

---

<sup>5</sup> In tal senso, invece, la Relazione dell’Ufficio del Massimario della Cassazione del 1° dicembre 2022, p. 65, dove si legge che la introduzione delle ordinanze *ex artt.* 183-ter e 183-quater c.p.c. “realizza una sorta di filtro nel giudizio di primo grado per le cause manifestamente fondate o infondate”. Analoga posizione è assunta in dottrina, in relazione però ancora alle previsioni della legge di delega, da G. DELLA PIETRA, *Le ordinanze «divinatorie» nella delega sul processo civile*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 246 ss.

ma confida nella possibilità di ottenere in cambio e subito un provvedimento dotato di *immediata e al tempo stesso stabile efficacia esecutiva*, poiché idoneo a chiudere il processo senza strascichi impugnatorii, eccetto il rapido reclamo. Le ordinanze provvisorie, infatti, sono definite non altrimenti impugnabili. Precluso al soccombente sarà così l'esperienza dei mezzi di impugnazione ordinari contro l'ordinanza di accoglimento della domanda, allora neppure soggetta, se di condanna, alle inibitorie ex artt. 283-351 e 373 c.p.c.

Sarebbe un autentico controsenso ritenere che il debitore, le cui difese siano state valutate manifestamente infondate, possa liberamente proporre un giudizio di opposizione di merito, per rimuovere la soccombenza maturata all'esito del giudizio di primo grado o del reclamo contro la ordinanza sommaria di accoglimento. Si potrebbe obiettare: la ordinanza non fa giudicato e la sua autorità non può essere invocata in altri processi, dunque si può ridiscutere il merito. Ma a parte che la formula della autorità non invocabile in altri processi, che ricalca quella dell'art. 337 cpv. c.p.c., sembra solo – in coerenza con l'assenza di un contenuto di accertamento – escludere che la ordinanza sia spendibile in altri processi aventi ad oggetto diritti o rapporti dipendenti da quello azionato con la domanda introduttiva del processo definito con la ordinanza stessa, la ordinanza di accoglimento rimane pur sempre titolo esecutivo giudiziale, che *definisce* (sia pure in via sommario-delibativa, senza accertamento idoneo a stabilizzarsi) *il giudizio* di merito, e ciò impedirà al debitore di dedurre ammissibilmente a fondamento della *causa petendi* della opposizione difese ed eccezioni già valutate manifestamente infondate nel processo definito con la ordinanza medesima, non impugnabile dal debitore (salvo reclamo) e fatta salva, naturalmente, come lo sarebbe pure a petto del giudicato, l'opposizione di merito per fatti sopravvenuti rispetto all'ultimo momento utile per dedurli nel processo di merito.

Escluso, dunque, per noi, che una surrettizia *translatio iudicii* sulla esistenza del diritto di credito possa avvenire in virtù di opposizione ex art. 615 c.p.c., il debitore, una volta subita la esecuzione forzata, dovrà invece ritenersi legittimato a esperire una azione di ripetizione. Certamente questa azione non sarebbe preclusa, posto che nessun giudicato sostanziale dotato di efficacia conformativa sul *kontradiktorische Gegenteil* che formerà l'oggetto del nuovo e diverso processo, ossia lo speculare diritto di credito alla ripetizione di quanto dal debitore pagato al creditore vittorioso in base alla ordinanza provvisoria, si potrà dire formato all'esito del primo processo. Ma di questo nuovo processo il debitore dovrà però essere disposto a sobbarcarsi la iniziativa, con tutti i relativi rischi e gli oneri, sapendo che le sue difese furono già valutate manifestamente infondate da (uno o quattro) magistrati togati e che con esito analogo potrebbe concludersi anche il nuovo processo basato sulle medesime ragioni (su cui v. *infra*, par. 12). La logica dell'art. 183-ter c.p.c. è comunque affine a quella del *solve et repete*, e solo contigua a quella che innerva altre disposizioni di recente ed emergenziale introduzione nel Codice civile (art. 2929-bis).

Unico, modesto spunto innovativo della proposta della Commissione, tornando ora ai propositi che hanno preceduto la emanazione della legge di delega, era insito nella volontà di coniare un istituto *double face*, che avrebbe consentito all'attore di richiedere la pronuncia

della ordinanza di accoglimento provvisorio sia *prima dell'inizio del processo di cognizione*, nell'ambito di un autonomo procedimento che si sarebbe voluto (non poco confusoriamente) soggetto alla disciplina dell'art. 669-*sexies* c.p.c., sia nel corso del giudizio di primo grado. Ma tale suggerimento della Commissione non è stato tradotto nella delega al governo.

Di talché, nessun innesto vi è stato nel Libro IV, ma si è invece posto mano solo alla disciplina del Libro II e in particolare del rito ordinario. La naturale collocazione sistematica delle ordinanze prognostiche nel rito di cognizione piena *par excellence* non osta affatto, riteniamo, alla possibilità che dell'istituto si faccia applicazione anche in seno al nuovo "rito semplificato", anch'esso a cognizione piena (come si era già chiarito a proposito del rito sommario *ex art. 702-bis ss.*), o nelle cause soggette al rito del lavoro o locatizio. Chi nega la vocazione espansiva delle nuove ordinanze, valorizza solo il dato estrinseco-formale, attinente alla diversa intelaiatura dei diversi riti.

Si obietta che rito del lavoro e rito semplificato sarebbero già di per sé concepiti per favorire la concentrazione della trattazione e l'assunzione della decisione tendenzialmente in un'unica udienza e si conclude che l'inserimento dell'ordinanza *ex art. 183-ter* nella sequenza procedimentale costituirebbe una forzatura di "patente evidenza", che farebbe segnare una "chiara distorsione degli scopi e delle caratteristiche del rito"<sup>6</sup>. Flebile linea di resistenza ad una applicazione estensiva parrebbe costituire il riferimento, nel testo dell'art. 183-*quater*, alla udienza dell'art. 183, che ovviamente non può identificarsi con la udienza del rito semplificato. Il richiamo alla udienza *ex art. 183*, si giustifica, nella ordinanza di rigetto disciplinata dall'art. 183-*quater*, in ragione della ipotesi ivi specificamente prevista del rigetto per mancata sanatoria della nullità della citazione dovuta a vizio della *editio actionis*. Logica vuole che prima di rigettare la domanda il giudice si sinceri, anche attraverso richieste di chiarimenti, se le oscurità della citazione siano davvero insuperabili.

La riduttiva interpretazione del campo di applicazione delle nuove ordinanze, qui avversata, pare in definitiva non tenere in conto o svalutare eccessivamente l'effetto di *preclusione processuale*, tutt'affatto peculiare alla ordinanza provvisoria di accoglimento, e le connesse implicazioni sul piano della esperibilità delle impugnazioni ordinarie, che potrebbero indurre una parte a preferire questa forma di tutela sommaria-esecutiva alla ordinanza *decisoria, ma non altrettanto preclusiva, poiché appellabile* che definisce il rito semplificato, come pure alla sentenza pronunciata dal giudice del lavoro. Non si tratta (o non si tratta solo) di porre a confronto il dato relativo alle tempistiche della definizione del giudizio di primo grado<sup>7</sup>. Né

---

<sup>6</sup> R. METAFORA, *Le nuove ordinanze*, cit., par. 3.

<sup>7</sup> Così, invece, M. GATTUSO, *La riforma governativa del primo grado: le ragioni di un ragionevole scetticismo e alcune proposte organizzative ancora possibili*, in *Questione Giustizia*, 2021, par. 3.10: "A prescindere dall'evidente contraddizione fra la previsione di un rito tendenzialmente a udienza unica e la previsione di ordinanze interlocutorie, quasi che lo stesso legislatore non creda nell'efficacia acceleratoria della sua riforma, non è chi non veda come le controversie menzionate dalla norma (quelle dove «i fatti costitutivi sono provati e le difese del convenuto appaiono manifestamente infondate», oppure dove la domanda proposta «è manifestamente infondata» ovvero è nulla) rappresentano esattamente le domande per cui, più verosimilmente, il giudice potrà invitare le parti a precisare e discutere la causa a prima udienza, senza che la redazione di una ordinanza provvisoria possa suggerire un qualche significativo risparmio di tempo".

pare ragionevole, nella ottica dell'art. 3 Cost., che sia proprio la parte debole del rapporto di lavoro, quella che maggiore interesse avrà alla immediata definizione di liti tipicamente sul *quantum*, a vedersi negata la possibilità di ottenere una ordinanza sommario-esecutiva inappellabile (poiché soltanto reclamabile) e tale da impedire alla parte forte, le cui difese siano state valutate manifestamente infondate, di percorrere per intero lo *Instanzenzug*, per puro spirito defatigatorio, per indurre nel lungo termine l'avversario ad accettare una transazione iniqua (possibile ora anche in seno a negoziazione assistita).

## 2. Referenti comparatistici. Il *summary judgment* inglese.

Stando sempre alla relazione illustrativa della Commissione Luiso, il germe ispiratore della riforma sarebbe da rinvenire (*cupio imitari*) in "alcuni esempi della legislazione di altri ordinamenti".

*Exempli gratia* la relazione addita il *référé provision* di cui all'articolo 809 del *code de procédure civile* francese e il *summary judgment* di cui alla *Civil Procedure Rule 24* inglese.

Istituti, peraltro, se non antitetici tra loro, caratterizzati da profonde differenze strutturali, funzionali e, aspetto tutt'altro che secondario, di contesto ordinamentale. Impossibile scandagliare il *proprium* di questi istituti, se si vuole prestar fede ai principii metodologici della comparazione, prescindendo dal rapporto tra il giudice e le parti, dalla struttura complessiva del processo e dal peso specifico di ciascuna delle sue fasi e dalle correlazioni funzionali tra la fase preparatoria e la fase di trattazione. All'interprete (legislatore, delegante e delegato, giudici, avvocati) l'arduo compito di decifrare gli ermetici rimandi a strumentari processuali antichi, nei rispettivi ordinamenti d'origine, da cui, in sede di attuazione della delega, si è con disinvoltura attinto *à la carte* per coniare un modello nostrano, senza soppesare troppo se il nostro ordinamento offra un ambiente ospitale idoneo ad un simbiotico o almeno non nocivo innesto.

Oggi come allora, il cuore della riflessione, nel valutare la funzionalità di questi istituti, è costituito, da un lato, dallo *standard* di giudizio, che presiede all'accoglimento o al rigetto della domanda, e dall'altro lato, dagli effetti del provvedimento sommario, e in specie dalla sua idoneità a stabilizzarsi in un vincolo più o meno irrettrabile per le parti.

Questo è il tratto caratterizzante di ogni processo sommario non (o non solo) nelle forme, ma tale in virtù della qualità della cognizione sulla *res iudicanda*.

Giova dunque anteporre alcuni cenni ai modelli processuali stranieri assurti a metro di misura per la Commissione Luiso. Iniziamo dal *summary judgment* quale delineato dalla *Civil Procedure Rule 24*. Non menzionato dalla proposta della Commissione Luiso era invece il modello statunitense di cui alla *Federal Rule of Civil Procedure 56*<sup>8</sup>, che invece avrebbe

---

<sup>8</sup> In base a cui "The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law". La dottrina statunitense rileva che "the motion for summary judgment has great potential for resolving controversies in which there is no substantial conflict in evidence". Quanto allo standard di giudizio, si fa notare che "a 'genuine issue of fact' is regarded as presented if there is the 'slightest doubt' as to what the facts are": G. HAZARD, *Civil Procedure*, 3<sup>rd</sup> ed., Boston-Toronto, 1985, pp. 206-207, e 271 ss.

meritato e merita di essere preso in considerazione, non foss'altro in virtù della maggiore carica evocativa affiorante dalla *littera legis*, a sua volta frutto della codificazione della elaborazione giurisprudenziale del criterio di giudizio da applicare per decidere sulle istanze di *summary judgment* formulate dalle parti.

Da Gorla<sup>9</sup> apprendiamo che l'istituto del *summary judgment* ebbe ad assumere fisionomia prossima alla attuale in epoca ottocentesca, quando completa fu la sua emancipazione dalla medievale *action of debt*. Nel *common law*, che non conosceva titoli esecutivi stragiudiziali come la cambiale, la pressante esigenza dei banchieri della *City* era di poter ottenere tutela del credito rapidamente, senza soggiacere alle lungaggini e ai costi del *trial by jury*, quando l'esito della lite appariva scontato a fronte delle eccezioni dilatorie e defatigatorie sollevate dal debitore. Per secondare tale aspirazione, si trasse dall'*equity* il potere del giudice di decidere sulla domanda "allo stato degli atti", senza procedere al *trial* (all'epoca *by jury*) e dunque alla istruttoria dibattimentale nella vera e propria *hearing*, quando fosse preclaro che le eccezioni (*defences*) sollevate dal debitore convenuto non avrebbero avuto concrete possibilità di essere accolte.

Una delle precondizioni essenziali per consentire al giudice di soppesare la sussistenza di un *real prospect of succeeding*, rimarca ancora Gorla, era data all'epoca dagli *affidavits*.

Mercé l'acquisizione, già nella fase preparatoria che precede il *trial*, delle dichiarazioni scritte giurate (con deterrente della sanzione penale per il *perjury*) rese dalle persone a conoscenza dei fatti, il giudice inglese sarebbe stato in grado di formulare una prognosi assai accurata sulla possibilità di conferma dei *pleadings* delle parti nel corso del *trial*.

Non trascurabile è poi che i *pleadings* nel processo inglese non è necessario siano (e di rado infatti sono) *fact-specific*, altro pesante retaggio della influenza romanistica del processo formulare. Sono gli *affidavits* e i *witness statements* ad integrare, e in qualche modo vivificare ed imprimere concretezza fattuale, ma anche mostrarne aporie e debolezze, i *pleadings* asettici e asciutti, simil-formulari, contenuti negli atti introduttivi. Soggiungiamo, ancora, che già nella fase del *pre-trial*, in virtù della *disclosure* documentale, ciascuna delle parti è virtualmente in grado di conoscere e soppesare le prove precostituite di cui l'avversario potrà avvalersi nel *trial*.

Ben si intende, allora, come l'incrocio tra dichiarazioni scritte dei testimoni<sup>10</sup> e l'ampio corredo documentale consenta alle parti, che ne fino a poco tempo da ne erano le esclusive propositrici, e al giudicante di formulare prognosi affidabili sul verosimile esito della lite, se

---

<sup>9</sup> G. GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 56 ss., spec. pp. 65 e 71.

<sup>10</sup> Nel nostro ordinamento il giudice non ha alcuna possibilità di valutare anticipatamente il grado di conferma dei capitoli di prova orale da parte dei testimoni indicati dalle parti. Qualcosa potrebbe cambiare, tenuto conto delle modifiche alla disciplina della negoziazione assistita. I nuovi artt. 4-bis e 4-ter, l. 162/2014, così come inseriti dall'art. 9, d.lgs. 149/2022, disciplinano il potere dell'avvocato di ciascuna parte di acquisire le dichiarazioni, rispettivamente, dei terzi e della controparte del proprio assistito. La attribuzione di tale potere istruttorio discende tuttavia non dalla legge ma dalla convenzione di negoziazione assistita. E dunque può immaginarsi che statisticamente infrequenti saranno le ipotesi in cui all'esito della istruttoria stragiudiziale, nell'ambito di convenzioni di n.a. "rafforzate", la conciliazione non riesca e le dichiarazioni assunte abbiano occasione di essere riutilizzate nel processo.



questa progredisce al *trial*, e di scremare perciò le allegazioni *hopeless*, sguarnite del benché minimo riscontro, in potenza o in atto, sul piano probatorio, alla luce del materiale agli atti, dai veri *triable issues*, ossia dalle questioni genuinamente controvertibili. *Debatable*.

A tali condizioni si ammette perciò il disimpegno della giuria (che ancora oggi, dopo la sua abolizione, idealmente resta l'esclusivo *trier of fact* impersonato dal giudice togato), del cui verdetto il *summary judgment* costituirà accettabile e definitivo surrogato, da cui scaturirà non a caso il medesimo effetto di *finality* sulla *res iudicata* che promana dalle sentenze pronunciate all'esito del *trial*.

Ecco perché le parti hanno un fortissimo incentivo, non solo in termini di risparmio di tempi e spese processuali, a sollecitare la definizione della lite con questo *iter* accelerato a cognizione sommaria.

Non tanto la parità delle armi, quanto il potenziale deflattivo del *summary judgment* ha fatto sì che tale congegno decisorio si sia in seguito notevolmente espanso. Alla insegna, per così dire, della bilateralità: anche il convenuto può instare affinché il giudice pronunci un *summary judgment* sulla domanda, quando reputa che l'attore, sulla base di ciò che emerge dagli atti, non abbia un *real prospect of succeeding*. E infine, non solo domande giudiziali ma anche singole questioni possono formare oggetto di *summary judgment*, di guisa che questo potrebbe accostarsi alle nostre sentenze non definitive su preliminari di merito, al fine di rastremare progressivamente l'oggetto della istruttoria dibattimentale nel *trial*, ed alleggerire i compiti della giuria, secondo la *fictio* che tuttora caratterizza quel processo ed il modo di intenderne gli istituti.

L'ultima stagione di organiche riforme del processo inglese ha visto la attribuzione al giudice inglese del potere di disporre finanche d'ufficio (a tanto si è potuti arrivare, proprio perché il *summary judgment* non è percepito come una *deminutio* della tutela) che una domanda o una eccezione sia decisa con *summary judgment*, autentica breccia nella signoria delle parti di quel processo, caratterizzato dalla massima esaltazione del principio dispositivo (se ne ha riprova in ciò, che il processo inglese non conosce la figura della estinzione per inattività delle parti; il processo può rimanere quiescente *sine die* e l'attore può riassumerlo a suo piacere anche a distanza di molti anni). Ed è possibile ricorrere al *summary judgment* "in any type of proceedings" (CPR 24(3)(1)). Anche rispetto a *declaratory claims*. Notevole è poi la centralità assunta da codesta tecnica decisoria nell'ambito dei processi collettivi (e finanche nelle *group litigation*), per sentire accertare le questioni comuni, ad es. attinenti alla responsabilità del danneggiante nei confronti dei concreditori solidali.

Veniamo dunque al "test", ossia allo *standard* di giudizio applicato dal giudice inglese: esso è costituito da ciò che potremmo definire a grandi linee la verosimiglianza dei *pleadings* delle parti allo stato degli atti. L'esame della casistica rivela che non necessita una prognosi di elevata probabilità della verità dei fatti allegati da una parte; tuttavia, per giustificare la progressione della causa nella fase del *trial*, i *pleadings* fattuali dovranno esibire un certo qual grado concreta plausibilità, qualcosa di più di una mera possibilità astratta.

Il che significa che potranno essere rigettate *without trial* solo eccezioni o domande che, quantunque basate su allegazioni non inverosimili e giuridicamente concludenti, non trovino alcun riscontro nell'*evidence* disponibile (*affidavits, witness statements, documenti*) e, dunque, non raggiungano neppure una minima soglia di *fumus*, per esprimerci con la terminologia cautelare a noi familiare e che pare valga a intercettare il senso dell'adagio, in base a cui "*a "realistic" claim is one that carries some degree of conviction. This means a claim that is more than merely arguable*"<sup>11</sup>. In presenza di allegazioni di fatto contestate ma che, già nella fase preparatoria, la parte che le formula appaia in grado di poter suffragare con prove costituite o costituende, di cui i *witness statements* offrono una anticipazione (suscettibile però di essere incrinata o confutata in sede di *cross-examination*), si sarà al cospetto di *triable issues* in senso tecnico. Di questioni idonee a giustificare il (comparativamente maggiore) dispendio della risorsa giurisdizionale sotteso alla celebrazione del *trial*<sup>12</sup>. Così, per fare un solo esempio, una domanda di condanna ad adempiere una obbligazione contrattuale non potrà essere accolta con *summary judgment* se il convenuto sollevi una eccezione di annullamento per dolo, pur se il contratto rechi una clausola con la quale il convenuto dichiara che il suo consenso non si è basato sulle *representations* fornite dall'attore in sede di trattative, nella misura in cui una siffatta clausola appaia *prima facie* squilibrata e tale che potrebbe in concreto accertarsene la vessatorietà, dal momento che la nullità di protezione "*is a fact sensitive, multi-factorial issue [...] unsuitable for summary judgment*"<sup>13</sup>.

Proprio per non tradire la finalità deflattiva dell'istituto, il tipo di valutazione da compiersi in base alla *Civil Procedure Rule 24* non deve comunque impegnare il giudicante in una sorta di istruttoria predibattimentale, che sarebbe un simulacro del *trial*. In tal senso, per prevenire degenerazioni nell'impiego dell'istituto, la giurisprudenza di vertice fa divieto ai giudici *below* di celebrare *mini-trials*. Nei casi di patente infondatezza di domande o eccezioni, ad es. per inconcludenza *in iure*, va detto per completezza, sovviene altro istituto del diritto processuale inglese, noto come *striking out*. Anche in questo caso avrà luogo la pronuncia di un *final judgment* ed anch'esso, ovviamente, e *a fortiori* (la giuria laica non può giudicare su *issues* di

---

<sup>11</sup> *Alli-Balogun v On the Beach Ltd & Ors* [2021] EWHC 1702 (QB) (22 giugno 2021).

<sup>12</sup> A. CARRATTA *La tutela sommaria in Europa – Studi*, Napoli, 2012, p. 136 valorizza anche la idoneità dell'istituto del *summary judgment* a "smascherare tutte quelle ipotesi di abuso del processo in conseguenza di azioni o difese del tutto pretestuose, dilatorie, che un moderno sistema di tutela giurisdizionale non può permettersi di tollerare al fine di concentrare i maggiori sforzi solamente sulle reali esigenze di giustizia da pretesa contestata che promanano dai consociati". La finalità antiabusiva, di contrasto a eccezioni temerarie, è sottolineata soprattutto dalla dottrina statunitense G. HAZARD, *Civil Procedure*, cit., pp. 271-272: "A defendant from whom payment is sought (...) often wants delay. (...) And defendant can have delay by the simple device of denying the debt, and perhaps gilding the lily by adding pleas of payment and of liability, leaving for trial the issue of damages". Le riflessioni sulla *ratio* dell'istituto anglo-americano del *summary judgment*, sembrano in qualche misura convalidare lo scetticismo di E. F. RICCI, *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1021 ss., p. 1025, che, nel commentare le soluzioni avanzate dal Progetto Rognoni e assurte a base della riforma del 1990, e in particolare dell'art. 186-*bis* c.p.c., osservava: "Quanto poi all'ipotesi di mancata contestazione di somme, essa è già rarissima oggi ed è pensabile che diventi ancora più rara proprio grazie alla introduzione della tutela provvisoria di cui si parla: giacché per evitare la pronuncia della ingiunzione pare sufficiente una contestazione qualsiasi, ancorché non motivata o motivata in modo palesemente pretestuoso".

<sup>13</sup> *Shill Properties Ltd v Bunch* [2021] EWHC 2142 (Ch) (5 agosto 2021).

diritto) *without trial*<sup>14</sup>. Applicazioni troppo meccanicistiche di questo istituto, come noto, hanno occasionato una condanna del Regno Unito per violazione dell'art. 6 CEDU.

### 3. Il *référé-provision* francese.

L'altra fonte ispiratrice del *conditor* è dichiaratamente il *référé provision* francese.

Per omaggio alla tradizione e alle cause che ne hanno determinato l'ascesa, si suole rammentare che il *référé*, se si prescinde da più tenui rintracciamenti nell'antico diritto normanno e nel processo formulare<sup>15</sup>, avrebbe assunto la sua moderna fisionomia all'inizio del secolo XVII come prodotto dello Châtelet parigino, indi codificato dall'editto regio del 1685, che elencava i casi in cui il luogotenente cittadino avrebbe potuto provvedere ad emettere provvedimenti atipici, e in seguito non certo abbandonato ma di buon grado recepito nel pragmatico c.p.c. napoleonico del 1806. La possibilità di richiedere al presidente del tribunale misure anticipatorie a tutela del diritto controverso era inizialmente correlata alla sussistenza del *periculum in mora* ("*Dans tous le cas d'urgence*"). Il modello del *référé-provision* si è progressivamente sganciato dal requisito della urgenza<sup>16</sup>, che continua a caratterizzare oggi il *référé classique*.

Si tratta perciò di un procedimento sommario, non cautelare, che non presenta la nota della strumentalità che contraddistingue la misura cautelare rispetto alla pronuncia *de plein droit*, ossia a cognizione piena *sur le fond*.

Il presupposto della ordinanza di *référé provision*, provvedimento autosufficiente<sup>17</sup>, a tutela di diritti di credito al pagamento di somme, anche illiquide (*ergo* la forma di tutela in esame abbraccia il vasto campo della responsabilità civile aquiliana, come ad es. quello della responsabilità medica), o di obblighi di fare, è che la *esistenza della obbligazione* posta a fondamento della domanda non sia "seriamente controvertibile" ("*sérieusement contestable*").

Come si vede, già sul piano testuale, vi sono udibili assonanze con le massime della giurisprudenza inglese e statunitense, che stimano insufficienti ad impegnare la cognizione piena difese *merely arguable*. Tuttavia, atteso che in Francia, come del resto da noi, non vi è una acquisizione predibattimentale delle fonti di prova e al giudice istruttore è, per così dire, precluso vedere la *full picture in advance*, il presupposto della seria contestazione appare talora correlato alla intrinseca natura della questione di volta in volta rilevante. La *Cassation*, che può pronunciarsi in materia per violazione di legge, reputa assurgere a "*contestation serieuse*" la questione di interpretazione di una clausola contrattuale ambigua, come pure, di regola, la questione di nullità del contratto<sup>18</sup>. Sulle questioni di puro fatto, la non seria

---

<sup>14</sup> Per una silloge, N. ANDREWS, *The Modern Civil Process*, Tubinga, 2008, pp. 75 ss.

<sup>15</sup> Ne accenna C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei «référés»*, in *Foro it.*, 1998, V, cc. 9 ss., 10, nota 4.

<sup>16</sup> Come statuito dalla *Cassation* nel fondamentale arresto del 4 novembre 1976, su cui A. JOMMI, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005, p. 56.

<sup>17</sup> Come sottolinea sempre A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 233.

<sup>18</sup> È la casistica riportata da L. CADIEP, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2020, p. 613, nota 595.

contestabilità della obbligazione potrà discendere dalla particolare efficacia delle prove addotte dall'attore, se raffrontate alla tenuità delle prove costituendo oggetto delle istanze istruttorie del convenuto.

Quanto agli effetti della ordinanza, essa gode di stabilità soltanto *au provisoire*: vale a dire che non è revocabile né modificabile dal giudice del *référé*, salvo al sopravvenire di mutamenti di circostanze, in guisa non dissimile da quanto previsto dal nostro 669-*decies* c.p.c. per i provvedimenti cautelari. Essa è inidonea a proiettare una qualsivoglia efficacia conformativa nel processo di merito a cognizione piena sul diritto controverso (fermo che il giudice del *référé* sarà incompatibile a decidere la causa nel merito), che potrà seguire o pendere in parallelo al giudizio di *référé*. E in tal senso depono l'adagio tralatizio, seppure un po' equivoco, in base a cui "*l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, autorité de chose jugée*".

#### 4. Presupposti comuni alle due ordinanze.

Vediamo ora quali sono i presupposti comuni alle due ordinanze. Essi sono i seguenti:

- a) la competenza, che spetta al tribunale "nel corso del giudizio di primo grado". Esclusa è dunque la competenza del giudice di pace e della corte d'appello anche nei casi in cui questa decide in unico grado e dello stesso tribunale quando giudica in funzione di giudice di appello contro le sentenze del giudice di pace. Quella delineata dal d.lgs. 149/2022 è una competenza che può definirsi anche funzionale, nel senso che l'unico organo competente ad emettere queste ordinanze sarà il giudice investito della domanda di merito, non altri organi presso il medesimo ufficio giudiziario; la norma peraltro fa riferimento solo al "tribunale", senza distinguere tra cause soggette a decisione monocratica e collegiale<sup>19</sup>. In quest'ultimo caso, potrà o no il giudice istruttore pronunciare ordinanza provvisoria di accoglimento o rigetto o dovrà piuttosto investire il collegio? Opteremmo per quest'ultima soluzione, atteso che la ordinanza è idonea a definire il giudizio; perciò, irrevocabile dal giudice che la emette. È vero, peraltro, che il nuovo art. 189 c.p.c. non contempla, tra i casi di rimessione della causa al collegio, la ipotesi di decisione su istanze di definizione con ordinanza sommaria di accoglimento o di rigetto della domanda. Ma questo non induce a rilevare un difetto di coordinamento.
- b) la istanza di parte, e dunque il divieto di iniziativa officiosa; il che appare ragionevole in relazione alla ordinanza di accoglimento; meno in relazione alla ordinanza di rigetto della domanda, nella ipotesi contemplata dalla seconda parte dell'art. 183-*quater*;

---

<sup>19</sup> *Contra*, nel senso che le ordinanze provvisorie non siano pronunciabili nelle cause su cui il tribunale giudica in composizione collegiale, R. PEZZELLA, *Riforma processo civile: le ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto della domanda*, in *IlProcessoCivile.it*, 2022, secondo cui "l'ordinanza non è adottabile per le decisioni riservate al Collegio dall'art. 50-*bis* c.p.c., atteso che la norma prevede espressamente che, in caso di accoglimento del reclamo, la causa prosegue dinanzi a un "magistrato" diverso". Ma l'uso del sostantivo al singolare ben potrebbe giustificarsi in virtù del fatto che il processo di merito, a valle del reclamo, dovrà comunque essere riassunto davanti al magistrato istruttore (cfr. art. 125 disp. att. c.p.c.).

poiché l'accoglimento della istanza implica *de facto* la rinuncia della parte alla tutela meritoriale piena, a qualcuno verrà sicuramente fatto di chiedersi se la procura *ad litem* ex art. 83 c.p.c. debba contemplare espressamente un simile potere oppure se tale istanza sia proponibile dal difensore anche se la procura nulla dica al riguardo. Poiché la istanza non è equiparabile a un atto di disposizione del diritto inclineremmo a propendere per la superfluità di una menzione espressa.

- c) la disponibilità dei diritti che formano oggetto del processo; l'accesso a questa forma di tutela sommaria, non decisoria, rimane dunque precluso per le cause in materia di *status*, diritti personalissimi, etc.
- d) la reclamabilità;
- e) la *non decisorietà*, stante la prevista inidoneità ad acquistare l'efficacia della cosa giudicata sostanziale.

Vi sono poi presupposti non comuni, caratterizzanti ciascuna ordinanza.

Ragioni di chiarezza espositiva consigliano di procedere separatamente all'esame delle due ordinanze.

### **5. Presupposti particolari. Ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda.**

La ordinanza di accoglimento della domanda può essere pronunciata su istanza di parte (leggasi: dell'attore) "*quando i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate*". Sia l'avverbio "manifestamente" sia il verbo "apparire" denotano un giudizio delibativo, di infondatezza *prima facie*.

Già a prima lettura si intuisce peraltro il divario che corre tra il modello del *summary judgment* inglese e quello nostrano. L'art. 183-ter c.p.c. è norma più cauta, poiché subordina l'accoglimento della domanda alla piena prova dei fatti costitutivi del diritto azionato e circoscrive la prognosi di manifesta infondatezza alle sole difese del convenuto. L'art. 183-ter c.p.c., peraltro, non scevera tra difese ed eccezioni, e, nell'ambito di queste, tra eccezioni di rito e di merito. Escluderemmo, *imperio rationis*, che su eccezioni di rito e difese di puro diritto sia concesso applicare una regola di giudizio, intesa come *standard* di convincimento, diversa da quella della cognizione ordinaria. Vale in proposito quanto si afferma per il giudizio cautelare: la soluzione delle questioni di puro diritto non giustifica alcuna alterazione della qualità della cognizione.

Non vi è un termine iniziale né finale per la proposizione della istanza di definizione sommaria della lite, che potrà dunque anche essere per la prima volta formulata a valle della istruttoria. Da cui del resto non potrà prescindere nei casi in cui l'attore non disponga già di prova documentale dei fatti costitutivi contestati dal convenuto costituito. Volendo comunque provare a figurarci alcuni scenari in cui potrà legittimamente pronunciarsi la ordinanza di accoglimento ex art. 183-bis c.p.c., *senza bisogno di istruttoria* (fermo che la ordinanza potrà essere chiesta e pronunciata anche nel corso della istruttoria, e così quando il giudice si persuada che, tra tutte le prove ammesse, quelle assunte siano già sufficienti per consentirgli di maturare il suo convincimento) riteniamo vengano in rilievo i seguenti casi:

- a) i fatti allegati dall'attore sono forniti di prova precostituita e il convenuto non ha sollevato difese poiché è rimasto contumace; qui è solo da rilevare che la contumacia volontaria non vale come ammissione dei fatti costitutivi né tanto meno consentirà di ricavare la presunzione semplice che il convenuto non costituito non abbia alcuna seria difesa da sollevare; la contumacia volontaria, che alla luce del nuovo art. 171-*bis* c.p.c. potrà essere dichiarata con provvedimento anteriore alla prima udienza, implicherà la decadenza del convenuto dal potere di sollevare eccezioni in senso stretto e, almeno quando la contestazione stragiudiziale<sup>20</sup> avanzata dal debitore inadempiente attenga a vizi del consenso, tale circostanza potrebbe di per sé indurre alla pronuncia della ordinanza provvisoria, addirittura alla prima udienza, se il convenuto non compaia o compaia senza sollevare eccezioni rilevabili d'ufficio.
- b) i fatti allegati dall'attore non sono contestati dal convenuto costituito, *ergo* non sono bisognosi di prova. La ordinanza *ex art. 183-ter* c.p.c. sarà anche in questo caso possibile e non contenderà il campo alla ordinanza *ex art. 186-bis* c.p.c., le quante volte l'oggetto del processo sia un credito diverso da quello al pagamento di somme, ad es. credito a una prestazione di *facere* infungibile. Anche poi quando il credito abbia ad oggetto una prestazione pecuniaria, sarà in facoltà dell'attore optare di richiedere la pronuncia della ordinanza interinale-anticipatoria prevista dall'art. 186-*bis* c.p.c. salvo poi ottenere anche la pronuncia della sentenza di merito idonea al giudicato, ma anche soggetta ai mezzi di impugnazione ordinari, oppure scegliere di "troncare" subito la lite con istanza di ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda. Questa consentirà al creditore di ottenere tutela esecutiva pienamente soddisfattiva senza strascichi impugnatorii, inibitori e oppositori. Ma lo spostamento patrimoniale non sarà intangibile, poiché sulla esistenza del credito dell'attore non calerà la cosa giudicata sostanziale.
- c) i fatti allegati dall'attore sono forniti di prova documentale e le difese del convenuto sono *in iure* inconcludenti.
- d) i fatti allegati dall'attore sono forniti di prova mentre le istanze di prova contraria formulate dal convenuto sono inammissibili. Si pensi al vasto campo della responsabilità contrattuale da inadempimento di contratti d'opera o ancora da violazione di obblighi di protezione. Graverà sul debitore convenuto l'onere di provare di avere esattamente adempiuto la obbligazione o la sussistenza di una causa imprevedibile e non imputabile. Ebbene, nella causa risarcitoria per vizi dell'opera o per danni alla salute cagionati da *malpractice* medica, il convenuto che si limiti a sollecitare la assunzione di una consulenza tecnica d'ufficio, senza allegare con sufficiente specificità la esistenza di fattori eziologici alternativi idonei, imprevedibili e

---

<sup>20</sup> Alla contestazione stragiudiziale il legislatore processuale sembrerebbe dare rilievo proprio nella definizione dell'ambito di applicazione del nuovo procedimento semplificato di cognizione. L'art. 281-*decies*, infatti, annovera tra le ipotesi in cui il giudizio "è introdotto nelle forme del procedimento semplificato" il caso in cui "i fatti di causa non sono controversi". Ossia quando la lite sia di puro diritto.

non evitabili con la ordinaria diligenza, darà vita a una eccezione indeterminata, inidonea consentire l'assunzione di una consulenza percipiente.

#### **6. (Segue) Ordinanza di accoglimento provvisorio e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.**

Ci si chiede ora se la istanza di pronuncia di una ordinanza di accoglimento della domanda ai sensi dell'art. 183-ter c.p.c. sia suscettibile di essere proposta dal creditore opposto in seno a un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 645 c.p.c.

Nessuna obiezione sembra potersi ricavare dalla legge. Il giudizio di opposizione, invero, non è configurabile come "altro grado" di giudizio, né secondo i più avrebbe struttura e oggetto di giudizio di impugnazione in senso tecnico del decreto ingiuntivo, ma costituisce lo sviluppo del medesimo processo, dalla fase *inaudita altera parte* a cognizione necessariamente sommaria, alla fase in contraddittorio a cognizione piena, sulla domanda proposta dal creditore con il ricorso monitorio. Ecco che il tribunale, nel corso del giudizio di opposizione a d.i., ben potrà, su istanza del medesimo, attore in senso sostanziale, pronunciare ordinanza di accoglimento provvisorio della domanda monitoria e rigettare la opposizione del debitore opponente, se le difese dell'opponente (*causae petendi* dell'opposizione) appaiano manifestamente infondate. La ordinanza ex art. 183-ter c.p.c., vale la pena di precisare, avrà effetti diversi dalla ordinanza di concessione della provvisoria esecutorietà ex art. 648 c.p.c. come pure diversi saranno i presupposti.

Il provvedimento ex art. 648 c.p.c., infatti, assurge a provvedimento sommario-interinale, non definitivo, subordinato alla verifica che la opposizione non è basata su prova scritta o di pronta soluzione o che le somme di cui al debitore è ingiunto il pagamento sono parzialmente non contestate. La ordinanza ex art. 183-ter c.p.c., di contro, determina il rigetto della opposizione e, salvo reclamo, il consolidarsi degli effetti della ingiunzione di pagamento. Incentivo non piccolo all'utilizzo del nuovo *litigation tool*.

Anche in questo caso, peraltro, ed è la questione più delicata tra tutte le costellazioni di incrocio tra tutele sommario-esecutive a contraddittorio differito e ordinanze di accoglimento/rigetto per manifesta infondatezza, la *condictio indebiti* crediamo dovrà ammettersi rimanga esperibile da parte del debitore esecutato, poiché né il decreto, che pure finirà fatalmente per consolidarsi, né la ordinanza sommaria che definisce la opposizione contengono un accertamento del diritto.

#### **7. (Segue) Ulteriori effetti. Preclusione delle opposizioni di merito ai sensi dell'art. 615 c.p.c. Efficacia nei confronti dei terzi.**

Come si desume dall'art. 183-ter, quarto comma, c.p.c. la ordinanza di accoglimento, se non è reclamata o se il reclamo è respinto, *definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile*. Poiché la ordinanza di accoglimento non è idonea a stabilizzarsi in cosa giudicata e così a produrre l'effetto irretrattabile di accertamento o la modificazione giuridica se la domanda è costitutiva, non pare che queste ordinanze, pur se la legge non reca limiti, siano compatibili

con domande di accertamento mero o costitutive sia pure aventi ad oggetto diritti disponibili. Del resto, e a differenza di quanto previsto dall'art. 186-ter, comma sesto, c.p.c., la ordinanza di accoglimento ex art. 183-ter c.p.c. non è titolo per la iscrizione di ipoteca giudiziale. E la ordinanza di accoglimento provvisorio della domanda costitutiva neppure sarebbe trascrivibile nei registri immobiliari. Né, vale la pena notarsi subito, per converso, la ordinanza provvisoria di rigetto di domande costitutive o di accertamento trascritte sarebbe idoneo titolo per ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda. Ragioni, tutte queste, che inducono a negare la accoglibilità della istanza quanto meno di accoglimento provvisorio, le quante volte il processo nasca per ottenere l'accertamento di un diritto o la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico disponibile (vedremo *infra*, invece, come la ordinanza provvisoria di rigetto della domanda esibisca una utilità pratica apprezzabile, proprio in rapporto a cause aventi ad oggetto poteri formativi ad attuazione giudiziale tipicamente soggetti a termini decadenziali).

Nel caso in cui la condanna abbia ad oggetto un *facere* o un *non facere* infungibile, il provvedimento potrà essere munito di *astreinte*? Non si vedrebbe ragione di negarlo, se si ammette che la efficacia delle stesse ordinanze cautelari anticipatorie possa essere legittimamente "presidiata" dalle misure coercitive indirette.

Questione di gran lunga più importante è però se la ordinanza provvisoria di accoglimento della domanda, che chiude il processo di merito, salvo riforma in sede di reclamo, precluda al debitore l'esperimento delle opposizioni di merito ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

In proposito, è d'uopo riprendere le riflessioni dottrinali suscitate a suo tempo dall'introduzione dell'art. 186-bis c.p.c. Fu messo in luce, nell'occasione, che ad alcuni provvedimenti anticipatori, oltre alla nota ricorrente della efficacia esecutiva, l'ordinamento può associare, altresì, in ossequio a determinati obiettivi di *policy*, la idoneità a sortire un effetto di "stabile preclusione che valga a rendere definitivamente impermeabile l'esecuzione rispetto alle contestazioni del debitore intorno alla pretesa"; qualità non riscontrabile nei comuni provvedimenti sommario-interinali, ove il divieto per il debitore di proporre opposizione di merito alla esecuzione intrapresa in forza di questi ultimi, discenderebbe pianamente dalla contemporanea pendenza del processo di merito in cui sono emessi<sup>21</sup>. Netta sarebbe allora la differenza, a parità della inidoneità al giudicato sostanziale, tra i comuni provvedimenti interinali e i provvedimenti anticipatori *provvisori* ad efficacia esecutiva *rafforzata*, siccome dotati di attitudine a sopravvivere alla estinzione del processo di merito, di talché al debitore non resterebbe che avviare un processo di ripetizione di quanto versato in forza del provvedimento anticipatorio (*condictio indebiti*).

Ebbene, tali caratteristiche del provvedimento sommario non decisorio, che come debitamente rimarcato dalla migliore dottrina occorre siano suffragate da "ragioni particolari" di politica legislativa, senz'altro riscontrabili nella ordinanza ex art. 186-bis c.p.c. che ha come

---

<sup>21</sup> Così, E. MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186-bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 1009 ss., p. 1054.



presupposto non la cognizione sommario-delibativa delle ragioni dell'attore ma un comportamento – la non contestazione – che “trae in causa la autoresponsabilità del debitore convenuto”<sup>22</sup>, non sono aliene alla ordinanza di accoglimento della domanda, basata sulla “manifesta infondatezza” delle difese del convenuto.

Siamo infatti al cospetto di un congegno processuale che, anche storicamente, negli ordinamenti stranieri di origine di ispirazione, è sempre stato animato dalla finalità di scoraggiare l'abuso di difesa, ossia la sollevazione di eccezioni defatiganti e pretestuose da parte del debitore convenuto. L'anticipazione dell'esecuzione, con inversione dell'onere di accertamento, che viene ribaltato sul debitore, cui sarà però *medio tempore* precluso coltivare i mezzi di impugnazione ordinari, varrebbe egregiamente a scongiurare iniziative dilatorie siffatte, comunque nocive per il creditore, che è costretto a difendersi e ad anticipare i costi per la difesa in giudizio. A che pro, verrebbe da chiedersi altrimenti, assoggettare il debitore a uno specifico onere di reclamo contro il provvedimento sommario, se la efficacia esecutiva di questo fosse liberamente sospendibile in seno alle parentesi oppositorie?

Si è detto che la ordinanza provvisoria di accoglimento non avrà alcuna efficacia di accertamento o costitutiva. E così, la ordinanza di accoglimento neppure sarà idonea a proiettare efficacia riflessa nei riguardi di terzi, titolari di rapporti dipendenti. È da chiedersi, nondimeno, se i terzi possano esperire le opposizioni previste dall'art. 404 c.p.c., che allude alla *sentenza* passata in giudicato o comunque esecutiva. Secondo la giurisprudenza, infatti, anche i provvedimenti *definitivi* aventi, per legge, forma diversa, ma contenuto identico alla sentenza sono impugnabili ai sensi dell'art. 404 c.p.c. Benché le ordinanze provvisorie siano inidonee ad accertare diritti, anche solo *inter partes*, ciò che porterebbe a ritenere impercorribili i rimedi oppositori, ci parrebbe invece da ammettere la opposizione dell'avente causa per il caso di collusione o dolo ed anche la possibilità – cui non osterebbe certo la logica del pur discutibile *dictum* di Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1238<sup>23</sup> – di opposizione ordinaria per il litisconsorte pretermesso e per il creditore che voglia scongiurare il rischio di pagamento al creditore apparente o la consegna del bene o l'adempimento della prestazione infungibile. Parimenti, è da ritenere che la ordinanza di reclamo sia assoggettabile a revocazione ordinaria ex art. 395, co. 4, c.p.c. se affetta da errore di fatto decisivo.

## 8. Ordinanza provvisoria di rigetto della domanda e reclamo

---

<sup>22</sup> E. MERLIN, *op. cit.*, p. 1057. A tale razionalizzazione degli effetti della ordinanza ex art. 186-bis c.p.c. aderisce C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2019, p. 202 (“è chiaro allora che il debitore non potrà aggredire quel titolo esecutivo dolendosi dell'inesistenza del diritto di credito (i cui fatti costitutivi non ha contestato nella opportuna sede). Resta salva in ogni caso – dopo però l'adempimento non opponibile o sospendibile – la possibilità per il debitore di esperire l'azione di *condictio indebiti* poiché l'ordinanza, a differenza della sentenza, non contiene alcun accertamento sulla esistenza del credito”). Tale impostazione è invece avversata da G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2019, vol. II, p. 251.

<sup>23</sup> In *Giur. it.*, 2015, p. 1369 ss. con nota critica di A. CARRATTA, *Litisconsorte pretermesso e rimedi esperibili: un discutibile revirement della Cassazione*; in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1569 ss., con nota di S. VINCRE, *Il litisconsorte pretermesso e l'opposizione all'esecuzione*.

L'art. 183-*quater* consente al tribunale, sempre su istanza di parte, di pronunciare ordinanza provvisoria di rigetto della domanda in due distinte ipotesi.

La prima ipotesi è in qualche modo speculare a quella contemplata dall'art. 183-*ter* c.p.c. poiché attiene al caso in cui la domanda "è manifestamente infondata".

La seconda ipotesi attiene al caso in cui la nullità dell'atto introduttivo, dovuta alla omessa indicazione o alla assoluta incertezza del *petitum* o alla mancata esposizione della *causa petendi*, non sia stata sanata o se, emesso l'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda la lacuna afferente alla *editio actionis* persiste.

Della intera riforma, questa è senza dubbio la disposizione che maggiormente ha dato adito a dubbi sulla *ratio legis*, se non alla resa incondizionata degli interpreti<sup>24</sup>.

Eppure, a noi sembra, rimane possibile ritagliare un ambito di non insignificante utilità anche per la ordinanza di rigetto allo stato degli atti della domanda "manifestamente infondata". Per prima cosa, è da registrare che la formula verbale cambia. Mentre l'art. 183-*ter* fa uso del verbo "apparire", l'art. 183-*quater* allude alla domanda che "è" manifestamente infondata. Il dubbio è che, in questa ipotesi, il legislatore abbia calibrato ancora diversamente la asticella qualitativa della cognizione. Appena al di sotto della soglia di impegno che richiederebbe il giudizio a cognizione piena. Anche qui peraltro si rimane al cospetto di una tutela sommaria non decisoria, come si desume dal ripetersi della previsione in base a cui la ordinanza definitiva non è idonea a fare stato tra le parti e a proiettare alcuna "autorità" in altri processi. Quanto alla *utilitas* specifica che la ordinanza provvisoria di rigetto sia in grado di apportare al convenuto, che magari abbia già al proprio arco la freccia di una fondata eccezione di merito idonea a giustificare l'immediata rimessione della causa in decisione ai sensi dell'art. 187, co. 2, c.p.c., questa si mostrerà tangibile nei casi in cui l'oggetto del giudizio sia costituito da un potere formativo ad attuazione giudiziale (diritto potestativo). Il convenuto potrà opinare di

---

<sup>24</sup> Va registrato, tra i primi, lo sconforto, echeggiato però da molti altri esponenti della dottrina processualistica in varie occasioni convegnistiche, manifestato da S. BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 253 ss., p. 269: "Davvero non si saprebbe scorgere l'utilità di un rigetto "provvisorio", dopo il quale il processo sia in ogni caso destinato a proseguire fino alla sentenza". Convenivamo con tale giudizio: se le ordinanze sommarie di rigetto non fossero state anche definitive, non avrebbero avuto scopo veruno per il convenuto. Salvo determinare, opinavamo a prima lettura della legge di delega (*si vis il ns. La blanda riforma del giudizio di appello tra restatement e ritorni al passato*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 222 ss., pp. 235-236), la immediata caducazione degli atti esecutivi compiuti dal creditore in forza di decreto ingiuntivo esecutivo, ciò che avrebbe consentito di evitare la sperequazione che sempre si verifica quando il creditore ottiene un decreto subito esecutivo ai sensi dell'art. 642 c.p.c. e dà impulso al pignoramento, non caducabile con l'art. 649 c.p.c. *Negata maiorem*, o meglio, ora che è stata espressamente sancita la definitività delle ordinanze provvisorie, la utilità di richiedere quella di rigetto della domanda, per il debitore opponente, si accresce esponenzialmente. L'accoglimento della istanza di pronuncia di ordinanza sommaria di rigetto della domanda proposta dal creditore in sede monitoria, di là dalla formula terminativa del dispositivo, che sarà pur sempre formalmente in termini di accoglimento della opposizione, comporterà la immediata revoca del decreto ingiuntivo opposto, superato appunto in ragione della peggiore valutazione, sia pur *prima facie*, ma nel contraddittorio, e con parametro di giudizio, quello di manifesta infondatezza della domanda del creditore, prossimo allo standard applicabile nel giudizio a cognizione piena. L'esito sarà quindi non dissimile da un accoglimento della opposizione per ragioni di rito, ad es. per improcedibilità della domanda del creditore che non abbia dato impulso alla mediazione obbligatoria all'esito della assunzione dei provvedimenti sulla provvisoria esecutorietà del decreto. Anche qui si avrà il formale accoglimento della opposizione ed un capo di revoca del decreto ingiuntivo opposto.

sollecitare il rigetto della domanda con ordinanza provvisoria, anziché con sentenza impugnabile, le quante volte il termine decadenziale – si pensi così al vasto campo delle impugnative di delibere assembleari, condominiali; delle impugnative di atti negoziali; azioni revocatorie fallimentari e ordinarie, a dispetto del tenore dell’art. 2903 c.c.<sup>25</sup>; azioni edilizie; rileverebbero in astratto, altresì, ma esulano dalla giurisdizione civile, pure le azioni risarcitorie contro la p.a. per danni da atti amministrativi illegittimi, soggette a termine di decadenza, non di prescrizione, per ragioni superiori di interesse alla stabilità della finanza pubblica (C. Cost. 94/2017) – sia decorso nelle more del processo.

Il rigetto della domanda, in tali casi, sia pure ad opera di una ordinanza inidonea a stabilizzarsi in cosa giudicata e però, al tempo stesso, definitiva del processo pendente, sarebbe egualmente foriero del consolidamento degli effetti dell’atto sostanziale impugnato. Anzi, *più ancora preclusivo rispetto a una sentenza di rigetto nel merito*, la quale potrebbe essere impugnata con i mezzi ordinari, perpetuandosi allora la pendenza della lite e mantenendosi in potenza intatto l’effetto impeditivo della decadenza (precario sino ad accoglimento della domanda con sentenza passata in giudicato). E a tal proposito, qualcuno potrebbe obiettare che la vanificazione degli effetti sostanziali è troppo grave conseguenza per consentirsi che si produca per effetto di una delibazione sommaria neppure idonea al giudicato. Al che potrebbe replicarsi che nessuno ha niente da ridire quando una domanda cautelare è respinta per carenza di *fumus boni iuris*, pur se il diritto cautelando è esposto a pregiudizio imminente ed *irreparabile*.

Quanto alla ipotesi di rigetto in rito per mancata sanatoria dei vizi della citazione non afferenti alla *vocatio in ius*, solo a prima vista potrebbe imputarsi al legislatore delegato di aver voluto colmare il *caveat* dell’art. 164 c.p.c., che nulla prevede in merito alle conseguenze della inottemperanza dell’attore all’ordine di rinnovazione o di integrazione della citazione carente nella *editio actionis*. Alla tesi, secondo cui la mancata sanatoria del vizio avrebbe determinato le medesime conseguenze previste dall’art. 164, co. 2, c.p.c., vale a dire la dichiarazione della estinzione, in applicazione analogica dell’art. 307 c.p.c.<sup>26</sup>, si contrappone la tesi che individua nella sentenza di rigetto in rito, per inammissibilità della domanda, l’epilogo più congruo, stante il silenzio dell’art. 307 c.p.c.<sup>27</sup>. Ebbene, anziché optare per una o l’altra soluzione, il legislatore delegato apre una terza via. Ossia la ordinanza di rigetto, subordinata però sempre

---

<sup>25</sup> Nel senso che di autentico termine prescrizione si tratti, I. Pagni, *Il contratto nel processo. Questioni controverse nell’esercizio dell’azione contrattuale in giudizio*, Milano, 2022, p. 152, testo e note 22 e 23, la quale rileva ulteriormente che anche l’art. 170 CCI avrebbe chiarito trattarsi di prescrizione e soggiunge che da tempo si ammette che non tutti i termini decadenziali siano associati ad azioni costitutive. Per parte nostra rileveremmo che è senz’altro possibile che il legislatore subordini a termine di decadenza anche diritti soggettivi di credito, sempre che ricorrano preminenti interessi generali alla certezza delle situazioni giuridiche, come nell’esempio della azione risarcitoria contro la p.a. riportato nel testo; non sembra, invece, che la relazione sia biunivoca nel senso che è dubbio che il legislatore possa assoggettare un diritto potestativo a termine di prescrizione. Quanto al CCI, ci pare che lo stesso riformatore ripiombi nell’equivoco concettuale di pensare che, a prescriversi, siano le “azioni”, anziché i diritti soggettivi tutelabili tramite l’azione, come nell’emblematico caso della disciplina delle azioni edilizie (art. 1495 c.c.).

<sup>26</sup> G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Bari, 2019, p. 67.

<sup>27</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2019, p. 190.

alla istanza di parte (e immaginiamo che qui non possa che essere il convenuto; d'altra parte, se il convenuto abbia eccepito la nullità della citazione, per l'attore sarebbe assai più semplice rinunciare agli atti per poter riproporre la domanda in fogge meno imperscrutabili e la sua rinuncia non avrebbe bisogno di accettazione), che avrà per effetto di chiudere subito il processo, con condanna alle spese, e di "liberare" subito il convenuto dalla pendenza della lite e dagli aggravii connessi a strascichi impugnatori pluriennali.

L'istituto del rigetto provvisorio della domanda non è apparso immune da sospetti di incostituzionalità.

La dottrina<sup>28</sup> infatti adombra il rischio che, per effetto di continui accoglimenti di istanze di rigetto sommario con ordinanza *ex art. 183-quater* c.p.c., l'attore si veda per sempre negato il diritto ad ottenere una decisione di merito a cognizione piena sulla fondatezza della domanda.

La questione chiama in causa niente meno che l'inesausto dibattito, sul se sia possibile far discendere dagli artt. 24 e 111 Cost., una vera e propria guarentigia costituzionale del giudicato, nel senso che la normativa primaria "imponga al legislatore ordinario di predisporre forme di tutela dei diritti sostanziali che diano luogo (necessariamente) a provvedimenti con attitudine all'autorità di cosa giudicata"<sup>29</sup>.

Secondo la dottrina classica, "la posizione di supremazia accordata dalla legge sostanziale pretende una tutela processuale consentanea: vale a dire un provvedimento che consacri per sempre la situazione di diritto, né si presti ad essere vanificato – il provvedimento e, con esso, la situazione sostanziale – in nuovi, successivi processi. Un precetto costituzionale, che

---

<sup>28</sup> F. AULETTA, Relazione al Convegno "Giustizia civile e riforma Cartabia uno sguardo d'insieme", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, 14 gennaio 2023; propensioni analoghe - seppure non del tutto collimanti: poiché questo A. appare più vicino a coltivare la idea di concepire le due ordinanze provvisorie come sorta di filtro di ammissibilità di domande e difese delle parti; razionalizzazione alla quale credo si possa resistere valorizzando quegli stessi richiami comparatistici a istituti stranieri che hanno ispirato la penna del legislatore storico - a dubitare della legittimità costituzionale della nuova forma di tutela sommaria mostra G. SCARSELLI, *Mala tempora currunt*, in *Judicium*, 2022, indi ID., *I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149*, in *Giustiziainsieme.it*, 2022, par. 4: "il diritto alla difesa può subire una contrazione che consente al giudice di non portare a termine il processo accogliendo immediatamente la domanda quando "i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate" (art. 183 ter c.p.c.), e parimenti il diritto di azione può subire egualmente una contrazione che consente al giudice, all'esito dell'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, di rigettare la domanda "quando questa è manifestamente infondata" (art. 183 quater c.p.c.). Queste nuove disposizioni, per come sono congegnate, istituiscono una sorta di nuova ammissibilità della domanda e della difesa, che è quella della loro non manifesta infondatezza, cosicché, presentata al giudice una domanda oppure una difesa, il giudice non deve stabilire se queste sono o non sono fondate, ma deve preliminarmente valutare che queste non siano, appunto, manifestamente infondate, e solo se non hanno questa caratteristica esse saranno ammesse al giudizio di merito. Ma, deve rilevarsi, la manifesta infondatezza è concetto giuridico vago, e quindi le norme, nella sostanza, rimettono alla discrezionalità del giudice il proseguimento o meno del processo. Dunque, gli avvocati stiano bene attenti nella composizione degli atti introduttivi del giudizio, poiché imminente incombe su di loro sempre il rischio che tutto possa definirsi senza una reale cognizione piena dell'oggetto del contendere" (nostra enfasi).

<sup>29</sup> S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, II ed., Torino, 2002, p. 8.

sancisce il valore del giudicato, garantisce l'essenza della giurisdizione e, attraverso questa, l'efficienza dei diritti sostanziali nel nostro ordinamento"<sup>30</sup>.

A riprova della correlazione necessaria e inscindibile tra tutela dei diritti e giudicato, si argomenta, ogni qual volta il legislatore abbia approntato una forma di *tutela decisoria sommaria*, si è premurato di disciplinare anche opportuni meccanismi procedurali per consentire, ad onere e su impulso di parte, la "*necessaria trasformabilità endoprocedimentale nella tutela decisoria non sommaria*"<sup>31</sup>: sì da assicurare il potenziale espletamento della cognizione piena in una successiva fase oppositoria in seno al medesimo grado di giudizio (opposizione a d.i., convalida di licenza o sfratto; opposizione alla ordinanza ex art. 1, co. 51, l. 19/2012) o quanto meno nei gradi impugnatori (appello contro la ordinanza sommaria ex art. 19, d.lgs. 5/2003).

Tanto premesso, giova notare che la situazione che ci si trova ora a considerare rappresenta in qualche modo il rovescio della medaglia.

Vale a dire: le ordinanze provvisorie di accoglimento/rigetto della domanda determinano, a istanza unilaterale di parte, l'abbandono della "via lunga" del processo di merito a cognizione piena, la sola capace di secernere tutela meritoriale con attitudine al giudicato sostanziale, per consentire di imboccare la "via breve" di una tutela sommaria *non decisoria sui generis*: accoglimento/rigetto della domanda, con provvedimento sempre idoneo al giudicato sostanziale e, per tale ragione, non impugnabile con i mezzi ordinari.

Là dove, poi, nelle comuni forme di tutela sommaria *decisoria*, la scelta se dare ulteriore impulso al procedimento, per farlo progredire nella fase a cognizione piena spetta tipicamente alla parte che risulterebbe soccombente nel caso di mancato impulso alla progressione del giudizio (conduttore intimato), qui, invece, è il soccombente a subire la scelta dell'avversario senza facoltà di opporsi preventivamente.

Ebbene, in questo contesto ricostruttivo senza precedenti, la chiave di volta, su cui si dovrà innestare ogni futura valutazione circa l'effettivo rispetto della garanzia della parità delle armi al fine di scongiurare il rischio di sottrazione "potestativa", in danno di una parte, della possibilità di ottenere sul diritto soggettivo una decisione di merito a cognizione piena e idonea al giudicato, riposa evidentemente sul reclamo esperibile avverso la ordinanza provvisoria di accoglimento o di rigetto della domanda e sulla valenza che si debba attribuire a tale mezzo di impugnazione.

È appena il caso di osservare che di alcun rilievo, sul piano pratico non meno che teorico, nella soluzione della questione circa la idoneità del reclamo a garantire il pieno (ri)equilibrio delle armi, potrebbe mai rivelarsi la circostanza che in base agli artt. 183-*ter*, comma terzo, e 183-*quater*, comma secondo, c.p.c. la "autorità" delle ordinanze provvisorie non potrà essere invocata in altri processi, di talchè il soccombente (quando si tratti dell'attore) non

---

<sup>30</sup> A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, pp. 395 ss., pp. 428-429.

<sup>31</sup> L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, II ed., Torino, 2004, pp. 37-38.

incontrerebbe alcuna preclusione, neppure quella più flebile prevista dall'art. 669-*septies* c.p.c., nel riproporre la sua domanda davanti allo stesso o ad altro giudice. Gli effetti sostanziali e processuali della prima domanda meritate, ove respinta con ordinanza ex art. 183-*quater* c.p.c., giammai si potrebbero conservare, con ogni conseguenza sul piano del *deficit* di tutela del diritto dell'attore.

Occorre dunque, per ossequio a fondamentali esigenze di equità processuale che si abbeverano all'art. 3 Cost., non meno che agli artt. 24 e 111 Cost., che il reclamo contro le ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto sia concepito non in termini di gravame meramente rescindente, ossia volto allo stretto controllo degli *errores in iudicando* o *in procedendo* compiuti dal giudice di primo grado, come da una parte, invero minoritaria, della dottrina e della giurisprudenza si predica in relazione al reclamo cautelare. Il gravame andrà invece doverosamente concepito come mezzo pienamente devolutivo e sostitutivo, tale da consentire al collegio di rinnovare ogni valutazione e di esprimere *ex novo* un apprezzamento circa la manifesta infondatezza della domanda o delle difese del convenuto, sulla base delle prove già assunte dal giudice di primo grado ed eventualmente anche delle prove nuove suscettibili di essere adottate per la prima volta in sede di reclamo. Solo a tale condizione, invero, sarà garantita alla parte la possibilità di riportare il procedimento sui binari usuali della tutela meritate non sommaria, con piena salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, e il diritto processuale di azione, inteso come diritto alla decisione di merito a cognizione piena sulla fondatezza della domanda, si ritroverà di nuovo collocato sullo stesso piano dello speciale diritto alla forma di definizione sommaria della lite, introdotto dalla ultima riforma processuale. Solo, dunque, l'esperienza applicativa potrà rivelare davvero se la nuova normativa varata dal decreto delegato condiziona impropriamente (e qui anche irreversibilmente), in danno di una parte ed a favore dell'altra l'andamento e l'esito del processo, per esprimerci con le parole della celeberrima C. Cost. 253/1994 additiva del reclamo cautelare anche contro le ordinanze di rigetto della domanda cautelare<sup>32</sup>.

Né ci pare vada accarezzata a cuor leggero la prospettiva del ricorso straordinario ex art. 111, co. VII, Cost. contro la ordinanza di reclamo (ferma, invece, la innegabile ricorribilità contro il capo di condanna alle spese, che dovranno sempre essere liquidate in occasione della pronuncia delle ordinanze definitive). Ammesso che l'incidenza sul diritto soggettivo da parte di una ordinanza espressamente detta inidonea al giudicato sostanziale sia tale da consentire di adire il giudice di legittimità, e dati i limiti del sindacato cassatorio, il ricorso straordinario si rivelerebbe nella maggior parte dei casi (eccetto nella ipotesi in cui la valutazione di manifesta fondatezza/infondatezza sia dipesa da un vaglio di giuridica inconcludenza, allora appieno sindacabile dalla S.C.) mezzo inidoneo a sommuovere la valutazione di manifesta infondatezza della domanda che sia stata confermata dal

---

<sup>32</sup> In *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 409 ss., con nota adesiva rispetto all'esito raggiunto, non senza segnalare però alcune aporie argomentative nel percorso della Consulta, di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la parità delle armi ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*; anche in ID., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, pp. 207 ss.

Vi sono peraltro, non si intende negarlo, intuibili differenze tra l'epilogo del processo meritale per effetto delle ordinanze *de quibus* e l'epilogo del giudizio di appello per effetto della ordinanza di filtro ex art. 348-bis c.p.c. Di tale ordinanza la cassazione ha ammesso la impugnabilità con ricorso straordinario ex art. 111 Cost., sia pure soltanto per i c.d. vizi propri, rilevato che, in difetto di sindacato cassatorio, all'appellante sarebbe stato bensì consentito veicolare con la impugnazione a critica vincolata del ricorso per cassazione (e dunque non tutte del pari ammissibilmente) le critiche alla sentenza di primo grado, ma all'appellante sarebbe stato sottratta ogni possibilità di rimediare ai vizi del provvedimento di inammissibilità, sottrattivo dell'accesso al gravame a critica libera. Ebbene, ha affermato la Cassazione: *"lasciare che, senza alcun potenziale controllo, il giudice resti arbitro di decidere se la parte possa o meno fruire del giudizio di secondo grado potrebbe in prospettiva determinare (anche se allo stato i primi dati sull'applicazione dell'istituto non sembrano avallare questa ipotesi, risultando al contrario uno scarso utilizzo del medesimo) una sorta di incontrollabile soppressione "di fatto" del giudizio di appello"*<sup>33</sup>.

Nell'assetto delinato dagli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c., tuttavia, uno specifico mezzo di controllo della legalità dell'esercizio del potere di definizione della causa con ordinanza sommaria non manca, poiché è affidato al reclamo ex art. 669-terdecies.

### **9. Reclamabilità del rigetto della istanza di definizione con ordinanza provvisoria**

Occorre ora domandarsi se il tribunale, nonostante la sussistenza di tutti i presupposti di legge, possa comunque rifiutarsi di pronunciare la ordinanza, *secundum opportunitatem*.

La questione ha naturale ragione di porsi in un sistema processuale come il nostro il cui il processo è regolato dalla legge e riserva tendenzialmente pochissimi margini di discrezionalità al giudicante. Si tratta di questione peraltro oggetto di acceso dibattito anche negli Stati Uniti. Negli Stati Uniti, in particolare, nutrita era la corrente secondo cui il giudice conserverebbe sempre intatto il potere di declinare la istanza di *summary judgment*, allorché egli stimi, nel migliore interesse della giustizia, che *"the better course would be to proceed to a full trial"*<sup>34</sup>.

I precipitati della soluzione, nel nostro contesto normativo, sono di immediata intelligenza.

In caso di soluzione positiva (all'insegna del potere discrezionale), al *non liquet* del giudicante sulla istanza di parte non si potrà rimediare.

In caso negativo, vale a dire se si ammette che il tribunale non goda di alcuna discrezionalità, il rigetto della istanza dovrà poter essere impugnato con reclamo.

La lettera degli artt. 183-bis e 183-quater c.p.c. si limita a prevedere che il giudice "può" pronunciare (non: "deve" o "pronuncia") le ordinanze definitive, al ricorrere dei loro presupposti.

---

<sup>33</sup> Cass., sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, par. 3.

<sup>34</sup> La frattura giurisprudenziale ha indotto il legislatore ad intervenire sulle Federal Civil Procedure Rules e a sostituire al verbo "shall" il verbo "should" nella Rule 56. In tema, B. SCOTT SHANNON, *Should Summary Judgment be Granted?*, in *American University Law Rev.*, 2008, pp. 85 ss.

Riteniamo preferibile sposare la interpretazione già avanzata dalla dottrina di commento alla legge di delega, secondo cui trattasi di un autentico potere-dovere e non già di una mera facoltà discrezionale del giudice<sup>35</sup>.

A favore di questa posizione, depone il fatto che la formula verbale è la medesima anche in rapporto al presupposto per la pronuncia della ordinanza di rigetto nel caso della nullità non sanata della *editio actionis*. Fattispecie che davvero nessun margine lascia ad apprezzamenti discrezionali.

La opposta interpretazione (potere discrezionale) finirebbe per sancire la fine prematura dell'istituto: è un dato esperienziale che nessun giudice sarà incline a sobbarcarsi *ante tempus* l'onere di decidere la causa e di redigere un provvedimento pur sempre definitivo, ancorché non decisorio in senso stretto, poiché inidoneo al giudicato sostanziale.

Alla soluzione qui sostenuta si può addivenire del resto anche avuto riguardo alla disciplina delle ordinanze sommario-interinali. Dal carattere revocabile e modificabile della ordinanza-ingiunzione *ex art. 186-ter c.p.c.*, ad es., si fa discendere l'assurdo di negare al giudice istruttore, a monte, il potere di rifiutarne la pronuncia quando, pur in presenza dei presupposti di ammissibilità previsti dalla legge, egli sia persuaso della inopportunità di concedere la misura. Analogamente, a proposito della ordinanza post-istruttoria *ex art. 186-quater c.p.c.* la *communis opinio* accredita il giudice del potere di rifiutare il provvedimento se la redazione della ordinanza non determini un considerevole risparmio di tempo; si aggiunge che l'unico effetto del diniego sarebbe quello di negare alla parte di giovare di un particolare *iter* decisorio.

Le ordinanze introdotte dalla riforma del 2022, di contro, in quanto definitive, non sono revocabili dal giudice che le pronuncia e si vide che la utilità arrecata alla parte trascende il semplice risparmio di attività processuali. La impegnativa scelta strategica compiuta dalla parte istante, che sottende una rinuncia alla aspettativa di un giudicato favorevole, ha ragion d'essere tutelata mediante la sindacabilità del provvedimento di rigetto.

#### **10. Natura del mezzo di reclamo e prosecuzione del processo di merito**

A differenza del rito sommario societario, in cui era espressamente prevista la appellabilità della ordinanza sommaria di accoglimento, ciò che secondo molti autori avrebbe significato il ripristino della *plena cognitio* e la sostituzione della ordinanza resa a cognizione sommaria con una sentenza idonea al giudicato, la disciplina degli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. prevede che le ordinanze di accoglimento e di rigetto siano soggette a reclamo secondo la disciplina dell'art. 669-terdecies c.p.c.

Null'altro vien detto sulla natura di questa impugnazione.

Inclineremmo a ritenere che il reclamo, per le ragioni illustrate *retro*, debba avere qui natura ampiamente devolutiva e sostitutiva. Competente a decidere sarà il collegio del tribunale in sede di reclamo contro le ordinanze provvisorie assunte dal tribunale in composizione

---

<sup>35</sup> G. DELLA PIETRA, *op. cit.*, p. 248.



monocratica. Nulla è previsto per le ordinanze emesse dal collegio del tribunale (collegio della corte d'appello?), sempre che si ammetta – la legge non offre indici pienbrobanti per escluderlo – che anche il tribunale in composizione collegiale possa definire le cause di sua competenza con ordinanza sommaria provvisoria di accoglimento o di rigetto della domanda. Nuove prove saranno ammissibili in sede di reclamo? Già a proposito dell'appello contro la ordinanza di condanna pronunciata all'esito del rito sommario societario si ammetteva una deroga all'art. 345 c.p.c.<sup>36</sup> e anche in questo contesto non vi è ragione di escludere tale eventualità. Per il caso di accoglimento del reclamo, con conseguente annullamento della ordinanza definitiva, si porrà il problema di regolare la prosecuzione del giudizio di merito. La legge tace al riguardo, si astiene finanche dall'indicare il termine e le forme per la riassunzione. E la lacuna appare grave, poiché ne va della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, che in sede di reclamo sia stata deliberata non manifestamente infondata.

L'ultimo comma degli artt. 183-ter e 183-quater dispone che in caso di prosecuzione il processo di merito proseguirà davanti a un giudice diverso da quello che ha emesso la ordinanza. Questa ipotesi di incompatibilità è tuttavia da credere dovrà riguardare anche i componenti del collegio che abbia deciso sul reclamo. Ed allora è intuibile che il meccanismo divisato dal legislatore potrà avere ricadute negative nei tribunali di piccole dimensioni.

## **11. Cumulo di domande e ordinanze provvisorie**

Gli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. prevedono che “in caso di pluralità di domande l'ordinanza può essere pronunciata solo se tali presupposti ricorrano per tutte”.

La logica è quella della economia processuale. Il legislatore non vede di buon occhio che il giudice sia costretto a decidere separatamente le cause, anziché pronunciarsi su tutte le domande con un provvedimento unitario. La scelta legislativa sbarrata la strada alle aperture giurisprudenziali e dottrinali, non contrarie ad *iter* decisori diversificati, quali si erano manifestate a proposito della ordinanza post-istruttoria<sup>37</sup>. La soluzione radicale adottata dal *conditor* vorrebbe evitare in radice soverchie “complicazioni” processuali: scelta non irragionevole, ma neppure tale da fugare ogni dubbio. Ci si potrebbe chiedere, nell'ipotesi in cui il processo veda cumulata alla causa principale una causa di causa di garanzia, chi sia la parte legittimata a chiedere la definizione della lite con la ordinanza di accoglimento: se la legittimazione alla istanza compete al solo attore nella causa principale o anche al convenuto resosi attore nei confronti del terzo chiamato in garanzia. Se così fosse, il convenuto sarebbe

---

<sup>36</sup> R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., pp. 104-105.

<sup>37</sup> Cass., 22 gennaio 2004, n. 1007, in *NGCC*, 2005, I, p. 539 ss., con nota di L. PASSANANTE, *Ordinanza post-istruttoria di condanna e processi con cumulo di domande*. E già, alla insegna di soluzioni non aprioristiche ma di un atteggiamento “pragmaticamente intermedio”, C. CONSOLO, *Difficile modo di operare dell'ordinanza post-istruttoria ex art. 186 quater fra litisconsorzio necessario nell'azione diretta contro l'Assicuratore e cumulo di domande*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, pp. 1200 ss., pp. 1204-1205, con schematica illustrazione delle possibili costellazioni di cumulo oggettivo e soggettivo e delle soluzioni selettivamente prospettabili al riguardo.

sempre in grado, anche quando le eccezioni del garante siano manifestamente infondate, di frapporre il suo veto alla scorciatoia ricercata dal danneggiato con la istanza. Neppure è ipotesi peregrina, ma da scartare, quella in cui il creditore dell'attore intervenga per proporre in via surrogatoria la istanza di ordinanza di accoglimento ex art. 183-ter c.p.c. in luogo dell'attore piuttosto incline ad attendere la sentenza di merito.

## **12. Deontologia e psicologia giudiziaria: i nuovi paradigmi della deterrenza.**

La Cassazione afferma che la responsabilità dell'avvocato per inadempimento dell'obbligo di dissuadere il proprio cliente dall'agire in giudizio si configura sul presupposto che la domanda risulti chiaramente inammissibile per assenza dei presupposti previsti dalla legge o "completamente infondata", giacché il professionista ha "l'obbligo di astenersi dalle cause perse o infondate"<sup>38</sup>.

Che poi la "irremovibile" volontà del cliente adeguatamente informato dei rischi sia una esimente, è tutt'altro che scontato<sup>39</sup>. Ma il punto è: quanti difensori, secondo scienza e coscienza, saranno disposti a imbarcarsi nell'avventura della riproposizione di una domanda delibata manifestamente infondata con ordinanza ex art. 183-*quater*, salvo forse al ricorrere di uno *ius superveniens* o di un mutamento di giurisprudenza? Pochi. E quante parti soccombenti, dopo essersi sentite dire che la domanda è manifestamente infondata, e viste condannare alle spese di lite magari anche del grado di reclamo, e allora anche al pagamento del doppio del contributo unificato, avranno voglia di riproporre la domanda, col rischio di esporsi a nuove condanne alle spese e magari anche sanzioni ex art. 96 c.p.c.? Poche. E ancora. Nel giudizio di responsabilità che la parte, non adeguatamente dissuasa, potrebbe aver voglia di promuovere nei confronti del suo vecchio patrono, la ordinanza di rigetto non sarà priva di peso. La ordinanza non fa stato tra le parti in altri processi, come è ovvio, e come è espressamente previsto. Ma non fa stato sulla *res in iudicium deducta* nel processo da essa definito. Rileverebbe invece, eccome, nella causa di danni da responsabilità professionale per inadempimento di obblighi informativi. Il danno risarcibile, poi, non sarebbe certo la perdita di *chances* di vedere riconosciuto il proprio diritto, valutato manifestamente non sussistente (e comunque non sarebbe neppure un vero danno, dato che la ordinanza provvisoria non fa giudicato). Ma che dire delle spese di lite, che sempre dovranno essere liquidate dal giudice che pronuncia la ordinanza? Ecco l'ultimo, relevantissimo, tassello da cui non si può prescindere se si vuole comprendere la psicologia giudiziaria che, al di là della tecnica processuale, di cui l'istituto delle due ordinanze è intriso. *Interest rei publicae ut sit finis litium*, con o senza giudicato.

Conclusioni: il legislatore ha intuito che nella delibazione di manifesta fondatezza/infondatezza della domanda, specie se frutto di doppia conforme nella collegialità

---

<sup>38</sup> Cass., 3 settembre 2019, n. 21982.

<sup>39</sup> Non si può dire sia questa la *ratio decidendi* di Cass., 12 maggio 2016, n. 9695.

del reclamo<sup>40</sup>, può esservi un salutare ingrediente per sedare la litigiosità o quanto meno ingraziare una transazione facilitata dalla prognosi rivelatrice, monocratica o collegiale che sia, comunque idonea a eliminare l'incognita del giudizio. Come mai una proposta conciliativa ex art. 185 o finanche 185-*bis* c.p.c. potrebbe fare. Ed ha impiantato questo seme nel Libro II. All'estero da tempo si studiano e si praticano forme di anticipazione deliberativa, non solo *ante causam*, del verosimile esito meritale della lite capaci di generare acquiescenza. La *early neutral evaluation* inglese ne è celebre esempio<sup>41</sup>. Le ordinanze *de quibus* peraltro non sono nude prognosi poiché saranno sempre guarnite di capo di condanna alle spese. Un assaggio per il soccombente prognostico di ciò che potrebbe voler dire la soccombenza meritale piena. Salvo connivente volontà della classe forense di farle cadere in desuetudine, queste ordinanze rappresentano un serio sprone per l'avvocatura a soppesare bene, meglio che in passato (a tacere dei costumi abusivi: frazionamento della domanda, etc.) ogni iniziativa processuale. Non sarà un balsamo curativo per i mali della giustizia civile. Comunque un deterrente. E all'insieme monito a non dimenticare la lezione goldschmittiana sulla essenza del processo: intreccio di oneri, soggezioni, autoresponsabilità di parti che nutrono solo la mera aspettativa di vedere affermata la loro ragione.

Marcello Stella

Associato dell'Università degli studi di Napoli Federico II

---

<sup>40</sup> Ovviamente risparmiato dall'impeto alla monocratizzazione, che tuttavia non poco ha inciso sull'art. 50-*bis* c.p.c. Soppressi dall'elenco delle cause a decisione collegiale sono i nn. 5 e 6, rispettivamente in materia di impugnativa di delibere assembleari e del c.d.a., azioni di responsabilità contro gli organi sociali, e impugnative testamentarie e azioni di riduzione per lesione delle quote dei riservatari. Al tempo stesso, però, il n. 3, non è stato abolito e continua a prevedere la decisione collegiale su tutte le cause devolute alle sezioni specializzate. Se ne desume, perciò, che per il contenzioso societario afferente a società di capitali, che è il criterio soggettivo che individua la competenza delle sezioni specializzate ex art. 3, co. 2, d.lgs. 168/2003, rimane ferma la collegialità imposta dall'art. 50*bis* n. 3 c.p.c. mentre le cause societarie relative a società di persone saranno soggette a decisione monocratica. Ne consegue che dalla collegialità saranno escluse dalla competenza delle sezioni specializzate pure le azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo degli enti no profit, tra cui le fondazioni, che pure, in base all'art. 28, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 sono disciplinate dagli artt. 2392 ss. c.c. Va detto però che per queste azioni neppure prima era prevista la competenza delle sezioni specializzate, di talché la incidenza della sottrazione della regola della collegialità non pare determinare una disparità di trattamento idonea a scomodare l'art. 3 Cost.

<sup>41</sup> E non sono forse analoghe le consegne dei collegi degli Arbitri bancari e finanziari istituiti presso la Banca d'Italia e la Consob?