

# I PROCESSI SPECIALI

STUDI OFFERTI A VIRGILIO ANDRIOLI DAI SUOI ALLIEVI

Studi sul procedimento per ingiunzione, sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., sulla tutela cautelare nel processo tributario costituzionale e comunitario, sull'arbitrato rituale e irrituale ecc.

SOMMARIO: 1. Premessa: il *proprium* della tutela sommaria (struttura). — 2. Le esigenze per cui si predispongono forme di tutela sommaria (funzione). — 3. A) l'esigenza di economia dei giudizi ovvero di evitare il costo del processo a cognizione piena ed esauriente: osservazioni generali. — 4. A) *Segue*: I. la tecnica dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale. — 5. A) *Segue*: II. la tecnica del procedimento monitorio puro e documentale. — 6. A) *Segue*: III. provvedimenti sommari inseriti nell'ambito di procedimenti a cognizione ordinaria: riconoscimento della domanda, non contestazione, contumacia. — 7. B) l'esigenza di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto che abbia torto: I. la tecnica delle misure cautelari c.d. conservative; II. la tecnica della condanna con riserva. — 8. B) *Segue*: osservazioni critiche sulla possibilità di estendere il ricorso alla tecnica della condanna con riserva. — 9. C) l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale. Il pericolo da tardività. — 10. C) *Segue*: i moduli tecnici attraverso cui la tutela sommaria può ovviare al pericolo della tardività. — 11. C) *Segue*: importanza e limiti intrinseci della tutela offerta dall'art. 700 c.p.c. — 12. Prospettive *de iure condendo*: A) per ovviare all'esigenza di economia dei giudizi. — 13. Prospettive *de iure condendo*: B) per ovviare all'esigenza di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto. — 14. Prospettive *de iure condendo*: C) per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale. Predisposizione di un procedimento sommario non cautelare in contraddittorio. — 15. *Segue*. — 16. Prospettive *de iure condendo*: D) necessità di conservare una norma di chiusura del tipo dell'attuale art. 700 c.p.c. Rilievi conclusivi.

1. — La tecnica della tutela sommaria è una delle tecniche di cui i legislatori di tutti i tempi si sono serviti per assicurare la giustizia civile<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sulla storia dei processi sommari fondamentale è ancora la monografia di H. K. BRUEGELB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*. Leipzig 1859; nonché H. K. BRUEGELB, *Geschichte des Executio-Prozesses*, 2<sup>a</sup> ed., Stuttgart 1845; A. WACH, *Der italienische Arrestprozess*. Leipzig 1868; H. BAYER, *Theorie der summarischen Prozesse nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts*, 7<sup>a</sup> ed., München 1859; W. A. F. DANZ-N. T. GÖNNER, *Grundsätze der summi-*

Il *proprium* della tutela sommaria lo si coglie per contrapposizione con la tecnica del processo a cognizione piena ed esauriente (si svolga, poi, esso nelle forme ordinarie ex art. 163 ss. o in quelle speciali ex art. 414 ss. in questa sede non ha importanza<sup>2</sup>). Riassuntivamente la tecnica del processo « a cognizione piena ed esauriente » è caratterizzata: a) dalla realizzazione *piena* del principio del contraddittorio in forma *anticipata*, per cui il provvedimento del giudice è emanato solo dopo che è stata garantita ad entrambe le parti la possibilità effettiva di fare valere *tutte* le proprie difese (istanze probatorie, eccezioni, domande riconvenzionali, ecc.)<sup>3</sup>; b) dalla realizzazione del principio del contraddittorio secondo *modalità* (quanto meno in gran parte) *predeterminate dalla legge* (attraverso la previsione di forme e termini nonché attraverso la distribuzione di poteri processuali tra le parti) e non rimesse mai integralmente alla discrezionalità del giudice<sup>4</sup>; c) in conseguenza di queste due caratteristiche

rischen Prozesse, 3<sup>a</sup> ed., Stuttgart 1806. In Italia si vedano soprattutto G. CINOVANDA, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva* (1915), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, p. 121 ss.; A. SEGNÉ, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio (1924-1925)*, in *Scritti giuridici*, II, 1965, p. 977 ss.; nonché G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, II, Milano 1927, p. 327 ss.; B. BIONDI, *Summatim cognoscere* (1921), in *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, p. 721 ss.; e, con riferimento prevalente al diritto romano, G. BRANGA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937; Id., *La «prohibitio» e la denuncia di nuova opera come forma di autotutela cautelare*, in *Stud. doc. hist. iur.* 1941, p. 313 ss.

Sulla storia e sui processi sommari nella *common law*, si rinvia, anche per le indicazioni bibliografiche essenziali, a G. GORLA, *Provvedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 56 ss.

<sup>2</sup> Sulla distinzione fra processi sommari e processi ordinari accelerati, si veda BRUEGLER, *Einleitung*, pp. 8 ss., 103 ss., 503 ss., 535. Per una analisi dei procedimenti a cognizione piena ed esauriente, diversi dal c.d. processo ordinario, oggi esistenti in Italia, ed un esame dei principali problemi tecnici che una tale coesistenza determina, rinvio alla prima parte della *Relazione sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata* da me redatta per il XIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile (in corso di stampa anche sulla *Riv. dir. proc.*).

<sup>3</sup> È, questo, un rilievo pacifico. Si veda per tutti BRUEGLER, *Einleitung*, p. 503 ss.

<sup>4</sup> Recentemente R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano 1977, p. 210 ss. ha richiamato l'attenzione sul significato eminentemente storico e non antologico della individuazione di un elemento della sommarietà nella caratteristica indicata nel testo *sub b*).

si dice riassuntivamente che il procedimento è dominato dal principio della cognizione piena ed esauriente<sup>5</sup> su tutti gli elementi di fatto (allegati dalle parti) e di diritto rilevanti per la decisione, allo scopo di consentire la ricerca tendenziale della verità e della certezza e non solo della probabilità e della verosimiglianza<sup>6</sup>; d) sempre in conseguenza di queste caratteristiche, all'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato è attribuita autorità di cosa giudicata ex art. 2909 c.c. in tutti i futuri giudizi fra le stesse parti (o eredi o aventi causa), anche ove il diritto accertato entri in gioco come elemento della *causa petendi* di un diverso *petitum* del nuovo giudizio<sup>7</sup>.

Da sempre si conoscono procedimenti diretti a produrre effetti (o utilità) analoghi a quelli di una sentenza di condanna esecutiva (ed in particolare idonei a costituire titolo esecutivo o a dar luogo a forme di esecuzione processuale c.d. indiretta) o di una sentenza meramente costitutiva, sulla base di un procedimento che non rispetta tutti o alcuni dei requisiti indicati *supra sub a, b, c, d*, ed in particolare *sub a e b*.

La tecnica del processo « a cognizione piena ed esauriente » appare quindi solo come « una » tecnica di tutela utilizzabile da un ordinamento processuale; appare inoltre come una tecnica di tutela necessariamente *sofisticata* in quanto deve essere modellata in ma-

A me sembra che, specie in un ordinamento caratterizzato dalla garanzia costituzionale del diritto di difesa, esigenze storicamente contingenti (della specie di quelle indicate da VACCARELLA, *op. cit.*, p. 215) possano incidere sull'ambito quantitativo delle modalità di realizzazione del principio del contraddittorio predeterminate per legge, ma non possano giungere al punto di rimettere integralmente alla discrezionalità del giudice la determinazione di tali modalità senza con ciò stesso trasformare il processo da processo a cognizione piena ed esauriente in processo sommario (per un conno in tal senso si veda F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958, p. 367).

<sup>5</sup> L'espressione è di G. CRISTOFOLINI, *Processo d'ingiunzione (Frammento)*, Padova 1939, p. 4.

<sup>6</sup> Per l'uso di questa terminologia si veda CARNELUTTI, *Diritto e processo*, pp. 365 ss., 373-4.

<sup>7</sup> Esplicitamente in tal senso si veda REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1957, I, p. 65 ss., nonché, per l'individuazione di una stretta correlazione fra le modalità dell'istruzione e l'autorità del provvedimento giudiziale, V. ANDRIOLI, *Volontà e giudizio nel processo civile*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, I, 1962, p. 109 ss., part. p. 118 ss.

niera tale da garantire in modo pieno il diritto di difesa delle parti, anche in considerazione della specie di immutabilità (autorità di cosa giudicata) da cui sarà coperto l'accertamento cui il procedimento mette capo.

Occorre ora verificare quali sono le tecniche dei procedimenti sommari ed in quale misura è possibile una loro estensione senza sacrificare né il principio di eguaglianza dei cittadini né la tutela del diritto di difesa.

2. — I motivi per cui il legislatore disciplina (o dovrebbe disciplinare) ipotesi di procedimenti sommari possono essere ricondotti a tre filoni principali:

A) Evitare (alle parti e all'amministrazione della giustizia) il costo del processo « a cognizione piena ed esauriente » quando esso non sia giustificato da una contestazione effettiva.

B) Evitare l'abuso del diritto di difesa (degli strumenti di garanzia previsti dal processo « a cognizione piena ed esauriente ») da parte del convenuto (del debitore, dell'obbligato, del titolare della soggezione) che abbia torto.

C) Assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale con riferimento a tutte quelle situazioni di vantaggio che, avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, subirebbero per definizione un pregiudizio irreparabile (cioè non suscettibile di essere riparato adeguatamente nella forma dell'equivalente monetario) ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario allo svolgimento di un processo « a cognizione piena ed esauriente ».

Queste tre esigenze talora concorrono, altre volte sono (o possono essere) prese in considerazione isolatamente o a coppia quale giustificazione del ricorso alla tecnica della tutela sommaria.

Prima di indicare le soluzioni prospettabili *de iure condendo*, mi sembra opportuno tracciare, anche sulla base dell'ordinamento attualmente vigente, delle linee di approfondimento dell'analisi sopra schematicamente accennata: ciò soprattutto allo scopo di verificare entro che misura il ricorso alla tutela sommaria sia razionalmente

giustificato, e non costituisca una compressione del principio di eguaglianza dei cittadini (non costituisca, cioè, un ingiustificato privilegio) o del diritto di difesa del convenuto.

3. — A) Studi classici<sup>8</sup>, ma anche il buon senso, indicano che il processo « a cognizione piena ed esauriente » ha un altissimo costo per le parti e per l'amministrazione della giustizia nel suo complesso; ove oggetto del processo sia un diritto liberamente disponibile dalle parti, questo costo si traduce in un inutile spreco<sup>9</sup> (di forze e di tempo per le parti, i giudici e i loro ausiliari) in tutti i casi in cui manchi una contestazione effettiva: in questi casi la realizzazione piena del principio del contraddittorio in via anticipata secondo regole predeterminate (cioè la realizzazione del principio della cognizione piena ed esauriente) funziona a vuoto<sup>10</sup> (sempre che oggetto del processo non siano diritti indisponibili), e presenta anche il rischio: a) di agire da stimolo a contestazioni o resistenze prive di seria consistenza, proposte dal convenuto che ha torto al solo scopo di lucrare il più o meno lungo tempo necessario per la conclusione del procedimento con una sentenza esecutiva; b) di ingorgare oltre misura l'amministrazione della giustizia nel suo complesso con processi « a cognizione piena ed esauriente » inutili, aumentandone il numero, paralizzandone lo svolgimento, e comunque allungandone i tempi di durata per tutti.

Il tentare di evitare il ricorso al processo « a cognizione piena ed esauriente » in ipotesi di mancanza (o di presunzione di mancanza) di una contestazione effettiva è una esigenza razionale di carattere tutto formale che prescinde dal contenuto ed anche dalla struttura del diritto sostanziale (prescinde cioè dalla valutazione degli interessi tutelati dal diritto sostanziale) con la sola eccezione della natura disponibile o indisponibile del diritto (poiché solo con riferimento

<sup>8</sup> Cfr. CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 1 ss.; CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano 1926; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, La funzione del processo di cognizione, Padova s.d., p. 241 ss.

<sup>9</sup> L'espressione è di CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 5.

<sup>10</sup> L'espressione è di CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 241, e di CRISTOFOLINI, *op. loc. ult. cit.*

a diritti disponibili sembra possibile affermare che è *del tutto* razionale il tentare di evitare il ricorso al processo « a cognizione piena ed esauriente » in ipotesi di mancanza di contestazione effettiva<sup>11</sup>).

4. — Per rispondere a questa esigenza si possono adottare principalmente due diverse specie di tecniche:

I. ricorrere alla tecnica dei *titoli esecutivi stragiudiziali*<sup>12</sup>: occorre però che si abbia a disposizione (o si *provochi la costituzione*) di un atto o documento idoneo ad offrire una « certa qual certezza » (anche se relativa e non assoluta) in ordine alla esistenza del diritto (*rectius*: in ordine alla esistenza dei fatti costitutivi del diritto)<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Sulla influenza che il fenomeno della indisponibilità dei diritti esercita sulle forme processuali, fondamentale è ancora il saggio di P. CALAMANDREI, *Lince fondamentali del processo civile inquisitorio* (1927), ripubblicato in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, p. 145 ss., part. p. 167 ss.

<sup>12</sup> La strettissima connessione esistente fra titoli esecutivi di formazione stragiudiziale e processi sommari, della specie dei processi monitori (nella forma pura o in quella documentale) e della condanna con riserva di eccezioni, risulta evidente dalla storia sia del processo esecutivo, che dei procedimenti sommari. Si vedano per tutti BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, part. p. 512 ss.; ID., *Geschichte des Executio-Prozesses, passim*; KOHLER, *Über executorische Urkunden*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin 1894, p. 459 ss.; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma 1931, part. cap. II, p. 27 ss.; BIZZARRI, *Il documento notarile guarentigato*, Torino 1932.

<sup>13</sup> Il carattere limitato di questo studio non consente di affrontare neanche incidentalmente il problema della c.d. natura del titolo esecutivo, anche se le espressioni, volutamente ambigue, adoperate nel testo sono indice di un mio evidente scetticismo in ordine alla possibilità (e soprattutto alla utilità) di ricondurre in una categoria concettuale unitaria (sia quanto a struttura che quanto a funzione) la multiforme congerie di provvedimenti, atti e documenti cui la legge attribuisce efficacia esecutiva. Sulla questione, che andrebbe oggi riesaminata *ab imis*, si veda la polemica occasionata dalla monografia di F. MAZZARELLA, *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Milano 1967, e dalla relativa recensione (in *Riv. dir. proc.* 1966, p. 649 s.) di E. G., polemica nella quale intervennero S. SATTI (*Sottofondo di una polemica sul titolo esecutivo*), E. GARBAGNATI (*Sterilità di una pseudo-polemica sul titolo esecutivo*), e T. CARNACINI (*Il motivo più o meno recondito di un contrasto*) sulla *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1967, p. 310 ss., nonché F. MAZZARELLA, *Ancora sul titolo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 314 ss.; per ulteriori sviluppi della polemica si vedano inoltre L. MONTESANO, *Sulla tutela cognitiva dell'espropriato contro i risultati dell'assegnazione e della distribuzione forzate*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1970, p. 290 ss., e la replica di F. MAZZARELLA, *Scienza e teologia del titolo esecutivo*, *ibidem*, 1971, p. 177 ss.

In tal caso il diritto di difesa dell'obbligato è assicurato attraverso l'opposizione all'esecuzione dell'obbligato (art. 615) + la possibilità di ottenere la sospensione dell'esecuzione a seguito di una delibazione sommaria della fondatezza dei motivi di opposizione (art. 624): l'accertamento giudiziale circa la esistenza del diritto (cioè circa l'esistenza non solo dei fatti costitutivi ma anche di fatti impositivi o estintivi) è posticipato rispetto al momento della formazione del titolo esecutivo, ma i suoi effetti possono essere anticipati attraverso la delibazione sommaria dei motivi di opposizione cui è ricollegata la sospensione della esecuzione.

Per assicurare a livello di effettività il diritto di difesa dell'obbligato, occorrerebbe che, in ipotesi di ricorso alla tecnica dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, l'obbligato possa ottenere sempre (e non solo nei casi previsti dagli artt. 64 r.d. 14 dicembre 1933 n. 1669, 56 r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736<sup>14</sup> o in quelli — diversi — previsti dall'art. 9, comma 5°, l. 3 maggio 1967 n. 317 ed altre analoghe leggi successive<sup>15</sup>) la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo a seguito della mera opposizione a precetto, e non solo la sospensione della esecuzione già iniziata (come invece sembra emergere dalla lettera degli attuali artt. 623 e 624 c.p.c.<sup>16</sup>).

Nei pur ristretti limiti di quest'articolo mi sembra doveroso rilevare che, in ipotesi di ricorso alla tecnica dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, la compressione del diritto di difesa dell'obbligato (cioè dell'eguaglianza fra le parti) è giustificata *razional-*

<sup>14</sup> Sempre che queste disposizioni, anche dopo l'entrata in vigore del c.p.c. del 1942, si interpretino nel senso di consentire la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo prima dell'inizio della esecuzione forzata in senso stretto. In tal senso si veda per tutti F. BUCOLO, *La sospensione nell'esecuzione*, 2ª ed., Milano 1972, I, p. 157 ss.; in senso contrario si veda, invece, ANGIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., Napoli 1957, III, pp. 381-2. In giurisprudenza, nel primo senso si veda Cass. 10 agosto 1963 n. 2275, in *Foro it.* 1963, I, 1624 con nota di richiami, e nel secondo senso Trib. Roma 16 aprile 1971, *ibidem* 1971, I, 2717.

<sup>15</sup> In tal senso G. TARZIA, *Un nuovo processo speciale davanti al pretore*, in *Riv. dir. proc.* 1976, p. 357.

<sup>16</sup> Sullo stato della dottrina e della giurisprudenza sul punto mi permetto di rinviare ai miei *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1978, § 12 nota 143.

mente solo in considerazione del grado di certezza offerta dal titolo. Di fatto storicamente il ricorso a questa tecnica è stato (né, a mio avviso, poteva essere diversamente) influenzato anche dalla opportunità di privilegiare i soggetti reali portatori del titolo ed i relativi diritti (è sintomatico, a tale riguardo, che la stragrande maggioranza dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale è a disposizione di imprenditori commerciali e di Pubbliche Amministrazioni).

De iure condendo, il rispetto del principio di eguaglianza fra i cittadini impone di allargare il ricorso alla tecnica dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale a tutte le ipotesi in cui si sia alla presenza di un atto o documento idoneo a fornire quella « certa qual certezza » storicamente ritenuta sufficiente, indipendentemente dal peso politico dei soggetti reali che ne potrebbero usufruire. Come esempi banali si indica la possibilità di attribuire efficacia di titolo esecutivo alle scritture private contenenti promesse di pagamento, ricognizioni di debito, transazioni ecc., o alla lettera con cui la società assicuratrice è tenuta a comunicare al danneggiato la somma offerta per il risarcimento del danno ex art. 3 d.l. 23 dicembre 1976 n. 857 conv. in l. 26 febbraio 1977 n. 39.

5. — II. Per rispondere all'esigenza indicata nel precedente § 3, si può inoltre ricorrere alla tecnica dei procedimenti di tipo monitorio nella quale il giudizio sulla opportunità di determinare l'instaurazione del processo « a cognizione piena ed esauriente » è rimesso alla parte nel cui interesse il contraddittorio è predisposto<sup>17</sup>, cioè il debitore, l'obbligato, il titolare passivo del rapporto in genere.

La tecnica del procedimento monitorio (cioè possibilità di ottenere in assenza di contraddittorio, un provvedimento giudiziale di condanna [o costitutivo] sospensivamente condizionato alla non opposizione del debitore o risolutivamente condizionato all'accoglimento della eventuale opposizione del debitore) utilizza il meccanismo

<sup>17</sup> Utilizzo nel testo la terminologia propria di CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio*, part. pp. 6-7 e di CARNELUTTI, *Lezioni*, II, pp. 241-2, terminologia criticata da SESTO, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, p. 1023 ss.

della *provocatio ad opponendum* con conseguente *impositio silentii*<sup>18</sup> (quanto alla stabilità del titolo esecutivo o degli effetti costitutivi), ed è tecnica ampiamente conosciuta in tutti gli ordinamenti di origine romano-germanica<sup>19</sup>.

Il procedimento monitorio puro (caratterizzato dal fatto 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 — sempre privo di efficacia esecutiva [o costitutiva] — è sospensivamente condizionato alla non opposizione in termini del debitore, opposizione che invece, se effettuata, priva il provvedimento della possibilità di acquistare qualsiasi efficacia<sup>20</sup>) è tecnica razionale che risponde *in toto* alla esigenza di evitare il ricorso al processo « a cognizione piena ed esauriente » ove non sussista una contestazione effettiva, e, se adottato in via generalizzata, non presenta rischio di offesa al principio di eguaglianza dei cittadini e al diritto di difesa dell'obbligato<sup>21</sup>. L'importanza che hanno oggi assunto diritti

<sup>18</sup> Onde evitare pericolosi fraintendimenti è opportuno precisare che attraverso le espressioni adoperate nel testo non intendo in modo alcuno affermare una identità o anche solo una affinità fra la storia delle varie specie di procedimenti monitori, e le c.d. azioni di giattanza o *provocaciones ad agendum* di origine germanica. Come messo in evidenza con estrema chiarezza da BRIGLEB (*Einleitung*, pp. 1 ss., 530 ss.; si veda anche CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2ª ed., [1935], Napoli 1960, p. 184 ss., nonché, per altre indicazioni bibliografiche, i miei *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1979, § 3 nota 12), le *provocaciones ad agendum* non potevano in modo alcuno essere inquadrare nella teoria dei processi sommari, ma costituivano solo delle deviazioni dal principio *ut nemo inicitus agere cogatur* allo scopo di provocare un accertamento negativo dei diritti.

<sup>19</sup> Per la storia dei procedimenti monitori, nella loro forma pura e in quella documentale, si vedano per tutti SEGNI, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, p. 977 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni*, p. 220 ss.; Id., *Azioni sommari*, p. 130 ss.; BRIGLEB, *Einleitung*, p. 331 ss.; BAYER, *Theorie der summarischen Verfahren*, p. 36 ss.; nonché, per una panoramica delle legislazioni tedesche ed austriache, CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio*, p. 9 ss.; A. SKROT, *Das Mahnverfahren*, Leipzig 1891; e, più di recente, anche per un esame della legislazione tedesca, lussemburghese, italiana, francese, olandese e belga lo studio comparatistico di G. HORSMANS, *La procédure d'injonction*, Bruxelles 1964 *passim*, p. 43 ss.

<sup>20</sup> E questa la ricostruzione comunemente accolta. Si vedano per tutti CALAMANDREI, *op. ult. cit.* e SEGNI, *op. cit.*, p. 989 ss. ed ivi anche attenta analisi della legislazione italiana allora vigente.

<sup>21</sup> Allo scopo di garantire in massima misura il diritto di difesa dell'intimato,

cui sono correlati obblighi di fare o di disfare oltreché di consegnare e di pagare, dovrebbe indurre ad estendere l'utilizzabilità di questa tecnica anche a favore di pretese aventi oggetti diversi dal pagamento di somme o dalla consegna di beni mobili determinati<sup>22</sup>.

il quale, come uomo della strada, può non sempre avere consapevolezza delle conseguenze della mancata contestazione (nonostante tutti gli accorgimenti che il legislatore possa adottare: sulla recente riforma del *Mahnverfahren* tedesco si veda C. E. BALBI, *Il procedimento per ingiunzione dopo la Vereinfachungsnovelle della ZPO federale del 3 dicembre 1976*, in *Riv. dir. civ.* 1978, I, p. 348 ss.; nonché P. SCHLOSSER, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20<sup>a</sup> ed., Tübingen 1977, sub § 688 ss., e, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, R. BRUNS, *Zivilprozessrecht*, 2<sup>a</sup> ed., München 1979, § 62, p. 480 ss.) in parziale deroga alle origini storiche, ma in conformità a tecniche proprie della tutela sommaria (e sostanzialmente a talune soluzioni accolte da legislazioni straniere: si veda, con riferimento al *Mahnverfahren* tedesco, la doppia possibilità di *Widerspruch* avverso l'ordine di pagamento e di *Einspruch* avverso l'ordine di esecuzione, su cui, oltre agli autori indicati immediatamente sopra, si veda da ultimo BALBI, *Inattività dell'intimato ad esecutorietà del decreto di ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.* 1979, p. 44 ss.), una soluzione estremamente equilibrata potrebbe essere la seguente: a) a seguito della mancata contestazione dell'intimato si forma a favore del creditore un titolo esecutivo avente — quanto alla efficacia preclusiva delle eccezioni dell'apparente obbligato — valore analogo a quello degli attuali titoli esecutivi di formazione stragiudiziale: la mancata contestazione non dovrebbe precludere cioè all'intimato la possibilità di fare valere le sue eccezioni in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615; b) la possibilità per il debitore di ottenere, in sede di opposizione all'esecuzione, la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo o dell'esecuzione, dovrebbe, però, essere legislativamente limitata alle ipotesi in cui l'opposizione sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione; c) a garanzia dei contrapposti interessi del creditore e dell'obbligato, sarebbe opportuno inoltre precisare per un verso che l'intimato non può proporre opposizione all'esecuzione (per motivi di merito) oltre il decorso di un dato termine dall'inizio dell'esecuzione forzata in senso stretto, per altro verso che l'adempimento spontaneo prima dell'intimazione del precepto non preclude l'esperibilità dell'azione di ripetizione d'indebito.

<sup>22</sup> Sull'assenza di limiti ontologici alla utilizzabilità della tecnica del procedimento monitorio per la formazione di titoli esecutivi relativi a prestazioni di fare, disfare ecc. cfr. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio*, pp. 8-9.

E però da rilevare che recentemente, in Germania, con la novella del 1976 si è limitata l'utilizzabilità del *Mahnverfahren* ai soli crediti aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro in valuta nazionale, escludendo dall'ambito di applicazione del procedimento speciale i crediti per una determinata quantità di cose fungibili o di titoli, adeguandosi in tal modo la lettera del § 688 ZPO alla realtà dato che tale norma « trovava applicazione nei soli crediti di denaro » (così BALBI, *Il procedimento per ingiunzione ecc.*, p. 353; cfr. anche SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 3).

Il procedimento monitorio documentale<sup>23</sup> (caratterizzato dal fatto che la domanda è fondata su fatti provati documentalmente, e che il provvedimento emanato *inaudita altera parte* dal giudice — suscettibile di essere munito *ope legis* o *ope iudicis* di efficacia esecutiva — è risolutivamente condizionato all'accoglimento dell'opposizione proposta dal debitore) è razionale nei limiti in cui sia fondata su di una prova documentale effettiva (e non fittizia quale quella prevista dall'attuale art. 634 o addirittura inesistente come nelle ipotesi di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 633 e all'art. 636) e — ove il provvedimento emanato *inaudita altera parte* sia dichiarato provvisoriamente esecutivo — il debitore possa ottenerne la sospensione dell'efficacia esecutiva a seguito della delibazione sommaria di motivi di opposizione (secondo la prassi interpretativa e applicativa dell'attuale art. 649).

*De iure condito* l'attuale procedimento per ingiunzione così come disciplinato dagli artt. 663 ss. va criticato poiché il legislatore per un verso col n. 1 dell'art. 633 ha adottato la specie documentale del

Sulla possibilità di utilizzare la tecnica del procedimento monitorio anche per ottenere provvedimenti costitutivi (eventualmente cumulati con un provvedimento di condanna), si veda in senso favorevole, sia pure con cautela, CRISTOFOLINI, *op. cit.*, p. 27; SEGNI, *op. cit.*, p. 1000, nota 1, nonché CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 8 nota 1.

Il carattere sommario del procedimento dovrebbe invece indurre ad escludere la sua utilizzabilità per ottenere provvedimenti di mero accertamento (in tal senso un cenno è in CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, p. 222), dato che sarebbe problematico riconoscere a tale accertamento l'autorità della cosa giudicata.

<sup>23</sup> Accolgo nel testo la classificazione proposta da CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 12 ss.; nello stesso senso CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, p. 222 ss.; in senso contrario è invece SEGNI, *op. cit.*, p. 1004 secondo il quale le differenze di fine e di mezzi tra procedimento monitorio puro e procedimenti documentali sarebbero tali da escludere che ai secondi possa attribuirsi la qualifica di monitorio.

Al di là delle dispute terminologiche, nell'ottica del presente studio mi sembra opportuno osservare che il procedimento indicato nel testo come monitorio-documentale, ove sfoci in un provvedimento munito *ope legis* o *ope iudicis* di efficacia esecutiva, si presta ad assolvere oltre alla funzione di evitare il costo del processo « a cognizione piena ed esauriente » quando esso non sia giustificato da una contestazione effettiva, anche alla funzione di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto che abbia torto nell'ipotesi che l'intimato proponga opposizione e non riesca ad ottenere la sospensione dell'esecuzione: per un cenno in tal senso si veda SEGNI, *op. cit.*, p. 1034.

procedimento monitorio inquinandola però con la recezione nel secondo comma dell'art. 634 di una nozione di prova scritta che — ben lungi dal corrispondere alla prova documentale del VI libro del codice civile — è tutta confezionata sulle esigenze (pressoché esclusive) degli imprenditori, *per altro verso* ha adottato con i nn. 2 e 3 dell'art. 633 la specie pura di procedimento monitorio con la doppia aggravante di limitarne l'accesso pressoché esclusivamente ai prestatori d'opera intellettuale e di disciplinarla in modo identico alla specie di procedimento monitorio documentale previsto dal n. 1 dell'art. 633 (con applicabilità in particolare dell'art. 642 in tema di provvisoria esecuzione).

*De iure condendo* — secondo i suggerimenti che emergono dalla rapida analisi svolta — occorrerebbe innanzi tutto eliminare gli aspetti odiosi del privilegio quali emergono dall'attuale disciplina<sup>24</sup>, in secondo luogo introdurre in via generalizzata la specie di procedimento monitorio puro (utilizzando l'esperienza tedesca relativa al *Rechtspfleger*)<sup>25</sup> con i correttivi indicati alla precedente nota 21 quanto alla efficacia preclusiva del titolo; in terzo luogo rivedere l'attuale procedimento monitorio documentale; in quarto luogo valutare le possibilità di utilizzare la tecnica del procedimento monitorio (nella sua specie pura o in quella documentale) per agevolare la formazione giudiziale di titoli esecutivi relativi all'adempimento di obblighi di fare, disfare, rilasciare beni immobili (nonché eventualmente per la formazione di provvedimenti ad efficacia costitutiva).

6. — III. Sempre nell'ambito del ricorso alla tutela sommaria

<sup>24</sup> A tale riguardo sarebbe interessante, seguendo un suggerimento di GORLA (*Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, p. 72), una volta individuata la funzione effettiva che l'istituto dell'*affidavit* svolge nei processi sommari anglo-americani, valutare la possibilità o l'opportunità di una sua introduzione in Italia eventualmente insieme con l'introduzione del procedimento monitorio puro.

<sup>25</sup> Soprattutto allo scopo di alleggerire il lavoro dei giudici togati. Sulla figura del *Rechtspfleger* si vedano da ultimi R. BENDER - H. ECKERS, *The Rechtspfleger in the Federal Republic of Germany*, in *Access to Justice*, a cura di M. CAPPELLI, II, 2, Milano 1979, p. 479 ss.; nonché, per un cenno, BALBI, *op. cit.*, p. 349 s. testo e nota 6.

allo scopo di evitare il costo del processo « a cognizione piena ed esauriente » quando esso non sia giustificato da una contestazione effettiva, potrebbero essere ricondotte alcune ipotesi (o tecniche) particolari di *provvedimenti* (non procedimenti) sommari che si possono inserire nell'ambito di procedimenti a cognizione ordinaria, di cui vi è qualche traccia nel nostro ordinamento:

a) consentire che, nei processi relativi a *diritti disponibili*, ove l'attore inizi un processo « a cognizione piena ed esauriente » e il convenuto costituitosi riconosca esplicitamente la domanda attrice, il processo possa concludersi con un provvedimento di condanna *lato sensu* sommario avente forma e contenuto diversi dalla sentenza (suscettibile solo di opposizione *ex* 615 e non di impugnazione), subordinatamente ad un controllo del giudice sulla consapevolezza del convenuto (personalmente comparso o da parte di un suo procuratore speciale) degli effetti del suo riconoscimento. Applicazioni particolari di questa tecnica si possono forse oggi rinvenire nell'art. 663 c.p.c. e nell'art. 30, commi 4° e 5°, l. 27 luglio 1978 n. 392, ma i riferimenti base restano tuttora l'art. 215 del Progetto Carnelutti del 1926 (e l'art. 79 del progetto Chiovenda del 1920)<sup>26</sup>;

b) consentire in via generalizzata che in tutti i processi « a cognizione piena ed esauriente » relativi a *diritti disponibili* il riconoscimento o la non contestazione di una parte della domanda dell'attore, proveniente dal convenuto costituitosi e specificamente interrogato sul punto dal giudice, possa comportare la definizione parziale per la parte della domanda riconosciuta non contestata) del processo con un provvedimento di condanna *lato sensu* sommario avente forma e contenuto diversi dalla sentenza (suscettibile solo di opposizio-

<sup>26</sup> Per ampie indicazioni bibliografiche e per un approfondimento di questo tema, rinvio alla mia nota *Osservazioni sul riconoscimento della domanda: opportunità di riaprire un dibattito prematuramente interrotto*, in *Foro it.* 1975, I, 1927 ss.

Sull'art. 30, commi 4° e 5°, legge n. 392 del 1978 si vedano G. COSTANTINO, *Procedura per il rilascio*, in *Le nuove leggi civili*, 1978, p. 1083 ss., ed E. GARBAGNATI, *Recesso del locatore e procedura per il rilascio dell'immobile locato*, in *Riv. dir. proc.* 1979, p. 14 ss.

ne ex art. 615 e non di impugnazione), salva la necessità della prosecuzione del processo « a cognizione piena ed esauriente » per la sola parte della domanda contestata. Applicazioni particolari di questa tecnica si possono oggi rinvenire negli artt. 263 ss. e nel testo novellato del primo comma dell'art. 423: sarebbe auspicabile una sua generalizzazione con la specificazione dei presupposti cui è subordinata (a tutela del diritto di difesa), del regime di stabilità del provvedimento (da sottrarre all'applicazione del secondo comma dell'attuale art. 310) e dei rimedi possibili (revoca nel corso del processo « a cognizione piena ed esauriente », ricorso per cassazione ex art. 111, 2° comma, Costituzione, o — a mio avviso preferibilmente — opposizione all'esecuzione ex art. 615 per difetto dei presupposti o per fatti impeditivi o estintivi sopravvenuti);

c) sempre nel contesto di provvedimenti *lato sensu* sommari con cui concludere un processo « a cognizione piena ed esauriente », potrebbe essere riesaminata la soluzione da ricollegare alla contumacia del convenuto in un processo avente ad oggetto *diritti disponibili*. Personalmente credo che molte delle ostilità a consentire che la contumacia del convenuto equivalga ad ammissione o a riconoscimento della domanda attrice, sarebbero destinate a svanire ove: *aa*) il provvedimento con cui definire il giudizio contumaciale abbia forma e contenuti diversi dalla sentenza, ed in particolare sia idoneo a garantire solo la stabilità degli effetti esecutivi ma non anche l'immutabilità dell'accertamento nei futuri giudizi fra le stesse parti nei quali il diritto accertato sommariamente in contumacia rilevi quale elemento della *causa petendi* di un diverso *petitum*; *bb*) si subordini la possibilità di conclusione del processo contumaciale con provvedimento sommario, al preventivo accertamento che l'atto introduttivo del giudizio sia stato notificato al convenuto a mani proprie; *cc*) si garantisca il diritto di difesa del convenuto contumace contro eventuali errori del giudice nella valutazione dei presupposti, tramite la possibilità di utilizzare l'opposizione all'esecuzione ex art. 615.

7. — B) Il secondo motivo per cui il legislatore fa ricorso alla tutela sommaria è dato dall'esigenza di evitare l'abuso del diritto di

difesa (degli strumenti di garanzia previsti da processi « a cognizione piena ed esauriente ») da parte del convenuto che abbia torto.

La previsione di strumenti tecnici attraverso cui contrastare la possibilità di abuso del diritto di difesa è estremamente importante poiché da essa dipende la garanzia — a livello di effettività — del diritto di azione.

Il ricorso alla tutela sommaria allo scopo di rispondere a questa esigenza si è realizzato attraverso due tecniche diverse:

I) la tecnica delle  *misure cautelari conservative*  predisposte a cautela del pericolo da infruttuosità pratica (e non già da tardività)<sup>27</sup> del provvedimento principale a cognizione piena: in questa categoria rientrano i sequestri ex artt. 670 e 671, i procedimenti di istruzione preventiva ex art. 692 ss. ecc. La sommarietà di questi procedimenti si coglie nella circostanza che essi si concludono con provvedimenti emanati sulla base della mera cognizione sommaria dell'esistenza del diritto e del *periculum in mora*.

Il ricorso alla tecnica delle misure cautelari conservative si rivela come razionale, poiché razionale è l'esigenza che ne è alla base (evitare che la durata — necessaria — del processo « a cognizione piena ed esauriente » torni a danno dell'attore che ha ragione), nei limiti però in cui siano predisposti meccanismi adeguati a tutela del diritto di difesa del convenuto (ad esempio mentre il procedimento sommario cautelare di rilascio dei provvedimenti urgenti in tema di denunce, così come disciplinato dagli artt. 689 e 690, è rispettoso delle esigenze di difesa del convenuto, altrettanto non può dirsi del procedimento sommario di rilascio dei sequestri, così come disciplinato dagli artt. 672, 673, 680, 681, 682, 683)<sup>28</sup>.

II) la tecnica della  *condanna con riserva delle eccezioni del convenuto* <sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Per la distinzione si rinvia a P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, pp. 31 ss., 33 ss.

<sup>28</sup> Taleché *de iure condito* l'effettività del diritto di difesa del destinatario passivo del sequestro finisce col dipendere tutta e solo dal sapiente uso che il giudice della convalida faccia del potere attribuitogli dall'art. 671.

<sup>29</sup> Sulla condanna con riserva si vedano, per tutti, CROVENGA, *Azioni som-*

Concentrando l'esame su questo tipo di tutela sommaria (perché parziale, per usare la terminologia di Chiovenda), è immediatamente da sottolineare la pericolosità intrinseca ad ogni tentativo di reazione alla possibilità di abuso del diritto di difesa del convenuto attraverso il ricorso generalizzato alla tecnica della condanna con riserva sulla base dell'accertamento pieno dei soli fatti costitutivi del diritto fatto valere dall'attore, con rinvio ad un'ulteriore fase per l'esame delle eccezioni del convenuto, cioè dei fatti impeditivi o estintivi da questi allegati in giudizio. Il ricorso alla tecnica della condanna con riserva delle eccezioni, anche ove non sia automatico ma subordinato alla delibazione della infondatezza delle eccezioni stesse<sup>30</sup>, si rivela a mio avviso molto pericoloso poiché rischia di comprimere il diritto di difesa (di ledere l'eguaglianza delle parti nel processo) sulla base di una mera delibazione sommaria; di qui la necessità che il ricorso alla tecnica della condanna con riserva sia giustificato anche da altri fattori, quali fondamentalmente la particolare certezza o attendibilità delle prove su cui si fonda il diritto dell'attore unitamente alla particolare lunghezza o complessità dell'istruzione probatoria relativa alle eccezioni del convenuto<sup>31</sup>.

È inoltre da considerare che l'esigenza di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto può essere realizzata anche attraverso tecniche diverse dal ricorso alla tutela sommaria in genere e alla condanna con riserva in specie; si pensi, per esempio, oltre al-

maria. La sentenza di condanna con riserva, cit.; Id., *Istituzioni*, I, p. 208 ss.; BIEGLES, *Einleitung*, part. cap. IV e V, pp. 169 ss., 303 ss.

<sup>30</sup> Così, espressamente, ANDRUOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli 1979, I, p. 359. Lo stesso principio è possibile dedurre sia pure implicitamente dalle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale sull'art. 665 c.p.c. (27 giugno 1973 n. 91, in *Foro it.* 1973, I, 2012, e 19 giugno 1974 n. 171, in *Foro it.* 1974, I, 1960) e sull'art. 1462 c.c. (12 novembre 1974 n. 256, in *Foro it.* 1974, I, 3261) nelle quali la Corte, per salvare la costituzionalità delle norme di legge, fa perno sulle ampie possibilità che la clausola dei gravi motivi (esplicitamente contenuta in entrambe le disposizioni) attribuisce al giudice per negare la condanna con riserva ed evitare in tal modo la rottura della eguaglianza (formale e/o sostanziale) delle parti.

<sup>31</sup> Su cui si rinvia ancora alla trattazione di BIEGLES, *Einleitung*, part. pp. 169 ss., 303 ss.

l'art. 96, 2° comma, c.p.c., soprattutto alla tecnica adottata dal legislatore della riforma del processo del lavoro onde evitare che il datore di lavoro convenuto potesse abusare del suo diritto di difesa (cioè degli strumenti di garanzia previsti da un processo « a cognizione piena ed esauriente ») allo scopo di aumentare la durata del processo: questa tecnica si è realizzata attraverso la previsione di un complesso di norme (artt. 429, 3° comma, 423, 1° comma, 431) che hanno introdotto dei meccanismi diretti a disincentivare l'interesse del datore di lavoro alla durata del processo<sup>32</sup>. L'esistenza di questa possibilità di reagire all'abuso del diritto di difesa attraverso meccanismi diversi dalla condanna con riserva e per nulla lesivi della eguaglianza delle parti nel processo, induce a considerare con estrema circospezione ogni tentativo di ricorso indiscriminato alla tecnica della condanna con riserva come strumento di reazione all'abuso del diritto di difesa del convenuto.

8. — L'analisi delle ipotesi in cui il nostro diritto positivo fa ricorso alla condanna con riserva, mi sembra costituisca una riprova della correttezza di questo assunto. Omettendo di esaminare le ipotesi di titoli esecutivi di formazione stragiudiziale + opposizione all'esecuzione + sospensione dell'esecuzione, o quelle di attribuzione della provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo ex artt. 648, 1° comma, e 642 (eccezione fatta del pericolo nel ritardo), ipotesi che, pur potendo sistematicamente essere ricondotte nella categoria della condanna con riserva, si giustificano sul piano della razionalità sulla base dei rilievi già svolti nei precedenti §§ 4 e 5 sub A I e A II, è opportuno invece ricordare:

a) gli artt. 65, 2° comma, legge cambiaria e 57 legge ass. bancario: la razionalità di queste disposizioni poggia sulla particolare certezza del diritto rappresentato dal titolo di credito unitamente alla

<sup>32</sup> Per più ampi sviluppi mi permetto di rinviare a quanto da me osservato in *Nuovo processo del lavoro e prospettive di riforma della giustizia civile in Italia*, in *Riv. giur. lav.* 1977, I, p. 690 ss.

particolare lunghezza dell'istruzione sulle eccezioni sollevate dal debitore cartolare e alla controcautela prevista dagli artt. 64 e 56 cit.;

b) gli artt. 35 e 36 c.p.c.: la razionalità di queste disposizioni deriva (*rectius: potrebbe derivare*) non solo dalla particolare certezza del diritto vantato dall'attore, ma anche dalla incompetenza del giudice originariamente adito a conoscere della eccezione di compensazione o della domanda riconvenzionale, nonché dalla circostanza che il controcredito contestato eccetto in compensazione e la domanda riconvenzionale potrebbero essere proposte anche in via autonoma. Residua tuttavia più di un dubbio sulla razionalità della trattazione separata, specie con riferimento alla eccezione di compensazione ove il credito originario non sia incontrovertito o provato documentalmente<sup>33</sup>;

c) l'art. 665 c.p.c.: eccezione fatta dell'ipotesi in cui la scadenza del contratto risulti da una prova scritta (e contestualmente l'eccezione del convenuto appaia infondata ad una prima deliberazione sommaria), la norma si giustifica *solo* sulla base di una presunzione legislativa di infondatezza delle eccezioni del conduttore (sulla base di una presunzione legislativa di abuso del diritto di difesa da parte del conduttore). Solo una scelta politica diretta a privilegiare gli interessi dei proprietari-locatori e a sfavorire i conduttori potrebbe giustificare non la razionalità ma la ragionevolezza di una tale disposizione: ma la presenza degli artt. 42, 2° comma, e 47, 2° comma Cost. rende la scelta costituzionalmente scorretta<sup>34</sup> (osservazioni ana-

<sup>33</sup> Minori problemi pone l'ipotesi di domanda riconvenzionale poiché o si tratta di d.r. incompatibile con la domanda originaria (cioè di d.r. che assolve una funzione di difesa) ed allora il convenuto, ove non voglia subire il rischio della condanna con riserva, potrebbe contenere la sua difesa a livello di mera eccezione; o la domanda riconvenzionale è compatibile con quella originaria, ed allora per un verso la d.r. non assolve una funzione di difesa, per altro verso, ove il giudice originariamente adito non possa per ragioni di competenza esaminare la domanda riconvenzionale, si farà luogo, più che a condanna con riserva, a mera separazione delle cause ex artt. 103, 2° comma, e 279, n. 5, senza che in tal modo si alteri l'equilibrio delle parti.

<sup>34</sup> Come ricordato alla precedente nota 30 la Corte costituzionale è stata però di diverso avviso.

loghe valgono — a maggior ragione — per l'ultimo comma dell'art. 30 legge 27 luglio 1978 n. 392);

d) l'art. 1462 c.c. che, con esclusione delle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, consente esplicitamente che in via di autonomia contrattuale le parti possano dar vita a nuove ipotesi di condanna con riserva tramite l'apposizione al contratto della « clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta ». La pericolosità di questa disposizione, per quanto attenuata dalla clausola di salvaguardia contenuta nel secondo comma (là dove si consente al giudice di disapplicarla « se concorrono gravi motivi »), si manifesta su di un duplice piano: da un lato infatti non si subordina esplicitamente l'operatività della clausola *solve et repete* alla particolare evidenza della prova dei fatti costitutivi della pretesa dell'attore, dall'altro lato si finisce col rimettere il rispetto del diritto di difesa del convenuto — l'eguaglianza formale delle parti — alla volontà contrattuale delle parti stesse (sulla quale non potranno incidere situazioni di disequaglianza sostanziale). Per questi motivi non si può non condividere lo sfavore con cui da molti si guarda a questa disposizione<sup>35</sup>.

Sulla base delle osservazioni svolte è possibile tracciare alcuni rilievi riassuntivi sulla tecnica della condanna con riserva.

Il ricorso alla tecnica della condanna con riserva come strumento di reazione all'abuso del diritto di difesa del convenuto e di garanzia — a livello di effettività — del diritto di azione dell'attore, appare razionalmente giustificato e non costituisce una ingiustificata compressione del principio di eguaglianza dei cittadini o del diritto di difesa del convenuto, solo quando: a) la prova dei fatti costitutivi

<sup>35</sup> Sull'art. 1462 si vedano, oltre alla decisione della Corte costituzionale richiamata alla precedente nota 30, per tutti ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, pp. 358-359, e, anche per ampi riferimenti sullo stato della dottrina e della giurisprudenza, G. VIGGIANI, *Clausola « solve et repete », eccezione di inadempimento e tutela del contraente debole*, in *Corti Bari Lecce e Potenza 1976*, p. 216 ss. Sulla enorme importanza storica assolta dalla clausola limitativa delle eccezioni si veda BIRGLEN, *Einleitung*, p. 512 ss.

del diritto fatto valere dall'attore sia particolarmente attendibile (cioè i fatti o non siano contestati o siano provati documentalmente) e b) le eccezioni del convenuto, oltre a richiedere una lunga istruzione probatoria, appaiano infondate ad una delibazione sommaria (correggendo la definizione di Chiovenda, dovrebbe quindi oggi dirsi che nella condanna con riserva la cognizione è sommaria perché mentre l'esistenza dei fatti costitutivi è accertata in modo pieno, l'inesistenza dei fatti impeditivi ed estintivi è accertata in modo superficiale).

Se si parte dalla premessa (storicamente ineccepibile) che la condanna con riserva rappresenta una variante della efficacia esecutiva *ope legis* dei titoli documentali in genere e cambiari in specie<sup>36</sup>, una generalizzazione della tecnica della condanna con riserva — pur nei ristretti limiti in cui una tale generalizzazione sarebbe razionale — appare problematica, poiché il suo punto di razionalità (e cioè il carattere documentale della prova dei fatti costitutivi del diritto dell'attore) nel nostro ordinamento (a differenza di altri<sup>37</sup>) trova già emersione nei nn. 2 e 3 dell'art. 474 nonché negli artt. 633 n. 1 e 634 (se depurato dei suoi attuali elementi di privilegio): talché, in una prospettiva di maggiore utilizzazione della prova documentale in un'ottica di agevolazione nella formazione di titoli esecutivi diversi dalla sentenza di condanna emanata a termine di un processo « a cognizione piena ed esauriente » (*retro sub § 5*), e di una utilizzazione delle tecniche semplificatrici del processo « a cognizione piena ed esauriente » indicate *retro sub § 6*, sembra *più realistico* puntare su di un ampliamento di queste tecniche (474 n. 3, revisione del comb. disp. artt. 633 n. 1, 634, 642, 648, ecc.) che sull'introduzione in via generalizzata della condanna con riserva a favore dei crediti documentali.

<sup>36</sup> Cfr. la precedente nota 12.

<sup>37</sup> Si pensi all'ordinamento della Repubblica Federale tedesca, che a) non attribuisce efficacia esecutiva alle cambiali; b) conosce uno speciale procedimento per tutte le cause documentali e cambiarie (§§ 592 ss. ZPO); c) conosce il procedimento monitorio unicamente nella sua specie c.d. pura (§§ 688 ss. ZPO).

Per una prima comparazione tra l'ordinamento processuale italiano e i procedimenti sommarî nel diritto anglo-americano si veda GORLA, *op. cit.*

Una estensione nel processo « a cognizione piena ed esauriente » della tecnica della condanna con riserva secondo la falsariga dell'attuale art. 665, sarebbe possibile solo sulla base di scelte politiche che giustificano caso per caso la ragionevolezza del superamento del principio formale di eguaglianza a tutela di soggetti socialmente subalterni; chi scrive ritiene però che, ove il legislatore reputi di dovere reprimere le possibilità di abuso del diritto di difesa da parte di determinate categorie di cittadini, portatori di determinati interessi, sia più opportuno lasciare intatta la parità formale delle parti nel processo ed agire attraverso tecniche diverse nel senso di disincentivare l'interesse di questi convenuti alla durata del processo: si pensi (per un verso) agli artt. 429, 3° comma, 423, 1° comma, 431 c.p.c. (per altro verso alle misure cautelari conservative), nonché alla possibilità di ricorso a sanzioni di tipo anche *lato sensu* penali.

9. — C) Il terzo motivo per cui il legislatore disciplina (o dovrebbe disciplinare) ipotesi di procedimenti sommarî consiste nell'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale con riferimento a tutte quelle situazioni di vantaggio, a tutti quei diritti che avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale subirebbero (*rectius*: i cui titolari subirebbero) un pregiudizio irreparabile (non suscettibile, cioè, di tutela adeguata nella forma dell'equivalente monetario) ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per ottenere una sentenza (esecutiva) a termine di un processo « a cognizione piena ed esauriente », e che necessitano di forme di tutela urgenti che prevengano o intervengano nell'immediatezza della violazione impedendone la continuazione<sup>38</sup>.

Il ricorso alla tutela sommaria, in queste ipotesi, è giustificato dai motivi ed assolve una funzione radicalmente diversa da quelli indi-

<sup>38</sup> Per alcuni primi tentativi di individuare tale ipotesi, si vedano le indagini da me svolte negli scritti *Due interventi sul processo civile*, in *Dir. e giur.* 1977, p. 160 ss.; *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, *ibidem*, 1978, p. 1 ss.; *Appunti sulla tutela di condanna cit.*

cati nella ipotesi *sub A*: mentre nell'ipotesi ora in esame primeggia l'esigenza di garantire la effettività della tutela giurisdizionale, nell'ipotesi indicata *sub A* primeggia l'esigenza di economia dei giudizi, di evitare lo spreco di attività processuali, il costo del processo « a cognizione piena ed esauriente ».

Nell'ipotesi ora in esame l'unico criterio razionale che giustifica il ricorso alla tutela sommaria ed impedisce che tale ricorso appaia una ingiustificata compressione del principio di eguaglianza di tutti i cittadini e del diritto di difesa del convenuto, è costituito dal riferimento al *contenuto dei diritti* e alla *natura dei bisogni* che essi soddisfano.

Alla presenza di diritti a contenuto e/o funzione (prevalentemente o esclusivamente) non patrimoniale, espressione di momenti di libertà (formali o sostanziali) o comunque diretti a soddisfare bisogni primari, una tutela giurisdizionale effettiva non può per definizione non avere carattere *urgente*, deve cioè *prevenire o intervenire nella immediatezza della violazione impedendone la continuazione*.

La razionalità del ricorso alla tutela sommaria in tali ipotesi deriva pertanto dal fatto che solo una tutela sommaria urgente è idonea a munire di una tutela giurisdizionale adeguata tali diritti.

10. — Sul piano tecnico nelle ipotesi ora in esame la tutela sommaria, pur essendo sempre caratterizzata dalla esigenza di ovviare al *pericolo da tardività*<sup>39</sup> dell'eventuale sentenza (esecutiva) emanata a termine di un processo « a cognizione piena ed esauriente », e pur avendo — secondo altre terminologie — sempre carattere anticipatorio<sup>40</sup> (dell'eventuale tutela offerta da una successiva sentenza ema-

<sup>39</sup> Nel senso magistralmente chiarito da CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, part. p. 58 ss., ed oggi lucidamente ripreso soprattutto da M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1973, p. 1020 ss.

<sup>40</sup> Si veda da ultimo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, F. CARRI, *Procedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1977, p. 615 ss.

nata a termine di un processo « a cognizione piena ed esauriente »), può articolarsi secondo due moduli diversi:

a) secondo il modulo proprio dei processi sommari non cautelari (si pensi, *de iure condito*, alle ipotesi previste dall'art. 28 l. n. 300/1970, dall'art. 148 c.c., dall'art. 15 l. n. 903/1977): in tal caso il procedimento si svolge nel contraddittorio del convenuto e la compressione del principio del contraddittorio deriva soprattutto dal fatto che per un verso le modalità della sua realizzazione sono pressoché esclusivamente rimesse alla discrezionalità del giudice (eccezione fatta dell'obbligo di convocazione delle parti che — quasi sempre — è previsto), per altro verso il legislatore impone al giudice di concludere il procedimento in tempi brevissimi; il procedimento si conclude con un provvedimento avente contenuto e forma diversi dalla sentenza: in particolare l'accertamento (sommario) contenuto nel provvedimento non è suscettibile di acquistare mai la c.d. autorità di cosa giudicata, cioè di fare stato in tutti i futuri giudizi fra le stesse parti in cui il diritto accertato (sommariamente) costituisca un elemento della *causa petendi* di un diverso *petitum*; il provvedimento — se non impugnato entro un breve termine perentorio con il rimedio della opposizione innanzi allo stesso giudice che l'ha emanato — diviene immutabile e tale immutabilità garantisce la stabilità degli effetti esecutivi e/o costitutivi ad esso ricollegati; la proposizione dell'opposizione mette in moto un giudizio di primo grado « a cognizione piena ed esauriente » e, sia in ipotesi di accoglimento che di rigetto dell'opposizione, si conclude con una sentenza contenente un accertamento pieno suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata ex art. 2909 c.c.; in ipotesi di estinzione del giudizio di opposizione il provvedimento sommario diviene immutabile e non perde efficacia;

b) secondo il modulo proprio dei procedimenti sommari cautelari (si pensi *de iure condito* alle denunce ex artt. 1171 e 1172 c.c. e 688 ss. c.p.c., ai sequestri ex art. 81 r.d. 1127/1939 o ex art. 61 r.d. 929/1942; si pensi soprattutto alle svariatissime applicazioni pratiche dell'art. 700): in tal caso, a differenza di quanto si è visto accadere nell'ipotesi esaminata *supra sub a*), il provvedimento som-

mario, pur avendo spesso contenuto totalmente anticipatorio della futura sentenza emanata a termine di un processo « a cognizione piena ed esauriente », non può mai divenire immutabile, ma al contrario è destinato a perdere efficacia sia se il processo a cognizione piena non è iniziato entro un termine perentorio, sia se il processo « a cognizione piena ed esauriente » si estingue per qualsiasi causa;

c) accanto a questi due moduli, sono da ricordare numerose ipotesi in cui il legislatore consente che, iniziato un processo « a cognizione piena ed esauriente », il giudice possa anticipare, sulla base di una cognizione sommaria, in tutto o in parte il contenuto della futura sentenza (si pensi *de iure condito* all'art. 708 c.p.c., all'art. 446 c.c., all'art. 18, comma 4°, l. n. 300/1970, all'art. 24 l. 990/1969, agli artt. 83 r.d. 1127/1939 e 63 r.d. 929/1942, ecc.): poiché l'unica sistemazione organica dei procedimenti sommari di cui tutt'oggi si dispone in Italia è l'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* di Piero Calamandrei, mentre manca una analoga opera di sistemazione dei c.d. accertamenti con prevalente funzione esecutiva (o, più esattamente, dei procedimenti sommari non cautelari), si incontrano notevoli difficoltà nell'inquadramento sistematico di tali subprocedimenti: in particolare non vi è chiarezza in ordine al se i provvedimenti sommari in esame siano destinati a perdere efficacia o no a seguito della estinzione del processo « a cognizione piena ed esauriente », e, nell'ipotesi di conservazione di efficacia, se ciò significhi stabilità degli effetti esecutivi o invece lasci pur sempre aperta la strada alla ripetizione dell'indebito — pur se subordinata alla prova della inesistenza del diritto —<sup>41</sup>.

*De iure condito* — esaminando le ipotesi tipiche di procedimenti urgenti, cautelari o no — non può non rilevarsi un atteggiamento per così dire schizofrenico del nostro legislatore; il ricorso tipico a procedimenti sommari è stato effettuato prevalentemente con riferimento ad ipotesi che strutturalmente meno oggi giustificerebbero il

<sup>41</sup> Per una prima rimeditazione sui problemi posti dalle ipotesi indicate nel testo, e per indicazioni bibliografiche, mi permetto di rinviare alla seconda parte della mia già citata *Relazione* sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata.

ricorso a questa specie di tutela, cioè con riferimento a situazioni di vantaggio o diritti a contenuto e/o funzione prevalentemente patrimoniale, che non subirebbero pertanto un pregiudizio irreparabile dal loro protrarsi in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per lo svolgimento di un processo « a cognizione piena ed esauriente ». È però da notare che in questi ultimi anni si è verificata una certa qual inversione di tendenza; il legislatore ha cominciato a predisporre forme tipiche di tutela urgente a favore di situazioni di vantaggio a contenuto e/o funzione non patrimoniale (si pensi all'art. 24 l. 990/1969, agli artt. 18, 4° comma, e 28 l. 300/1970, all'art. 15 l. 903/1977, all'art. 148 c.c.), anche se ha dato chiari segni di incapacità ad affrontare i molti nodi tecnici implicati dal ricorso alla tutela sommaria.

11. — Prima di passare alla parte finale di questo scritto sono necessarie alcune parole sull'art. 700.

Il procedimento previsto da questa disposizione ha assolto in questi anni una funzione inestimabile, in quanto molto spesso (ove si eccettuino le poche ipotesi ricordate da ultimo) esso è stato l'unico procedimento idoneo a munire di tutela giurisdizionale adeguata una vasta e variegata serie di situazioni di vantaggio, di diritti specie a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale. L'esperienza applicativa<sup>42</sup> dell'art. 700, oltre a testimoniare l'indispensabilità di una norma di chiusura che, prevedendo un potere cautelare generale, consenta al giudice di emanare provvedimenti conservativi e anticipatori all'infuori dei mezzi cautelari tipici, costituisce un patrimonio prezioso anche *de iure condendo* in una prospettiva di riforma.

<sup>42</sup> Per l'individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 700, negli anni 1956-1967 (cioè in un periodo in cui le riviste di giurisprudenza riservavano poco spazio alla pubblicazione delle ordinanze *ex art. 700*) è fondamentale la *Relazione illustrativa generale* di V. ANDRIOLI alla ricerca sull'art. 700 per conto del CNR (contratto 115. 1292.01626), relazione purtroppo rimasta inedita. Sempre sull'ambito di applicazione dell'art. 700 è da segnalare il fascicolo monografico di *Temperatura* di ottobre-dicembre 1977.

L'affermare l'indispensabilità di una norma della specie dell'art. 700 e il constatare l'importanza della funzione che l'art. 700 ha assolto in questi anni, non toglie però che in una prospettiva legislativa corretta sarebbe profondamente errato presumere di potere rispondere a tutti i nuovi bisogni di tutela emersi dall'applicazione dell'art. 700 attraverso una mera riformulazione di tale norma (eventualmente anche in chiave di procedimento sommario non cautelare).

L'inadeguatezza dell'art. 700 a risolvere i complessi problemi di tutela giurisdizionale cui si è fatto cenno nell'ipotesi considerata *sub C*), deriva fondamentalmente dal fatto che l'art. 700 è una *tipica norma di chiusura*. È questo un punto particolarmente importante su cui è necessario soffermarsi con estrema attenzione.

Che cosa infatti significa dire che l'art. 700 è una tipica norma di chiusura? Significa prendere consapevolezza che in un sistema di diritto scritto quale è il nostro essa è stata dettata dal legislatore allo scopo di dare uno sbocco a quelle esigenze di tutela che il legislatore non era riuscito a prevedere allorché introduceva un sistema (tendenzialmente completo) di tutela giurisdizionale. E certamente il legislatore del 1942 non pensava che all'art. 700 si sarebbe ricorso per la tutela di tutte le situazioni per cui oggi di fatto si ricorre o si tenta di ricorrere.

La funzione di una norma di chiusura ha questo di caratteristico: in un sistema corretto essa dovrebbe consentire l'emersione a livello giudiziale di nuove esigenze di tutela, esigenze alle quali, poi, *se a carattere non episodico o marginale*, il legislatore dovrebbe rispondere attraverso la predisposizione di procedimenti *tipici* (soprattutto quanto ai requisiti di ammissibilità e al contenuto del provvedimento) di tutela giurisdizionale. Una evoluzione corretta del nostro sistema di tutela giurisdizionale, avrebbe dovuto indurre il legislatore ad utilizzare l'esperienza giurisprudenziale di ricorso al procedimento *atipico* di cui all'art. 700 c.p.c., allo scopo di predisporre a tutela del diritto alla conservazione del posto del lavoratore, del diritto alla manutenzione degli immobili locati, dei diritti della personalità, del diritto alla fruizione di servizi pubblici, ecc. dei pro-

cedimenti sommari tipici, modellati sulla struttura propria alle singole situazioni di vantaggio bisognose di tutela urgente e quindi idonei a garantire loro una tutela giurisdizionale effettiva al riparo di qualsiasi opzione valutativa del singolo giudice.

Questo il legislatore ordinario — salvo le poche eccezioni sopra ricordate — non ha fatto e in questo è da ravvisare a mio avviso una delle ragioni qualitativamente più gravi della crisi della giustizia civile.

È infatti da considerare che il carattere di norma di chiusura proprio dell'art. 700 c.p.c. fa sì che si sia alla presenza di un testo di legge a maglie estremamente larghe che volutamente adopera espressioni estremamente generiche cioè estremamente equivoche (o polisense che dir si voglia). Questo significa che nella interpretazione di un testo di legge di tale specie lo spazio di *libertà interpretativa* di fatto rimesso all'interprete è particolarmente ampio; significa subordinare l'ammissibilità del ricorso alla forma di tutela di cui all'art. 700 c.p.c. ad una valutazione del giudice in cui trovano ampio spazio le opzioni valutative del singolo interprete. Per fare tre soli esempi, tutta la discussione suscitata dalla individuazione del significato da attribuire all'espressione « irreparabilità del pregiudizio », o dei possibili contenuti che in concreto possono assumere i provvedimenti d'urgenza, o delle sue modalità di attuazione, discussione a tutt'oggi niente affatto chiusa per ampi settori del mondo giudiziario e dottrinario, è di per sé sola un fatto estremamente grave ai fini della tutela delle situazioni di vantaggio a contenuto e/o funzione non patrimoniale prive di forme tipiche di tutela sommaria urgente: sul versante della tutela di queste situazioni, discussioni del tipo di quelle ora ricordate significano che mentre il giudice A riterrà ammissibile il ricorso al provvedimento d'urgenza ex art. 700 a tutela di una determinata situazione di vantaggio e riterrà legittima l'emissione di un provvedimento di un dato contenuto, o riterrà applicabile una determinata modalità di attuazione (penso soprattutto al secondo comma dell'art. 388 c. p. per l'ipotesi di condanna all'adempimento di un obbligo non suscettibile di esecuzione forzata), nello stesso momento è ben possibile

che il giudice B neghi l'utilizzabilità del provvedimento *ex art. 700* a tutela di una situazione identica, o ritenga illegittimo attribuire al provvedimento d'urgenza il contenuto datogli dal giudice A, o neghi l'utilizzabilità di una determinata modalità di attuazione.

Il carattere di norma di chiusura proprio dell'art. 700, e la conseguente assoluta atipicità del procedimento ivi disciplinato, significa pertanto che il tipo di giustizia che viene ad essere offerto dall'art. 700 è una giustizia *octroyée*, rimessa — stante la necessaria genericità della disposizione di legge — in ultima analisi alla *discrezionalità* (cioè alle opzioni valutative) del singolo giudice. Ora non sarò certo io a negare che in quasi tutte le operazioni interpretative — talvolta anche in quelle apparentemente più elementari — è presente un margine riservato alle opzioni valutative, ai giudizi di valore del singolo interprete; ma mi sembra che il subordinare l'unica forma di tutela giurisdizionale adeguata ad una serie molto vasta di situazioni di vantaggio, tutte di particolare importanza anche a livello costituzionale, al passaggio attraverso un procedimento — quale necessariamente è quello disciplinato dall'art. 700 c.p.c. — il cui ambito di applicazione può essere individuato solo attraverso amplissime opzioni valutative del singolo magistrato, mi sembra — dicevo — che non rifletta sul piano tecnico l'espressione di una volontà politica diretta ad assicurare sul piano della effettività una forma di tutela giurisdizionale adeguata.

Ed infatti proprio l'analisi della storia della tutela sommaria mi sembra mostri che quando il legislatore ha voluto predisporre forme di tutela urgente adeguata ai bisogni di tutela di situazioni di vantaggio nuove (per lo più proprie dei proprietari prima e dei mercanti poi) non si è limitato a predisporre astratte forme di procedimenti sommari atipici, ma ha sempre quanto meno risolto i « nodi » relativi ai limiti di ammissibilità del procedimento e al contenuto del provvedimento. Per soffermarsi su di un esempio significativo, quando il legislatore ha voluto predisporre a favore dell'imprenditore una forma di tutela giurisdizionale urgente adeguata, ad es. al diritto di brevetto per invenzioni industriali o per marchio d'impresa, non si è limitato a tacere ritenendo sufficiente l'esistenza

del procedimento *ex art. 700*; ma ha avvertito invece l'opportunità di dire esplicitamente che l'imprenditore può chiedere e il giudice ha il potere-dovere di disporre il sequestro degli oggetti prodotti in violazione di tali diritti e dei mezzi adibiti alla produzione dei medesimi; il legislatore cioè ha tipicizzato, sottraendolo a qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice, il giudizio sia sulla ammissibilità del ricorso ad una forma di tutela sommaria urgente, sia sulla determinazione del contenuto del provvedimento del giudice; così che qualsiasi magistrato — quale che siano le sue personali opzioni valutative — dovrà concedere la tutela sommaria urgente di cui agli artt. 81 e 61 delle leggi in materia di brevetti per invenzione industriale e per marchi d'impresa, ove ad un accertamento sommario risulti la violazione di tali diritti. La stessa tecnica ha seguito il legislatore allorché ha voluto assicurare al proprietario una forma di tutela sommaria urgente attraverso i provvedimenti di denuncia di nuova opera o danno temuto. La stessa tecnica, per non moltiplicare inutilmente gli esempi, il legislatore ha infine adottato quando con la legge 20 maggio 1970 n. 300 ha voluto predisporre — attraverso il procedimento sommario previsto dall'art. 28 di questa legge — una forma di tutela giurisdizionale adeguata alla libertà sindacale ed al diritto di sciopero nei luoghi di lavoro.

Il non avere fatto altrettanto con riferimento alle molte situazioni di vantaggio a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale il cui bisogno di tutela sommaria urgente è emerso in modo *non sporadico* dalla prassi applicativa dell'art. 700, non può non essere espressione o dell'assenza di volontà politica di munire tali diritti di una tutela giurisdizionale effettiva, o del difetto di consapevolezza tecnica dei limiti entro cui è possibile e doveroso fare ricorso alla tutela sommaria.

Per questi motivi, pur riconoscendo l'importanza inestimabile della funzione assolta in questi anni dall'art. 700 e l'indispensabilità dell'esistenza in ogni ordinamento processuale di una norma di tale specie, ho avvertito l'esigenza di richiamare l'attenzione sui limiti intrinseci al carattere di chiusura proprio di tale disposizione. Ora si può aggiungere che sarebbe sostanzialmente *mistificante* presumere che attraverso un procedimento atipico, quale l'art. 700 (even-

tualmente in versione migliorata), il nostro ordinamento processuale sarebbe in grado di offrire *sempre* una tutela giurisdizionale adeguata a tutte quelle situazioni di vantaggio a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale che necessitano di una tutela sommaria urgente che prevenga o impedisca immediatamente la continuazione della violazione.

È inoltre da considerare che l'esperienza applicativa dell'art. 700 ha fatto emergere l'esigenza che in una prospettiva di riforma la tutela sommaria urgente a carattere anticipatorio sia assicurata attraverso il ricorso al modulo dei procedimenti sommari non cautelari, allo scopo di rendere meramente eventuale (e non necessaria per conservare l'efficacia del provvedimento sommario) la fase successiva a cognizione piena. Ciò soprattutto perché — alla presenza di un provvedimento sommario anticipatorio che ha assicurato in modo pressoché totale il bisogno di tutela della parte istante — appare più ragionevole (anche con riguardo a quelle esigenze di economia dei giudizi cui si è fatto riferimento *supra sub A*) subordinare l'instaurazione del processo « a cognizione piena ed esauriente » ad un giudizio di opportunità proveniente dalla parte (il destinatario passivo del provvedimento sommario) nel cui interesse il contraddittorio pieno è predisposto.

12. — L'analisi svolta nelle pagine precedenti ha frequentemente anticipato le linee secondo cui ci si dovrebbe muovere in una prospettiva di riforma della tutela sommaria.

Riepilogando ed integrando quanto già detto:

A) In considerazione soprattutto di esigenze di economia dei giudizi, di evitare il costo del processo « a cognizione piena ed esauriente », occorrerebbe:

1) Ampliare il numero di titoli esecutivi di formazione stragiudiziale; ciò nel duplice senso: *sia* di ampliare il numero dei documenti relativi a dichiarazioni *lato sensu* confessorie che siano muniti *ope legis* di efficacia esecutiva; *sia* di consentire che i titoli esecutivi di formazione stragiudiziale siano idonei a mettere in moto non solo processi di espropriazione forzata ma anche di esecuzione

forzata in forma specifica. A tutela del diritto di difesa del debitore occorrerebbe, poi, rivedere l'attuale disciplina della sospensione dell'esecuzione, nel senso di consentire la sospensione dell'efficacia esecutiva dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale anche prima dell'inizio in senso stretto della esecuzione, a seguito di una deliberazione sommaria dei motivi dell'opposizione a precetto proposta dal debitore.

II) Rivedere la disciplina del procedimento monitorio nella duplice direzione: a) di razionalizzare il procedimento monitorio documentale, eliminando gli aspetti negativi di privilegio attualmente esistenti nella disciplina ex art. 633 ss.<sup>43</sup>; b) di introdurre forme ge-

<sup>43</sup> Una prima bozza di riformulazione del *procedimento monitorio documentale* potrebbe essere la seguente (per brevità, ci si limita a richiamare gli attuali articoli del c.p.c. quando la loro riformulazione risulterebbe sostanzialmente invariata):

Art. 1. — (*Condizioni di ammissibilità*).

Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di denaro, o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa determinata, mobile o immobile, o all'esecuzione di un obbligo di fare o di disfare o di pati, il giudice competente pronuncia, in assenza di contraddittorio, decreto ingiuntivo di condanna se del diritto fatto valere si dà prova scritta.

Se il diritto era originariamente sottoposto a termine o a condizione ovvero dipendeva da una controprestazione, occorre che il termine sia scaduto ovvero il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'avveramento della condizione o l'adempimento della controprestazione.

Se la domanda è proposta sulla base di titoli che hanno già efficacia esecutiva secondo le vigenti disposizioni, il ricorrente deve offrire la prova che l'intimato sia proprietario di beni immobili.

Art. 2. — (*Prova scritta*).

Oltre all'atto pubblico e le scritture private autenticate, riconosciute o verificate, sono prove scritte idonee alla concessione del decreto ingiuntivo anche le scritture private con sottoscrizione non autenticata o non ancora riconosciuta o verificata.

Le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione, hanno efficacia probatoria a favore dell'imprenditore da cui provengono nei limiti previsti dall'art. 2710 c.c.

Sono altresì prove scritte idonee le fatture soggette a pagamento non forfettario dell'I.V.A., regolarmente conteggiata ai fini della liquidazione del tributo, o dalla fattura risulti l'ammontare del credito e la persona del debitore.

Art. 3. — (*Giudice competente*): — art. 637, 1° comma.

Art. 4. — (*Forma della domanda e deposito*): — art. 638 (tutto).

Art. 5. — (*Ricorso per la consegna di cose fungibili*): — art. 639 (tutto).

Art. 6. — (*Rigetto della domanda*): — art. 640 (tutto).

neralizzate di procedimento monitorio puro con adeguate modalità

Art. 7. — (*Accoglimento della domanda*).

Se esistono le condizioni previste dall'art. 1, il giudice, con decreto succintamente motivato, ingiunge all'intimato di adempiere nel termine di 20 giorni, con l'espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione a norma degli articoli seguenti e che, in mancanza di opposizione, si procederà a esecuzione forzata.

Quando la notificazione del decreto ingiuntivo deve avvenire in uno degli Stati contraenti della convenzione del 27 settembre 1968, ratificata con l. 21 giugno 1971 n. 804 (G.U. 8 ottobre 1971 n. 254) sulla competenza giurisdizionale e sulla esecuzione delle decisioni nelle azioni civili e commerciali, il termine per l'opposizione è elevato a quaranta giorni. In tal caso la domanda e l'ingiunzione possono avere ad oggetto anche il pagamento di una determinata somma di denaro in valuta straniera.

Nel decreto il giudice liquida le spese e ne ingiunge il pagamento.

Art. 8. — (*Esecuzione provvisoria*).

Su istanza del ricorrente il giudice dichiara provvisoriamente esecutivi i decreti ingiuntivi chiesti sulla base di titoli che hanno già efficacia esecutiva secondo le vigenti disposizioni.

L'esecuzione provvisoria può essere disposta, sempre su istanza del ricorrente, anche se vi è pericolo di grave pregiudizio nel ritardo, ma il giudice può imporre al ricorrente una cauzione.

In tali casi il giudice ingiunge all'intimato di adempiere senza dilazione e fissa il termine di cui all'articolo precedente ai soli effetti dell'opposizione.

Art. 9. — (*Notificazione del decreto*): — art. 643 (tutto).

Art. 10. — (*Mancata notificazione del decreto*): — art. 644 + art. 188 disp. att.

Art. 11. — (*Opposizione*): — art. 645 (tutto).

Art. 12. — (*Procedimento ingiuntivo per crediti di lavoro*).

Il ricorso per ingiunzione nelle materie regolate dagli artt. 409 e 442, si propone al pretore in funzione di giudice del lavoro.

L'opposizione si propone con ricorso da depositarsi in cancelleria nel termine indicato nel decreto, ai sensi dell'art. 7.

Art. 13. — (*Esecutorietà per mancata opposizione o per mancata attività dell'opponente*): — art. 647 (tutto).

Art. 14. — (*Esecutorietà provvisoria in pendenza dell'opposizione*).

Il giudice dell'opposizione qualora le eccezioni dell'intimato siano di lunga indagine e/o appaiano infondate alla stregua di una delibazione sommaria, accertato altresì che dall'esecuzione non può derivare grave ed irreparabile pregiudizio, può concedere, con ordinanza non impugnabile, l'esecuzione provvisoria del decreto, se non sia già stata concessa a norma dell'art. 8.

Art. 15. — (*Sospensione dell'esecuzione provvisoria*).

Il giudice dell'opposizione, su istanza dell'intimato, deve con ordinanza non impugnabile revocare o sospendere l'esecuzione provvisoria del decreto concessa a norma dell'art. 8 ove le eccezioni dell'intimato appaiano fondate alla stregua di una delibazione sommaria e/o qualora dall'esecuzione possa derivare grave ed irreparabile pregiudizio. La sospensione può essere subordinata alla prestazione di una cauzione.

di salvezza del diritto di difesa del debitore (si veda, *amplius*, re-

Art. 16. — (*Opposizione tardiva*).

L'intimato può proporre opposizione anche dopo scaduto il termine fissato nel decreto, se prova di non averne avuta tempestiva conoscenza per nullità o irregolarità della notificazione o per causa a lui non imputabile, ovvero prova di non aver potuto proporre opposizione entro il termine fissato nel decreto o di non essersi potuto costituire tempestivamente per causa a lui non imputabile.

In tutte le ipotesi indicate nel comma precedente il termine per proporre opposizione è di venti giorni e inizia a decorrere dal giorno della cessazione dell'impedimento. L'opposizione, però, non può comunque essere proposta decorso il termine di venti giorni dal compimento del primo atto di esecuzione.

L'opposizione non sospende l'esecutorietà del decreto o il processo esecutivo già iniziato, ma il giudice dell'opposizione, su istanza dell'intimato, può disporre la revoca o la sospensione con ordinanza non impugnabile qualora, nelle ipotesi di decreto esecutivo ai sensi dell'art. 8, sussistano le condizioni richieste dal precedente art. 15, e, nelle ipotesi di decreto divenuto esecutivo ai sensi dell'art. 13, la tardività risulti giustificata alla stregua di una delibazione sommaria. In entrambi i casi la sospensione può essere subordinata alla prestazione di una cauzione (art. 652).

Art. 17. — (*Conciliazione del giudizio di opposizione*).

Art. 18. — (*Estinzione del giudizio di opposizione*), il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva. Il giudice che pronuncia l'estinzione ai sensi dell'art. 308, dichiara o conferma l'esecutorietà del decreto.

Art. 19. — (*Rigetto dell'opposizione*).

Il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva se l'opposizione è rigettata con sentenza, ancorché di primo grado non ancora passata in giudicato.

La sospensione dell'efficacia esecutiva acquistata dal decreto ai sensi del comma precedente, può essere disposta ai sensi degli artt. 351, 373, 401, 407 e 431 ove la sentenza di rigetto sia impugnata.

Art. 20. — (*Accoglimento dell'opposizione*).

L'efficacia esecutiva del decreto che ne sia comunque munito viene meno a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'opposizione.

Su istanza di parte il giudice che accoglie l'opposizione può con ordinanza non impugnabile revocare o sospendere l'esecuzione provvisoria del decreto. Gli atti di esecuzione già compiuti perdono efficacia solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che accoglie l'opposizione.

Se l'opposizione è accolta solo in parte, gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto conservano i loro effetti nei limiti di quanto è consentito dalla sentenza di accoglimento.

Art. 21. — (*Iscrizione d'ipoteca*).

I decreti dichiarati esecutivi ai sensi degli artt. 8, 13, 14 e 15 e quelli rispetto ai quali è rigettata l'opposizione a norma dell'art. 19 costituiscono titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Art. 22. — (*Nullità del decreto e della sua notificazione*).

Le nullità del decreto e della sua notificazione possono essere fatte valere soltanto nei limiti e secondo le regole dell'opposizione tempestiva o tardiva. La dichiarazione di nullità priva di qualsiasi efficacia il decreto, ma non impedisce al

tro, § 5)<sup>44</sup>. Occorrerebbe anche consentire che il ricorso al procedimento (o ai procedimenti) monitori sia utilizzabile *sia* per la forma-

giudice dell'opposizione di pronunciare nel merito. Quanto all'efficacia esecutiva si applica il terzo comma dell'art. 20.

Art. 23. — (*Impugnazioni*).

Il decreto ingiuntivo divenuto esecutivo a norma degli artt. 13 e 18 può essere impugnato per revocazione nei casi indicati nei numeri 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 e con opposizione del terzo.

<sup>44</sup> Una prima bozza per la redazione di un articolato relativo al *procedimento monitorio puro*, potrebbe essere la seguente:

Art. 1. — (*Condizioni di ammissibilità*).

Chi afferma di avere diritto al pagamento di una somma liquida di denaro, alla consegna di una determinata quantità di cose fungibili, alla consegna di una cosa determinata, mobile o immobile, alla esecuzione di un obbligo di fare o di disfare o di pati (esclusi quelli consequenziali a poteri che possono essere fatti valere con azioni costitutive, prima della pronuncia della sentenza costitutiva), può con ricorso domandare che, in assenza di contraddittorio, sia emanato un ordine condizionato di esecuzione, a norma degli articoli seguenti.

Art. 2. — (*Contenuto del ricorso*).

Il ricorso deve contenere:

- 1) l'indicazione del giudice;
- 2) l'indicazione delle parti;
- 3) la precisa indicazione dell'oggetto della prestazione e del suo fondamento;
- 4) l'affermazione che il diritto non sia sottoposto a termine o a condizione, ovvero che il termine sia scaduto o la condizione si sia verificata;
- 5) l'affermazione che il diritto non dipenda da una controprestazione, o che la controprestazione è stata adempiuta;
- 6) la richiesta di emanazione dell'ordine condizionato di esecuzione.

Quando la domanda riguarda la consegna di una determinata quantità di cose fungibili, il ricorrente deve dichiarare la somma di denaro che è disposto ad accettare in mancanza della prestazione in natura, a definitiva liberazione dell'obbligato.

Quando la domanda riguarda l'esecuzione di un obbligo di fare, di disfare o di pati, il ricorrente, oltre a specificare analiticamente il fondamento del suo diritto, deve altresì determinare esattamente il contenuto dell'obbligo di fare, di disfare o di pati.

Art. 3. — (*Giudice competente*).

È competente il pretore del luogo in cui l'obbligato ha la residenza, o il domicilio o la dimora effettivi, anche se la domanda in via ordinaria rientrerebbe nella competenza inderogabile di altro giudice. Se l'obbligato non è una persona fisica si applica l'art. 19 c.p.c.

Art. 4. — (*Rigetto della domanda*).

Il giudice, se ritiene che la domanda non contiene l'indicazione di tutti i requisiti di cui all'art. 2, o che l'indicazione non sia sufficiente a giustificare l'accoglimento della domanda alla stregua delle affermazioni in essa contenute, dispone che il cancelliere ne dia notizia al ricorrente, invitandolo a provvedere all'integrazione. Analogamente il giudice, se ritiene che la somma dichiarata dal

zione di titoli esecutivi aventi ad oggetto qualsiasi specie di obbligazione (fungibile), *sia* (ma il punto necessiterebbe di un discorso molto più articolato impossibile in questa sede) per ottenere effetti costitutivi.

ricorrente, ai sensi del secondo comma dell'art. 2, non sia proporzionata al valore delle cose fungibili richieste, può invitare il ricorrente a produrre un certificato della Camera di Commercio, Industria e Agricoltura.

Se il ricorrente non provvede all'integrazione o non ritira il ricorso, oppure se la domanda non è accoglibile perché proposta fuori delle ipotesi dell'art. 1, il giudice la rigetta con decreto succintamente motivato.

Eguale provvede quando solo una parte della domanda sarebbe accoglibile.

Il decreto di rigetto non è impugnabile, ma non preclude la riproposizione della domanda in qualsiasi forma.

Art. 5. — (*Accoglimento della domanda*).

Il provvedimento di accoglimento ha la forma di decreto succintamente motivato. Esso deve contenere:

- 1) l'intestazione « ordine condizionato di esecuzione »;
- 2) le indicazioni di cui ai nn. 1, 2, 3 dell'art. 2;
- 3) le altre indicazioni richieste ove si versi in una ipotesi di diritto originariamente sottoposto a termine o a condizione, ovvero dipendente da una controprestazione; nonché le indicazioni di cui al secondo e al terzo comma dell'art. 2;
- 4) l'avvertimento che, ove l'intimato non proponga atto formale di contestazione entro il termine perentorio di quindici giorni dalla notificazione, l'ordine di esecuzione diverrà esecutivo;
- 5) l'avvertimento che l'atto formale di contestazione va proposto — personalmente o tramite rappresentante — nella cancelleria del giudice che ha emanato il decreto, con l'espressa indicazione del luogo in cui ha sede la cancelleria;
- 6) la liquidazione delle spese giudiziali.

Art. 6. — (*Notificazione del decreto*).

Il decreto di cui all'articolo precedente deve, a cura del ricorrente, essere notificato all'intimato entro il termine di decadenza di trenta giorni dalla comunicazione del suo deposito in cancelleria.

La notificazione può essere effettuata esclusivamente ai sensi degli artt. 138 e 139; in caso di rifiuto, la notificazione può effettuarsi nelle forme prescritte dall'art. 140, ma al destinatario deve essere inviata altra copia del decreto in plico raccomandato con avviso di ricevimento.

La notificazione determina interruzione della prescrizione.

Art. 7. — (*Forme ed effetti della contestazione dell'intimato*).

Entro il termine perentorio di quindici giorni dalla notificazione del decreto, l'intimato può proporre atto formale di contestazione avverso l'ordine di esecuzione, depositandolo nella cancelleria del giudice che ha emanato il decreto. Il cancelliere deve annotare l'atto di contestazione sull'originale del decreto, e darne comunicazione al ricorrente.

L'atto formale di contestazione consiste in una mera dichiarazione di opposizione all'ordine di esecuzione, resa per iscritto in carta semplice, senza che sia

III) Con riferimento ai processi « a cognizione piena ed esauriente » relativi a *diritti disponibili* sarebbe opportuno utilizzare comportamenti quali il riconoscimento della domanda, la non contestazione (o il riconoscimento) di parte della domanda ed eventualmente la contumacia del convenuto (cui l'atto introduttivo del giudizio sia stato notificato a mani proprie) allo scopo di consentire la conclusione di tutto o parte il processo « a cognizione piena ed esauriente » con un provvedimento sommario avente forma e contenuto diversi dalla sentenza, suscettibile, se di condanna, solo di opposizione *ex art. 615* (si veda *amplius retro* § 6)<sup>45</sup>.

necessaria l'indicazione dei motivi. La dichiarazione può essere resa personalmente o tramite un rappresentante; non è necessaria l'assistenza di un difensore. Può essere resa anche in forma orale al cancelliere che ne redige processo verbale.

La proposizione dell'atto formale di contestazione impedisce che l'ordine condizionato di esecuzione acquisti qualsiasi efficacia. Le spese giudiziali restano a carico delle parti che le hanno anticipate, salvo l'esito del giudizio di merito successivamente instaurato.

Art. 8. — (*Effetti della mancata contestazione*).

Se non è proposta contestazione nel termine stabilito, il giudice, su istanza anche verbale del ricorrente, dopo avere verificato che la notificazione sia stata effettuata regolarmente nelle forme di cui al precedente art. 6, dichiara esecutivo il decreto. In caso di irregolarità o nullità della notificazione il giudice fissa un termine perentorio per rinnovarla; la rinnovazione impedisce ogni decadenza.

La mancata contestazione avverso l'ordine di esecuzione non preclude all'intimato la possibilità di fare valere le proprie ragioni di merito nelle forme dell'opposizione (a precetto e/o) all'esecuzione, sempre che tale opposizione sia proposta entro il termine perentorio di trenta giorni dall'inizio della esecuzione forzata e comunque non oltre la sua conclusione.

L'efficacia esecutiva del titolo o il processo di esecuzione già iniziato possono essere sospesi solo ove l'opposizione sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione.

La mancata proposizione dell'opposizione all'esecuzione preclude l'esperibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito. Analoga preclusione non si verifica in caso di adempimento spontaneo a seguito della notificazione dell'ordine di esecuzione, prima dell'intimazione di precetto.

Art. 9. — (*Possibilità di delegare al cancelliere la trattazione del procedimento*).

La trattazione e la decisione del presente procedimento può con legge essere attribuita ai cancellieri addetti alle preture competenti, i quali appartengono ad un istituto ruolo speciale cui possono accedere per concorso i soli laureati in giurisprudenza.

<sup>45</sup> Una prima bozza per la trasformazione in articolato delle ipotesi prospettate nel testo *sub III*, potrebbe essere la seguente:

13. — B) In considerazione soprattutto dell'esigenza di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto:

- I) È sconsigliabile il ricorso alla tecnica della condanna con riserva delle eccezioni, e le ipotesi oggi previste andrebbero sottoposte ad attento riesame.
- II) È opportuna la revisione delle misure cautelari conserva-

Art. 1. — (*Decreto di condanna in caso di contumacia del convenuto*)

In caso di contumacia del convenuto, ove la domanda:

- a) sia relativa a diritti disponibili, ivi compresi i diritti vantati dal lavoratore suscettibili di rientrare sotto l'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c.;
- b) sia relativa al pagamento di una somma determinata di danaro, alla consegna di una determinata quantità di cose fungibili, alla consegna di una cosa determinata mobile o immobile, o alla esecuzione di un obbligo di fare, di disfare o di *pati* esattamente determinato;

c) non presupponga l'emanazione di un provvedimento costitutivo;

d) sia stata notificata al convenuto a mani proprie, o, in caso di rifiuto del destinatario, sia stata notificata nelle forme prescritte dall'art. 140, ma al convenuto sia stata inviata altra copia della domanda in plico raccomandato con avviso di ricevimento;

il giudice, su istanza dell'attore, può definire il giudizio con decreto di condanna succintamente motivato, se la domanda risulti giustificata alla stregua delle affermazioni dell'attore in essa contenute e non contraddetta da prove già acquisite al giudizio.

Il decreto di condanna non è impugnabile ed è immediatamente esecutivo.

Eventuali doglianze relative ad errori in cui il giudice sia incorso nella valutazione dei presupposti cui è subordinata l'emanazione del decreto di condanna, possono essere fatte valere dal convenuto solo attraverso l'opposizione a precetto e/o all'esecuzione da proporsi, però, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto e del precetto.

Il decreto di condanna legittimamente emanato garantisce solo la stabilità degli effetti esecutivi ma non anche l'immutabilità dell'accertamento in esso contenuto nei futuri giudizi fra le stesse parti nei quali il diritto accertato sommarariamente in contumacia del convenuto rilevi quale elemento della *causa petendi* di un diverso *petitum*.

Art. 2. — (*Riconoscimento totale della domanda*).

Ove il convenuto si sia costituito e:

a) il processo sia relativo a diritti disponibili ivi compresi i diritti vantati dal lavoratore suscettibili di rientrare sotto l'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c.;

b) il convenuto, personalmente o tramite un suo procuratore speciale, riconosca totalmente la domanda attrice;

c) il giudice renda edotto il convenuto delle conseguenze giuridiche di tale comportamento, e di tale avvertimento si dia menzione nel verbale;

d) il convenuto confermi, dopo tale avvertimento, il suo riconoscimento;

il giudice, su istanza di parte, può definire il giudizio con ordinanza succintamente motivata.

tive nella direzione: a) di prevedere un modello unitario di provvedimento di rilascio anteriormente e/o nel corso della causa di merito, modellato in modo tale da assicurare — sia pure in modo inevitabilmente compresso — il diritto di difesa del destinatario passivo del provvedimento: come modelli da tenere presenti in tale revisione si indicano gli artt. 689-690 e lo schema di riforma del-

L'ordinanza, se di condanna, è immediatamente esecutiva e non è impugnabile; le eventuali doglianze relative ad errori od omissioni in cui il giudice sia incorso nella valutazione dei presupposti cui è subordinata l'emanazione dell'ordinanza di condanna, possono essere fatte valere dal convenuto solo attraverso l'opposizione a precetto e/o all'esecuzione da proporsi, però, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza e del precetto.

L'ordinanza, se avente esclusivamente contenuto costitutivo o di mero accertamento, può essere impugnata solo con ricorso per cassazione per violazione di legge.

A seguito del decorso dei termini per proporre opposizione o ricorso per cassazione, l'accertamento contenuto nell'ordinanza acquista autorità di cosa giudicata.

Le previsioni contenute in questo articolo si applicano anche quando il riconoscimento della domanda consegua ad interrogatorio formale del convenuto.

Art. 3. — (Riconoscimento parziale della domanda).

Quanto disposto nell'articolo precedente si applica anche in ipotesi di riconoscimento parziale della domanda.

In tal caso il giudice, contestualmente con l'emanazione dell'ordinanza che definisce parzialmente il giudizio, dispone i provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa.

Art. 4. — (Mancata contestazione totale del convenuto: ipotesi subordinata).

In ipotesi di mancata contestazione totale da parte del convenuto costituitosi, la quale non si sia tradotta in riconoscimento esplicito della domanda ai sensi dell'art. 2, ove ricorrano i requisiti di cui alle lettere a, b, c dell'art. 1, il giudice su istanza di parte può definire il giudizio con ordinanza di condanna succintamente motivata.

A tale ordinanza si applica la disciplina prevista dagli ultimi tre commi dell'art. 1.

Art. 5. — (Mancata contestazione parziale del convenuto: ipotesi subordinata).

In ipotesi di mancata contestazione parziale del convenuto costituitosi, la quale non si sia tradotta in riconoscimento parziale esplicito ai sensi dell'art. 3, ove ricorrano i requisiti indicati alle lettere a, b, c dell'art. 1, il giudice su istanza di parte può emanare ordinanza di condanna immediatamente esecutiva.

Tale ordinanza può essere revocata per motivi di merito con la sentenza che definisce il giudizio. In caso di estinzione del processo, l'ordinanza conserva l'efficacia indicata nell'ultimo comma dell'art. 1.

Eventuali doglianze relative ad errori in cui il giudice sia incorso nella valutazione dei presupposti cui è subordinata l'emanazione dell'ordinanza di condanna, possono essere fatte valere dal convenuto solo attraverso l'opposizione a precetto e/o all'esecuzione da proporsi, però, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza e del precetto.

l'art. 700 elaborato nel 1974<sup>46</sup>; b) di disciplinare i presupposti di ammissibilità ed i contenuti delle singole misure cautelari tipiche,

<sup>46</sup> Mi riferisco al « Testò della proposta di riforma degli artt. 700 ss. c.p.c. nella formulazione definitiva approvata dalla commissione » romana per la riforma del c.p.c. (commissione successivamente dissolta) nella riunione del 29 aprile 1974 (la commissione, oltre che da Virgilio Andrioli che la presiedeva, era composta da E. Battimelli, G. Borriè, V. Carbone, A. Ferrati, M. Franceschelli, L. Montesano, A. Proto Pisani, G. Rossi, L. Rovelli, G. Verde). Mi sembra opportuno riportarne in nota il testo a tutt'oggi inedito:

Art. 700. —

Chi ha ragionevole motivo per temere che, a causa del tempo occorrente per far valere una pretesa nelle forme prescritte per la medesima, si verifichino fatti tali da causargli un pregiudizio non facilmente o sicuramente riparabile, può chiedere, con ricorso, i provvedimenti di urgenza che, tenuto conto di tutte le circostanze e, in particolare, della eventuale condizione di inferiorità in cui una delle parti si trovi, in concreto, rispetto all'altra, risultano idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

Analoga istanza può essere proposta da chi ha interesse ad ottenere provvedimenti d'urgenza atti a prevenire il pregiudizio derivante dalla soppressione od alterazione di uno stato di fatto che ha decisiva rilevanza ai fini dell'acquisizione delle prove necessarie per far valere una pretesa.

I provvedimenti di cui ai commi precedenti possono essere disposti anche in relazione a controversie devolute ad arbitri, nonché a controversie su cui hanno giurisdizione organi di giustizia amministrativa o giudici speciali.

Le disposizioni di questa sezione non si applicano quando sia possibile il ricorso a sequestri o a qualsiasi altro provvedimento cautelare.

Art. 701. — (Competenza).

Quando pende causa per il merito davanti al giudice ordinario, anche se sospesa o interrotta, è competente a pronunciare sulla domanda l'istruttore. Nei casi in cui questi non sia stato designato, il dirigente dell'ufficio giudiziario provvede a nominarlo, in via d'urgenza, in calce al ricorso.

Prima del procedimento, e in ogni altro caso, è competente il pretore del luogo in cui è sito l'ufficio giudiziario competente per il merito, ovvero del luogo in cui l'istante teme che stia per verificarsi il fatto dannoso.

Art. 702. — (Procedimento).

Il giudice, sentite le parti, procede, nel modo che ritiene più opportuno, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento e pronunzia ordinanza, con la quale fissa, in caso di accoglimento, un termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'inizio del procedimento di merito.

Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, pronunzia decreto, assunto, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a sette giorni, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a tre giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emessi col decreto e dispone ai sensi del primo comma.

riportando nel codice le ipotesi di provvedimenti cautelari sparsi in leggi speciali; c) di disciplinare le modalità di attuazione (in via di

Quando l'attuazione può ledere diritti dei terzi, il giudice deve cercare di conciliare, nel miglior modo possibile, l'interesse della giustizia col riguardo dovuto al diritto del terzo, e può, ove lo ritenga opportuno, ordinare la citazione del terzo, anche ad ora fissa, prima dell'emanazione del provvedimento di urgenza.

Art. 702 bis. — (Attuazione).

Il giudice determina con lo stesso provvedimento urgente le modalità dell'attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito.

Art. 702 ter. — (Provvedimento negativo).

L'ordinanza di incompetenza o di rigetto non preclude la riproposizione della domanda.

Con essa il giudice pronuncia definitivamente sulle spese del procedimento d'urgenza.

Art. 702 quater. — (Inizio del procedimento di merito).

Se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio fissato dal giudice ovvero se successivamente al suo inizio lo stesso si estingue, il provvedimento d'urgenza perde ogni efficacia.

In entrambi i casi, il giudice che ha emesso il provvedimento è competente a dichiarare con ordinanza l'inefficacia, ad emettere le disposizioni eventualmente necessarie per ripristinare la situazione precedente e a provvedere altresì sulle spese.

Art. 702 quinquies. — (Revoca e modifica).

Il giudice di merito può, in ogni stato e grado del processo, modificare e revocare con ordinanza il provvedimento di urgenza.

Nel corso dell'istruzione, l'istruttore provvede solo ove si siano verificati mutamenti nelle circostanze.

Quando pronuncia sentenza ai sensi dell'art. 279, il giudice può disporre, con separata ordinanza, che cessi l'efficacia del provvedimento d'urgenza e dare le misure che gli appaiono, secondo le circostanze, più opportune allo scopo. Con tali misure il giudice può anche disporre la conservazione o la conversione degli effetti dell'avvenuta esecuzione ai fini dell'ordinaria tutela esecutiva della pretesa urgentemente cautelata.

Dopo il deposito del lodo arbitrale, alle misure indicate nei commi che precedono provvede il pretore che ha emesso il provvedimento d'urgenza.

Fuori dei casi previsti dai precedenti commi, si applica il 2° comma dell'art. 702 quater.

Art. 702 sexies. — (Cauzione).

Con l'ordinanza di accoglimento o di conferma ovvero con il provvedimento di modifica o di revoca il giudice può imporre, valutata ogni circostanza, una cauzione.

Art. 702 septies. — (Sanzione penale).

In caso di inosservanza della misura cautelare prevista dalle norme che precedono, si applica l'art. 388 comma 2° c.p. qualunque sia l'oggetto della pretesa tutelata.

esecuzione forzata e di misure coercitive) delle singole misure cautelari tipiche<sup>47</sup>.

III) Sarebbe opportuno — con riferimento a controversie particolari nelle quali è presumibile che situazioni non contingenti possano spingere il convenuto ad abusare del diritto di difesa allo scopo di allungare la durata del processo « a cognizione piena ed esauriente » e nelle quali non è possibile o opportuno il ricorso a misure cautelari — prevedere dei meccanismi diretti a disincentivare l'interesse del convenuto alla durata del processo, inasprendo le sanzioni civilistiche in ipotesi di soccombenza (nel senso di giungere fino al punto di ricollegare a titolo di responsabilità oggettiva il risarcimento dei danni per responsabilità aggravata disciplinato in via generale dall'art. 96 comma 1°), non escludendo *a priori* la possibilità di fare ricorso anche a sanzioni penali, in genere utilizzando tecniche della specie di quelle utilizzate dalla recente riforma del processo del lavoro con gli artt. 429, 3° comma, 423, 1° comma, 431<sup>48</sup>.

14. — C) In considerazione soprattutto dell'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale adeguata alle situazioni di vantaggio a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale:

<sup>47</sup> Seguendo l'esempio del § 926 della ZPO sarebbe quanto meno da prendere in considerazione la possibilità di rendere meno rigido di quanto è nella legislazione vigente il nesso di strumentalità tra procedimento cautelare e procedimento principale. Come è noto secondo il § 926, ZPO, in caso di rilascio di provvedimento cautelare prima dell'inizio della causa di merito, questa non deve necessariamente avere inizio entro un termine prefissato dal legislatore (come ad es. nell'art. 680) o disposto d'ufficio dal giudice contestualmente alla emanazione del provvedimento cautelare (come ad es. nell'art. 689, ult. comma, e nell'art. 702, 2° comma); il termine perentorio per l'inizio della causa di merito, secondo il legislatore tedesco, deve essere fissato dal giudice solo su istanza di parte anche successivamente all'emanazione del provvedimento.

<sup>48</sup> Una tecnica di questo genere andrebbe utilizzata, anche per esigenze di economia dei giudizi, nelle controversie fra danneggiato e società assicuratrice con un vigore ben maggiore di quello mostrato dal legislatore della riforma RCA (d.l. 23 dicembre 1976, n. 857 conv. con modif. in legge 26 febbraio 1977, n. 30) negli artt. 3, 5 e 5bis (sui quali si veda G. FAUBRINI, *Sulla nuova legge dell'assicurazione obbligatoria R.C.A.: aspetti processuali della legge 26 febbraio 1977, n. 30*, in *Riv. giur. circ. e trasp.* 1978, p. 382 ss., nonché il mio intervento riportato in *Dir. e giur.* 1977, p. 499 ss.).

I) Sarebbe da prevedere un modello di procedimento sommario a contraddittorio anticipato articolato secondo queste linee principali: — instaurazione mediante ricorso in modo tale da provocare la rapida comparizione obbligatoria delle parti innanzi al giudice; — eccezione fatta dell'obbligo di convocazione delle parti e dello svolgimento dell'attività istruttoria nel contraddittorio delle parti, le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio non sono pre-determinate dal legislatore, ma rimesse alla discrezionalità del giudice cui è attribuito il potere di assumere sommarie informazioni; — l'istruzione — salvo la garanzia costituita dallo svolgersi nel contraddittorio delle parti — è informale, non è assoggettata cioè alle regole oggi previste dalla sezione III del primo titolo del II libro del c.p.c., e, per esplicita volontà del legislatore, deve essere sommaria perché superficiale (il che non toglie ovviamente, che stante l'attuale disfunzione dei processi « a cognizione piena ed esauriente », essa non possa risultare più penetrante di quella che si svolge secondo le regole del secondo libro): deve cioè mirare alla ricerca della verosimiglianza e della probabilità più che della verità e della certezza; — il procedimento si conclude con un provvedimento avente forma e contenuto diversi dalla sentenza, dotato di efficacia esecutiva e/o costitutiva; — il provvedimento totale di rigetto non preclude la riproposizione della domanda anche in via ordinaria; — contro il provvedimento di accoglimento la parte soccombente può proporre opposizione entro un termine di decadenza: l'opposizione instaura un giudizio di primo grado a cognizione piena il quale si conclude con una sentenza (di accoglimento o di rigetto) contenente un accertamento suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata ex art. 2909; — l'estinzione del giudizio di opposizione rende immutabile il provvedimento sommario; — si potrebbe prevedere o che l'opposizione vada proposta innanzi allo stesso ufficio giudiziario che ha emanato il provvedimento sommario, e che la sentenza di primo grado emanata a termine del giudizio di opposizione sia assoggettata alla disciplina ordinaria delle sentenze di primo grado, ovvero che l'opposizione vada proposta innanzi al giudice collegiale (Tribunale) di grado superiore al giudice monocratico ( Pretore) che ha emanato

il provvedimento sommario, e che la sentenza di primo grado emanata a termine del giudizio di opposizione non sia appellabile; — occorrerebbe infine prevedere la possibilità o la necessità di revoca del provvedimento sommario ove nella sentenza emanata a termine del processo « a cognizione piena ed esauriente » sia accertata l'inesistenza del diritto<sup>49</sup>.

II) Sono da individuare le situazioni di vantaggio, i diritti la cui tutela giurisdizionale è assicurata — oltre che attraverso il processo « a cognizione piena ed esauriente », fondamentalmente — dal ricorso a tale procedimento sommario. A mio avviso una soluzione potrebbe essere la seguente: il legislatore dovrebbe indicare genericamente che oggetto del procedimento possono essere *tutti i diritti a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale*: questa enunciazione di massima dovrebbe essere seguita da una elencazione — esplicitamente dichiarata non tassativa — che potrebbe fare riferimento ad es. ai diritti della personalità, alle libertà previste dalla Costituzione, al diritto agli alimenti o al mantenimento, alle azioni di repressione della concorrenza sleale o di violazione a divieti di concorrenza, alle azioni a tutela dei diritti di brevetti per invenzioni industriali o per marchi d'impresa, all'azione di impugnazione di licenziamenti o trasferimenti illegittimi, all'azione con cui il lavoratore avviato dall'ufficio di collocamento chiede l'integrazione nell'azienda, alle azioni dirette ad ottenere l'esecuzione di obblighi legali a contrarre, alle azioni a tutela degli obblighi di manutenzione che gravano sulle parti del rapporto di locazione, alle azioni di responsabilità extracontrattuale proposte da chi si sia venuto a trovare in stato di bisogno a seguito di illecito civile, alle

<sup>49</sup> In collegamento con la riforma dell'ordinamento giudiziario (e subordinatamente a tale riforma) si potrebbe anche — seguendo un suggerimento indicato da Fabbrini — prevedere che, su istanza del convenuto soccombente, il provvedimento sommario possa essere sottoposto ad un controllo immediato di mera regolarità formale (con indicazione analitica e tassativa dei vizi, quali il difetto di competenza o la palese violazione di quel minimo di garanzia del contraddittorio prevista anche nella fase sommaria) innanzi ad un apposito organo collegiale — garante del rispetto delle regole del gioco — da istituire presso il tribunale e composto da magistrati designati dal consiglio giudiziario.

azioni possessorie, ecc. Sarebbe poi compito del legislatore sostanziale specificare eventuali ulteriori requisiti di ammissibilità, con riferimento alle singole situazioni sostanziali (si pensi ai requisiti oggi indicati dagli artt. 1168 ss. c.c. 18, 4° comma, l. n. 300/1970 o 24 l. n. 990/1969). La soluzione prospettata (indicazione generica dei diritti a contenuto e/o funzione non patrimoniale seguita da una elencazione non tassativa) mi sembra che se *per un verso* garantisce quella esigenza di tipicità essenziale per assicurare a livello di effettività la tutela da parte di tutti i giudici (limitando il potere discrezionale del singolo magistrato ed ovviando agli inconvenienti attualmente derivanti dalla possibilità di mero ricorso ad una norma quale l'art. 700, inconvenienti denunciati *supra* al § 11) *per altro verso*, con il suo fare riferimento ad un modello processuale *unico*, evita il proliferare di singoli procedimenti sommari relativi a singole situazioni sostanziali.

III) Poiché: *a*) molto spesso il bisogno di tutela dei diritti a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale ha carattere non solo repressivo (non è diretto cioè solo ad eliminare gli effetti della violazione già compiuta) ma anche e soprattutto *preventivo* (è diretto cioè a garantire che gli obblighi del convenuto siano adempiuti spontaneamente, poiché solo in caso di adempimento spontaneo il titolare del diritto non subisce un pregiudizio irreparabile); *b*) spesso gli obblighi oggetto del provvedimento di condanna hanno carattere infungibile (non sono cioè suscettibili di attuazione in via surrogatoria da parte di un terzo); *c*) spesso si tratta di obblighi a carattere continuativo o periodico; - sarebbe opportuno prevedere esplicitamente che il provvedimento sommario di condanna possa avere ad oggetto anche obblighi infungibili a carattere continuativo o periodico (possa avere cioè anche contenuto inibitorio e/o di condanna in futuro). In via non tassativa sarebbe pertanto opportuno indicare che il provvedimento di condanna possa avere ad oggetto: *a*) il pagamento di somme di denaro anche a scadenze periodiche; *b*) l'adempimento di obblighi di consegnare beni mobili (anche fungibili) a scadenze periodiche, o di rilasciare beni immobili; *c*) l'adempimento di obblighi fungibili o infungibili di fare

anche a carattere continuativo; *d*) l'adempimento di obblighi (per definizione infungibili) di non fare o di *pati* anche a carattere continuativo.

IV) Quanto alle modalità di attuazione dei provvedimenti di condanna, poiché: *a*) si è alla presenza di diritti i quali necessitano di forme rapidissime di tutela; *b*) molto spesso si è alla presenza di condanna all'adempimento di obblighi non suscettibili di esecuzione forzata (a volte perché hanno carattere infungibile, a volte perché il bisogno di tutela è preventivo e non repressivo); sarebbe opportuno prevedere che — salva la possibilità del ricorso ai procedimenti di esecuzione forzata nelle forme del terzo libro, e la necessità di tale ricorso ove la condanna abbia ad oggetto il pagamento di somme di denaro o il rilascio di immobili —: *aa*) l'attuazione dei provvedimenti di condanna in queste ipotesi (anche se emanati a termine di un processo « a cognizione piena ed esauriente ») sia assicurata anche da incisive misure coercitive (modellate sulla falsariga del secondo comma dell'art. 388 c.p. e/o delle *astreintes* francesi e/o dei §§ 888 e 890 della Z.P.O.); *bb*) l'irrogazione delle sanzioni, in cui si risolvano le misure coercitive in ipotesi di violazione, sia di competenza dello stesso giudice che ha emanato il provvedimento, sulla falsariga di quanto oggi previsto dagli artt. 86 ult. comma e 66 ult. comma delle leggi sui brevetti per invenzioni industriali e per marchi d'impresa; *cc*) l'esecuzione forzata di obblighi di fare fungibili, di consegnare o rilasciare beni, o di riduzione in pristino di quanto è stato effettuato in violazione della condanna a non fare, avvenga sotto il controllo dello stesso giudice che ha emanato il provvedimento, sulla falsariga di quanto suggerito da Andrioli in sede di interpretazione dell'attuale art. 691 c.p.c.<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Una prima molto rudimentale bozza per la redazione di un articolato relativo al *procedimento sommario urgente non cautelare* cui si è fatto riferimento nel testo al § 14 potrebbe essere la seguente:

Art. 1. — (*Condizioni di ammissibilità*).

Tramite il procedimento sommario disciplinato dagli articoli seguenti possono essere fatti valere tutti i diritti a contenuto e/o a funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale.

15. — V) Sarebbe opportuno prevedere, con riferimento ai diritti cui è applicabile il ricorso a questa specie di tutela sommaria urgente, ove l'attore o la controparte abbia già instaurato un processo « a cognizione piena ed esauriente » avente ad oggetto proprio uno di tali diritti: — che la parte possa in ogni momento del giudizio di primo (o di secondo) grado domandare l'emanazione di un provve-

A tale categoria appartengono i diritti della personalità, i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, il diritto agli alimenti e al mantenimento, il diritto al risarcimento dei danni di chi si sia venuto a trovare in stato di bisogno a causa di un fatto illecito altrui, le azioni di repressione della concorrenza sleale o di violazioni di divieti di concorrenza, le azioni a tutela dei diritti di brevetto per invenzione industriale o per marchi d'impresa, l'azione di impugnazione di licenziamenti o trasferimenti illegittimi del lavoratore, l'azione con cui il lavoratore avviato dall'ufficio di collocamento chiede l'integrazione nell'azienda, le azioni dirette a ottenere l'attuazione di obblighi legali a contrarre, le azioni a tutela degli obblighi di manutenzione che gravano sulle parti di un rapporto di locazione di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione, le azioni possessorie.

L'elencazione contenuta nel comma precedente non ha carattere tassativo.

Art. 2. — (Competenza. Introduzione del processo).

La domanda si propone con ricorso al pretore del luogo in cui è sito l'ufficio giudiziario che sarebbe competente a conoscere della domanda proposta in via ordinaria.

Il pretore con urgenza fissa con decreto la data dell'udienza di comparizione obbligatoria delle parti avanti a sé, cercando, nella fissazione di tale data, di temperare l'urgenza propria del caso concreto con il tempo sempre in concreto presumibilmente necessario al convenuto per apprestare la sua difesa. Ricorso e decreto sono notificati al convenuto a cura del ricorrente entro il termine perentorio assegnatogli dal giudice.

Il ricorso, fermi restando i requisiti generali richiesti dall'art. 125, deve contenere l'analitica indicazione del diritto fatto valere in giudizio, del provvedimento richiesto, delle ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della domanda e degli elementi di prova. In caso di indicazione generica di tali requisiti, il pretore, anziché fissare con decreto l'udienza di comparizione obbligatoria delle parti innanzi a sé, rigetta con decreto il ricorso.

Art. 3. — (Trattazione e decisione).

All'udienza, sentite le parti, il pretore procede nel modo che ritiene più opportuno, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto e, in caso di accoglimento, definisce la fase sommaria del processo con ordinanza immediatamente esecutiva; l'ordinanza può avere ad oggetto anche la condanna all'adempimento di obbligazioni infungibili e/o a carattere continuativo o periodico.

Il provvedimento totale di rigetto per ragioni di merito o di rito non preclude la riproposizione della domanda in qualsiasi forma.

dimento sommario anticipatorio; — che su tale istanza si debba provvedere a termine di un subprocedimento in contraddittorio; — che il provvedimento, se di accoglimento, possa essere attuato secondo le modalità indicate retro al § 14 sub IV; — che il prov-

Art. 4. — (Contumacia del convenuto nella fase sommaria).

Se il convenuto non si è costituito nella fase sommaria del procedimento, l'ordinanza di accoglimento anche parziale acquista efficacia esecutiva solo a seguito della sua notificazione al contumace. La notificazione deve essere effettuata a cura del ricorrente, entro il termine perentorio di quindici giorni dalla pubblicazione della pronuncia; in mancanza di tale notificazione, l'ordinanza perde ogni efficacia.

Art. 5. — (Opposizione).

Contro l'ordinanza di accoglimento anche parziale la parte soccombente può proporre opposizione innanzi al tribunale entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento; per il convenuto rimasto contumace nella fase sommaria il termine comincia a decorrere dalla notificazione dell'ordinanza.

L'opposizione instaura un giudizio ordinario di cognizione di primo grado che si conclude con sentenza non soggetta ad appello.

L'estinzione del giudizio di opposizione non determina l'inefficacia dell'ordinanza.

La sentenza che accoglie l'opposizione proposta dal convenuto nella fase sommaria determina la revoca automatica dell'ordinanza, ma gli atti di esecuzione già compiuti perdono efficacia solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza stessa.

Se è accolta l'opposizione proposta dall'attore nella fase sommaria, o se è accolta solo in parte l'opposizione proposta dal convenuto nella fase sommaria, gli atti di esecuzione già compiuti in base all'ordinanza conservano i loro effetti nei limiti di quanto è consentito dalla sentenza di accoglimento.

Durante l'istruzione del giudizio di opposizione l'efficacia esecutiva dell'ordinanza può essere sospesa solo se sopravvengono mutamenti nelle circostanze.

Art. 6. — (Impugnazioni straordinarie e immutabilità dell'ordinanza).

Decorso il termine per proporre opposizione, o estintosi il giudizio di opposizione, l'ordinanza può essere impugnata solo per revocazione nei casi indicati nei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395, e con opposizione del terzo.

La mancata opposizione o l'estinzione del giudizio di opposizione garantisce solo la stabilità degli effetti esecutivi dell'ordinanza e non anche l'immutabilità dell'accertamento in essa contenuto nei futuri giudizi fra le stesse parti nei quali il diritto accertato sommariamente rilevi quale elemento della causa pendenti di un diverso *petitum*.

Art. 7. — (Modalità di attuazione).

L'attuazione della ordinanza e della sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è assicurata anche tramite il ricorso a misure coercitive da introdurre in via generalizzata in sede di riforma del terzo libro del c.p.c.: in mancanza di tale riforma la parte soccombente che non ottempera all'ordinanza o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punita ai sensi del secondo comma dell'art. 388 c.p., qualunque sia l'oggetto della pretesa tutelata.

vedimento possa essere modificato solo con la sentenza che definisce il processo « a cognizione piena ed esauriente »; — che l'estinzione del processo « a cognizione piena ed esauriente » renda immutabile il provvedimento sommario.

VI) Seguendo il felice suggerimento dell'art. 24 l. 990/1969, sarebbe opportuno consentire che nell'ipotesi in cui sia iniziata l'azione penale e la decisione del reato influisca sulla decisione di una controversia civile della specie di quelle ora in esame, il provvedimento sommario possa essere chiesto ed ottenuto — secondo le forme e agli effetti sopra descritti — o dal giudice penale innanzi al quale è esercitata o trasferita l'azione civile, o dal giudice civile, operando poi i raccordi necessari sulla falsariga di quanto detto nel precedente e in questo paragrafo *sub* I e V per quanto attiene il controllo in sede di processo « a cognizione piena ed esauriente ».

16. — D) I rilievi svolti precedentemente (*retro* nel § 11) in ordine all'attuale art. 700, ed in particolare alla sua tipica funzione di norma atipica di chiusura, inducono, infine, a ritenere opportuno che fra i procedimenti cautelari sia riprodotta (in una versione razionalizzata ad es. sulla base dello schema approvato nel 1974) una norma di tale specie. Mi sembra, infatti, evidente che il tentativo di tipicizzare sulla falsariga di quanto esposto nel § 14 un procedimento sommario non cautelare idoneo a rispondere ai bisogni di tutela urgente (emersi dalla pratica applicazione dell'art. 700) delle situazioni di vantaggio a contenuto e/o a funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, così come il tentativo di allargare la tutela sommaria monitoria anche per munirsi di un titolo esecutivo relativo ad obblighi di fare, non sia sufficiente né a coprire tutta l'area oggi ricoperta dall'art. 700, né soprattutto ad escludere che in futuro emergano bisogni di tutela diversi da quelli cui oggi si cerca di rispondere in via di tutela sommaria non cautelare.

È quindi, prima che opportuno, indispensabile (ai fini della garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel suo complesso) conservare (migliorata) una norma di chiusura quale l'art. 700, che, prevedendo un potere cautelare generale, consenta al giudice, in qual-

siasi caso di pericolo nel ritardo, di stabilire volta per volta i provvedimenti urgenti da emanare, con la esplicita previsione che questi provvedimenti possano avere carattere anticipatorio della futura decisione a cognizione piena e non solo conservativo. Mi sembra anche opportuno che questa norma di chiusura, proprio perché necessariamente molto elastica sia quanto ai presupposti sia quanto al contenuto del provvedimento, preveda un procedimento sommario a struttura *cautelare*: la struttura cautelare, infatti, subordinando il permanere dell'efficacia del provvedimento sommario alla instaurazione di un processo « a cognizione piena ed esauriente » e alla sua non estinzione, e comunque instaurando un nesso di strumentalità necessaria tra provvedimento cautelare e sentenza emanata a termine di un processo « a cognizione piena ed esauriente », limita notevolmente i rischi intrinseci al ricorso alla tutela sommaria, e limita pertanto (se adeguatamente disciplinata) i rischi (gravissimi) derivanti da un abuso nel ricorso ad una tutela quale quella sommaria che per definizione tende alla verosimiglianza e alla probabilità e non alla verità ed alla certezza.

Allo scopo di evitare che strumenti diretti a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (quali sono le misure cautelari conservative, indicate *retro* al § 13 *sub* II, il procedimento sommario urgente indicato *retro* al § 14, e il procedimento cautelare atipico indicato in questo paragrafo) possano essere paralizzati da eventuali errori della parte istante nella individuazione del singolo procedimento idoneo a garantire tutela al suo diritto, sarebbe opportuno: *a*) prevedere forme procedurali se non identiche molto affini per tutte e tre le specie di procedimenti indicati; *b*) disciplinare la competenza secondo criteri unitari; *c*) consentire una certa qual interscambiabilità tra queste tre specie di procedimenti, nel senso che il giudice possa prospettare alla parte istante l'opportunità di modificare le sue richieste, e che tale modificazione della domanda originaria (che dovrebbe comunque essere portata a conoscenza del convenuto contumace o assente, e che in ogni caso dovrebbe comportare la concessione di un breve termine al convenuto anche se presente per con-

sentirgli di modificare la difesa) permetta al giudice di concludere un procedimento iniziato ad es. sotto le vesti di un procedimento cautelare tipico o di un procedimento sommario non cautelare, con un provvedimento cautelare atipico e viceversa.

ANTONIO TIZZANO

I PROVVEDIMENTI URGENTI  
NEL PROCESSO COMUNITARIO