

## L'ORDINANZA SUCCESSIVA ALLA CHIUSURA DELL'ISTRUZIONE EX ART. 186-QUATER C.P.C.

Relatore:

dott. Gianfranco GILARDI

giudice del Tribunale di Milano

1. – Accingendomi a parlare dell'art. 186 quater c.p.c., mi asterrò da qualunque previsione intorno al suo futuro, su ciò che potrà restarne in fase di conversione, se e quando una legge di conversione vi sarà davvero. Di fronte alla serie incessante di decreti, che hanno introdotto nel processo la categorie del mutevole e del provvisorio, rendendo sempre più incerto il quadro di riferimento normativo della tutela processuale, siamo al punto di dover auspicare persino una legge che nasce in partenza col dubbio del contrasto con la Costituzione. Non so proprio, infatti, fino a che punto corrispondano ai caratteri “straordinari della necessità e dell'urgenza” decreti che vengono riproposti all'infinito per essere fatti sistematicamente decadere; e neppure riesco a immaginare quante ordinanze di condanna emesse in base agli effimeri artt. 186 quater delle decretazioni “d'urgenza” potranno essere salvate dal Parlamento alla stregua del criterio sancito dall'art. 77 terzo comma, ultima parte della Costituzione.

Delle gravi ferite inferte al nostro sistema costituzionale da questo stato di cose stanno prendendo coscienza, finalmente, anche gli esperti e gli studiosi. Nei giorni scorsi si è tenuto a Parma, per iniziativa dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, un importante convegno sul tema “Atti legislativi del governo e rapporti tra poteri», mentre proprio oggi si terrà a Roma presso la Corte di Cassazione un altrettanto importante dibattito sul rapporto tra decreti leggi e giurisdizione.

Poiché su questi argomenti non posso trattenermi, mi limiterò ad osservare che ogni ragionamento rischia di apparire astratto quando è in gioco il corretto funzionamento delle istituzioni e viene messa in discussione l'effettività del sistema costituzionale.

2. – Passando al tema della relazione, mi sembrano opportune alcune indicazioni preliminari per rendere più comprensibili le soluzioni che verranno proposte su specifici punti.

La prima e più generale considerazione è quella legata al carattere emergenziale dell'art. 186 quater c.p.c. Non si tratta più dell'“emergenza” originaria che, in relazione allo stato di crisi della giustizia civile, giustificò nel 1990 l'intervento novellatore, ma di quell'emergenza ulteriore e riflessa provocata dalla necessità di tamponare in qualche modo i vuoti lasciati aperti dal progressivo smantellamento della novella. L'art. 186 quater ha infatti preso corpo solo dopo che, con il decreto legge n. 121/1995, era venuta meno la possibilità di applicare il nuovo rito anche alle cause pendenti e proprio quando – con le coeve disposizioni del decreto legge n. 238/1995 in cui l'art. 186 quater ha fatto per la prima volta la sua apparizione – veniva sensibilmente alterato l'impianto della fase preparatoria del processo, con frazionamento in più tempi della prima udienza. Lo strumento introdotto con l'art. 186 quater ha dunque un'evidente finalità recuperatoria, essendo diretto a restituire in forma diversa le “chances” di accelerazione che al processo venivano sottratte con le parziali modifiche delle preclusioni iniziali e della sua fase preparatoria.

Il secondo rilievo preliminare è che, costituendo l'art. 186 quater una norma diretta ad ampliare i poteri delle parti, l'applicazione dell'istituto deve adeguarsi a questo scopo evitando che la “ratio legis” possa essere sopraffatta dalla considerazione degli inconvenienti pratici che si presume potrebbero derivare da interpretazioni “troppo” coerenti con tale “ratio”. Convengo sul fatto che cinque anni di altalena possano aver messo a dura prova anche chi era più favorevolmente disposto

verso la riforma; ma non condivido la rivolta della “ragion pratica” che mi è parso talvolta di cogliere nei confronti del nuovo istituto, quasi che l’ordinanza di condanna successiva all’istruttoria fosse foriera di insopportabili disagi per il lavoro dei giudici e per la funzionalità del servizio giudiziario.

In terzo luogo, è mia opinione che la finalità fondamentale dell’art. 186 quater sia quella di consentire una più rapida realizzazione della pretesa fatta valere dalla parte che ritiene di aver ragione. La possibilità di pronunciare sulla domanda con ordinanza, anziché con sentenza, costituisce il tramite per realizzare quest’obiettivo, ma non è – a mio parere – lo scopo finale della norma, che impropriamente viene dunque ricondotta all’intento del legislatore di evitare ai magistrati la stesura della motivazione (cfr., ad es., SCARSELLI, Osservazioni sparse sul nuovo art. 186 quater c.p.c., in Foro it., 1995, V, 390, 402 e 403).

Infine mi sembra opportuno ricordare che le previsioni di qualunque legge, per quanto dettagliate e precise, non sono mai così complete da risolvere in anticipo tutti i problemi della pratica, con la conseguenza che l’indispensabile attività di mediazione richiesta all’interprete non deve essere vissuta come un peso da evitare per restringere il più possibile la portata della legge, ma come impegno critico e responsabile per superarne le oscurità e ricomporne, fino a dove è possibile, le contraddizioni. A questa idea si ispirano, ad esempio, i seminari di studio sorti spontaneamente in molti uffici giudiziari, le cui iniziative vengono qui a congiungersi idealmente – come parti di un più articolato contesto dialettico – alla fondamentale esperienza portata avanti dalla “scuola” del Consiglio Superiore della Magistratura.

Un criterio fondamentale dell’interpretazione è poi, naturalmente, quello che ai nuovi istituti si debba guardare non solo alla luce delle norme esistenti, ma anche come a fattori capaci di determinare essi stessi evoluzioni e cambiamenti.

2. – a) Il testo dell’art. 186 quater differisce sensibilmente dalle varie proposte che, durante l’iter di formazione della legge n. 353/1990, furono avanzate per introdurre una forma di tutela anticipatoria più ampia rispetto a quella risultante dagli artt. 186 bis e 186 ter.

Tralasciando altre indicazioni, basta qui ricordare:

– l’art. 182 del “disegno di legge” n. 2214/S/IX presentato dal Ministro Rognoni (in Foro it., 1987, V, 123), dove era previsto che il giudice, su istanza di parte, potesse ingiungere all’altra parte, con ordinanza costituente titolo esecutivo, l’adempimento totale o parziale della prestazione qualora la fondatezza della domanda fosse apparsa “probabile in base agli elementi di prova allo stato acquisiti”;

– l’art. 186 bis della proposta di riforma presentata da Magistratura Democratica (in Foro it., 1987, V, 77 e segg.), mutuata dall’art. 423, secondo comma c.p.c., in cui era previsto che il Giudice Istruttore, su istanza di parte, in ogni stato del processo potesse ordinare il pagamento di somme per le quali ritenesse il diritto accertato, “nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova”;

– l’articolato di Giovanni Fabbrini e Andrea Proto Pisani, nel testo risultante dall’ultima stesura (cfr. Documenti Giustizia, n. 10/1988, 340 e segg.), dove era previsto che “quando i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio siano non contestati dalle parti costituite o risultino già pienamente provati ma la causa non si presenti di pronta decisione per le necessità istruttorie collegate alle eccezioni del convenuto, ove le eccezioni stesse, tenuto conto della natura del rapporto, della qualità delle parti e di ogni altro elemento risultante in causa, appaiono verosimilmente infondate, il Giudice Istruttore può, su istanza di una parte e nel contraddittorio dell’altra, pronunciare ordinanza di condanna all’adempimento totale o parziale della prestazione”.

Si tratta, come appare evidente, di proposte che, pur differendo tra loro quanto a presupposti, condizioni e contenuto dell’ordinanza, avevano in comune la caratteristica di consentire l’emissione di quest’ultima sulla base di un accertamento anche sommario o incompleto; ciò che indusse il Consiglio Superiore della Magistratura ad esprimere parere negativo rispetto ad una tecnica di tutela che, essendo basata sul requisito della “probabilità” della fondatezza della domanda, si sarebbe

risolta in una forma estrema di provvedimento anticipatorio, incapace “di incidere positivamente sui profili qualitativi della crisi del processo civile” (cfr. la “Risoluzione”, del C.S.M. in Foro it. 1988, V, 249 e segg., con la quale venne suggerito un modello di condanna con riserva delle eccezioni del convenuto).

Definitivamente accantonata nel disegno di legge n. 1288/S/X presentata dal Ministro Vassalli “al fine di allontanare il rischio di generalizzate ed ingiustificate sommarizzazioni del processo (cfr. la relazione ministeriale in Documenti Giustizia, cit., 216 e segg.) e quindi espunta dal novero dei provvedimenti anticipatori introdotti con la legge n. 353/1990, l’ordinanza di condanna ha fatto la sua prima apparizione con il decreto legge n. 238/1995 ed è stata quindi riproposta, senza modifiche, nel d.l. n. 347/1995 e nel d.l. n. 432/1995. L’introduzione della norma è stata favorita da un mutato clima culturale, che ha portato a considerare positivamente l’allargamento dei provvedimenti anticipatori di condanna sia per finalità deflattive sia con riguardo alla semplificazione delle forme dei provvedimenti giurisdizionali (cfr., per un’eco di questo dibattito, i contributi sul tema “I rinvii e l’arretrato nel processo civile”, in Foro it., 1995, V, 264 e segg. ed ivi, in particolare, l’intervento di BORRÈ).

b) La lettura della norma, ove è detto che il provvedimento può essere pronunciato solo ad esaurimento dell’istruzione, rende evidente che l’ordinanza si differenzia nettamente non soltanto dai provvedimenti anticipatori introdotti con la novella e da quelli già previsti nel codice di procedura civile o altrove (cfr., per il rito del lavoro, il richiamato art. 423 c.p.c.; *amplius*, COSTANTINO, La lunga agonia del processo civile. Note sul d.l. 21 giugno 1995 n. 238, in Foro it., 1995, 330), ma da tutte le proposte che l’hanno preceduto, avendo perso il carattere di provvedimento a cognizione sommaria per assumere quello di un provvedimento a cognizione piena. Il giudice potrà dunque pronunciare l’ordinanza soltanto (e in tutti i casi) in cui la causa possa considerarsi istruita, non essendo sufficiente una valutazione di probabile fondatezza della domanda e di improbabile infondatezza delle eccezioni avversarie allo stato degli atti, ma essendo necessario che l’istruttoria abbia il suo corso in tutti i casi in cui, alla stregua della disciplina sull’ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, essa sarebbe stata espletata indipendentemente dalla proposizione dell’istanza ex art. 186 quater c.p.c.. Esaurimento dell’istruttoria non significa, a mio parere, che il giudice possa emettere il provvedimento solo a condizione che si sia svolta un’istruttoria (contra, CAPPONI, Commento al d.l. 21 giugno 1995 n. 238, in Corriere giur., 1995, 778) né che l’ordinanza sia preclusa prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni (così, invece, SCARSELLI, op. cit. 394), ma solo che non può essere pronunciata fino a quando vi sia spazio per lo svolgimento dell’istruttoria. Conseguentemente l’ordinanza potrà essere emessa sia dopo che il giudice abbia esaurito l’assunzione dei mezzi di prova ai sensi dell’art. 188 c.p.c., sia quando ritenga, in base all’art. 187 c.p.c., che la causa è matura per la decisione senza necessità di assumere mezzi istruttori, ovvero allorquando entro i termini di legge non siano state formulate deduzioni probatorie (cfr. LUISO, Il d.l. n. 238/1995 sul processo civile, in Giur. it. 1995, 243; COSTANTINO, op. cit., 328). L’ordinanza, pertanto, potrà essere emessa anche all’udienza ex art. 183 c.p.c. essendo solo eventuale (benché si tratterà, sicuramente, dell’ipotesi normale) che dopo tale udienza la trattazione della causa venga differita per consentire alle parti di integrare, precisare o modificare le proprie difese ai sensi degli ultimi due commi dell’art. 183 ovvero per dedurre mezzi di prova ai sensi dell’art. 184 c.p.c..

Nutro invece dubbi sulla possibilità che l’ordinanza possa essere pronunciata all’udienza prevista dall’art. 180 c.p.c., nel testo novellato dai decreti legge n. 238/1995 e successivi. Vero è che formalmente non è stata abrogata la disposizione dell’art. 80 bis disp. att. c.p.c. in base alla quale “la rimessione al collegio, a norma dell’art. 187 del codice, può essere disposta dal Giudice Istruttore anche all’udienza destinata esclusivamente alla prima comparizione delle parti”; ed è altrettanto certo che già nell’udienza ex art. 180 c.p.c. potrebbe evidenziarsi una situazione idonea a consentire la decisione della causa senza necessità di altra indagine. Ma, ove pure non si voglia ritenere che la scansione delle udienze emergente dagli artt. 180 e 183 c.p.c. rappresenti altrettante

tappe obbligate del processo (cfr., ad es. D'ASCOLA, Relazione svolta all'incontro di studio del C.S.M. sul processo civile, Frascati 14/16 settembre 1995, in cui si osserva che l'art. 184 c.p.c. colloca i provvedimenti dell'art. 187 ad un momento successivo all'esaurimento delle attività previste dall'art. 183), sì da doversi ipotizzare l'abrogazione tacita dell'art. 80 bis disp. att. c.p.c., non riesco a scorgere l'incidenza pratica che la ritenuta possibilità di precisare le conclusioni fin dalla prima udienza avanti al giudice riuscirebbe ad avere agli effetti del provvedimento previsto dall'art. 186 quater. O, infatti, deve ipotizzarsi che la causa può essere decisa alla stregua di questioni pregiudiziali o preliminari idonee a definire il giudizio senza possibilità di pronuncia sul merito (neppure, quindi, nella forma dell'ordinanza); oppure occorre immaginare situazioni di così limpida esaustività da rendere improbabile che si verifichino in concreto (non senza aggiungere che, per i casi di mancata contestazione della pretesa, l'attore potrebbe preferire avvalersi del rimedio previsto dall'art. 186 bis c.p.c.).

c) Assai discussa è la possibilità di emettere l'ordinanza una volta che, precisate le conclusioni, la causa sia stata rimessa al collegio per la decisione (nelle controversie regolate dal vecchio rito e in quelle che, nel rito nuovo, vengono decise dal Tribunale in composizione collegiale), ovvero dopo che le parti abbiano precisato le conclusioni ai sensi dei novellati artt 190 bis e 189 c.p.c. nelle cause che il Giudice Istruttore deve decidere quale giudice unico. È questo uno dei punti di maggior ambiguità della norma, un problema rispetto al quale appare evidente la fuga dei redattori ministeriali (ormai non è nemmeno il caso di parlare di un sempre più lontano e inafferrabile legislatore "storico") da una scelta chiara e precisa, forse per non scontentare questa o a quella scuola di pensiero o, peggio e più semplicemente, per aver perduto ogni capacità di orientamento riguardo agli umori altrettanto mutevoli e confusi che percorrevano il mondo forense durante il prolungato "sciopero" degli avvocati.

Muovendo dal rilievo che la norma demanda al Giudice Istruttore il potere di emanare l'ordinanza di condanna, e che il Giudice Istruttore, una volta rimessa la causa al collegio per la decisione, si è "spogliato" di essa, l'interpretazione forse prevalente ha dato al quesito risposta negativa (cfr., ad es., COSTANTINO, op. cit., 330; Trib. Grosseto 16 settembre 1995, ord. allegata alla presente relazione, secondo cui nelle cause di vecchio rito la norma dell'art. 186 quater potrebbe trovare applicazione solo dopo che le parti abbiano precisato le conclusioni e prima che il Giudice Istruttore abbia rimesso la causa al collegio per la decisione. Vedi pure CAPPONI, Commento al d.l. 21 giugno 1985 n. 238, cit., 778. Contra, tra le altre, Trib. Lecce, ord. 13 luglio 1995 in Foro it., 1995, I. 2557; Trib. Milano 17 novembre 1995, ord. allegata alla presente relazione). Agli argomenti di natura formale, altri hanno aggiunto preoccupazioni di natura pratica legate alla considerazione degli effetti negativi che sulla funzionalità del lavoro, specie negli uffici più oberati, verrebbero determinati da una "pioggia" di istanze ex art. 186 quater.

Pur rendendomi conto della relatività delle argomentazioni che possono essere invocate a favore dell'una o dell'altra tesi, personalmente propendo per quella che consente l'applicazione più ampia della norma. Sul piano strettamente letterale, infatti, l'aver individuato nel Giudice Istruttore l'organo competente a provvedere sull'istanza non tanto sembra escludere l'ammissibilità di questa successivamente alla rimessione della causa al collegio quanto implicare che, anche dopo la rimessione, non è il collegio ma, per l'appunto, il Giudice Istruttore (tale considerato in un'ibrida veste anche in fase decisoria: cfr. l'art. 275, ultimo comma c.p.c.) a doversi pronunciare su di essa. Proprio perché l'ordinanza ha una funzione meramente anticipatoria e non sostituisce, di per sé, l'accertamento della sentenza, si comprende che la competenza ad emetterla sia stata riservata al Giudice "Istruttore" anziché al collegio il quale, allorché si pronuncia sulla domanda, deve farlo con sentenza. È ben vero che nel testo dell'art. 186 quater non è stata riprodotta l'espressione "in ogni stato del processo" che figurava in alcune proposte avanzate durante l'"iter" di formazione della novella; ma sotto il profilo interpretativo non può avere peso inferiore il fatto che l'art. 186 quater, sistematicamente collocato tra le disposizioni relative alle condanne anticipatorie, non contenga – a

differenza degli artt. 186 bis e 186 ter – alcun riferimento alla precisazione delle conclusioni come momento finale oltre il quale il provvedimento non è più consentito.

Che il Giudice Istruttore, con la rimessione al collegio, si sia “spogliato” della causa, costituisce – mi sembra – un falso argomento, perché il principio vale fino a quando non sia disposto il contrario, come accade ad esempio in materia di provvedimenti cautelari e come avverrebbe appunto, secondo l’interpretazione che sto sostenendo, con l’art. 186 quater. Né mi pare che questa conclusione debba essere intesa come una sorta di sconfitta del valore della collegialità perché, se così fosse, ad esser messa in discussione sarebbe (non tanto l’ordinanza ex art. 186 quater, quanto, più radicalmente) la scelta stessa del giudice monocratico compiuta dalla “novella”. E non nascondo un certo stupore nel constatare come dietro certe interpretazioni restrittive del nuovo strumento (sotto altri profili certamente criticabile) si nasconda un inconscio rifiuto del cambiamento, una nostalgia della collegialità vissuta più come cittadella da difendere contro gli attacchi esterni che come valore da affermare nella pratica quotidiana del dialogo ed il confronto.

Negare che l’art. 186 quater possa trovare applicazione dopo che le parti abbiano precisato le conclusioni, significa tra l’altro togliere alla norma proprio quello che, in base al criterio di interpretazione funzionale (cfr. LUISO, op. cit., 245), avrebbe dovuto costituire il campo privilegiato di applicazione: vale a dire le “vecchie” cause (alle quali l’articolo 186 quater è stato espressamente esteso) e, tra esse, proprio quelle la cui data di rimessione al collegio sarebbe venuta a cadere assai lontano nel tempo (cfr. sul punto Trib. Milano 17 novembre 1995. ord. cit.). A me sembra infatti sicuro – anche alla stregua delle opinioni manifestate da alcuni “padri” della proposta di tutela anticipatoria analoga a quella ora in discussione: cfr. RICCI, Per un efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell’ordinario processo civile, in Riv. dir. proc., 1021 e segg. – che, seppure in forma alquanto obliqua, si sia voluto recuperare l’impulso acceleratorio che, almeno sulla carta, anche i processi “vecchi” avrebbero ricevuto dal loro assoggettamento alle norme della “novella” nei termini risultanti dal testo originario dell’art. 90 e, in particolare, dalla possibilità di essere decise dal Giudice Istruttore in funzione di giudice unico. Non vedrei alcuna ragione per negare alla parte che abbia interesse ad una sollecita tutela la possibilità di ottenerla senza attendere l’accertamento definitivo della sentenza. Forse non si è percepito sino in fondo che lo strumento previsto dall’art. 186 quater, arricchendo il processo di nuove forme decisorie e rendendo più duttile la capacità di risposta del sistema giudiziario a seconda delle situazioni concrete, non restringe ma accresce la sfera dei poteri delle parti e, quindi, rende più concreto il principio costituzionale dell’art. 24 senza indebolire quello dell’art. 111 sia perché l’ordinanza, benché in forma “succinta” (art. 134 c.p.c.), dovrà essere pur sempre motivata, sia perché le parti non vengono private, se non per loro scelta, del diritto alla sentenza.

Dare alle parti la possibilità che il giudice, una volta assunte le prove, dica subito, con poche e semplici parole, chi ha torto e chi ha ragione, non significa abbassare le garanzie e i valori del processo, ma al contrario far compiere a questo un passo avanti sulla strada della visibilità e della trasparenza. E se poi accadrà che le parti, avendo conosciuto il pensiero del giudice, preferiranno non attendere la sentenza ma sottoporre subito la questione al vaglio del secondo grado ciò, oltre a produrre benefici effetti sul piano deflattivo, servirà a costruire una nuova cultura del processo entro cui la sentenza verrà richiesta solo quando si dimostrerà davvero necessaria diventando proprio per questo un atto ancor più autorevole e sentito. Alla stregua di tali premesse, non vi sarebbe poi ragione per negare che l’ordinanza ex art. 186 quater, oltre che successivamente alla precisazione delle conclusioni nella cause rimesse al collegio (cfr. LUISO, op. cit., 246) possa essere domandata anche dopo l’udienza di precisazione delle conclusioni in quelle che il Giudice Istruttore deve decidere come giudice unico (conf. SPERA, Relazione svolta al seminario milanese giudici/avvocati del 5 ottobre 1995, allegata alla presente relazione; Trib. Grosseto, ord. cit., secondo cui lo sbarramento sarebbe costituito dal deposito delle comparse conclusionali. Per LUISO invece, op. cit. 246, nelle cause soggette al nuovo rito il termine finale sarebbe costituito dall’udienza di precisazione delle conclusioni), anche in tali cause potendo verificarsi che le parti

siano interessate, per ragioni di maggior celerità, a che il giudice si pronunci con ordinanza (nella veste di “istruttore”) anziché con sentenza (nella veste di decidente). È peraltro ovvio che, quanto più il processo ordinario di cognizione riuscirà a funzionare nella pienezza di tutti i suoi mezzi, tanto meno le parti saranno interessate a chiedere l’ordinanza in discussione di cui emerge, anche sotto questo profilo, la funzione di strumento di “soccorso”, flessibilmente destinato ad operare soprattutto nelle fasi più acute dei tempi lunghi della giustizia.

Tenendo conto delle diverse opinioni in campo, la posizione interpretativa intermedia (forse quella più conforme a ciò che è rimasto imbrigliato nelle lacunose espressioni dei redattori della norma) potrebbe essere che, nelle cause di nuovo rito ed in quelle di vecchio rito non ancora spedite al collegio alla data in cui si è reso applicabile per la prima volta l’art. 186 quater c.p.c., la parte interessata debba dichiarare non oltre l’udienza di precisazione delle conclusioni se intende richiedere l’ordinanza, ciò che potrà essere fatto a ragion veduta avendo avuto la possibilità di verifica quali sarebbero i tempi di spedizione a sentenza. Per le cause che, alla data in cui si è reso applicabile l’art. 186 quater, fossero già state rimesse al collegio per la decisione, l’impossibilità per la parte interessata di richiedere l’ordinanza in un momento anteriore implica per essa il diritto di compiere dopo la scelta che non ha potuto compiere prima e, quindi, implica che l’ordinanza possa essere domandata anche quando il Giudice Istruttore si è spogliato della causa. Il fatto che l’art. 90 della novella, come modificato dal d.l. n. 432/1995 (e dagli altri decreti che l’hanno preceduto) abbia esteso l’applicabilità dell’art. 186 quater a tutti i processi pendenti alla data del 30 aprile 1995, senza alcuna distinzione, comporta necessariamente, a mio parere – anche alla luce del principio desumibile dall’art. 184 bis c.p.c. – questa possibilità di recupero.

La soluzione interpretativa appena indicata come quella intermedia rispetto alle diverse opinioni in campo, avrebbe il vantaggio di una notevole semplificazione, anche se di per sé non sarebbe sufficiente a risolvere il problema del momento finale in cui l’istanza può essere proposta nei casi in cui, alla data del 30 aprile 1995, la causa fosse stata già rimessa al collegio per la decisione (cfr. sull’argomento LUISO, op. cit., 246 secondo cui tale momento coincide con l’udienza di discussione). Per di più precludere la possibilità di proporre l’istanza oltre l’udienza di precisazione delle conclusioni potrebbe, nei casi concreti, risolversi in pregiudizio nei confronti della parte il cui bisogno di tutela – senza assumere caratteristiche tali da giustificare il ricorso ai provvedimenti d’urgenza – fosse diventato particolarmente intenso (solo) dopo quel momento.

d) Qualora l’istanza ex art. 186 quater sia formulata verbalmente in udienza, è mia opinione che la parte che ne faccia richiesta abbia diritto ad un termine per replica, alla stregua dell’orientamento desumibile dagli art. 170, ultimo comma, 183 quinto comma c.p.c. (come novellato dal d.l. n. 432/1995 e dagli altri che l’hanno preceduto), 190 e 190 bis c.p.c.. Anche se la caratteristica del provvedimento in esame sembra essere quella di un’ordinanza da emettere subito dopo l’esaurimento delle prove, in un contesto di immediatezza ed oralità, la domanda ex art. 186 quater implica pur sempre, in qualche modo, una modifica del quadro difensivo. Tenuto conto, d’altro lato, che l’ordinanza viene pronunciata ad istruttoria esaurita (quando le parti avrebbero diritto a presentare difese scritte se la causa fosse rimessa a decisione), mi sembra che un’analogia possibilità di illustrazione scritta, sia pur in forma di breve memoria, debba essere consentita anche rispetto a un provvedimento che ha pur sempre contenuto decisorio. A identica conclusione deve naturalmente pervenirsi, per quanto ho appena detto, nel caso in cui al momento di presentazione dell’istanza ex art. 186 quater la causa fosse stata rimessa al collegio per la decisione (amplius, in argomento, SCARSELLI, op. cit. 396, il quale ritiene necessaria anche un’udienza per la discussione sulla richiesta dell’ordinanza. Vedi, nello stesso senso, SPERA, op. cit., 10 che parla di un termine intermedio per lo scambio di brevi comparse da depositare in cancelleria).

e) L’ordinanza (destinata a rendere eventuale l’accertamento della sentenza) non è ammissibile in grado d’appello, poiché in questo caso un accertamento v’è già stato, con la conseguenza che un provvedimento ex art. 186 quater assumerebbe il contenuto di una riforma certamente estraneo alla previsione normativa (cfr. COSTANTINO, op. cit., 332; SPERA, op. cit., 5). Il fatto stesso che la

competenza ad emettere il provvedimento sia riservata al Giudice Istruttore, rende incompatibile l'ordinanza in esame con la struttura del procedimento d'appello nelle cause iniziate in primo grado dopo il 30 aprile 1995 dal momento che in tali cause – per effetto dell'art. 90 della novella, come modificato dal d.l. n. 432/1995, e dell'art. 350 del c.p.c. – in appello è collegiale anche la trattazione e, quindi, non vi è un Giudice Istruttore. L'ordinanza di condanna appare invece ammissibile, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 359 c.p.c., nelle controversie in cui la Corte d'Appello provveda quale giudice di unico grado (COSTANTINO, op. loco cit.; SPERA, op. loco cit.).

Si discute se l'ordinanza in esame possa trovare applicazione al di fuori del procedimento ordinario di cognizione innanzi al Tribunale e, in particolare, nel processo del lavoro, in quello pretorile e nel processo innanzi al giudice di pace.

Pare anche a me che la norma, per la sua stessa collocazione nel secondo libro del codice di procedura civile, non sia estensibile al processo del lavoro (ed alle altre controversie assoggettate ad analogo rito: cfr., sul punto, COSTANTINO, op. cit., 330) in considerazione sia della maggiore speditezza della decisione per esso prevista (cfr. SCARSELLI, op. cit., 393), sia del carattere di specialità che l'art. 423, secondo comma, quantunque anteriore all'art. 186 quater, viene ad assumere rispetto a quest'ultima norma (in senso contrario vedi però Pretore Massa, ord. 11 ottobre 1995, sotto il profilo che negare l'applicazione dell'art. 186 quater al processo del lavoro renderebbe “deteriore la posizione del lavoratore cui sarebbe offerta la possibilità di ottenere solo un'ordinanza di pagamento, sia pure in corso d'istruzione, peraltro con l'onere di coltivare il procedimento fino alla sentenza, anche per ottenere il ristoro delle spese, mentre qualsiasi altro credito, pur di natura non alimentare o assimilabile, verrebbe a fruire di una tutela più incisiva”). Non mi sembra invece convincente l'esclusione dell'art. 186 quater che si è ritenuto di prospettare con riguardo al procedimento pretorile e quello innanzi al giudice di pace. È ben vero che il pretore, esaurita l'istruttoria, può ordinare l'immediata discussione della causa e pronunciare sentenza nella forma concisa del novellato art. 315 c.p.c. sicché – sotto questo profilo – non vi sarebbe davvero ragione di sostituire una sentenza con un'ordinanza (COSTANTINO, op. loco cit. Vedi altresì, Pret. Salerno 2 novembre 1995, ord. allegata alla presente relazione). Ma, come è stato esattamente rilevato, la scelta di avvalersi – nei procedimenti iniziati successivamente al 30 aprile 1995 – della decisione “accelerata” ex art. 315 c.p.c. è rimessa pur sempre al pretore, con la conseguenza che non appare incompatibile con la struttura del processo pretorile l'attribuzione alle parti della facoltà di richiedere l'ordinanza in esame (BUCCI, op. cit., 299).

Il rinvio contenuto nell'art. 311 c.p.c., sembra poi consentire l'applicazione dell'art. 186 quater anche al procedimento innanzi al giudice di pace (cfr. SPERA, op. loco cit.; COSTANTINO, op. cit., 331-332). Rilevo, per inciso, come tale soluzione sia data come presupposta nella circolare n. 19/1995 della direzione Generale Affari Civili e Libere Professioni del Ministero di Grazia e Giustizia sui criteri per la liquidazione dei compensi ai giudici di pace.

3. – a) Come in tutti i casi di ordinanze anticipatorie, anche quella prevista dall'art. 186 quater può essere emessa solo a seguito di istanza di parte, si tratti dell'attore ovvero del convenuto che abbia proposto domanda riconvenzionale. Nelle ipotesi di processi litisconsortili, è possibile che l'istanza sia avanzata solo da alcune parti ovvero che una di esse la proponga contro una pluralità di soggetti (SCARSELLI, op. cit., 397). A differenza di quella contemplata nell'art. 186 bis, l'ordinanza in discussione può essere pronunciata anche nei confronti della parte contumace (peraltro, secondo alcuni, solo previa notifica ad essa dell'istanza: cfr. SCARSELLI, op. cit. il quale richiama l'interpretazione di Corte Cost., 6 giugno 1989 n. 317 a proposito dell'art. 292 c.p.c.). A mio parere non può dubitarsi che, ove siano state proposte più domande o la domanda riguardi una pluralità di beni, l'ordinanza possa essere chiesta per una parte soltanto della controversia (cfr. BUCCI, op. cit., 300; contra, invece, LUISO, op. cit., 247 - 248), sempre che riguardo alla domanda per cui l'istanza è proposta possa considerarsi esaurita l'istruttoria senza possibilità di interferenze di attività probatorie eventualmente necessarie per le altre domande.

L'ordine del giudice può comprendere non soltanto il pagamento di somme – come previsto dall'art. 423, secondo comma c.p.c. – ma anche la consegna o il rilascio di cose, si tratti di beni mobili o di beni immobili. L'art. 186 quater, dunque, per un verso non si estende ad ogni ipotesi di condanna all'adempimento (restandone al di fuori gli obblighi di fare e di non fare: cfr. SCARSELLI, op. cit. 392), per l'altro verso introduce nuovi casi di condanna al rilascio fino a ieri prevista soltanto in favore di locatori di beni immobili (artt. 663, 665 c.p.c. e 30, secondo e ultimo comma della l. n. 392/1978; cfr. COSTANTINO, op. cit., 330).

b) Un'altra questione aperta su cui sarebbe opportuno un chiarimento da parte del legislatore è se l'ordinanza possa essere emessa quando la condanna al pagamento, alla consegna o al rilascio presuppongano altre pronunzie, come ad es. l'accertamento della proprietà in un'azione di rivendicazione o la pronuncia di risoluzione "opo judicis" nell'ambito di un rapporto obbligatorio. L'opinione prevalente – emersa anche dalle risposte al questionario del C.S.M. – appare orientata in senso negativo (cfr., ad es., SPANÒ, Relazione all'incontro di studio del C.S.M. sul processo civile, Frascati 14/16 settembre 1995; SPERA, op. cit., 16 - 17; LUISO, op. cit. 246: Trib. Chiavari 16 ottobre 1995, ord., allegata alla presente relazione e specificamente relativa all' art. 2932 cod. civ.) sia in considerazione del fatto che la norma, dal punto di vista letterale, prevede solo l'ordine di condanna o di pagamento, sia perché – nei casi di pronunzie costitutive – prima della sentenza verrebbe a mancare lo stesso fatto generatore del diritto.

In realtà, se la "ratio" della norma in esame è quella di favorire la definizione della lite – anche senza la pronuncia di una sentenza – in tutti i casi in cui, raggiunta la prova, la decisione possa apparire superflua (così BUCCI, op. cit. 300), non vedrei ostacoli a che, una volta raccolti tutti gli elementi necessari per il giudizio, il giudice possa pronunciare l'ordinanza anche quando la condanna presupponga un accertamento incidentale (ad es., nullità del contratto) ovvero di tipo costitutivo (ad es., annullamento del contratto per vizio del consenso). Nessuna incompatibilità logico-giuridica può ravvisarsi tra il carattere costitutivo della sentenza e l'anticipazione del risultato finale che l'attore in azione di consegna o di rilascio mira a conseguire tramite la pronuncia; e ciò tanto più alla luce della drastica revisione della categoria delle azioni costitutive recentemente effettuata in dottrina (cfr. PROTO PISANI, Appunti sulla tutela cosiddetta costitutiva e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali, in Riv. dir. proc., 1991, 60: id., Lezioni di diritto processuale, Jovene, 1994, 190 e segg. il quale pone in luce la necessità di distinguere tra "tutela c.d. costitutiva come strumento di attuazione coattiva di pretese insoddisfatte a causa dell'inadempimento di obblighi consistenti nell'emanazione di dichiarazioni di volontà" – 202/204 – "azioni costitutive dirette a produrre effetti sostanziali conseguibili anche in via di autonomia privata" – 204/206 – e "azioni costitutive dirette a produrre effetti sostanziali non conseguibili in via di autonomia privata" – 207). Una volta, infatti, riclassificate la tutela c. d. costitutiva, e considerato che anche nell'azione ex art. 2932 cod. civ. o in quelle di annullamento, di rescissione, di risoluzione etc. il processo costituisce solo uno strumento per ottenere gli stessi effetti sostanziali che le parti avrebbero potuto ottenere in via di autonomia privata, mi pare che il carattere costitutivo della pronuncia sfuma semplicemente nel suo farsi tramite per il soddisfacimento della pretesa finale della parte che agisce in azione di condanna, di consegna o di rilascio: e, cioè, per il conseguimento della somma o di altro bene mobile od immobile. Alla stregua di tale premessa, mi sembra conseguenziale non solo, come ho detto, l'ammissibilità dell'ordinanza di condanna anche nei casi di accertamento pregiudiziale o di pronuncia costitutiva ma altresì che, se l'ordinanza acquisterà efficacia di sentenza, per un verso l'attitudine al giudicato dovrà essere riconosciuta anche a ciò che ne costituisce l'antecedente logico giuridico, per l'altro verso l'impugnazione non potrà che riguardare anche l'accertamento pregiudiziale o quello costitutivo (contra invece, su quest'ultimo punto, BUCCI, op. cit. 302).

Mi rendo conto, peraltro, che l'interpretazione prevalente è forse la più lineare e certo la più adatta ad evitare un impatto eccessivamente traumatico del nuovo istituto sulla realtà (si pensi, ad esempio, alle difficoltà connesse alla trascrizione, prevista solo per le sentenze; cfr., amplius, le

considerazioni di SPERA, op. cit., 9); ed anche su questo punto un chiarimento del legislatore appare quanto mai urgente.

Voglio solo segnalare che, secondo un recente contributo ( SCARSELLI, op. cit., 393) l'ordinanza sarebbe consentita in tutti i casi in cui le questioni pregiudiziali non siano da decidere con autorità di cosa giudicata (cfr., in argomento, PROTO PISANI, Lezioni di diritto processuale civile, cit., 71 e 72). In questo modo sembra da intendere anche l'opinione di BUCCI, op. cit., 302 che per esemplificare richiama in argomento la norma dell'art. 669 c.p.c.. Nel senso della possibilità di anticipare alcuni effetti delle sentenze costitutive c.f.r. altresì CONTE, Relazione svolta al convegno promosso dai giudici commercialisti sulla riforma del c.p.c., Milano 18-9-95.

4. – Presentata l'istanza, il giudice può accoglierla o respingerla. Il termine "può" che figura nella norma non implica affatto, a mio parere, che spetti al giudice una facoltà discrezionale di provvedere sull'istanza e che, in particolare, egli possa sottrarsi al dovere di decidere invocando, ad esempio, la complessità delle questioni, l'opportunità di riservarne l'esame al collegio, il carico di lavoro, la possibilità di emettere la sentenza in tempi brevi, etc.. Questa posizione (che pure è emersa nelle prassi, denotando qualche volta un'altra forma di rifiuto della norma) finirebbe per trasformare un diritto processuale in un potere del giudice la cui valutazione – se non anche il cui arbitrio – verrebbe a condizionare le scelte delle parti. A me sembra invece che il termine "può", come in altri casi analoghi (artt. 648 c.p.c., 186 bis c.p.c., 671 c.p.c., etc.) attenga non alla facoltà del giudice quanto al decidere o no sull'istanza, ma al risultato della valutazione degli elementi probatori, valutazione che potrà essere di accoglimento o di rigetto a seconda delle circostanze del caso concreto, ma non può essere negata con la conseguenza che un giudizio positivo, anche parziale, rende l'ordinanza dovuta e non discrezionale (BUCCI, op. cit., 300; Pret. Salerno, ord. cit.).

L'istanza dovrà essere respinta non solo per ragioni di merito, inerenti alla mancata dimostrazione del fatto costitutivo ovvero all'accertata esistenza di fatti impeditivi, modificativi od estintivi, ma anche quando il giudice ritenga che, in sede di decisione definitiva, la domanda dovrà essere dichiarata inammissibile per ragioni processuali impediti. Qualora invece, diversamente valutando il materiale probatorio o riesaminando le istanze istruttorie, si convinca della necessità di ulteriori approfondimenti, egli dovrà dichiarare che la domanda non può essere accolta per difetto del presupposto relativo all'esaurimento dell'istruttoria.

5. – Al pari di quella contemplata nell'articolo 186 bis, l'ordinanza emessa ai sensi dell'articolo 186 quater costituisce titolo esecutivo. La legge tuttavia non prevede – contrariamente a quanto disposto dall'articolo 186 ter ultimo comma per l'ordinanza ingiuntiva, e contrariamente a quanto era previsto, ad es. nel progetto Rognoni e nell'articolo di Fabbrini e Proto Pisani – che essa costituisca titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Considerato il carattere di tassatività a cui, per concorde opinione, si ispira la norma dell'articolo 2818 cod. civ. quanto ai titoli per i quali può essere iscritta ipoteca giudiziale, ciò ha portato a sollevare un dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 186 quater per violazione dell'art. 3 della Cost. (cfr. Dalmartello, Intervento svolto al seminario di studio giudici/avvocati del giugno scorso a Milano, con richiamo a Corte Cost. 18 febbraio 1988, n. 186 la quale dichiarò incostituzionale l'art. 158 cod. civ. nella parte in cui non prevedeva che il decreto di omologazione della separazione consensuale dei coniugi costituisca titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, al contrario di quanto previsto dall'art. 156 quinto comma per la sentenza che pronuncia la separazione personale; CONTE, op. cit.) anche se la diversità di disciplina può forse spiegarsi sia in ragione della precarietà del provvedimento (essendo l'ordinanza suscettibile di revoca con la sentenza che definisce il giudizio) sia perché, ove l'ordinanza acquistasse efficacia di sentenza ai sensi del terzo e quarto comma, il titolo per l'iscrizione giudiziale sarebbe costituito per l'appunto dalla sentenza (cfr. SCARSELLI, op. cit., 396).

6. – Il mancato richiamo all'articolo 177 e 178, primo comma c.p.c. (contenuto invece negli articoli 186 bis e 186 ter), e la specificazione che l'ordinanza è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio, preclude al giudice che l'ha emessa sia la possibilità di una revoca sia quella di una modificazione: il che si spiega considerando che l'ordinanza viene pronunciata ad esaurimento dell'istruttoria, per cui pare logico l'aver rimesso l'esame di ogni questione intorno ad essa in sede di decisione finale ovvero, a seconda dei casi, in sede di impugnazione. L'ordinanza non può essere revocata neppure dal collegio che, senza pronunciare nel merito, impartisca distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa ai sensi dell'art. 279, secondo comma n. 4 c.p.c.. Il fatto che l'ordinanza sia sottratta a mezzi di riesame o di controllo immediati, potrà indurre il destinatario del provvedimento, interessato a non subirne l'esecutività dell'ordinanza, a rinunciare alla sentenza in modo da poter proporre impugnazione ed avvalersi, se del caso, dell'inibitoria ex art. 283 c.p.c.. Per questa via la scelta della parte soccombente di rinunciare o no alla sentenza non costituirà un atto discrezionale, ma l'unico strumento messo a sua disposizione per difendersi contro un'esecuzione ritenuta ingiusta. Che l'obiettivo di accelerare i tempi della giustizia possa passare attraverso simili pressioni – diciamo pure – non lascia soddisfatti (cfr. al riguardo, i rilievi di SCARSELLI, op. cit., 391-392), anche se non bisogna dimenticare che le prassi hanno accettato senza drammi la possibilità di provvedimenti esecutivi non suscettibili di revisione prima della sentenza di merito (cfr. l'art. 648, primo comma c.p.c., la cui previsione di non impugnabilità dell'ordinanza e, quindi, di immodificabilità ed irrevocabilità ex art. 177, terzo comma n. 3 c.p.c. fa sorgere tuttavia una questione di illegittimità costituzionale rispetto a quanto previsto dall'art. 186 ter, terzo comma c.p.c.: cfr. sul punto CONTE, relazione citata), ed anche se nel caso dell'art. 186 quater la maggior stabilità del provvedimento – rispetto a quelli previsti dagli artt. 186 bis e 186 ter – può giustificarsi in considerazione del tipo di cognizione che ne costituisce il presupposto.

7. – Il provvedimento in esame ha la forma dell'ordinanza. Esso pertanto, in conformità alla previsione dell'art. 134 c.p.c., deve esprimere le ragioni della condanna "succintamente" e, cioè, con parole semplici ed essenziali. Per rispettare il precetto degli artt. 186 quater, 134 c.p.c. e 111 della Cost. non basterà il richiamo puro e semplice alle risultanze degli atti, ma sarà sufficiente che l'ordinanza indichi con immediatezza le ragioni del "decisum" senza necessità di circondare la soluzione accolta con quella fitta rete difensiva che spesso accompagna la motivazione della sentenza, come se il giudice dovesse preoccuparsi non solo di spiegare perché ha ritenuto di accogliere una domanda, ma anche di dimostrare l'inattaccabilità della sua scelta quasi che si trattasse dell'unica soluzione possibile. Per la verità, anche per la sentenza l'esposizione dei motivi in fatto e in diritto deve essere "concisa" (art. 132, secondo comma n., 4 c.p.c.); ma come osserva BORRÈ (op. cit., 275) "l'ordinanza induce il giudice a cogliere meglio la 'relatività' che è propria della sua decisione e a misurare su essa (con minori ambizioni di ultimatività logica) il discorso giustificativo; sicché è lecito dire che l'uso di tale provvedimento anche un pò extra moenia potrebbe essere non il tradimento di un valore, ma un utile esperimento pedagogico". I passaggi della motivazione, pur nell'essenzialità dell'ordinanza, debbono esservi tutti: ipotizzando, ad esempio, che l'ordinanza sia ammissibile anche in ipotesi di accertamenti costitutivi, il giudice dovrà dire perché ritiene che il contratto sia da risolvere od annullare, sia pure con un sintetico richiamo ai nomi dei testi che hanno confermato l'esistenza del vizio del consenso o il mancato adempimento della prestazione.

Mi sembra che ciò riduca di molto – sebbene non elimini del tutto – la possibilità che il giudice di appello non sia in grado di conoscere l'iter logico e giuridico seguito dal giudice di primo grado per emanare il provvedimento impugnato e, quindi, riduca la possibilità che il giudizio di appello costituisca anziché una "revisio" – una semplice continuazione del giudizio di primo grado (così LUISO, op. cit., 247; SCARSELLI, op. cit., 401, cui si rinvia per ulteriori considerazioni sul punto). Sotto altro profilo, non mi pare di condividere la preoccupazione, che ho visto affiorare in molte

delle risposte al questionario, secondo cui l'ordinanza finirebbe per essere un doppione della sentenza e per aggravare inutilmente il lavoro dei giudici: mi pare infatti evidente che, ove all'ordinanza debba seguire la sentenza, quest'ultima ben potrà tener conto della motivazione sviluppata nell'ordinanza, ad essa facendo richiamo per tutti i punti che non necessitino di ulteriore approfondimento. Per questa via, tra sentenza e ordinanza viene anzi a determinarsi un utile collegamento capace di favorire il recupero della sentenza – sono ancora parole di BORRÈ – alla concezione secondo cui essa non costituisce “un'autonoma avventura logica, ma... un momento del processo (che parla dentro di questo e per questo)” (op. loco cit.).

L'ordinanza, in armonia con la sua attitudine ad assumere l'efficacia della sentenza e ad incentivare la definizione delle controversie, deve contenere la pronuncia sulle spese, che vanno liquidate con riguardo all'intero giudizio sia pure in proporzione alle altre domande in caso di decisione parziale (così BUCCI, op. cit., 300).

8. – L'ordinanza prevista dall'articolo in esame acquista “l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza” qualora, successivamente alla sua pronuncia, il processo si estingua (art. 186 quater, terzo comma) ovvero se “la parte intimata dichiara di rinunciare alla pronuncia della sentenza con atto notificato all'altra parte e depositato in Cancelleria” (art. 186 quater, quarto comma).

a) La norma non precisa da quale momento decorra il termine per proporre impugnazione. L'espressione “il processo si estingue” potrebbe alludere (cfr. COSTANTINO, op. cit., 334):

- al perfezionamento della fattispecie estintiva indipendentemente dalla pronuncia del provvedimento che lo dichiara;
- alla mera pronuncia del provvedimento dichiarativo dell'estinzione del processo;
- all'irrevocabilità dell'ordinanza ovvero al passaggio in giudicato della sentenza che dichiara l'estinzione del processo.

Secondo l'opinione di una parte della dottrina, la questione non sarebbe risolvibile con l'applicazione analogica dell'art. 129, terzo comma disp. att. c.p.c. che fa decorrere i termini per proporre l'impugnazione avverso le sentenze ivi contemplate “dal giorno in cui diventa irrevocabile l'ordinanza, o passa in giudicato la sentenza, che pronuncia l'estinzione del processo”. Tale soluzione – si osserva – comporterebbe infatti la paralisi dei poteri di impugnazione, a tutto danno della parte intimata costretta a subire gli effetti dell'esecutività dell'ordinanza. Sia pur dubitativamente, è stata pertanto prospettata (cfr. COSTANTINO, op. loco cit.) la possibilità di consentire l'impugnazione anche prima che sia definitivamente accertato il perfezionamento della fattispecie estintiva, salvo a ipotizzare alternativamente o la sospensione ex art. 295 c.p.c. del giudizio di impugnazione, o un potere di revoca dell'ordinanza da parte del giudice di primo grado investito dell'accertamento sull'estinzione del processo, revoca al cui esercizio conseguirebbe l'improcedibilità dell'appello.

Altri invece, muovendo dal rilievo che l'estinzione del processo opera di diritto e l'eventuale pronuncia è soltanto dichiarativa di una situazione già verificatasi, ritiene che il decorso dei termini debba essere calcolato a partire dalla data in cui l'estinzione si è verificata e che, proponendo impugnazione, il soccombente dimostrerebbe per ciò stesso di volersi avvalere dell'estinzione ex art. 307, ultimo comma c.p.c. (cfr. BUCCI, op. cit., 301). Tale interpretazione, che appare in linea con la proposta formulata dalla commissione Tarzia, peraltro non ripresa nel testo attuale dell'art. 186 quater, avrebbe un evidente effetto di semplificazione. Non so però, riguardo alle varie fattispecie di estinzione che possono ipotizzarsi, quanto sarebbe idonea a render certo il momento di decorrenza del termine dell'impugnazione; e, soprattutto, non so come verrebbe risolto il caso in cui fosse contestato il verificarsi dell'evento estintivo. Nel seminario di studio del settembre scorso, avendo riferimento all'ipotesi di cancellazione di causa dal ruolo, è stato sostenuto (SPANO, op. cit.) che l'attore, decorso l'anno, debba riassumere il giudizio al solo scopo di far dichiarare l'estinzione oppure notificare alla controparte l'ordinanza con avvertimento che questa, a seguito di

estinzione del processo, ha acquistato efficacia esecutiva. Il termine per impugnare (almeno quello breve) decorrerebbe dal momento della notifica.

Pur rendendomi conto di questi sforzi, tesi a razionalizzare l'interpretazione della norma che appare silenziosa anche sul punto in esame, non riesco a vedere soluzione più convincente dell'applicazione analogica dell'art. 129 disp. att. c.p.c.. Mi sembra che il pericolo di lasciare in sospeso il giudizio di appello a danno dell'intimato di fatto non esista perché o l'attore non avrà notificato l'ordinanza, ovvero l'avrà fatto mettendo per ciò stesso il convenuto nelle condizioni di rinunciare alla sentenza e, quindi, di provocare l'impugnazione ex art. 306 quater, ultimo comma.

b) La soluzione del problema appare invece più agevole con riguardo al caso contemplato nel quarto comma, da cui risulta che l'ordinanza acquista efficacia di sentenza solo quando sia stato depositato in Cancelleria l'atto, previamente notificato all'altra parte, con il quale l'intimato abbia dichiarato di rinunciare alla pronuncia della sentenza.

In proposito occorre precisare che il termine "intimato" non sembra assunto dalla norma nel significato tecnico di parte a cui sia stato notificato l'atto di precetto e, cioè, "l'intimazione di adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo" (art. 480 c.p.c.: così invece SCARSELLI, op. cit. 398 e 399; SPERA, op. cit., 15) ma in quello più generico della parte a cui sia stato richiesto il pagamento della somma, la consegna o il rilascio della cosa indicate nell'ordinanza: ha lo stesso significato, cioè, della parola "intimato" di cui all'art. 641, secondo comma c.p.c.. Per notificare l'atto di rinuncia alla sentenza la parte "intimata" non ha pertanto bisogno di attendere la notifica dell'atto di precetto; secondo me, anzi, essa può fare la rinuncia a prescindere da ogni attività dell'altra parte, non appena venga a conoscenza dell'ordinanza (nel caso, ad es., in cui quest'ultima sia stata pronunciata in udienza).

Affinché l'ordinanza acquisti efficacia di sentenza impugnabile, è necessario non solo la notifica della rinuncia, ma anche il deposito dell'atto notificato in Cancelleria. Nel silenzio della norma, deve ritenersi che da questo stesso momento inizi a decorrere per l'intimato il termine breve ai fini dell'impugnazione, con possibilità per l'intimante parzialmente vincitore di proporre appello incidentale contro le parti dell'ordinanza che lo avessero visto soccombente (cfr. SCARSELLI, op. cit., 399, ed infra, n. 7). L'intimante parzialmente vincitore potrebbe tuttavia avere interesse a proporre appello principale. In questo caso, poiché non appare applicabile alla fattispecie il disposto dell'art. 326 c.p.c. (il contenuto dell'ordinanza è del resto già noto alla parte che l'ha ottenuto la quale, pertanto, non ha bisogno di vederselo notificato dall'altra parte), sembrerebbe ragionevole ipotizzare che il termine breve per l'impugnazione decorra nei suoi confronti dal momento in cui il cancelliere gli avrà comunicato ex art. 133 c.p.c. che l'ordinanza ha acquistato efficacia di sentenza ai sensi dell'art. 186 quater c.p.c..

Qualche complicazione potrebbe sorgere nel caso in cui la parte intimata, notificato l'atto di rinuncia, si astenesse dal depositarlo in Cancelleria, lasciando così in sospeso il regime giuridico dell'ordinanza quanto a possibilità di impugnazione. Al riguardo occorre rilevare che la notificazione della rinuncia non sembra avere effetto sospensivo dell'ulteriore attività processuale, con la conseguenza di non poter impedire, di per sé, la pronuncia della sentenza di merito, pronuncia oltre la quale il deposito dell'atto di rinuncia notificato sarebbe improduttivo di effetti ai fini dell'art. 186 quater, ultimo comma c.p.c.. Orbene, se si muove dalla premessa che la notifica della rinuncia è sufficiente a perfezionare la volontà dell'intimato di non avvalersi della sentenza, e che il successivo deposito assolve in realtà alla funzione di rendere certo il momento oltre il quale è precluso al giudice di pronunciare sentenza sull'oggetto dell'ordinanza, credo possibile sostenere che al deposito possa provvedere anche la parte intimante (conf. COSTANTINO, op. cit., 336. Contra, SPERA, op. cit., 15-16) facendo sì che, dalla data di comunicazione del biglietto di Cancelleria ex art. 133 c.p.c., decorra per l'intimato il termine breve dell'impugnazione ex art. 325 c.p.c..

Quanto al termine lungo, varrà la norma dell'art. 327 cod. proc. con decorrenza dal momento in cui, a seguito del deposito in Cancelleria dell'atto di rinuncia notificato, l'ordinanza ha acquistato l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza.

c) Con riferimento ai processi litisconsortili, se sono più le parti che hanno ottenuto il provvedimento, è sufficiente che anche una sola di esse provveda alla notifica del titolo esecutivo e della sentenza perché la parte intimata effettui la rinuncia della sentenza. Ove l'impugnazione sia stata proposta nei confronti della sola parte che ha notificato il titolo esecutivo e il precetto, troveranno applicazione gli artt. 331 e 332 c.p.c..

Qualora, poi, l'ordinanza sia stata pronunciata nei confronti di più parti, nel caso di rapporti inscindibili basterà la rinuncia di una di esse alla sentenza per vincolare anche le altre, mentre nel caso di rapporti scindibili la rinuncia vincolerà solo il rinunciante (amplius SCARSELLI, op. cit., 400).

9. – Poiché l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile “sull'oggetto dell'istanza” (e non già soltanto sull'“oggetto del provvedimento”), in caso di accoglimento parziale della domanda l'appello relativamente alla parte non accolta sarà l'unico rimedio esperibile anche per chi abbia ottenuto l'ordinanza. Né può dirsi che in questo modo il creditore, per effetto dell'iniziativa unilaterale dell'altra parte, verrebbe ad essere privato del diritto alla sentenza: invero l'istante, nel richiedere l'ordinanza, sa già che l'altra parte potrà rinunciare alla sentenza, e spetta unicamente alla sua scelta se percorrere la strada più accelerata (perdendo eventualmente la sentenza) ovvero conservare il diritto alla pronuncia di quest'ultima, astenendosi dal richiedere l'ordinanza (cfr. LUISO, op. cit., 247).

Contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina (cfr. SCARSELLI, op. cit., 397 e 398, con riferimento alle ordinanze di rigetto nel merito; SPERA, op. cit., 12) non ritengo che, in caso di estinzione del giudizio, la previsione dell'art. 186 quater circa l'acquisto dell'efficacia di sentenza sia estensibile all'ordinanza di rigetto nel merito. Pur rendendomi conto delle ragioni di simmetria che hanno suggerito quest'opinione, il testo della legge mi sembra chiaro nel senso che l'ordinanza cui si riferiscono il terzo e il quarto comma dell'art. 186 quater è quella stessa contemplata nei due commi precedenti, vale a dire un'ordinanza positiva (di accoglimento) e non negativa (di rigetto). Nel quadro di una tendenza evolutiva degli strumenti processuali diretti a favorire rapidamente la definizione della lite e la formazione del giudicato, potrebbe essere non incongruo prevedere meccanismi di trasformazione in sentenza anche per provvedimenti negativi ex art. 186 quater; ma allo stato mi pare che l'interesse tutelato dal legislatore sia principalmente – come ho detto – il soddisfacimento di chi rivendica una somma o una cosa, mentre l'interesse di chi vi resiste è considerato insuscettibile di pregiudizio (o, comunque, meno pregiudicabile) dai tempi ordinari del processo. In mancanza, quindi, di specifiche disposizioni in contrario, non ritengo superabile in questo caso la previsione generale di cui all'art. 310 c.p.c. circa gli effetti dell'estinzione del processo.

10. – Se la “ratio” dell'art. 186 quater viene ravvisata nell'intento di anticipare la tutela consentendo la realizzazione della pretesa senza necessità di attendere la decisione di merito, dovrebbe essere esclusa la possibilità di ottenere l'ordinanza in tutti i casi in cui la parte che intende richiederla sia già munita di un titolo esecutivo, si tratti ad es. dell'ordinanza ex art. 648 o di quelle ex artt. 186 bis e 186 ter c.p.c.. In sede di opposizione a decreto ingiuntivo l'ordinanza potrà naturalmente essere ottenuta dall'opponente che abbia proposto domanda riconvenzionale, ovvero dall'opposto in relazione alla “reconventio reconventionis” eventualmente da lui formulata nonché per la stessa pretesa fatta valere in via monitoria sia nel caso in cui il decreto non abbia ottenuto o non possa ottenere la provvisoria esecutività, sia in quello in cui la provvisoria esecutività eventualmente concessa sia stata sospesa ex art. 649 c.p.c.. L'ordinanza in esame è stata tuttavia ritenuta ammissibile anche a favore dell'istante già munito di un titolo esecutivo ex artt. 186 bis e 186 ter

c.p.c., subordinatamente alla revoca di tali ordinanze da parte del Giudice Istruttore; cfr. SCARSELLI, op. cit., 403.

In dottrina è stata proposta un'interpretazione "praeter legem" tendente a consentire anche al convenuto che ritenga di aver ragione di poter richiedere in senso negativo l'ordinanza in esame, in modo da chiudere anticipatamente il giudizio di primo grado e recuperare le spese di lite (SCARSELLI, op. cit., 405-406). Sulla base del testo attuale della norma non vedo tuttavia la possibilità di simile estensione, anche se il suggerimento, per la sua evidente utilità, sarebbe da tener presente in sede di conversione del decreto legge, come ugualmente opportuna potrebbe essere la previsione che l'ordinanza possa acquistare efficacia di sentenza anche in caso di provvedimento di rigetto (cfr. SPERA, op. cit., 16).

11. – È troppo presto, naturalmente, per fare un bilancio. Il fatto che la vita della legge sia diventata ormai più breve delle parole scritte sulla sabbia; l'incertezza sulla sorte dell'art. 186 quater; un atteggiamento restrittivo e, talvolta, di sostanziale sfavore da parte della giurisprudenza, hanno finito per tarpare le ali al nuovo istituto, il cui limite maggiore è forse quello di collocarsi a metà, senza una scelta precisa, tra le tecniche anticipatorie di condanna e le forme alternative di decisione della lite. Tuttavia è mia opinione che la norma, tanto più se riscritta in modo da renderne chiare e comprensibili le opzioni di politica giudiziaria, possa svolgere un'utile funzione nel processo, soprattutto se le prassi saranno capaci di coglierne tutte le potenzialità espansive (e segnalo, qui, un'ordinanza del Tribunale di Milano che ha ritenuto applicabile l'art. 186 quater anche alla liquidazione delle spese in favore dell'opposto che ha ragione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo). Essa inoltre, una volta che ne fosse resa più esplicita la funzione decisoria, potrebbe costituire un ulteriore passo verso la semplificazione delle forme e la duttilità del sistema processuale: purché, beninteso, il superamento delle difficoltà della giustizia non sia affidato solo a strumenti residuali di tutela, ma ad un quadro organico e complessivo di garanzie, ad un processo che – grazie alla pienezza di funzionamento di tutti suoi mezzi – è in grado di assicurare la tutela anticipata come un'opportunità ulteriore e non come unica risposta alla patologica situazione di crisi dei diritti.