

Introduzione

SOMMARIO: 1. La cognizione sommaria: un tentativo preliminare di definizione. – 2. I precedenti storici del rito sommario di cognizione.

1. La cognizione sommaria: un tentativo preliminare di definizione

Il principale problema della giustizia civile, da anni, è senz'altro quello della eccessiva durata dei processi. La situazione è, purtroppo, sotto gli occhi di tutti, anche a livello internazionale e questo danneggia non solo l'immagine del nostro paese ma anche la sua competitività e la sua attrattività sul piano economico e commerciale. Le cause sono molteplici e non mi è possibile analizzarle qui.

Sul piano delle regole procedimentali, si osserva che la eccessiva durata del processo derivi (anche) dalle strutture eccessivamente formali e rigide del processo ordinario di cognizione. Le regole del secondo libro del c.p.c., in effetti, configurano un modello procedimentale che si sviluppa su una serie consecutiva di udienze, intervallate, nella fase iniziale, dallo scambio di numerose difese scritte. Fino ad almeno qualche anno fa, tale schema non prevedeva particolari opzioni o strumenti per l'accelerazione dei tempi processuali. Anche cause di non particolare complessità istruttoria, dunque, nei tribunali più affollati o meno efficienti, hanno una durata media di due o tre anni.

Il rito ordinario, in particolare, concede limitati margini al giudice per indirizzare il procedimento su binari non preventivamente determinati dalla legge.

Certamente, il rito ordinario di cognizione rappresenta nel nostro ordinamento lo strumento per il più approfondito ed articolato sviluppo del contraddittorio tra le parti, consentendo la formazione per stratificazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* e fornendo la migliore garanzia

del giusto processo attraverso la predeterminazione per legge dei vari passaggi processuali e delle modalità di esercizio del diritto di difesa delle parti e dei poteri del giudice. Il procedimento ordinario, d'altro canto, proprio per la sua complessità strutturale, finalizzata al più approfondito accertamento in fatto e alla conseguente stabilità della relativa decisione in diritto, richiede inevitabilmente un consistente investimento in termini di denaro, risorse ed attività sia per le parti che per l'ordinamento (oltre che per il singolo giudice investito della decisione)¹. Esso, inoltre, impone alle parti e al giudice il rispetto di forme e termini in modo tendenzialmente rigido e sovente perentorio.

Proprio per tali sue caratteristiche, il modello ordinario si presta a non soddisfare in modo adeguato le esigenze di tutela con riferimento a determinate controversie o situazioni².

Da sempre, il legislatore processuale, dunque, in Italia, come altrove, cerca alternative al rito qualificato come “ordinario”, che consentano di offrire modelli procedimentali più snelli, deformalizzati e in un'ultima analisi più rapidi. La tendenza “storica” anzi è rappresentata proprio dalla trasformazione in “ordinario” di modelli procedimentali introdotti per reagire alla rigidità dei riti ordinari di cui prendono poi il posto nel sistema³. L'adegua-

¹ PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 701, rilevava come il processo ordinario, con tutti i possibili perfezionamenti tecnici, sia destinato comunque a restare troppo affollato, troppo lungo e troppo costoso.

² SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 604, al riguardo, osserva che, da sempre il processo ordinario di cognizione è stato ritenuto insufficiente a garantire da solo una effettiva e soddisfacente tutela dei diritti. Per l'a., le carenze del processo ordinario sarebbero da attribuire al rigore e alla complessità delle formalità procedurali cui questo processo è sempre stato caratterizzato: l'efficienza pratica dei processi sommari è, invece, da ricercare nella semplicità delle disposizioni che li regolano, che consentono un intervento giurisdizionale più immediato ed efficace.

³ La dottrina ha, anzi, messo in risalto che, nell'esperienza storica non appena si attua il consolidamento di un certo assetto processuale, sino ad assurgere al rango di modello ordinario, si riscontra il sorgere di figure speciali di procedimento che rappresentano non solo deviazioni da quel modello, ma anche vere e proprie negazioni di esso, nella misura in cui vengono ad alterarne lo schema formale, essenzialmente in vista di una semplificazione, che si prefigge o viene presentata in funzione di una maggiore aderenza alle concrete (o ritenute tali) esigenze di tutela: V. anche SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 604, che osserva che in tutte le esperienze storiche dal basso medioevo in poi il processo ordinario è sempre stato affiancato da riti sommari e/o speciali. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 579. V. pure CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 6 ss. Si osserva pure come il fatto che il processo ordinario sia sempre stato il rito garantista ma inefficiente e i processi sommari i riti meno garantisti ma più efficienti abbia determinato che i processi sommari indeterminati di una

mento del modello ordinario alle concrete esigenze di tutela, peraltro, può imporre la contropartita di una perdita di garanzie formali⁴.

I procedimenti che si discostano dal modello ordinario sono, per questo, qualificati come “speciali”⁵. La qualifica di “speciale” attribuita ad un procedimento non ha di per sé alcun significato preciso e la formula stessa non ha un valore positivo, essendo essa, in effetti, caratterizzata dal fatto di contrassegnare una deviazione dalla struttura del procedimento dallo schema astratto del processo contenzioso ritenuto a priori come un modello ordinario⁶.

Come è stato osservato, inoltre, storicamente, il concetto di processo sommario nacque proprio per contrapposizione a quello di processo ordinario, di modo che sommari erano qualificati tutti quei procedimenti che, in vario modo e per vari motivi, si distanziavano dall’ordinario⁷.

Nell’esperienza processuale italiana (ma non solo), in effetti, il diffondersi dei riti speciali è stato collegato, a partire dalla stagione delle riforme “sociali” della fine degli anni ’60, all’attuazione della c.d. tutela giurisdizionale differenziata di determinate categorie di soggetti o di diritti⁸. In quest’ottica,

certa epoca storica si siano normalmente trasformati nei processi ordinari della legislazione successiva, in una evoluzione che ha portato ad una progressiva e costante riduzione delle formalità processuali: Scarselli, *La condanna con riserva*, cit., p. 606. L’a., p. 598 ss., osserva pure che non esistono schemi stereotipati e sempre validi di processi ordinari e sommari e tutto è assolutamente relativo.

⁴ V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, cit., p. 616, per il quale nei procedimenti speciali è da ravvisare il punto di emersione di concrete esigenze di tutela, che si sono foggiate lo strumento più acconcio a darvi soddisfazione, attraverso la elaborazione di schemi formali semplificati in quel che concerne le modalità di attuazione della partecipazione degli interessati al procedimento. All’esigenza di approdare più agevolmente all’atto finale del procedimento, peraltro, si è creduto di sacrificare almeno in parte le garanzie formali del processo ordinario.

⁵ Come osserva FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 803, in via di prima approssimazione, “è sommario il procedimento diverso da quello di cognizione ordinaria”.

⁶ COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, cit., p. 578.

⁷ SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 481.

⁸ COLESANTI, *op. cit.*, p. 618, peraltro esprimeva sorpresa nel vedere proclamata la tutela differenziata con un sapore di novità laddove essa sarebbe stata piuttosto coeva alla storia degli istituti processuali; per una rassegna degli interventi più importanti dell’esperienza italiana, v. CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l’oralità per un processo civile efficiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1285 ss., il quale osserva che, come conseguenza del fenomeno, il processo non è più considerato come una tecnica neutra ma è utilizzato per correggere le disparità del rapporto sostanziale, in modo da offrire stru-

le norme processuali tendono a perdere la loro (teorica) “neutralità” e vengono modellate in modo da cercare di riequilibrare situazioni sostanziali caratterizzate da sperequazioni sociali o economiche⁹. La politica della tutela differenziata dei diritti, peraltro, come è noto, ha perso, nel tempo la sua spinta “sociale”, per trasformarsi in una più o meno indiscriminata tendenza alla specializzazione/sommarizzazione del processo¹⁰, con l’introduzione di una moltitudine di nuovi riti e sotto-riti per disciplinare le situazioni più disparate, fuori da qualsiasi progetto sistematico e, sovente, senza una visione coerente d’insieme¹¹.

Seppure il ricorso a forme di tutela fondate sulla cognizione sommaria del giudice sia, come si è visto, del tutto normale e storicamente coesistente ad ogni sistema processuale evoluto, la dottrina critica da tempo l’ampiezza che il fenomeno sta assumendo nel nostro ordinamento¹², tanto da assumere le forme di una incontrollata deriva legislativa¹³.

menti privilegiati al soggetto più debole (p. 1287); v. p. 1284 ss., per una rassegna degli interventi della stagione di riforme di fine anni ’60, inizio anni ’70; COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1513 ss., il quale, p. 1523, si chiede a quali condizioni la predisposizione, in sé legittima, di modelli “speciali” di processo e di forme “differenziate” di tutela giurisdizionale sia compatibile con i principi sanciti dagli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost.; VOCINO, *Intorno al nuovo verbo “tutela giurisdizionale differenziata”*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, vol. II, t. 1, Milano, 1984, p. 773 ss.; di recente, v. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 167 ss.

⁹ DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 455, per cui con questo modello il legislatore ritiene in concreto che determinate situazioni sostanziali emergenti meritino una protezione processualmente differenziata. L’a. individua l’esistenza di un filo rosso tra la proposta di tutele differenziate e i nuovi diritti espressi dalla evoluzione economico-sociale; CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria*, cit., p. 1287.

¹⁰ Critico VOCINO, *Intorno al nuovo verbo “tutela giurisdizionale differenziata”*, cit., p. 814 ss. che si esprime in termini di “giustizia sommaria”.

¹¹ Al riguardo appare condivisibile l’osservazione di CARPI, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria*, cit., p. 1283, per cui “la moltiplicazione dei modelli è fonte di complicazioni e inefficienza”. Per TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa: quali indicazioni per il legislatore italiano?*, in *Quarto rapporto sulla giustizia civile in Italia. Le recenti riforme del processo civile in Italia e in Europa*, Parma, 2015, p. 135, la strada della c.d. tutela giurisdizionale differenziata avrebbe portato solo alla proliferazione dei procedimenti speciali, con il pericolo di una frammentazione delle tutele.

¹² GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 140.

¹³ CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

Le perplessità divengono ancora maggiori ove si metta in rilievo che la concessione di sempre più ampi spazi alla cognizione sommaria del giudice civile è stata generalmente effettuata per arginare e trovare un rimedio a costo zero alla grave e ormai cronica crisi in cui versa l'amministrazione della giustizia civile nel nostro Paese¹⁴. Come si vedrà, in tale contesto, assume fondamentale (e molto criticato) rilievo il sempre più frequente utilizzo del procedimento in camera di consiglio.

In uno scenario di questo tipo, molti interpreti hanno messo in guardia contro il rischio di marginalizzazione del rito ordinario, destinato quasi a divenire residuale¹⁵, e contro l'eccessiva atomizzazione delle regole processuali¹⁶.

Si registra, in altre parole, una notevole frizione tra l'esigenza di conseguire una tutela giurisdizionale effettiva, per cui a bisogni diversi debbono corrispondere forme diverse di tutela, e la necessità di evitare che la giustizia si frantumi in una miriade di procedure particolari¹⁷, come appunto si è verificato in Italia.

Il modello processuale incide sulla nozione di cognizione che con lo stesso viene realizzata, distinguendosi, al riguardo, tra le cognizioni c.d. piene e quelle qualificate come sommarie. La cognizione piena connota il c.d. rito ordinario. I riti speciali, che deviano da quello ordinario per una o più connotazioni, possono portare ad una cognizione sia piena che sommaria.

In dottrina, i due tratti essenziali della cognizione piena sono individuati nel fatto che il contraddittorio è provocato sin dall'inizio e prima della pronuncia del provvedimento nonché nella predeterminazione legale delle forme e dei termini in cui si svolge l'attività delle parti e del giudice¹⁸. E,

1980, p. 237, ad esempio, evidenzia, la profonda diversità tra la differenziazione di tutela per un complesso di rapporti chiaramente individuati e la previsione di pluralità di riti per ipotesi specifiche.

¹⁴ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 137.

¹⁵ Preoccupato al riguardo PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 709.

¹⁶ CARPI, *Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., p. 238, che auspicava un'inversione di tendenza che escludesse a chiare lettere la marginalizzazione del rito ordinario.

¹⁷ PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.*, cit., p. 704.

¹⁸ V. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, reperibile al link: https://www.academia.edu/28707642/_Caponi_2016_Rigidit%C3%A0_e_flessibilit%C3%A0_del_processo_di_cognizione_On_the_Flexibility_of_Civil_Procedure_, p. 5, per il quale l'essenza della cognizione piena consiste nella predeterminazione dei poteri processuali delle parti e del giudice nella fase preparatoria, istruttoria e decisoria, con riduzione al minimo di poteri

in effetti, il modello ordinario di tutela è contraddistinto, per quanto ci interessa suì, dalla completezza dell’analisi effettuata dal giudice in merito ai fatti di causa prima dell’emissione del provvedimento finale¹⁹ e dalla dettagliata regolamentazione normativa del suo *iter* procedimentale²⁰, per consentire la ricerca tendenziale della verità e della certezza e non solo della probabilità e della verosimiglianza²¹. In particolare, tale regolamentazione dettagliata riguarda il regime delle allegazioni delle parti nonché la disciplina relativa all’assunzione dei mezzi di prova e alle scansioni tem-

discrezionali del giudice capaci di incidere sul contenuto della sua decisione; PROTO PISANI, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 144.

¹⁹ CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1120, afferma, infatti, che il processo ordinario è sempre un processo a cognizione piena; per LOMBARDO, *Natura e caratteri dell’istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 484, la cognizione può definirsi “piena” quando il *thema decidendum* della causa è esaminato in tutti gli elementi fattuali che lo compongono, all’interno di un procedimento nel quale si realizza la pienezza del contraddittorio tra le parti e non sono previste deroghe alle disposizioni sulle prove dettate per l’ordinario processo di cognizione. La cognizione, invece, può definirsi “sommaria” quando l’esame del *thema decidendum* è in qualche modo limitato dalla non pienezza del contraddittorio e/o dalle deroghe alle disposizioni sulle prove previste per il processo ordinario.

²⁰ BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 57, osserva come nella cognizione piena la gestione dell’attività sia scarsamente lasciata alle scelte discrezionali del giudice di caso in caso, essendo appunto il percorso scandito da norme generali e astratte preesistenti. Per PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 412, il valore della cognizione piena è dato dalla circostanza che le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio non sono rimesse alla determinazione discrezionale del giudice, ma sono per la massima parte disciplinate per legge. Perché si abbia cognizione piena è necessario, pertanto, per l’a., che si abbia predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei corrispondenti poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice in merito alle allegazioni su domande ed eccezioni, nonché ai meccanismi di conoscenza del fatto e ai termini di difesa. Secondo GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile*, cit., p. 142, ciò che contraddistingue la cognizione piena non è tanto come si è svolto il processo in base ad una valutazione *ex post*, quanto la dettagliata predeterminazione legale di tutti i passaggi salienti del giudizio e della massima parte delle attività ivi svolte dalle parti e dal giudice. Per l’a., sarebbe, dunque, necessario che il procedimento si svolgesse attraverso un modello ritenuto idoneo *ex ante* dal legislatore ad assicurare alle parti il pieno esercizio di tutte le facoltà difensive. Perché si abbia cognizione piena, inoltre, sarebbe necessario che l’integrale rispetto delle garanzie difensive delle parti sia assicurato da un modello procedimentale scelto in via preventiva dal legislatore.

²¹ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali (studi offerti a Virginio Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979, p. 312.

porali per il compimento delle attività delle parti e del giudice in ogni fase per procedimento²².

I procedimenti speciali non sono sommari quando, pur differenziandosi dal modello “ordinario” sotto alcuni aspetti formali, sono però strutturalmente finalizzati a garantire un livello di approfondimento istruttorio ed una predeterminazione legale dei ritmi processuali del tutto analoghi a quello del rito ordinario stesso e di cui la legge si preoccupa di disciplinare le modalità di svolgimento in modo tendenzialmente esaustivo²³. Il riferimento è ai procedimenti speciali a cognizione piena, introdotti (con varianti e differenze più o meno estese rispetto al modello ordinario) per offrire tutela processuale differenziata a determinate categorie di diritti. È il caso, ad esempio, del rito del lavoro o del procedimento di separazione/divorzio.

Sovente, tali riti “alternativi” si differenziano da quello “ordinario” per una semplificazione delle forme. Essi sono, dunque, qualificabili come sommari nella misura in cui la loro disciplina normativa sia semplificata rispetto a quella del procedimento ordinario²⁴. A parte che tale fenomeno non si verifica sempre²⁵, resta il fatto che i riti in esame costituiscono pacificamente degli equivalenti strutturali e funzionali del rito ordinario per la soluzione di controversie determinate, rispetto alle quali non si prospetta la possibilità di ricorrere, in via alternativa, al modello ordinario: rispetto ad essi, dunque, non si pongono i problemi ricostruttivi posti dagli altri esempi di “sommarietà” e agli stessi, dunque, non si farà particolare riferimento nel presente lavoro.

Vale peraltro la pena osservare come l’esistenza di modelli “alternativi” di cognizione piena costituisca un ulteriore elemento di difficoltà ai fini della ricostruzione dei modelli “sommari” in senso proprio: anche quella della cognizione “piena”, infatti, è una frontiera mobile, che tende a modificarsi sia in senso diacronico che geografico nonché all’interno di un medesimo

²² V. anche BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 57.

²³ SCARSELLI *La condanna con riserva*, cit., p. 602, lo definisce svolgimento del processo sommario in senso lato solo perché diverso e più sollecito di quello a cognizione piena secondo le regole ordinarie.

²⁴ In effetti, in quest’ottica, si tende a fare comunque rientrare tali riti “alternativi” in una nozione estensiva di sommarietà. In materia v. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria*, cit., p. 1121, il quale tratteggia un’ampia nozione di procedimento speciale che sotto il profilo strutturale inquadra i procedimenti che hanno una disciplina diversa da quella del processo ordinario di cognizione tra parti attive in giudizio.

²⁵ Il procedimento “commerciale” del d.lgs. n. 5 del 2003, ad esempio, difficilmente poteva essere considerato “semplificato” rispetto al processo ordinario.

ordinamento ogni volta in cui la relativa funzione sia perseguita tramite modelli procedurali diversi²⁶.

Su queste minime premesse, nel prossimo capitolo si passeranno in rassegna le principali tipologie e categorie di tutela sommaria, come necessaria introduzione al tema che ci interessa più specificamente affrontare, ovvero l’analisi del nuovo procedimento sommario di cognizione disciplinato dagli art. 702-*bis* ss. c.p.c.

2. I precedenti storici del rito sommario di cognizione

Il procedimento sommario di cognizione disciplinato dall’art. 702-*bis* c.p.c., in effetti, nel momento della sua introduzione nel 2009, non rappresentava una novità assoluta per il nostro ordinamento. Di procedimenti (a vario titolo) sommari, nel nostro ordinamento processuale, si parla, infatti, da secoli²⁷.

La storia del diritto processuale civile dimostra che, non appena viene delineato un procedimento ordinario per l’aggiudicazione sui diritti, tendono a svilupparsi, nella prassi o a livello normativo, modelli ad esso alternativi, con forme meno sofisticate per arrivare in tempi più rapidi alla definizione del giudizio.

L’antenato storico dell’attuale procedimento sommario è tradizionalmente individuato nella decretale di Clemente V, del 1306, denominata *Clementina saepe*, che introdusse un modello processuale alternativo semplificato, con elementi di oralità, di officiosità²⁸. Nel 1311, poi, con la decretale *Clementina dispendiosam*, il procedimento sommario fu esteso a tutti i processi.

²⁶ Sulle difficoltà ricostruttive della distinzione tra i procedimenti sommari, da un lato e dall’altro i modelli di trattazione della causa più semplici rispetto a quello ordinario, nonché i processi di cognizione speciali, v. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria*, cit., p. 1120, per cui tali difficoltà sono dal ricollegare al fatto che spesso i modelli di trattazione semplificati, oltre alla funzione di stabilire chi ha torto e chi ha ragione abbinano finalità in parte comuni ai procedimenti speciali.

²⁷ Sui precedenti storici più risalenti v. BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 724.

²⁸ V. DE OLIVEIRA, *Il formalismo nel processo civile (proposta di un formalismo-valutativo)*, Milano, 2013, p. 55 ss.; SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 59 ss., in particolare p. 64; ABBAMONTE, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito*, Milano, 2107, p. 6 ss.; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2016, p. 2 ss.

Nel tempo, come noto, il procedimento sommario prese il posto del procedimento ordinario nella pratica delle Corti secolari²⁹.

La conferma più evidente dell'affermazione che precede, d'altro canto, si trova nell'esperienza del procedimento sommario nel codice di procedura civile del 1865³⁰ e che, almeno sul piano terminologico, rappresenta l'antecedente del processo sommario di cognizione introdotto nel 2009.

In effetti, il codice di rito del 1865 prevedeva appunto un procedimento sommario a udienza fissa, per le cause che abbisognassero di istruzione, alternativo al modello ordinario³¹. Nel tempo, esso, nella prassi forense, aveva di fatto soppiantato il rito a cognizione piena³², diventando così diffuso che, con la legge n. 107 del 1901, si ufficializzò la sua prevaricazione rispetto al modello ordinario, venendo esso stesso "trasformato" in rito ordinario per le cause civili³³.

In epoca più recente, di procedimenti semplificati si è parlato in numerosi progetti di legge. In particolare, nel disegno di legge delega per il nuovo codice di rito dei primi anni '80, si prevedevano due processi speciali a cognizione piena, uno per le controversie davanti al giudice professionale ed uno per il giudice onorario (con formalità ridotte), entrambi caratterizzati da un contraddittorio pieno, realizzato con modalità semplificate, ispirato ai principi di efficienza e di economicità³⁴. Tale progetto prevedeva, al punto 26, un procedimento sommario in contraddittorio, per la pronta tutela di diritti a

²⁹ Sull'evoluzione storica, maggiori dettagli in ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 15 ss.; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 23 ss.

³⁰ Su cui v., di recente, STANCO, *Il rito sommario dinanzi al foro (1865-1870)*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, a cura di Briguglio, Martino, Panzarola, Sassani, tomo I, Pisa, 2016, p. 2375 ss.; ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017, p. 95 ss.; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 32 ss.

³¹ In materia v. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011, p. 6; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 28; sulla impostazione del processo civile nel codice del 1865, costruito "dal punto di vista delle parti" e non da quello del giudice come, per l'a., quello del 1940, v. CIPRIANI, *Giuseppe Pisanelli e il processo civile*, in *Rassegna dir. civ.*, 2001, p. 52 ss.

³² V. STANCO, *op. cit.*, p. 2391, che parla di utilizzo "in modo distorto" del rito sommario da parte degli avvocati; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 35.

³³ BESSO, *op. cit.*, p. 724; MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2009, p. 45; ANSANELLI, *op. cit.*, p. 143 ss.; v. p. 144 ss. sul r.d. n. 413 del 1901 "contenente larga parte delle soluzioni disciplinari che consentono il concreto funzionamento del nuovo rito sommario ordinario"; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 38; TEDOLDI, *op. cit.*, p. 36.

³⁴ V. PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 709.

contenuto prevalentemente patrimoniale soggetti a pregiudizio imminente e irreparabile, in cui il giudice adito, con ricorso, espletata in modo informale anche d'ufficio l'attività istruttoria eventualmente necessaria per accertare in via sommaria la fondatezza del ricorso, avrebbe dovuto emettere i provvedimenti richiesti con ordinanza immediatamente efficace, contro la quale era ammessa opposizione con conseguente instaurazione di un processo ordinario³⁵. Si trattava, in sostanza, di un *tertium genus* rispetto alla tutela cautelare e ingiunzionale.

Più di recente, all'inizio del nuovo secolo, Proto Pisani³⁶ ha proposto, *de iure condendo*, un modello di processo sommario non cautelare a contraddittorio anticipato, in cui la domanda si presenta con ricorso, cui fa seguito la comparizione delle parti. Tale modello è caratterizzato dalla discrezionalità procedimentale e dalla possibilità di utilizzare sommarie informazioni, nell'ambito di una istruzione informale nel contraddittorio delle parti, a natura sommaria in quanto superficiale e basato su un giudizio di verosimiglianza e probabilità. Coerentemente con le posizioni teoriche del suo autore, il modello in esame prevede la pronuncia di un provvedimento privo del valore di sentenza, ma con efficacia meramente esecutiva e costitutiva. In caso di opposizione avverso tale provvedimento si instaura un procedimento a cognizione piena, con il recupero delle garanzie processuali trascurate nella fase sommaria.

L'antecedente storico più immediato dell'attuale procedimento disciplinato dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. è però rappresentato dal procedimento sommario societario, già regolato dall'art. 19, d.lgs. n. 5 del 2003 ed abrogato nel 2009 insieme al procedimento commerciale di cui rappresentava un'alternativa³⁷.

³⁵ PICARDI, *op. cit.*, p. 748.

³⁶ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 390; v. ANSANELLI, *op. cit.*, p. 301.

³⁷ Su cui v., tra gli altri, TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, p. 74 ss.; AYTANO, *Costituzionalità del rito societario abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 267; BRIGUGLIO, *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in www.judicium.it; CANALE, *Il procedimento sommario e quello abbreviato: problemi e prospettive*, *ivi*; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359; CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1130; DELLA PIETRA, *Il procedimento sommario societario: molti dubbi e qualche certezza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 577; DI COLA, *Brevi note sull'istruttoria del procedimento sommario societario*, in *Giur. it.*, 2006, p. 113; LICCI, *Vizi e virtù del procedimento sommario societario*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1958; MENCHINI, *Il giudizio som-*

Si trattava, in effetti, di uno dei molteplici procedimenti o subprocedimenti introdotti dalla riforma del diritto processuale commerciale del 2003, destinato a offrire, nelle intenzioni del legislatore, una tutela più rapida, ancorché non necessariamente stabile, per diritti di cui fosse manifestamente fondata l'esistenza. Si prevedeva, infatti, la pronuncia di un'ordinanza non destinata a passare in cosa giudicata (se non impugnata in appello), a condizione che il giudice ritenesse sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto³⁸.

Nel pugno di anni in cui l'art. 19 è stato in vigore, il procedimento ivi disciplinato è stato, invero, poco utilizzato³⁹, continuandosi a preferire, a parità di condizioni, la tutela monitoria⁴⁰, anche alla luce di un dettato normativo non limpido. D'altro canto, a quanto pare, nella prassi, la maggior parte dei ricorsi veniva respinta in sede sommaria⁴¹, ciò che ha evidentemente scoraggiato l'utilizzo del rimedio in esame.

Dopo la poco positiva esperienza nel contesto del sommario societario, di procedimento sommario a natura non cautelare si tornava a parlare qualche anno fa, nel disegno di legge n. 1524/S/XV (c.d. disegno Mastella) del 2007⁴². L'art. 46 di tale elaborato prospettava appunto la disciplina di un procedimento sommario non cautelare in cui si prevedeva la pronuncia di un'ordinanza qualora il giudice avesse ritenuto verosimili, sulla base degli elementi acquisiti, i fatti posti a fondamento della domanda e non verosimili i fatti posti a supporto delle eccezioni. Si trattava, dunque, di una sommarietà ba-

mario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie, in www.judicium.it; VOLPINO, *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 67; SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 467; ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 182 ss.; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 110.

³⁸ Per una ricostruzione "costituzionalmente orientata" di tale procedimento, LANFRANCHI, *Del "giusto" procedimento sommario di cognizione*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di Lanfranchi, Carratta, Torino, 2005, p. 40 ss.

³⁹ CAPPONI, *Interferenze tra procedimento sommario societario e cautelare conservativo*, in www.judicium.it.

⁴⁰ DI CIOMMO, *Aspetti problematici del processo sommario societario*, in www.judicium.it.

⁴¹ BARRECA, *Procedimento sommario societario e pronuncia di rigetto*, in *Giur. it.*, 2006, p. 355.

⁴² Su cui v. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, a cura di Scarselli, Napoli, 2010, p. 107 ss.; MENCHINI, *op. cit.*, p. 202; TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 120.

sata sulla “manifesta (in)fondatezza della domanda” e quindi, per definizione, su una cognizione né piena né esaustiva⁴³.

Il rimedio avrebbe dovuto essere proposto solo nelle azioni di condanna, avendo ad oggetto soltanto il pagamento di somme di denaro ovvero la consegna o rilascio di cose⁴⁴, con la funzione di ridurre il carico di lavoro giudiziario, offrendo al creditore uno strumento più efficace rispetto al processo ordinario per ottenere in tempi rapidi un titolo esecutivo⁴⁵. Contro l’ordinanza sarebbe stato proponibile il reclamo cautelare *ex art. 669-terdecies c.p.c.* L’ordinanza, d’altro canto, era destinata a essere sostituita dalla sentenza emessa nell’(eventuale) procedimento di merito ma era qualificata come “irrevocabile” qualora la parte interessata non avesse promosso il giudizio di merito nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia o dalla comunicazione dell’ordinanza, previsione che aveva, invero, suscitato critiche da parte della dottrina⁴⁶ che aveva evidenziato⁴⁷ come, in ultima analisi, l’ordinanza sommaria qui in esame non sarebbe stata un provvedimento provvisorio⁴⁸.

Il progetto Mastella non è mai andato in porto in quanto tale e il modello

⁴³ CHIARLONI, *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 720, che lo avrebbe preferito al nuovo modello introdotto nel 2009.

⁴⁴ MASONI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 68; VOLPINO, *op. cit.*, p. 69, osservava che, in ogni caso, il giudice avrebbe potuto accertare, ancorché senza effetti vincolanti, la situazione soggettiva da cui derivava la pretesa, trattandosi di un “presupposto ineludibile di qualunque pronuncia di condanna”.

⁴⁵ V. anche GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 463, per la quale si trattava di completare quel processo iniziato con l’attenuazione della strumentalità in materia cautelare, che ha portato a svincolare l’efficacia del provvedimento dal giudizio di merito, introducendo un processo sommario sganciato da qualsiasi valutazione sulla urgenza e sulla irreparabilità del pregiudizio.

⁴⁶ LUISO, *Prime osservazioni*, cit., p. 122, affermava che il nuovo istituto “continua ad essere abbacinato dal “mito del giudicato”, quasi che fosse logicamente impossibile fornire a chi ne ha bisogno un mero titolo esecutivo, senza costringerlo ad avere anche un accertamento dotato dell’efficacia dell’art. 2909 c.c.”; LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 617, rilevava pure che l’intitolazione dell’articolo sarebbe stata “bugiarda”, in quanto quello ivi previsto non sarebbe stato un processo sommario non cautelare ma un processo speciale di cognizione.

⁴⁷ GHIRGA, *op. cit.*, p. 464.

⁴⁸ Gli interpreti avevano espresso opinioni contrastanti rispetto a tale proposta. In particolare, PROTO PISANI, *Contro l’inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 45, aveva ritenuto “un’operazione di questa specie” inopportuna e da contrastare con forza, in quanto l’eccessiva semplificazione processuale che connotava il rimedio stesso avrebbe significato “una perdita secca in punto di garanzie”, senza alcuna ragionevole giustificazione, con il rischio di non ottenere neppure l’obiettivo di accelerare i tempi del processo.

di procedimento sommario non cautelare ivi contemplato è rimasto totalmente sulla carta.

A distanza di pochi mesi, infatti, la legge n. 69 del 2009, nell'introdurre il procedimento sommario di cognizione, disciplinato dagli art. 702-*bis* ss. c.p.c., ha fatto riferimento a un rito totalmente diverso nella struttura e negli effetti.

Come noto, peraltro, il procedimento sommario, in seno alla legge n. 69 del 2009, assume rilievo a due livelli: in primo luogo, appunto, come nuovo rito introdotto dal legislatore nella sua continua ricerca dello "strumento processuale perfetto" per la riduzione della durata dei processi e lo smaltimento del contenzioso arretrato; in secondo luogo, come "modello procedurale" di riferimento nell'ambito di un'attività di semplificazione dei riti di cui con la legge del 2009 si gettavano le basi.

In questo volume, si approfondiranno entrambi i profili sopra evidenziati.

Capitolo Primo

La cognizione sommaria: categorie, strutture e funzioni

SOMMARIO: 1. Introduzione: la sommarietà come eterogeneo *quid minus*. – 2. Aspetti strutturali della sommarietà. – 3. La sommarietà come cognizione “ridotta”. – 4. Sommarietà e “qualità” dell’accertamento giudiziale. – 5. Un’analisi sul piano funzionale. – 6. (Segue): la sommarietà cautelare. – 7. Cognizione sommaria e funzione decisoria. – 8. (Segue): i procedimenti sommari decisori autonomi. – 9. La sommarietà del rito camerale. – 10. Un confronto conclusivo tra diverse nozioni di “sommarietà”. – 11. (Segue): una comparazione sul piano funzionale.

1. Introduzione: la sommarietà come eterogeneo *quid minus*

Cosa vi è di sommario nel procedimento disciplinato dagli artt. 702 ss. c.p.c.? Che tipo di cognizione vi si attua? Queste domande derivano dalla constatazione che l’aggettivo “sommario” è utilizzato con riferimento a modelli procedimentali anche molto diversi tra loro, in un contesto che appare impossibile ricondurre ad unità.

Il termine “cognizione sommaria” evoca una “deviazione” rispetto ad un modello ordinario. E poiché tale modello ordinario di cognizione piena è, per definizione, quello più analiticamente regolamento (nei limiti in cui le norme generali ed astratte possano ambire a “prevedere” ogni situazione che si possa verificare nell’ambito di un procedimento), i modelli di cognizione sommaria, di necessità, sono tali proprio perché non hanno né una disciplina così esaustiva e dettagliata né (e di conseguenza) una struttura così pienamente preconfigurata in ogni dettaglio¹.

¹ V. pure BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 55; LOMBARDO, *Natura e caratteri dell’istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 479.

Sul piano semantico, in effetti, il termine "sommario" evoca l'incompletezza, la non esaustività, la mancanza di approfondimento. In quest'ottica, il termine sommario appare caratterizzato da sfumature "negative", come una sorta di *quid minus* rispetto a ciò che sommario non è ed è completo, esaustivo, approfondito e dunque "migliore" e preferibile.

Anche nel contesto processuale, il termine "sommario" è, in sostanza, inteso nel senso "comune" sopra individuato, comprese, almeno per parte degli interpreti, le connotazioni *lato sensu* negative che esso in qualche modo porta con sé. In particolare, sono definiti "sommari" tutti quegli istituti e quei meccanismi procedimentali che in qualche modo derogano o limitano la completezza e l'analiticità del rito "ordinario", completo ed esaustivo per definizione.

In ambito processuale, inoltre, il termine "sommario" assume, di norma, connotazioni collegate alla rapidità e all'urgenza del decidere: in altre parole, la perdita di completezza ed esaustività del procedimento ordinario trova la propria ragion d'essere appunto nella maggiore celerità propria della pronuncia sommaria.

Ciò detto, il nostro ordinamento conosce una pluralità di riti qualificabili come sommari e non riconducibili ad unità né sul piano strutturale né su quello funzionale². Nel quarto libro del codice di rito, come è stato evidenziato, si trova, in effetti, affastellata senza un ordine preciso una serie di schemi processuali che si aggiungono a quelli disciplinati dal libro II. Sotto l'etichetta di processi speciali o sommari viene inoltre raccolta una articolata serie di procedure abbozzate in qualche articolo, introdotto surrettiziamente in leggi che regolano materie particolari³.

In effetti, il termine "tutela sommaria" non ha una definizione univoca, assume contorni incerti e si presta ad avere connotazioni diverse a seconda del contesto di riferimento.

Proprio le eterogenee finalità della tutela sommaria determinano l'impossibilità di ricondurre ad unità un fenomeno tanto variegato e contrastante: come si è osservato, infatti, non esistendo un modello unico di sommarietà, prevale di volta in volta una delle possibili diverse caratteristiche che la identificano in relazione alle esigenze che la legge processuale vuole

² V. ad esempio MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Napoli, 2008, p. 186.

³ Così PICARDI, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 701.

prioritariamente realizzare nel caso specifico⁴.

In effetti, le ricostruzioni sistematiche della materia sono difficoltose e spesso frustranti⁵, in ragione delle molteplici “declinazioni” con cui venga data attuazione alle finalità sottese a tale forma di tutela⁶, tanto che sorge la tentazione di cedere a letture atomistiche, svincolate da qualunque tentativo di sistematizzazione⁷.

Se il carattere comune a tutte le tutele sommarie può essere individuato nella finalità di rendere al massimo effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti⁸, questo comune filo conduttore, utile dal punto di vista descrittivo, non basta a ricostruire il sistema intorno a modelli generali.

Una tradizionale chiave di lettura è affrontare il problema, più che su un piano definitorio in senso astratto, comparando in concreto la funzione e la struttura della tutela “piena” o ordinaria con la funzione e la struttura dei diversi modelli procedurali qualificati come sommari, per verificare se si tratti di modelli che, in effetti, perseguono, con forme diverse, la medesima o divergenti finalità, rispetto alle quali costruire poi una categoria sistematica.

⁴ ARIETA, *Le tutele sommarie*, in *Trattato di diritto processuale civile*, vol. X, II ed., Padova, 2010, p. 3.

⁵ Sulla impossibilità di ricondurre ad una disciplina unitaria, con gravi problemi interpretativi, i provvedimenti frutto delle riforme degli anni '70, vedi CARPI, *Flashes*, cit., p. 239. In seguito, la situazione è soltanto divenuta più articolata e confusa. Di recente, CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 742, rileva che nel campo dei processi decisorii la qualificazione sommario è divenuta fonte di gravi e radicati equivoci e fraintendimenti che rischiano di asfissiare anche le nuove norme del 2009 come in precedenza il sommario societario. Per CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria*, cit., p. 1118, la linea di confine tra cognizione piena e cognizione sommaria è caratterizzata da notevole mobilità e permeabilità. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 620, considera difficile l'esame sistematico a causa della variegata disciplina normativa: la coscienza delle obiettive difficoltà, dunque, per l'a., induce alla massima cautela per non abbandonarsi ad inammissibili forzature volte a creare un sistema completo ed euritmico laddove non è individuabile sul piano normativo.

⁶ BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 59, scrive: “questa generica esigenza di “far presto” può avere diverse declinazioni, diverse logiche di fondo, a cui poi corrispondono diverse forme di tutela, diverse strutture procedurali, diversi regimi giuridici dei provvedimenti finali”.

⁷ V. SANTANGELI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, Milano, 2001, p. 34, con riferimento alle difficoltà di inquadramento sistematico dell'ordinanza di cui all'art. 186-quater c.p.c.

⁸ ARIETA, *Le tutele sommarie*, cit., p. 2; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, II ed., Torino, 1994, p. 292.

2. Aspetti strutturali della sommarietà

Come già si è anticipato nel capitolo precedente, le dottrina⁹ individua, come elementi caratterizzanti il modello di tutela “a cognizione piena” sul piano strutturale:

- un contraddittorio preventivo in condizioni di parità tra le parti;
- la predeterminazione legale di forme, termini, poteri e doveri con riferimento alle varie fasi del procedimento;
- la regolamentazione della formazione del convincimento del giudice secondo canoni che assicurino un giusto processo e una giusta decisione;
- la tipicità dei mezzi di prova, in un’ottica di predeterminazione delle formalità di formazione delle prove precostituite e delle modalità di assunzione di quelle costituenti;
- la decisione presa con la forma della sentenza, motivata e ricorribile almeno in cassazione.

Se queste sono le caratteristiche strutturali della cognizione piena, nella tutela sommaria, dunque, si assiste alla deviazione o alla compressione di almeno uno di questi elementi “naturali”. In quest’ottica, anzi, si giunge a definire sommario, per difetto, tutto ciò che non sia riducibile ad una rigida predeterminazione di tempi e forme del processo e in cui, dunque, il procedimento è (almeno in parte) affidato alla discrezionalità del giudice¹⁰. In entrambi i casi, la sommarietà è, in qualche modo collegata ad una semplificazione delle forme del rito rispetto ai rigori del processo ordinario¹¹.

In particolare, rispetto alle caratteristiche della cognizione piena sopra enunciate, nei procedimenti sommari assume rilievo la (possibile) deviazione rispetto al principio del contraddittorio. Come è stato osservato, in effetti, il contraddittorio, come esercizio di poteri, facoltà ed oneri dei soggetti su

⁹ V. CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur., Agg.*, vol. XVIII, 2010, p. 6; PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 268.

¹⁰ Così FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 801.

¹¹ Su questa distinzione, BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 723, per la quale, sul piano logico, una cosa sono le modalità di svolgimento del procedimento (dettate dal legislatore o lasciate alla determinazione del giudice) altra cosa è l’oggetto della cognizione, completa e diretta al raggiungimento del convincimento pieno del giudice ovvero incompleta e diretta al raggiungimento di un grado inferiore di giudizio.

un piede di parità simmetrica, non si articola, in tutti i tipi di processo, mediante poteri, facoltà e doveri uguali per contenuto e numero e può essere realizzato in forme qualitativamente e quantitativamente diverse: in tale ottica, la specialità della struttura procedimentale si rivela in funzione del vario atteggiarsi e concretarsi del contraddittorio mentre le diverse modalità e intensità di attuazione di esso implicano l'adozione di forme processuali speciali rispetto al modello ordinario in quanto caratterizzato dalla più completa e raffinata realizzazione del contraddittorio¹².

Sul piano della struttura¹³, inoltre, si osserva che si possono qualificare come sommari i (sub)procedimenti caratterizzati da una cognizione (per definizione) non piena (in termini di sommarietà istruttoria, che incide sulla sommarietà dell'accertamento) e quelli connotati da una non analitica disciplina procedimentale (in cui cioè è sommario il *modus procedendi*, in termini di sommarietà strutturale o a livello organizzativo)¹⁴, essendo peraltro anche possibile una combinazione di tali opzioni¹⁵. Si enuclea così una contrapposizione concettuale tra sommarietà intesa come “forma semplificata del procedimento” e come “modo in cui si forma il convincimento del giudice”. Non

¹² Così COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 581.

¹³ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. 1, 2008, p. 885 ss., sul piano strutturale, distingue tra procedimenti sommari perché semplificati e procedimenti sommari perché a cognizione sommaria.

¹⁴ A questo riguardo, si afferma che il carattere distintivo della cognizione sommaria è proprio la discrezionalità nell'individuazione del *modus procedendi*. Tutti i procedimenti governati dalla discrezionalità del giudice andrebbero, dunque, considerati a cognizione sommaria e non a cognizione piena: GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 141-142, per cui ciò che accumuna i diversi schemi procedimentali nei quasi si incardinano le norme ricondotte nell'alveo della cognizione sommaria è l'ampia se non addirittura totale discrezionalità del giudice nel determinare l'*iter* procedurale da seguire, come nel caso del procedimento in camera di consiglio o del rito cautelare. V. anche CARRATTA, *Le “condizioni di ammissibilità” del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 728. ID., *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885 ss., afferma che la sommarietà si riferisce alla forma semplificata del procedimento e/o al modo in cui si forma il convincimento del giudice, non fondato su una *cognitio plena*. In arg. v. anche LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, cit., p. 480 ss.

¹⁵ FABIANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, cit., p. 801. Sulla distinzione tra procedimenti sommari perché semplificati e procedimento sommari perché a cognizione sommaria v. anche CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa – Studi*, a cura di Carratta, Napoli, 2012, p. 26.

necessariamente, come si vedrà, la prima implica anche la seconda¹⁶.

La semplificazione del *modus procedendi* può essere imposta dalla legge (come nel caso del procedimento avanti al giudice di pace o di quello per decreto ingiuntivo) ovvero essere demandata al giudice¹⁷.

Nel secondo gruppo, in particolare, vengono fatti rientrare i c.d. procedimenti sommari indeterminati, caratterizzati da una sommarizzazione della ritualità del processo ordinario, realizzata con l’attribuire al giudice, a mezzo di formule elastiche, un potere di snellimento delle attività processuali¹⁸. La sommarizzazione del processo viene così rimessa ai poteri del giudice, per favorire l’accelerazione dei tempi del processo¹⁹.

Nella categoria dei procedimenti sommari indeterminati, caratterizzati dalla semplificazione degli atti giudiziali, rientrano anche procedimenti semplificati a cognizione che aspira ad essere “piena” quanto ad effetti e ad approfondimento della cognizione²⁰. In tali procedimenti speciali/sommari, in effetti, la semplificazione riguarda solo il procedimento ma non l’intensità dell’attività cognitiva del giudice.

3. La sommarietà come cognizione “ridotta”

Si può analizzare, a questo punto, la nozione di sommarietà intesa come cognizione “ridotta” (e in quanto contrapposta a quella intesa come “semplificazione processuale”). In ragione delle diverse finalità della tutela (v. *infra*), in effetti, l’attività istruttoria compiuta nei procedimenti in cui tali finalità sono perseguite assume connotazioni particolari sul piano della intensità e della qualità, ciò che incide, inevitabilmente sui regimi di efficacia e stabilità dei provvedimenti presi in quelle sedi.

Descrittivamente, nell’ottica qui presa in considerazione, le cognizioni sommarie sono meno complete o anche meno approfondite e più affrettate

¹⁶ Al riguardo, v. anche LOMBARDO, *Natura e caratteri dell’istruzione probatoria nel processo cautelare*, cit., p. 481, osserva che la cognizione propria del procedimento sommario non è necessariamente sommaria anch’essa: è una cognizione che, di volta in volta, può essere piena o sommaria, a seconda dell’esistenza di deroghe, previste dalla legge, all’ordinario meccanismo della cognizione giudiziale.

¹⁷ CARRATA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885.

¹⁸ SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 482 ss.

¹⁹ CARRATA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 878.

²⁰ BESSO, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.*, cit., p. 723.

nella ricostruzione della fattispecie di riferimento di quel che sono le istruttorie della cognizione che possiamo definire “ordinaria” o “piena” e che trova la sua disciplina nel libro II del codice di rito²¹.

Ciò deriva dal fatto che, come si è messo in risalto, le cognizioni sommarie sono funzionali e strumentali alla lotta del diritto processuale civile contro il tempo: come si vedrà, esse servono, in effetti, ad evitare che la durata della cognizione ordinaria renda inefficienti le tutele cui essa è preordinata²².

In quest’ottica, la dottrina ha individuato diverse tipologie di cognizione sommaria.

A) In primo luogo, viene configurata una cognizione sommaria perché parziale, ovvero limitata a certi aspetti della lite, senza esplorarne altri, oppure nella quale il giudice non è tenuto ad esaminare tutti i fatti allegati dalle parti ma solo alcuni di essi, rispetto ai quali è però tenuto a compiere un accertamento pieno (configurandosi al riguardo, dunque, un limite quantitativo e non quantitativo)²³. La cognizione parziale, d’altro canto, presuppone che, dopo la decisione che non ha ad oggetto l’intero *thema probandum* ma solo alcuni dei fatti rilevanti, l’accertamento concernente quelli non esaminati sia riservato ad altro giudizio o ad altra fase del medesimo procedimento²⁴. Tale tipo di cognizione sommaria si riscontra, ad esempio, nella condanna con riserva delle eccezioni del convenuto²⁵.

²¹ Per COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, cit., p. 580, il carattere sommario della cognizione si appalesa come un connotato inscindibile dalla struttura del procedimento, nel duplice senso che ne è un portato, e al tempo stesso la condiziona nelle sue concrete esplicazioni.

²² MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309.

²³ In questi termini SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 518. V. anche CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 222; CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 291.

²⁴ CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria*, cit., p. 221 ss.; v. anche CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885 ss.

²⁵ Su cui v. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali (studi Andrioli)*, Napoli, 1979, p. 309, p. 327 ss., il quale, peraltro, p. 347, ritiene “sconsigliabile il ricorso alla tecnica della condanna con riserva delle eccezioni, e le ipotesi oggi previste andrebbero sottoposte ad attento riesame”; v. di recente CONTE, *L’ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, p. 44 ss.; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 60. PROTO PISANI, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, cit., p. 204, ritiene maturi i

Va infine notato che, in alcuni casi, la cognizione sommaria perché parziale si riscontra in procedimenti in cui si prescinde dalla previa instaurazione del contraddittorio tra le parti (come nel caso del procedimento per decreto ingiuntivo)²⁶.

B) Sul piano strutturale, la cognizione può pure essere sommaria per incompletezza, quando, cioè, la pronuncia si basa su ciò che, in quel momento, risulta agli atti del procedimento (cognizione sommaria senza istruzione)²⁷. Al riguardo, si parla anche di cognizione superficiale, in cui il giudice è tenuto ad esaminare e considerare tutti i fatti allegati dalle parti in giudizio, sebbene sia dispensato dall'obbligo di emanare il provvedimento di merito solo a seguito di un accertamento pieno (limite qualitativo), formulando una valutazione meramente probabilistica²⁸.

In questo modello di sommarietà, la cognizione del giudice non è esautiva e non riguarda l'accertamento dell'effettiva sussistenza dei fatti (costitutivi, estintivi, impeditivi o modificativi) posti a base delle contrapposte domande o eccezioni delle parti, “accontentandosi” di un minore livello di approfondimento, misurato in termini di “verosimiglianza” ovvero di “probabilità”²⁹.

tempi “perché si introduca in Italia una disciplina generalizzata della condanna con riserva”; v. anche gli esempi di condanna con riserva fatti da PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, cit., p. 274 ss. Al riguardo, LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria*, cit., p. 482, evidenzia, peraltro, che “nel caso di cognizione (sommaria) parziale (così nelle sentenze di condanna con riserva; nell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c.), il giudice, se è tenuto ad esaminare soltanto una porzione dei fatti allegati dalle parti in giudizio (...), è tenuto però a compiere un accertamento pieno su di essi, utilizzando tutti gli strumenti di conoscenza di cui egli dispone nella cognizione ordinaria. Nessuna restrizione è imposta all'ordinario svolgersi del contraddittorio; nessuna deroga è prevista circa i poteri delle parti e del giudice quanto alle iniziative probatorie; nessuna limitazione è stabilita circa l'ammissibilità dei mezzi di prova tipici, dettati per l'ordinario processo di cognizione; nessuno speciale limite è sancito, infine, in ordine alla formazione del convincimento del giudice”.

²⁶ GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile*, cit., pp. 144-145.

²⁷ V. ARIETA, *Le tutele sommarie*, cit., p. 4; CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., p. 28; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 470.

²⁸ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 292, che, significativamente aggiunge: “o, se si vuol essere realisti, ben più probabilistica di quella ordinaria”. Per LOMBARDO, *op. cit.*, p. 483, anzi, soltanto nella cognizione c.d. superficiale potrebbe rinvenirsi il *proprium* della cognizione sommaria.

²⁹ V. ARIETA, *op. cit.*, p. 4.

In questo modello di sommarietà, connotato dalla discrezionalità del giudice³⁰, rientrano le decisioni prese allo stato degli atti o senza esaminare esaustivamente il *thema decidendum* così come le cognizioni compiute solo con l'utilizzo di certi mezzi di prova e l'esclusione di altri³¹.

Si possono fare rientrare in questa nozione anche le ipotesi di cognizione sommaria perché senza istruzione³², come nel caso dei procedimenti di licenza o convalida di sfratto: qui, in effetti, il giudice non compie alcuna attività di accertamento ma, qualora il conduttore non si presenti in udienza o non proponga opposizione, si limita a trarre le conseguenze previste dalla legge per tali ipotesi (ovvero, la convalida della licenza o dello sfratto).

Il tipo di sommarietà in esame qui è, ad esempio, quello che caratterizza la cognizione dei provvedimenti cautelari (o di certi provvedimenti anticipatori di condanna come possono essere quelli emessi dal Presidente del Tribunale nell'ambito del procedimento di separazione).

Peraltro, come è stato evidenziato, incompletezza e superficialità non hanno un'intensità costante, potendo presentare un livello di variabilità tale da determinare una pluralità di (sotto)modelli di sommarietà³³, in ragione del contesto processuale di riferimento.

Alla luce delle peculiarità di tale tipo di cognizione, i provvedimenti emessi sulla base di una istruttoria "superficiale" o sono funzionalmente idonei a conseguire la stabilità della cosa giudicata sostanziale (come nel caso dei provvedimenti cautelari, a prescindere dagli effetti da essi prodotti nel caso concreto) oppure la acquistano solo a seguito del mancato passaggio del rito da una prima fase sommaria ad una successiva a cognizione piena ed esaustiva (come nel caso del procedimento monitorio).

C) Infine, si può qualificare come sommaria la cognizione "atipica", con riferimento al catalogo delle prove utilizzabili ai fini della decisione del giudice e alle modalità di relativa assunzione³⁴.

In questo contesto assume rilevanza la possibilità per il giudice di fare utilizzo di "informazioni"³⁵, rispetto alle quali si ritiene che la cognizione

³⁰ GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 142.

³¹ LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, V ed., 2009, p. 105.

³² CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885 ss.

³³ ARIETA, *op. cit.*, p. 4.

³⁴ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 885.

³⁵ V. CAPPONI, *Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv.*

abbia luogo non sulla base di uno strumento di prova privilegiato o del comportamento delle parti, ma sia il frutto di un autonomo potere dell’ufficio, che deve appunto svolgere accertamenti o assumere informazioni³⁶.

Le diverse articolazioni strutturali delle forme di tutela sommaria, come si può agevolmente desumere, non si prestano ad essere ricondotte a sistema, potendo essere utilizzabili con riferimento a procedimenti notevolmente diversi tra loro. L’approccio strutturale, in effetti, può ritenersi inadeguato a fornire risposte esaurienti al problema che stiamo qui esaminando.

4. Sommarietà e “qualità” dell’accertamento giudiziale

In stretta correlazione con le categorie esaminate nel paragrafo precedente, si può parlare di “sommarietà” anche con riferimento alle modalità con cui si perviene alla decisione, ovvero alla qualità dell’accertamento compiuto dal giudice.

Da questo angolo prospettico, la cognizione è qualificabile come sommaria quando si fonda su un:

A) giudizio di verosimiglianza, ovvero un giudizio che prescinde dalla valutazione delle prove³⁷.

trim. dir. proc. civ., 1990, p. 911 ss.; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 285 ss. Sulla nozione di “informazioni”, di recente, QUERZOLA, *L’efficacia dell’attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, p. 164 ss.

³⁶ CAPPONI, *Le “informazioni” del giudice civile*, cit., p. 915; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 464; G.F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale. Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 190.

³⁷ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 891; per l’a., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 44 ss., quando il giudice fonda il proprio convincimento sulla verosimiglianza delle allegazioni, compie un’operazione gnoseologica che ha alla base l’*id quod plerumque accidit* e dunque il ricorso a massime di esperienza, ma nella valutazione di verosimiglianza manca quel procedimento inferenziale che caratterizza il convincimento fondato sulla probabilità. In altri termini, per l’a., il giudice ritiene verosimile una determinata allegazione fattuale senza passare attraverso la concreta verifica probatoria, ma semplicemente valutando se una determinata allegazione rientri oppure no nell’area di operatività di una determinata massima di esperienza; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 64. Sulla nozione di verosimi-

In dottrina, se ne parla come della vicinanza di un'asserzione alla realtà di cui essa si occupa, indicando "il grado di capacità rappresentativa di una descrizione rispetto alla realtà"³⁸. La legge, dal canto suo, laddove utilizza i termini "verosimiglianza" esclude ogni riferimento alla prova dei fatti, attribuendo una speciale rilevanza alla mera allegazione dei medesimi, prospettando una *relevatio ab onere probandi* fondata sul carattere verosimile o probabile dei fatti allegati prescindendo del tutto dalla prova che di essi potesse essere fornita o autonomamente ricercata anche a mezzo di informazioni³⁹.

B) Giudizio di probabilità, inteso come un giudizio che dipende dalla valutazione delle istanze istruttorie, in termini, appunto, probabilistici⁴⁰. Tale tipo di giudizio viene tradizionalmente tenuto distinto, sul piano giuridico, da quello di verosimiglianza esaminato nel punto precedente, presupponendo operazioni gnoseologiche ben diverse fra loro. Nella valutazione di verosimiglianza, in particolare, manca quel procedimento logico inferenziale che caratterizza il convincimento fondato sulla probabilità e che consente di collegare il *factum probans* al *factum probandum*⁴¹.

gianza, v. le osservazioni di TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 158, che evidenzia come, nella dottrina italiana, essa sia utilizzata in modo ibrido, con una sovrapposizione al concesso di probabilità. Per l'a., p. 163: "la verosimiglianza prescinde (...) dai gradi di certezza ci si attribuiscono alle asserzioni fattuali. (...) La verosimiglianza, dunque, non esprime conoscenze o gradi di conoscenza (...) e – nel processo rileva in momenti anteriori all'acquisizione delle prove". Per un'analisi della differenza tra verità e verosimiglianza, v. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 88 ss., ove l'a. definisce verosimile "ciò che corrisponde alla normalità di un certo tipo di comportamenti o di accadimenti" e afferma, p. 90: "il giudizio di verosimiglianza non fornisce alcun elemento di conoscenza intorno alla verità o alla falsità di un enunciato". V. pure LOMBARDO, *op. cit.*, p. 497.

³⁸ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 161 ss.

³⁹ CAPPONI, *Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)*, cit., p. 927, per il quale, a fronte di un uso un po' confuso delle due nozioni, appare opportuno evitare confusione terminologica tra verosimiglianza e probabilità, che restano concetti diversi, dal punto di vista sia semantico che giuridico. Sull'utilizzo in senso lato di verosimiglianza come sinonimo di probabilità v. anche LOMBARDO, *op. cit.*, p. 498; TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 90 ss., che smentisce la comune opinione per cui "su un enunciato è verosimile, allora esso è anche probabile".

⁴⁰ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 891; per TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 90: "la probabilità attiene all'esistenza di valide ragioni per ritenere che un enunciato sia vero o sia falso".

⁴¹ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 891; ID., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., p. 44 ss.

In presenza di uno di profili sopra elencati, diventa inevitabile la qualificazione sommaria della cognizione compiuta dal giudice, a prescindere, a ben vedere, dalla effettiva qualità della cognizione o dell'accertamento in concreto raggiunto nel caso specifico⁴².

5. Un'analisi sul piano funzionale

Nelle pagine che precedono, si è giunti a concludere che l'analisi della struttura del procedimento e quella della “qualità” della cognizione ivi compiuta non permettono di portare a risultati appaganti sul piano definitorio. La tutela sommaria può, peraltro, essere apprezzata (ma realisticamente non definita) anche sul piano funzionale, con riferimento alle finalità che essa può perseguire⁴³.

Tramite la cognizione ordinaria o piena si attua per definizione la funzione dichiarativa/decisoria, con riferimento all'accertamento dell'esistenza di un diritto controverso. Tale forma di cognizione viene anzi individuata come quella con cui si attua il diritto di azione previsto dell'art. 24 Cost., nel primo del giusto processo. La cognizione ordinaria è tipicamente attuata tramite un procedimento progressivo di formazione del convincimento del giudice, nel contraddittorio tra le parti e nel pieno rispetto delle garanzie procedurali, con decisione idonea ad acquisire la stabilità della cosa giudicata sostanziale. Al centro della tutela ordinaria, vengono posti gli artt. 3, 24 e 111 Cost., i quali esprimono il massimo di tutela giurisdizionale garantito dalla Costituzione, a tutti i titolari di qualsiasi diritto o status. A questo riguardo, anzi, in dottrina si ritiene che l'art. 24 Cost. imponga un'incessante ricerca del massimo di tutela e di difesa possibile sotto forma di accertamento pieno, nel contraddittorio nella sua versione forte, con sentenza ricorribile

⁴² CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 886, che osserva che attraverso il ricorso a modelli istruttori informali o atipici si realizza sempre e comunque una cognizione sommaria perché superficiale.

⁴³ Secondo MENCHINI, *I provvedimenti sommari con funzione esecutiva e senza autorità di giudicato*, cit., p. 186, partendo da un'analisi esclusivamente strutturale, incentrata sulla natura sommaria della cognizione compiuta dal giudice, non si può giungere ad identificare una categoria specifica ed unitaria di procedimenti. Si deve, piuttosto, spostare l'attenzione sulle caratteristiche funzionali di ogni singolo procedimento sommario, ossia sulla funzione che i singoli provvedimenti sommari sono chiamati a svolgere all'interno dell'ordinamento processuale. Sui limiti della ricostruzione esclusivamente “funzionale”, CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 60 ss.

in Cassazione⁴⁴. In quest'ottica, il procedimento ordinario, con le caratteristiche sopra tratteggiate, viene individuato da alcuni come l'unico modello di tutela decisoria compatibile con i principi del giusto processo, affermando che la Costituzione, nei suoi artt. 24 e 111, ai fini della tutela giurisdizionale dei diritti, sancisca e richieda l'attitudine del provvedimento ad acquisire la stabilità del giudicato, ottenibile solo all'esito di un procedimento a cognizione piena. In altre parole, l'art. 24, nel sancire il diritto di azione e di difesa, evocherebbe pure, come corollario, la necessità che il provvedimento giurisdizionale decisorio, una volta concesso diventi potenzialmente stabile e così stabilizzi in via definitiva l'accertamento⁴⁵. Su questi profili si ritornerà.

I procedimenti sommari, per contro, come si è visto, sono funzionali all'attuazione del principio costituzionale di effettività del processo⁴⁶. Essi, in particolare, mirano a raggiungere un risultato "utile" per la parte istante con tempi e costi inferiori rispetto a quelli previsti per la tutela di cognizione piena.

Le relative possibili finalità sono tradizionalmente così schematizzate⁴⁷:

a) evitare gli ingenti costi e i tempi del processo ordinario se la domanda è fondata su prove ad alto grado di certezza ovvero (o conseguentemente) laddove sia prevedibile una mancanza di contestazione da parte della controparte⁴⁸. Al riguardo, da sempre, si osserva, la particolare attendibilità della domanda è considerata un motivo valido per far svolgere un rito sommario e accelerato in luogo di quello ordinario⁴⁹;

b) ridurre, con prove certe, la possibilità di azioni meramente defatigato-

⁴⁴ LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, III ed., Torino, 2011, p. 112, per cui, per essere conforme al modello del giusto processo, un procedimento ad effetti decisori, con provvedimento destinato ad acquisire l'efficacia della cosa giudicata, dovrebbe essere strutturato con almeno un grado di completo accertamento di merito.

⁴⁵ V. TISCINI, *I provvedimenti decisorii senza accertamento*, Padova, 2009, p. 14.

⁴⁶ V. tra gli altri PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 262.

⁴⁷ V. CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, cit., p. 21; SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 483.

⁴⁸ V. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, cit., p. 10; per PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 314 ss., per cui, p. 316 ss., tale finalità potrebbe essere soddisfatta con l'utilizzo di titoli esecutivi stragiudiziali e del procedimento monitorio.

⁴⁹ SCARSELLI, *La condanna con riserva*, cit., p. 487; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 230; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, cit., p. 84 ss.

rie del convenuto (evitando il c.d. abuso diritto di difesa), sovente spostando sul convenuto che si difende in modo potenzialmente pretestuoso l'onere di dare corso alla cognizione piena. Da questo punto di vista, la sommarizzazione della tutela mira ad evitare che l'onere di attendere la fine del processo ricada esclusivamente chi risulterà avere ragione⁵⁰;

c) evitare il verificarsi di danni irreparabili nelle more del processo⁵¹. In tale ottica, la tutela sommaria svolge funzioni essenzialmente cautelari.

Sul piano funzionale, per ottenere gli obiettivi sopra enunciati, si ritiene che il principio costituzionale di effettività possa essere attuato in due modi diversi. Da un lato, è possibile prevedere strumenti di tutela più rapidi a carattere anticipatorio, rientranti nella c.d. tutela sommaria non cautelare; dall'altro, per evitare che il risultato finale del processo sia messo in pericolo, l'ordinamento permette di ricorrere alla tutela sommaria cautelare⁵².

6. (Segue): la sommarietà cautelare

Nella seconda tipologia di tutela menzionata al termine del paragrafo precedente, si attua, a livello descrittivo, la modalità di cognizione meno ap-

⁵⁰ CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 7; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 262; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 314 ss., per il quale, p. 325, per rispondere a questa esigenza si può utilizzare la tecnica delle misure cautelari conservative e quella della condanna con riserva delle eccezioni del convenuto; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, cit., p. 60; CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, cit., p. 10. Per una prospettiva comparatistica, v. GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 56; in particolare, a p. 65, l'a. parla del principio *better remedy, better right* e afferma che un principio che può farsi valere soltanto attraverso lungaggini di procedura o cui si possono opporre eccezioni dilatorie o defatigatorie è più debole di un diritto per la cui azione si taglia corto su quelle eccezioni.

⁵¹ CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 7; CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo di cognizione*, cit., p. 10; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, cit., p. 314, con riferimento alle situazioni di vantaggio che avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale subirebbero un pregiudizio irreparabile ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per ottenere una sentenza al termine di un processo a cognizione piena ed esauriente. Per l'a., p. 333 ss., tale obiettivo può essere perseguito con il modulo proprio dei processi sommari non cautelari e quello dei procedimenti sommari cautelari.

⁵² ARIETA, *Le tutele sommarie*, cit., p. 2.

profondità e più affrettata⁵³ e per questo sommaria nel senso più letterale del termine. Come universalmente noto, infatti, i processi sommari cautelari sono funzionali ad evitare il verificarsi del c.d. *periculum in mora*, ovvero del danno marginale da ritardo nell'attuazione del diritto di cui viene chiesta la tutela. Essi, dunque, hanno l'urgenza del decidere come presupposto fondamentale. In questo tipo di cognizione, pertanto, oggetto di accertamento non è l'effettiva esistenza del diritto controverso⁵⁴, bensì i presupposti della tutela cautelare del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*⁵⁵. Al riguardo, si osserva che le prove assunte dal giudice sono finalizzate a rendere credibile, alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, la fondatezza della richiesta cautelare⁵⁶.

Speculare all'urgenza che connota la loro concessione è la provvisorietà

⁵³ MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., p. 309; BOVE, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena*, cit., p. 62, afferma al riguardo: "Posta la necessità di far presto, è evidentemente sacrificata la possibilità di far bene". V. anche le osservazioni di LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, cit., p. 502 ss., in merito alla "pienezza" dell'accertamento preteso dal legislatore, ai fini della concessione del provvedimento cautelare. L'a., in particolare, a p. 504, osserva: "il giudice, per poter emanare il provvedimento richiesto, deve conseguire la prova piena dell'esistenza dei presupposti della tutela cautelare, secondo quanto richiede la regola di giudizio posta dall'art. 2697 c.c. Che poi i presupposti della tutela cautelare siano presupposti 'di probabilità' e che la prova piena dell'esistenza di questi presupposti sia una prova piena della esistenza di una probabilità è cosa ovvia; ma ciò non vuol affatto dire che il convincimento del giudice sia minore di quello proprio dell'ordinario giudizio di merito. Il convincimento deve essere pieno in entrambi i giudizi; pieno, naturalmente, in rapporto ai diversi *themata probanda*: l'uno avente ad oggetto la probabilità dell'esistenza di fatti; l'altro la loro esistenza *tout court*".

⁵⁴ Come osserva MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., p. 313, le norme cautelari non parlano mai di convincimento del giudice sull'esistenza del diritto da tutelare.

⁵⁵ MONTESANO, *op. cit.*, p. 312, si oppone alla tesi per cui anche in ogni ipotesi di cognizione sommaria, la parte, nel giudizio di merito dovrebbe comunque conquistarsi la vittoria assolvendo l'onere della prova sulla base di prove in senso tecnico e che il giudice cautelare potrebbe accogliere la domanda solo ove si convincesse dell'esistenza del diritto tutelato, parlando di esasperazione garantista. In materia, v. LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, cit., p. 464 ss.

⁵⁶ Con queste parole, CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 307. Di recente, peraltro, la Cassazione ha prospettato una progressiva omologazione della funzione cautelare a quella cognitiva, culminata con il d.l. n. 35 del 2005: con l'introduzione della strumentalità cautelare attenuata, di rimando anche l'ambito della cognizione ha dovuto prendere atto di una sommarizzazione già realizzata nei fatti, sebbene mediata dalla funzione cautelare: Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *La nuova proc. civ.*, 20 giugno 2014, n. 4.

dei loro effetti. Senza potere approfondire una tematica di notevole interesse teorico e pratico, basterà qui ribadire che i provvedimenti cautelari sono intrinsecamente provvisori (e quindi non destinati a conseguire risultati “stabili”), in quanto strumentali (in modo ritenuto funzionale e non strutturale) e preordinati alla emanazione di un successivo provvedimento definitivo di merito, emesso a cognizione piena⁵⁷.

A differenza dalle cognizioni sommarie non cautelari, la cognizione cautelare conduce non ad un accoglimento anticipato, totale o parziale della domanda, ma alla emanazione di misure atte a prevenire il pericolo che i tempi del normale processo, cognitivo o esecutivo, rendano inefficiente un successivo provvedimento giudiziario⁵⁸.

Intrinsecamente, dunque, proprio in ragione della rapidità con cui viene compiuta e del fatto che la cognizione (più o meno accurata che sia) non riguarda l'esistenza del diritto in quanto tale, quanto l'apparente probabilità che tale diritto esista, quella compiuta dal giudice in questa sede è un'analisi che sconta un margine di approssimazione⁵⁹.

Le caratteristiche funzionali della tutela cautelare appena esaminate si traducono in peculiari modalità di svolgimento della relativa attività istruttoria. L'istruzione cautelare, infatti, in quanto volta ad accertare da un lato il *periculum in mora*, dall'altro il *fumus boni iuris*, con i caratteri dell'urgenza e della provvisorietà, è il terreno privilegiato per l'utilizzo di prove atipiche e per un ruolo più ampio attribuito al giudice, nell'ambito di un procedimento ampiamente deformalizzato, nel quale è rimessa alla discrezionalità del giudice stesso la determinazione delle forme e dei tempi relativi al compimento dei vari atti processuali che compongono l'istruzione, in senso lato, della causa cautelare⁶⁰.

⁵⁷ CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, cit., p. 884.

⁵⁸ MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., p. 310, per cui, in quest'ottica, tra le due forme di cognizione, la differenza non sarebbe tanto di diversità di contenuto o di effetti, quanto di formazione.

⁵⁹ Al riguardo, MONTESANO, *op. cit.*, p. 314, osserva che non v'è vera cautela senza un rilevante sacrificio alle esigenze di urgente tutela di quelle di normale garantismo.

⁶⁰ Così LOMBARDO, *op. cit.*, p. 475 ss., che, avendo osservato che il modello cautelare si caratterizza da un lato per essere saldamente ancorato all'osservanza del principio del contraddittorio, dall'altro per essere retto dal principio della libertà delle forme, precisa (p. 477) che “spetta, in particolare, al giudice stabilire le forme e i termini dell'allegazione dei fatti che costituiscono il fondamento delle domande e delle eccezioni, della deduzione dei mezzi di prova, dell'assunzione delle prove e, in genere, dell'esercizio di ogni facoltà processuale