

VERSO LA RESIDUALITÀ DEL PROCESSO A COGNIZIONE PIENA?

Revista de Processo | vol. 131/2006 | p. 239 - 249 | Jan / 2006
DTR\2006\105

Andrea Proto Pisani

Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Florença.

Área do Direito: Civil; Processual

Sumário:

1. Le caratteristiche dei processi a cognizione piena - 2. I titoli esecutivi di formazione stragiudiziale - 3. I procedimenti monitori - 4. Contumacia, non opposizione e riconoscimento del diritto - 5. La condanna con riserva di eccezioni - 6. Allentamento della strumentalità dei provvedimenti cautelari anticipatori - 7. La consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi - 8. Processo sommario e tutela dei diritti a contenuto e funzione non patrimoniale - 9. Breve conclusione

1. Le caratteristiche dei processi a cognizione piena

I processi a cognizione piena sono caratterizzati (v. Foro It. 2002, V, 65 ss.):

a) dalla tendenziale predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dai corrispondenti poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice. E ciò soprattutto con riferimento: - alle allegazioni di domande, eccezioni e fatti che ne costituiscono il fondamento; - alla tipicità dei mezzi di prova precostituiti o costituendi con la tendenziale predeterminazione delle modalità di assunzione delle prove al giudizio e dei soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere acquisite al processo; - ai termini a difesa delle parti nella fase introduttiva del processo, nel corso del procedimento e nella fase decisoria;

b) dalla realizzazione piena del contraddittorio in forma anticipata, per cui il provvedimento del giudice (provvedimento eventualmente esecutivo) è emanato dopo che è stata garantita ad entrambe le parti la possibilità di far valere tutte le proprie difese (eccezioni, istanze probatorie, domande riconvenzionali);

c) in considerazione di queste caratteristiche del processo, all'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato formale è attribuita autorità di cosa giudicata sostanziale in tutti i futuri giudizi fra le stesse parti.

L'essenza dei processi a cognizione piena va dunque colta, da un lato nella tendenziale predeterminazione legislativa delle modalità di realizzazione del contraddittorio, delle forme e dei termini in cui il processo si articola, dall'altro lato nella realizzazione del contraddittorio in forma piena e anticipata. Proprio tali caratteristiche fanno sì che l'accertamento finale possa essere dotato del regime di immutabilità che caratterizza il giudicato sostanziale.

Questo modello di processo è funzionale a controversie effettive in fatto e/o in diritto; per limitarci ai processi quantitativamente più numerosi, ai processi di condanna, il modello del processo a cognizione piena è funzionale cioè a liti (per utilizzare un'espressione di Francesco Carnelutti) da pretesa contestata (nelle quali l'obbligato non adempie perché ritiene di non dovere adempiere) e non a liti da pretesa meramente insoddisfatta (nelle quali l'obbligato non adempie perché o non può o non vuole adempiere).

E' poi da considerare che il processo a cognizione piena, proprio in quanto per sua definizione garantista, ha una sua durata necessaria nel tempo e questa esigenza di fare

bene può entrare talvolta in conflitto con l'esigenza di fare presto, specie là dove la durata del processo a cognizione piena possa essere di per sé causa di un pregiudizio irreparabile (o anche soltanto grave) a chi è costretto a servirsi del processo a causa del divieto di autotutela privata.

E' mia convinzione che il ventesimo secolo passerà alla storia come il periodo in cui la legislazione e la dottrina processualistica hanno messo a punto tutta una serie di congegni (spesso di origine antichissima, risalenti al diritto comune del medio evo) diretti a rendere residuale il processo a cognizione piena nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti complessivamente intesa.

In questo intervento vorrei rapidamente passare in rassegna questi congegni segnalando quando si tratta di congegni che costituiscono già diritto vivente e quando si è invece alla presenza ancora di proposte della dottrina.

2. I titoli esecutivi di formazione stragiudiziale

Inizio con l'esame dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale.

Il ricorso a congegni di questa specie trova la sua ragionevolezza da una parte nella esigenza di far presto propria del creditore, dall'altra nella previsione di meccanismi idonei ad assicurare il diritto di difesa del debitore.

2.1 Cambiali atti pubblici e scritture private autenticate

In Italia sono titoli esecutivi di formazione stragiudiziale le cambiali (e in genere gli altri titoli di credito) in forza di una scelta che risale al codice di commercio del 1882, gli atti pubblici e le scritture private con sottoscrizione autenticata (queste ultime in forza della recentissima l. 14 maggio 2005 n. 80). La legittimità costituzionale di tale previsione è data dalla duplice possibilità concessa al debitore per un verso di proporre opposizione a precetto ed in tal modo di instaurare un processo a cognizione piena attraverso cui far valere le proprie ragioni (e cioè nella sostanza, poiché il fatto costitutivo è quasi sempre provato in modo pieno, far valere le proprie eccezioni, i fatti impeditivi modificativi estintivi sulla cui esistenza o no il titolo esecutivo di natura stragiudiziale nulla dice), e per altro verso contestualmente chiedere al giudice della opposizione a precetto la sospensione della esecutività del titolo ove ritenga esistenti a livello di probabilità, di *fumus boni iuris*, i fatti posti a fondamento della opposizione. Tanto è oggi espressamente previsto in Italia dal novellato (a seguito della l. 80/2005) art. 615.

Già da queste prime osservazioni emerge come, con riferimento a tutte le ipotesi di titoli esecutivi stragiudiziali, la necessità di ricorrere al processo a cognizione piena, pur non scomparendo, diventa residuale: e ciò in quanto non il creditore ma il debitore dovrà farvi ricorso per far valere soprattutto l'esistenza di fatti impeditivi modificativi estintivi, ma tale ricorso non sarà in grado di impedire l'esecuzione forzata ove l'esistenza di tali fatti non appaia fondata a un giudizio di mera probabilità, di *fumus boni iuris*.

Un passo ulteriore potrebbe essere compiuto in Italia utilizzando l'esperienza brasiliana dell'art. 585 (e delle molte leggi speciali) ed attribuendo direttamente efficacia di titolo esecutivo a tutte le scritture private non autenticate. Ma è un passo che sarebbe destinato a provocare forti resistenze giacché in Italia le scritture private non autenticate (diverse dalle cambiali e dagli altri titoli di credito) costituiscono per tradizione solo la base per ottenere il rilascio di un provvedimento monitorio.

2.2 Le ordinanze irrogatrici di sanzioni amministrative

Sempre a livello di titoli esecutivi di formazione stragiudiziale è da osservare che in Italia, con l. 689/1981 una serie di illeciti penali furono depenalizzati e trasformati in illeciti amministrativi: a seguito di tale previsione si attribuì ad un soggetto diverso dal giudice, l'autorità amministrativa, il compito di accertare l'illecito nel contraddittorio (scritto) del presunto autore e di irrogare la conseguente sanzione amministrativa (normalmente pecuniaria, ma non solo). Il tal modo si è creato un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale (l'ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa ex art. 18 l. 689/1981) ordinanza contro la quale l'interessato può proporre opposizione entro un termine perentorio innanzi al giudice civile, instaurando in tal modo un processo a cognizione piena nel corso del quale poter ottenere anche la sospensione della esecutività dell'ordinanza ove i motivi posti a fondamento dell'opposizione appaiano prima facie fondati.

2.3 Un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale

Recentemente io ho tentato di proporre in Italia la creazione di un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, utilizzando una tecnica analoga a quella seguita dalla l. 689/1981 (V. Foro It. 2003 V, 117 ss.).

E' noto come non solo in Italia sia ampio il dibattito volto a trovare vie di risoluzione non giudiziale delle controversie e come in tale ambito, accanto all'arbitrato, la strada più frequentemente battuta o, più esattamente, dibattuta, sia quella del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Orbene, un intervento possibile sarebbe a mio avviso questo: prevedere che con riferimento ad alcune, determinate categorie di controversie relative a diritti disponibili, individuate in ragione della materia (ad es. controversie di lavoro e previdenziali, controversie locative, controversie da infortunistica stradale, controversie successorie), sia introdotto, in via legislativa, quale condizione di procedibilità del processo o come condizione di proponibilità della domanda, il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ad un terzo imparziale (notaio o altro pubblico ufficiale, funzionari specializzati delle Camere di commercio, ex avvocati dello Stato giudici onorari o giudici di pace, funzionari della P.A. ecc.).

Perché un simile istituto abbia successo, possa incidere sui grandi numeri che affliggono la giustizia civile, occorre però prevedere:

a) in primo luogo, che il tentativo di conciliazione sia effettuato da un collegio di conciliazione costituito dal terzo imparziale che lo presiede e da due rappresentanti delle parti (che ben potrebbero essere gli stessi difensori) appositamente designati dalle parti stesse;

b) in secondo luogo: - che la richiesta del tentativo di conciliazione debba contenere, a pena di inammissibilità, l'esposizione sommaria dei termini della controversia, dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa, - che debba essere preventivamente comunicata alla controparte e che questa debba depositare osservazioni scritte tramite le quali prendere posizione specifica sui fatti posti dall'istante a fondamento della sua pretesa; allo scopo di rendere effettiva questa presa di posizione specifica si potrebbe sanzionare la sua mancanza con il valore di ammissione legale (ficta confessio) dei fatti posti dall'istante a fondamento della sua richiesta, ammissione legale che avrebbe però valore solo nella fase cd. precontenziosa;

e) in terzo luogo, che davanti al collegio di conciliazione debbano comparire personalmente le parti per essere interrogate liberamente;

d) in quarto luogo, che in caso di mancato accordo il collegio di conciliazione, anziché limitarsi a formulare una proposta per la bonaria composizione della controversia, una volta fallita anche quest'ultima possibilità di accordo, debba redigere un verbale nel

quale decidere la controversia allo stato degli atti, ed il verbale contenente tale accertamento, ove sia nel senso di accoglimento della istanza, abbia ex lege valore a tutti gli effetti di titolo esecutivo stragiudiziale, senza determinare però preclusione alcuna nel futuro eventuale processo a cognizione piena instaurato. Si tratterebbe, nella sostanza, in ipotesi di accoglimento della istanza, di creare una nuova ipotesi di titolo esecutivo di formazione stragiudiziale alla stessa stregua di quanto ad es. effettuato dall'art. 18 l. 689/1981 riguardo alla ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa.

Vi è di più. Con un poco di immaginazione si potrebbe pensare che l'accertamento allo stato degli atti sia idoneo a costituire non solo ex lege titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, ove sia nel senso di accoglimento dell'istanza, ma, indipendentemente dal se l'accertamento sia positivo o negativo, sia anche destinato a divenire immutabile ove nessuna delle parti instauri un processo a cognizione piena di primo grado entro un determinato termine perentorio. Anche qui il regime della ordinanza irrogatrice della sanzione amministrativa sta ad indicare quanto meno la possibilità di una tale scelta.

I rilievi da sempre svolti dalla dottrina processualistica sulla teoria degli equivalenti giurisdizionali, e le riflessioni svolte, anche di recente, sulla giurisdizione quale potere di attuare in forma ultima il diritto oggettivo, sono tutti nel senso di dare piena giustificazione sistematica all'ipotesi prospettata, nonché a porla a riparo da qualsiasi sospetto di illegittimità costituzionale.

Questa proposta, se adeguatamente attuata, sarebbe capace di incidere davvero sui grandi numeri che affliggono la giustizia civile.

Opererebbe - è opportuno aggiungere - la più grossa privatizzazione mai tentata nella giustizia civile (per trovare qualcosa di analogo occorre risalire alla attribuzione di efficacia esecutiva alla cambiale disposta dal cod. comm. del 1882), ma tale privatizzazione non sarebbe in modo alcuno adeguamento al liberismo sfrenato che sembra caratterizzare l'attuale fase dei rapporti politico sociali, e lascerebbe inalterate le garanzie e l'equilibrio della cognizione piena.

3. I procedimenti monitori

Continuando l'esame dei congegni diretti a rendere residuale il ricorso alla cognizione piena è ora da dire dei procedimenti monitori.

La tecnica dei procedimenti monitori è tecnica antichissima, ampiamente diffusa anche negli ordinamenti contemporanei. Essa assolve istituzionalmente la funzione di evitare (alle parti e all'amministrazione della giustizia) il costo del processo a cognizione piena quando esso non sia giustificato da una controversia effettiva in diritto e soprattutto in fatto; questo scopo è realizzato per un verso consentendo che il giudice (o un suo ausiliare qualificato come ad es. il Rechtspfleger tedesco) emani un provvedimento di condanna in assenza di contraddittorio e per altro verso spostando sul convenuto (cioè la parte nel cui interesse sono previste le garanzie del contraddittorio predeterminato per legge) il giudizio sulla opportunità di determinare la instaurazione del processo a cognizione piena.

La storia mostra come nell'alveo dei procedimenti monitori attualmente vigenti si debbano tenere nettamente distinti due modelli che, volta a volta, trovano le loro origini nel mandatum de solvendo sine causae cognitione (modello che risponde in pieno alle esigenze di economia su indicate) e nel processo documentale (modello che mira a «reprimere la cavillosità del convenuto» per usare una espressione di Segni) di diritto comune.

Il primo modello (che, utilizzando la terminologia di Calamandrei, può essere chiamato di procedimento monitorio puro) è caratterizzato dalla circostanza che la domanda è fondata su fatti meramente affermati, ma non provati in modo alcuno e che il

provvedimento emanato inaudita altera parte dal giudice è sospensivamente condizionato alla mancata opposizione in termini del debitore, opposizione che, se effettuata, priva il provvedimento della possibilità di acquistare qualsiasi efficacia; alla affermazione del creditore segue, cioè, non un provvedimento vero e proprio, ma una mera speranza di provvedimento che è destinata a svanire del tutto ove il debitore proponga in termini la opposizione; corollari di ciò sono l'impossibilità che il provvedimento possa essere dichiarato provvisoriamente esecutivo in pendenza dei termini per proporre opposizione o nel corso del giudizio di opposizione e la totale assimilazione del giudizio di opposizione ad un giudizio di primo grado avente ad oggetto unicamente l'accertamento dell'esistenza o no del diritto affermato dal creditore, senza che ad esso preesista alcun provvedimento dotato di una qualche efficacia.

Il secondo modello (che può essere chiamato di procedimento monitorio documentale e che, a livello di esperienze storiche, trova la sua più coerente applicazione nel Mandatsverfahren disciplinato dai §§ 548 ss. della ZPO austriaca) è caratterizzato dalla circostanza che la domanda è fondata su fatti provati documentalmente e che il provvedimento emanato inaudita altera parte dal giudice - proprio perché fondato non sulla mera affermazione, ma sulla prova documentale - è risolutivamente condizionato all'accoglimento dell'opposizione proposta dal debitore; alla affermazione del creditore provata documentalmente segue, cioè, un vero e proprio provvedimento che (alla stregua delle caratteristiche proprie dei processi documentali) può essere dichiarato provvisoriamente esecutivo in pendenza dei termini per proporre opposizione o nel corso del giudizio di opposizione ed è destinato a sopravvivere in ipotesi di estinzione del giudizio di opposizione; ne discende che quest'ultimo giudizio non può essere totalmente assimilato ad un giudizio di primo grado in quanto, per un verso, ad esso preesiste un vero e proprio provvedimento giurisdizionale, per altro verso, esso ha ad oggetto sia l'accertamento pieno della esistenza del diritto vantato dal creditore sia il controllo della validità del provvedimento emanato inaudita altera parte (cioè della sussistenza dei requisiti generali e speciali di ammissibilità).

L'Italia conosce un modello ibrido di procedimento monitorio (il c.d. procedimento per ingiunzione). Strutturalmente esso ricalca in tutto lo schema del procedimento monitorio documentale; dal punto di vista del contenuto esso ricomprende sia ipotesi di domande fondate su fatti provati documentalmente, sia ipotesi di domande fondate su fatti meramente affermati dal creditore.

Sul piano pratico esso assolve una funzione importantissima di economia processuale. Ogni anno infatti sono emanati oltre 800.000 decreti ingiuntivi a fronte del milione e centomila sentenze di primo grado emanate a termine di un processo a cognizione piena.

Mi si dice che in Brasile il processo monitorio (documentale) previsto dall'art. 1102a non ha avuto successo: questo dipende soprattutto dall'alto numero di titoli esecutivi stragiudiziali fondati su scritture private non autenticate. In Italia la situazione è diversa, e la comparazione tra i nostri due paesi mostra come attribuzione dell'efficacia di titolo esecutivo alle scritture private autenticate e processo monitorio documentale costituiscono due alternative volte a soddisfare la medesima esigenza di economia processuale.

4. Contumacia, non opposizione e riconoscimento del diritto

Un ulteriore congegno se non di esclusione, di certo di eccezionale semplificazione del processo a cognizione piena, è dato dalla introduzione di un processo semplificato con decisione in prima udienza (o con immediata entrata in fase decisoria in prima udienza) allorché, riguardo ai soli processi relativi a diritti disponibili, il convenuto regolarmente citato: a) non si costituisca e non compaia neanche in prima udienza ovvero b) pur essendosi costituito non contesti i fatti costitutivi posti dall'attore a fondamento della domanda e non sollevi eccezioni (contestando eventualmente solo il fondamento della domanda in diritto), ovvero c) riconosca addirittura il diritto fatto valere in giudizio

dall'attore.

In tutti e tre queste ipotesi fare svolgere il processo nelle forme auliche del processo a cognizione piena, forme che presuppongono una controversia effettiva in fatto e in diritto, sarebbe un inutile spreco.

In Italia questa possibilità di decisione semplificata è attualmente prevista solo nel procedimento speciale, c.d. per convalida di sfratto a favore del locatore.

In Brasile essa è invece prevista in via generalizzata dall'art. 330 in tema di decisione anticipata della controversia.

5. La condanna con riserva di eccezioni

L'ampio dibattito svoltosi negli ultimi quindici anni in Italia ha convinto, credo, quasi tutti dell'opportunità della introduzione anche in Italia di un istituto analogo al *référé* provision francese secondo cui il giudice del *référé* può emanare ordinanza immediatamente esecutiva a favore del creditore ove l'obbligazione "non sia seriamente contestabile".

A mio avviso l'introduzione in Italia dell'istituto francese dovrebbe avvenire secondo lo schema dommatico della condanna con riserva di eccezioni emanabile (a termine di un processo speciale autonomo o anche in prima udienza nel processo a cognizione piena) ogni qual volta i fatti costitutivi siano non contestati o pienamente provati e le eccezioni del convenuto, oltre ad essere di lunga indagine, appaiano prima facie infondate alla stregua di un giudizio di verosimiglianza (della allegazione) o anche di probabilità ove sussistano elementi probatori.

L'introduzione di uno strumento di tutela di questa specie rinviene il suo punto di ragionevolezza nel seguente rilievo (Scarselli):

nel caso in cui, nel processo a cognizione piena, risultino controversi non solo i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, ma anche i fatti modificativi, estintivi, impeditivi, in base al principio soggettivo dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., l'onere probatorio grava rispettivamente sull'attore e sul convenuto. Poiché i tempi di svolgimento del processo possono derivare dalle necessità probatorie sia in ordine ai fatti costitutivi sia in ordine ai fatti allegati dal convenuto, può emergere ragionevolmente l'esigenza di addossare i tempi immediati del processo di cognizione alla parte che ha bisogno della cognizione stessa; e di conseguenza, una volta raggiunta la prova sui fatti costitutivi, si può consentire l'emanazione di un provvedimento di condanna sulla base della prova piena solo di tali fatti e della delibazione della inesistenza dei fatti impeditivi, modificativi, estintivi (il cui mancato accertamento a livello di cognizione piena non consente la pronuncia di una sentenza definitiva di merito): con tale provvedimento l'attore viene munito immediatamente di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, col quale può mettere in moto un procedimento di esecuzione forzata; d'altra parte il debitore ha in ogni caso la possibilità di instaurare o continuare a dare impulso al processo a cognizione piena per l'accertamento dei fatti allegati a fondamento delle sue eccezioni.

E' appena il caso, poi, di sottolineare come questo strumento di tutela, oltre ad essere idoneo a contrastare l'abuso del diritto di difesa del convenuto, sia anche un formidabile strumento di economia processuale, in quanto il convenuto, condannato sulla base della condanna con riserva immediatamente esecutiva, instaurerebbe o continuerebbe a dare impulso al processo a cognizione piena unicamente quando ritenga le sue eccezioni effettivamente fondate.

In Italia oggi non esiste un istituto generale di condanna con riserva di eccezioni, anche se esso è previsto dall'art. 19 d. leg. 5/2003 relativo al processo societario e da una

miriade di norme speciali tra le quali primeggia l'art. 648 in tema di possibilità per il creditore di ottenere la dichiarazione di provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo nel corso del giudizio di opposizione.

6. Allentamento della strumentalità dei provvedimenti cautelari anticipatori

Accanto a istituti della specie del *référé provision* o della sua traduzione dommatica della condanna con riserva di eccezioni i quali prescindono del tutto dal requisito dell'urgenza (dal *periculum in mora*), da sempre gli ordinamenti processuali prevedono la tutela cautelare: cioè forme di tutela sommaria dirette a sfociare in provvedimenti direi ontologicamente provvisori ma idonei a cautelare contro il pregiudizio irreparabile o comunque grave che possa derivare all'attore che probabilmente ha ragione a causa della durata nel tempo del processo a cognizione piena.

In Italia la disciplina dei procedimenti cautelari è (o meglio era) unica riguardo sia ai provvedimenti cautelari conservativi (es. sequestri) sia riguardo ai provvedimenti cautelari anticipatori (es. provvedimenti di urgenza ex art. 700, denuncia di danno temuto, assegno provvisorio di alimenti ecc.). In ciò la disciplina italiana è diversa da quella brasiliana che disciplina i provvedimenti anticipatori nell'art. 273, fuori della disciplina generale dei provvedimenti cautelari contenuta negli artt. 796 e ss.

Sul piano strutturale i provvedimenti cautelari sono caratterizzati, si suole dire, dalla provvisorieta (cioè dalla loro non attitudine a dettare una disciplina immutabile del rapporto controverso) e dalla strumentalità (cioè dal loro essere serventi rispetto al processo a cognizione piena e destinati comunque a divenire inefficaci ove una sentenza dichiara l'inesistenza del diritto cautelato).

A differenza di quanto accadeva in paesi vicini quali la Francia e la Germania, la strumentalità era stata sino a pochi mesi fa intesa in Italia in modo estremamente rigido: in particolare, emanato un provvedimento cautelare prima dell'inizio della causa di merito, esso era destinato a divenire inefficace ove la causa di merito non fosse instaurata entro un breve termine perentorio; ed ancora, il provvedimento cautelare emanato prima o nel corso della causa di merito diveniva inefficace ove il processo a cognizione piena si estinguesse per qualsiasi motivo.

Realizzando gli auspici pressoché unanimi della dottrina (v. Foro it. 1998, V, 8 ss.) la legge 80/2005 ha allentato la strumentalità dei provvedimenti cautelari disponendo che, ove emanati prima dell'inizio della causa di merito, essi non perdono efficacia se il giudizio di merito non sia instaurato, e che comunque il provvedimento cautelare emanato prima o nel corso della causa di merito non perde efficacia se il processo a cognizione piena si estingue.

Questa riforma - come già anticipato dal d. leg. 5/2003 relativo al processo societario - non riguarda però tutti i provvedimenti cautelari ma solo i "provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto" (art. 669-octies, 6° e 7° comma).

Si precisa altresì per un verso che "l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo" (art. 669-octies, 8° comma), per altro verso che il provvedimento cautelare può essere modificato o revocato su istanza di parte (dal giudice istruttore della causa di merito o dal giudice che lo ha emanato) solo "se si verificano mutamenti nelle circostanze o si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare" (col che si perpetua l'incertezza circa il significato della espressione "circostanza", espressione idonea a ricomprendere, a mio avviso, le nuove prove).

L'innovazione di cui si è detto determina due problemi delicatissimi. Il primo concerne la distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e provvedimenti cautelari che anticipatori non sono. Il riferimento esplicito ai provvedimenti di denuncia di nuova opera dovrebbe essere idoneo, però, mi sembra, a ricomprendere tra i provvedimenti anticipatori anche i provvedimenti di sospensione dell'efficacia delle delibere o di atti in genere. Così che l'esclusione dalla nuova disciplina sembrerebbe ridotta solo ai sequestri e a poco altro.

Il secondo concerne l'onere della prova. Il sistema introdotto, nella sostanza, sposta dall'attore al convenuto l'interesse ad iniziare il processo a cognizione piena. In tale processo, ove iniziato dal destinatario passivo del provvedimento cautelare anticipatorio, l'onere della prova graverà su questi, che sarà tenuto quindi al gravissimo onere di provare l'insussistenza del diritto già accertato esistente a livello di *fumus*, o invece - come sarebbe più ragionevole ma può essere difficile ritenere in assenza di una norma espressa - sul convenuto formale che ha richiesto e ottenuto il provvedimento cautelare anticipatorio?

Come già osservato riguardo alla condanna con riserva, è appena il caso di sottolineare come la nuova disciplina dei provvedimenti cautelari anticipatori consentirà alla tutela cautelare di assolvere, oltre alla sua tradizionale funzione di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, anche ad una notevolissima funzione di economia processuale, in quanto i destinatari passivi dei provvedimenti cautelari anticipatori inizieranno il (o daranno impulso al) processo a cognizione piena unicamente quando riterranno effettivamente fondate le proprie ragioni.

7. La consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi

Sempre per il suo interesse in funzione di economia processuale, è da ricordare la recente introduzione in Italia di una nuova disposizione (art. 696-bis) relativa alla "consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite".

Con tale disposizione si prevede che, indipendentemente dalla sussistenza di qualsiasi requisito di urgenza (di *periculum in mora*), possa essere richiesto, prima dell'inizio della causa di merito, l'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, "ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito". E ciò anche e soprattutto allo scopo di tentare la conciliazione delle parti (a tal fine è anche previsto che il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro).

8. Processo sommario e tutela dei diritti a contenuto e funzione non patrimoniale

I tempi, infine, mi sembra siano maturi per l'introduzione per tutte le situazioni soggettive a contenuto e funzione non patrimoniale (diritti di libertà, diritti della personalità ecc) di processi sommari sganciati da qualsiasi valutazione lato sensu discrezionale di urgenza o di irreparabilità del pregiudizio. E' da osservare che questo risultato sarebbe agevolmente conseguibile attraverso un aggancio ai provvedimenti di urgenza così come modificati dalla l. 80/2005.

9. Breve conclusione

Volendo trarre una conclusione dell'oramai lungo discorso svolto mi sembra che sia da osservare che tutti i congegni passati in rapida rassegna non mettono mai al bando il processo a cognizione piena. Questo rimane sempre come baluardo inespugnabile di garanzia. Il ricorso al processo a cognizione piena cessa però di essere (come però nella realtà mai è stato) la via necessaria da percorrere per la tutela di qualsiasi diritto. E per



tale motivo può non a torto, a mio avviso, parlarsi di una tendenza verso la residualità del processo a cognizione piena.