

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

Relatore:

dott. Damiano Spera

giudice del Tribunale di Milano

Premessa

con le recenti novelle sono state disciplinate, ex novo, le ordinanze di cui agli artt. 186 bis, ter ed ora quater c.p.c. (introdotto quest'ultimo dal d.l. del 21-6-95, n. 238, poi reiterato dal d.l. 9-8-95, n. 347 e dal d.l. 18-10-95, n. 432, convertito in legge, senza modificazioni, col d.l. 20-12-95, n. 534).

Quanto all'ordinanza ex art. 186 quater, si devono richiamare alcuni (sfortunati) progetti di riforma del c.p.c.:

– l'art. 182 del Disegno di legge "Provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile", presentato dal Ministro Rognoni nell'anno 1987: "Su istanza della parte che ha proposto domanda di condanna, il giudice può ingiungere all'altra parte con ordinanza costituente titolo esecutivo l'adempimento totale o parziale della prestazione richiesta, quando... c) la fondatezza della domanda appare probabile in base agli elementi di prova allo stato acquisiti";

– l'art. 186 bis della proposta di riforma presentata da M.D., nello stesso anno 1987: "Il Giudice Istruttore, su istanza di parte, in ogni stato del processo dispone con ordinanza il pagamento delle somme... per le quali ritenga il diritto accertato, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova. L'ordinanza costituisce titolo esecutivo...";

– l'art. 186 quater dell'articolato Fabbrini e Proto Pisani, disciplinante una complessa ordinanza di condanna: "Quando i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio... risultano 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, appaiano verosimilmente infondate, il Giudice Istruttore può, su istanza di una parte e nel contraddittorio dell'altra parte, pronunciare un'ordinanza di condanna all'adempimento totale o parziale della prestazione richiesta".

In estrema sintesi, va rilevato che, nella disciplina citata, il presupposto per l'emissione dell'ordinanza era una valutazione, con cognizione sommaria, della fondatezza della domanda e/o di infondatezza delle eccezioni, che il giudice poteva effettuare "in ogni stato del processo" (come espressamente sanciva il testo elaborato da M.D.).

Fu proprio il Consiglio Superiore della Magistratura, nella delibera assunta il 18-5-1988, avente ad oggetto il parere sul predetto Disegno di legge Rognoni, ad esprimere un giudizio negativo su questo nuovo strumento normativo.

Ed infatti il C.S.M., pur prendendo atto che, con la ordinanza anticipatoria, "una gran quantità di processi potrebbe per tale via trovare uno sbocco pratico senza entrare in quel 'collo di bottiglia' che è rappresentato dalla pronuncia della sentenza", riteneva tuttavia che la misura proposta, basata sul requisito di "probabilità" della fondatezza della domanda, si risolveva in una forma estrema di provvedimento anticipatorio, incapace "di incidere positivamente sui profili qualitativi della crisi del processo civile".

Emerse, successivamente, un diverso clima di politica giudiziaria, con la espressa sfiducia del Foro nel prevedere un così "forte potere" del giudice nell'emettere una siffatta ordinanza anticipatoria del

merito; per cui, nel Disegno di legge presentato dal Ministro Vassalli in data 8-8-1988, veniva espunta del tutto l'ordinanza in esame e, nella Relazione del Ministro, si legge che il fine perseguito era stato quello "di allontanare il rischio di generalizzate ed ingiustificate sommarizzazioni del processo".

La disciplina introdotta dal d.l. n. 238/1995 sembra dunque tenere conto del rischio in questione, modellando un provvedimento ben diverso da quelli già oggetto delle menzionate proposte, nell'intento, comunque, di ottenere una giustizia celere.

La Ratio della norma.

La norma disciplina un'ordinanza, a cognizione piena, avente finalità anticipatoria della tutela richiesta in giudizio, ma con vocazione all'acquisto di efficacia della sentenza sull'oggetto dell'istanza (v. "Processo civile: La decretazione d'urgenza", di G. Daietti, R. Frasca, E. Manzi, C. Miele, pag. 105).

La finalità fondamentale dell'art. 186 quater c.p.c. è quella di consentire una più rapida realizzazione della pretesa fatta valere dalla parte che ritiene di aver ragione (v. Giraldi, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M., Frascati il 27-29 novembre 1995).

Poiché l'ordinanza è succintamente motivata (art. 134 c.p.c.), si intende raggiungere i menzionati obiettivi esonerando il giudice – in talune ipotesi in via definitiva – dal gravoso obbligo di stendere la motivazione della sentenza.

Occorre tuttavia precisare che l'ordinanza non ha affatto natura cautelare, non essendo ancorata al presupposto del periculum in mora (v. Tribunale di Venezia, ordinanza del 14-9-95, in Il Foro italiano, anno 1995, pag. 3306 e ss, secondo cui pertanto l'ordinanza non è reclamabile ex art. 669 terdecies c.p.c.).

A quali giudizi si applica.

Ai sensi dell'art. 9 del d.l. n. 238/1995, è stato sostituito l'art. 90, della legge n. 353/1990, avente ad oggetto la disciplina transitoria, per cui: "Ai giudizi pendenti alla data del 30 aprile 1995 si applicano le disposizioni vigenti anteriormente a tale data, nonché l'art. 186 quater".

Pertanto, per tutti i giudizi iniziati precedentemente al 30-4-95 e per quelli instaurati dal 22-6-95 (giorno di entrata in vigore del d.l. n. 238/1995) in poi, certamente può trovare applicazione la norma in esame.

Non vi sarebbe ragione di escludere detta applicabilità per quei residuali giudizi instaurati dopo il 30 aprile, ma prima del 22-6-95.

Si tratta di una evidente incongruenza della legge, che può tuttavia correggersi con l'applicazione del principio generale "tempus regit actum", secondo cui le norme processuali sono di immediata applicazione, fatta salva una particolare disciplina transitoria.

Pertanto, in difetto di apposita norma per il periodo in esame, si deve concludere per l'applicabilità della norma a tutti i giudizi civili.

Quale giudice può emettere l'ordinanza.

Certamente l'ordinanza può essere emessa dal Giudice Istruttore, come recita la norma.

Può lasciare perplessi, in relazione ad una causa che dovrebbe essere decisa dal Collegio – ai sensi del vecchio rito ovvero ai sensi dell'art. 48 Ordinamento giudiziario –, il potere del G.I. di emettere un provvedimento suscettibile di acquistare efficacia di sentenza.

Secondo alcuni autori vi sarebbero profili di illegittimità costituzionale, potendosi sottrarre la decisione della causa alla competenza del “giudice naturale”, precostituito per legge, ai sensi dell’art. 25 della Costituzione (v. Capponi, in *Il Corriere Giuridico*, n. 7/1995, pag. 779).

Anche il Pretore ed il Giudice di Pace, in virtù del richiamo operato dall’art. 311 c.p.c., possono certamente emettere l’ordinanza in esame.

Questa possibilità si stempera tuttavia nel procedimento pretorile, perché il Pretore, ritenuta la causa matura per la decisione (ex art. 315 c.p.c.), può ordinare “l’immediata discussione orale della causa. Al termine della discussione pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto” (v. Costantino, “La lunga agonia del processo civile”, in *Il Foro italiano*, 1995, parte 5^a, pag. 330).

A parte il rilievo – de jure condendo – sull’incomprensibilità delle ragioni per cui tale norma sia stata prevista solo per il processo pretorile, è di tutta evidenza che, ove il Pretore si avvalga di questa facoltà, non vi sia residuale spazio per l’ordinanza in esame.

Ma proprio perché la menzionata procedura è rimessa alla discrezionalità del Pretore, non è affatto incompatibile con la struttura del processo pretorile riconoscere alle parti il potere di proporre l’istanza ex art. 186 quater in esame.

Quest’ultima non sembra applicabile, invece, in tutti i giudizi disciplinati dal rito del lavoro, in cui, esaurita la discussione, l’organo giudicante pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo; e neppure nel procedimento ex art. 23 legge 24-11-81, n. 689, in cui il Pretore, nel giudizio di opposizione all’ordinanza-ingiunzione, decide con le stessa modalità (cfr. Nappi, “Rilievi problematici sull’ordinanza successiva alla chiusura dell’istruzione” in *Il Foro italiano*, 1995, pag. 3308; Balena, “Ancora interventi urgenti sulla riforma del processo civile”, in *Giurisprudenza Italiana*, anno 1995, parte 4^a, pag. 330; Scarselli, “Osservazioni sparse sul nuovo art. 186 quater c.p.c.”, in *Il Foro italiano*, 1995, parte 5^a, pag. 393).

È da segnalare che il pretore di Massa, con ordinanza del 28-8-95 (in corso di pubblicazione sul n. 12/1995 de “*Il Corriere Giuridico*”), muovendo però dal presupposto che la norma in esame disciplini una tutela cautelare, ha ritenuto l’applicabilità della stessa al rito del lavoro, in virtù del principio di uguaglianza – altrimenti il lavoratore si troverebbe in posizione peggiore rispetto a qualsiasi altro creditore, poiché l’ordinanza di pagamento ex art. 423 c.p.c. comporta comunque l’onere di coltivare il processo fino alla sentenza.

Ai sensi dell’art. 321 c.p.c., quando il Giudice di Pace ritiene la causa matura per la decisione, invita le parti a precisare le conclusioni ed a discutere la causa; deposita la sentenza nei 15 giorni successivi.

Anche per il Giudice di Pace l’applicazione della norma rimane condizionata dalla efficienza del servizio-justizia che si riuscirà a rendere, e, soprattutto, dai tempi dei rinvii per la precisazione delle conclusioni.

Per la Corte d’Appello si intravede una residuale applicazione della norma laddove la Corte decide in funzione di giudice di unico grado, ai sensi del rinvio ex art. 359 c.p.c..

È esclusa invece l’applicazione della norma in grado di appello: sia perché già vi è stato un giudizio a cognizione piena, sia perché pronuncia del secondo giudice non può essere soltanto la condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna o al rilascio di beni, negate dal giudice di primo grado, ma consiste preliminarmente nella riforma della sentenza impugnata, che non rientra tra i possibili contenuti del provvedimento (v. Costantino, op. cit., pag. 331).

Quando può essere emessa l’ordinanza.

Recita la norma: “esaurita l’istruzione”.

Premesso che l’interpretazione di questo presupposto è molto dibattuta in dottrina e nelle prime applicazioni giurisprudenziali, ritengo che esaurimento dell’istruttoria non significhi affatto che il

giudice possa emettere il provvedimento solo a condizione che si sia svolta un'istruttoria, né che l'ordinanza sia preclusa prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ma solo che la stessa ordinanza non possa essere pronunciata fino a quando vi sia spazio per lo svolgimento di attività istruttoria sull'oggetto dell'istanza ex art. 186 quater.

Pertanto 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 sia matura per la decisione senza necessità di assumere mezzi di prova, ovvero allorquando, entro i termini di legge, non siano state formulate deduzioni probatorie (v. Luiso, "Il d.l. n. 238/1995 sul processo civile", in *Giurisprudenza Italiana*, parte 4^a, pag. 245; contra, "Processo civile: la decretazione d'urgenza", autori vari, op. cit., pag. 106; contra, altresì, Capponi, op. cit., 778).

È opportuno tuttavia approfondire la disamina del presupposto in esame, distinguendo tra cause disciplinate dal nuovo rito e cause disciplinate dal vecchio rito.

Dies a quo nelle cause "nuovo rito".

Quesito: qual è il dies a quo per la formulazione dell'istanza e, in particolare, quest'ultima è proponibile nell'udienza di prima comparizione, se la causa è matura per la decisione, senza necessità di attività istruttorie?

La risposta a questa domanda implica, più in generale, un altro problema: è ammissibile, dopo il d.l. n. 238/1995, che il G.I., per le cause disciplinate dal "nuovo rito", ritenuta la causa matura per la decisione, nella stessa udienza di prima comparizione, inviti le parti a precisare le loro conclusioni? Ovvero è comunque necessario dare luogo agli adempimenti previsti dagli artt. 180, 183 e 184 c.p.c. e, solo all'esito degli stessi, ritenere la causa matura per la decisione?

Questa problematica è stata oggetto specifico di altre relazioni, pertanto mi limito a fare una considerazione a carattere generale.

Con la novella in esame, il giudice deve resistere ad una duplice tentazione: interpretare le norme oggetto del Decreto Legge (poi convertito) in modo rigido, e quindi ritenere vincolante la scansione delle udienze e delle attività istruttorie indicate negli articoli citati; ovvero interpretarle in modo del tutto elastico, consentendo ad esempio rinvii per mera "pendenza di trattativa", e perdendo ogni riferimento alla sequenza delle attività indicate dalla legge.

La mia opinione è la seguente: qualora il giudice rilevi un'incompetenza per materia e/o per valore, ovvero, un'assoluta carenza di legittimazione attiva, potrà senz'altro ritenere la causa matura per la decisione, invitando le parti a precisare le loro conclusioni nella stessa udienza di prima comparizione (ex art. 180 c.p.c.). Anche in una causa documentale potrà, sull'accordo delle parti, disporre subito la precisazione delle conclusioni (v. artt. 187 c.p.c. e 80 bis disp. att. c.p.c.).

Conseguentemente, in quest'ultima ipotesi – ed in tutte le altre in cui il giudice possa procedere all'esame del merito – vi è spazio per un provvedimento ex art. 186 quater, richiesto dalle parti con le conclusioni definitive, e cioè prima che il giudice dia effettivamente inizio alla fase decisoria (rimettendo la causa al Collegio ovvero a se stesso, a seconda dei casi disciplinati dagli artt. 189 e ss. c.p.c.; v., più avanti, le argomentazioni sul termine finale per la proposizione dell'istanza; cfr. Costantino, op. cit., pag. 328; così anche Conte, in *Il Corriere Giuridico*, in corso di stampa).

Qualora invece le parti non precisino le conclusioni nella prima udienza di trattazione, l'istanza, presentata in detta udienza, dovrebbe essere qualificata inammissibile sul presupposto che le parti potranno ancora proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (ex art. 180 c.p.c.).

In quest'ultimo caso, l'istanza sarà invece ammissibile, se il G.I. abbia ritenuto la causa matura per la decisione: all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., se le parti abbiano rinunciato ai termini per il

deposito delle memorie di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c.; ovvero dopo la scadenza del termine perentorio, concesso dal G.I. ai sensi dell'art. 184 c.p.c..

Con il sistema delle preclusioni (comunque) introdotte per il nuovo rito è poi possibile che le parti abbiano formulato i propri mezzi istruttori in detto termine perentorio, e tuttavia il giudice abbia istruito la causa su una delle domande proposte in giudizio e non ancora sulle altre. Poiché le preclusioni si sono verificate e le parti nulla più potranno aggiungere alle istanze formulate è ben possibile che, mentre si svolge l'istruzione sulle altre domande, il giudice possa accogliere l'istanza in esame sul presupposto che l'istruzione – relativa alla domanda, oggetto dell'istanza ex art. 186 quater – sia ormai “esaurita”.

In particolare, quid iuris se nel giudizio sia stata proposta oltre la domanda principale anche quella riconvenzionale e fosse istruita o vi fosse istanza solamente in relazione ad una di tali domande?

Se sia stato accettato il contraddittorio su domanda riconvenzionale per nulla connessa con quella principale, nulla quaestio: l'istanza è senz'altro ammissibile.

Si dovrebbe invece ritenere inammissibile quest'ultima – salva la possibilità per lo stesso giudice di avvalersi del potere discrezionale di separare le domande, ex art. 103 c.p.c. – nelle seguenti ipotesi: se la domanda principale e quella riconvenzionale sono connesse per il titolo, ovvero sono in rapporto di continenza (domanda proposta dal venditore avente ad oggetto la condanna dell'acquirente al pagamento del corrispettivo e domanda di quest'ultimo volta ad ottenere la risoluzione dello stesso contratto e/o il risarcimento del danno); se l'istruttoria sulla domanda riconvenzionale e/o sulle eccezioni poste da controparte potrà fare emergere l'esistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto oggetto dell'istanza in esame.

Qualora il giudice abbia pronunciato, per questi motivi, l'inammissibilità dell'istanza, la parte potrebbe proporre (ove ne ricorrano i presupposti) istanza ex art. 186 ter c.p.c., consentendo così al giudice di valutare, con cognizione sommaria, il fondamento della pretesa, oggetto della domanda riconvenzionale, ovvero delle altre eccezioni ancora da istruire.

Dies a quo nelle cause “vecchio rito”.

Altro spinoso problema è stabilire quando l'istruzione possa ritenersi “esaurita”, nelle cause disciplinate dal “vecchio rito”, in considerazione della circostanza che l'art. 184 c.p.c. (nel tenore precedente la riforma) consente alle parti di modificare domande, eccezioni e conclusioni, di produrre nuovi documenti e chiedere nuovi mezzi di prova, fino a quando il giudice “non abbia rimesso la causa al Collegio”.

Pertanto, di regola, si dovrà ritenere istruita la causa solamente allorché le parti abbiano effettivamente precisato le conclusioni.

Tuttavia, anche nel “vecchio rito”, potrà aversi un precedente dies a quo per la formulazione dell'istanza, allorché il Giudice Istruttore abbia dato termini per deduzioni istruttorie e soprattutto si siano determinate decadenze, in conseguenza della scadenza del termine perentorio ex art. 244 c.p.c..

In tal caso potrebbe configurarsi l'ammissibilità del provvedimento in esame, per il capo della domanda rispetto al quale le decadenze siano già scattate.

Ma, in generale, la soluzione preferibile appare quella secondo cui il giudice, allorché venga proposta l'istanza ex art. 186 quater, segua il seguente iter:

- a) il G.I. rinvia la causa, per la trattazione orale sull'istanza, e per la precisazione delle conclusioni, alla prossima (ravvicinata) udienza, concedendo termini intermedi alle parti, per il deposito (ex art. 170 c.p.c.) di brevissime memorie sull'istanza;
- b) all'udienza successiva, il G.I. assume le conclusioni definitive che le parti intendono sottoporre al Collegio; dirige la trattazione orale sull'istanza; emette ordinanza ex art. 186 quater in udienza

ovvero si riserva: in ogni caso, decide sull'istanza e, sulle conclusioni già assunte, rimette la causa al Collegio.

Attraverso tale scansione, il giudice decide sulla istanza quando le parti hanno già precisato le conclusioni, ma prima di spogliarsi della causa rimettendola al Collegio.

Qual è il termine finale per la formulazione dell'istanza?

Si discute se l'istanza in esame possa essere formulata dopo che il giudice abbia invitato le parti a precisare le conclusioni definitive ovvero dopo che le parti abbiano effettivamente già precisato le loro conclusioni.

Certamente l'invito del G.I. alle parti di precisare le conclusioni non comporta l'inammissibilità dell'istanza. Sarebbe altrimenti estremamente difficile (se non vessatorio) per le parti proporre l'istanza subito dopo l'esaurimento dell'istruttoria, ma prima dell'invito del giudice a precisare le conclusioni, tanto più che quest'ultima ordinanza può essere addirittura contestuale a quella di chiusura dell'istruzione.

Non si deve ritenere invece ammissibile la proposizione dell'istanza dopo che le parti abbiano effettivamente precisato le conclusioni (cfr. Nappi, op. cit., pag. 3308; Balena, op. cit., pag. 331, il quale rileva che gli artt. 190 bis e 275 c.p.c. non lasciano spazio ad alcuna altra attività che non sia appunto la pronuncia della sentenza).

Sul piano pratico, per le cause "nuovo rito", giova tener conto dei tempi cogenti previsti tra l'udienza di precisazione delle conclusioni e la stesura della sentenza: 80 giorni per il deposito di comparse conclusionali e memorie di repliche, più 60 giorni per la stesura della sentenza (artt. 190 e 190 bis c.p.c.). Conseguente che, dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, solamente in ipotesi residuali la parte potrebbe avere concreto interesse all'applicazione dell'istituto in esame.

L'istanza sarà invece proposta frequentemente nella deprecata ipotesi in cui il giudice rinvii la causa, per la precisazione delle conclusioni, ad un'udienza posteriore di uno o più anni all'esaurimento dell'istruttoria.

Il problema si pone, invece, con enorme rilevanza per le cause disciplinate dal "vecchio rito". Ebbene, vi è assoluto contrasto di opinioni circa l'applicabilità dell'art. 186 quater alle cause in cui il G.I. abbia già rimesso la causa al Collegio, ai sensi dell'art. 189 c.p.c. ante riforma.

A sostegno della tesi dell'inammissibilità della istanza è stato osservato:

– la norma prevede espressamente la competenza del "Giudice Istruttore" e non del Collegio; con la rimessione della causa al Collegio il Giudice Istruttore si "spoglia" della causa, per cui solamente per i procedimenti cautelari potrebbe essere reinvestito della trattazione di una questione riconducibile alla causa già rimessa al Collegio (Costantino, op. cit. pag. 329).

A sostegno della tesi dell'ammissibilità, si è invece rilevato:

– negli articoli 186 bis e ter c.p.c., il Legislatore ha espressamente stabilito che l'istanza, oggetto di dette norme, possa essere formulata "fino al momento della precisazione delle conclusioni"; invece l'art. 186 quater (sistematicamente inserito dopo gli artt. 186 bis e ter c.p.c.) non pone questo limite temporale (cfr. Tribunale Lecce, ordinanza 13-7-95, in *Il Foro italiano*, pag. 2557; v. Bucci, "L'art. 186 quater: Una norma grimaldello?", in *Giustizia Civile*, 1995, pag. 303);

– il sistema processuale, secondo cui il G.I. non può più emettere ordinanze (se non cautelari) dopo la rimessione della causa al Collegio, risulta modificato proprio dalla norma in esame, secondo cui residua la competenza del G.I. ad emettere l'ordinanza;

– la ratio della norma sarebbe frustrata dalla tesi della inammissibilità, atteso che, con la disposizione in esame, si è voluto quanto meno attenuare quegli effetti perversi del menzionato "collo di bottiglia", costituito dalla necessità della stesura della sentenza per le numerosissime cause pendenti da anni davanti al Collegio.

Sia pure con qualche perplessità, credo che meriti pregio la tesi dell'inammissibilità dell'istanza nella fattispecie in esame.

Il tenore letterale della norma, laddove menziona il Giudice Istruttore, sembra davvero escludere l'intenzione del Legislatore di consentire l'emissione del provvedimento allorché il processo sia effettivamente pervenuto alla fase decisoria.

Gli argomenti sistematici, tratti a contrario dagli artt. 186 bis e ter c.p.c., non possono provare la tesi dell'ammissibilità, atteso che, come si è innanzi esposto, si è in presenza di strumenti normativi aventi ratio e presupposti affatto diversi.

Il Legislatore ha inteso disciplinare l'ipotesi in cui, su istanza della parte che vi abbia interesse, esaurita l'istruzione, lo stesso giudice che l'abbia espletata, nell'immediatezza, pronunci l'ordinanza di condanna.

Il termine ultimo per la proposizione dell'istanza è quindi quello in cui le parti precisano le conclusioni. Con tali conclusioni definitive, la parte (che abbia proposto in giudizio una delle domande di condanna indicate dalla norma) dovrà operare una scelta: richiedere subito l'ordinanza in esame ovvero aspettare la sentenza.

In questa prospettiva, non assume affatto rilievo che la causa sia poi decisa dal Collegio ovvero dal Giudice Istruttore in funzione di giudice unico.

Non è superfluo evidenziare in proposito che, se la norma avesse mirato ad una finalità eminentemente deflattiva, per le cause già rimesse al Collegio, avrebbe avuto una diversa collocazione: tra le norme transitorie.

Ed invece l'art. 186 quater c.p.c. è idoneo a disciplinare, senza alcuna distinzione, sia le cause "vecchio rito" che quelle "nuovo rito".

La soluzione accolta, comporta indubbiamente che, per le cause già rimesse al Collegio alla data di entrata in vigore del d.l. n. 238/1995, le parti non abbiano potuto avvalersi della norma in esame.

Il Legislatore non ha predisposto alcun meccanismo di "rimessione in termini", per le cause già rimesse al Collegio; l'interprete deve quindi prenderne atto, essendo ammissibile un diverso regime, in virtù del (richiamato) principio: *tempus regit actum*.

Non appare quindi fondata la tesi interpretativa intermedia, che, muovendo da un presupposto di equità sostanziale, vorrebbe invece applicare la norma alle istanze presentate dopo la precisazione delle conclusioni, ma solo limitatamente alle cause già rimesse al Collegio alla data del 22-6-95 (cfr. Gilardi, op. cit., pag. 8).

Ammissibilità dell'istanza nel giudizio contumaciale.

L'articolo in esame, a differenza degli artt. 186 bis e ter c.p.c., nulla dispone in relazione al giudizio contumaciale.

Ritengo tuttavia che, in tale giudizio, sia senz'altro ammissibile l'istanza ex art. 186 quater (cfr. Consolo, in *Il Corriere Giuridico*, n. 12/1995).

Quest'ultima non deve essere notificata al contumace, ai sensi dell'art. 292 c.p.c., perché non si tratta di domanda nuova, ma solo della proposizione – in forma nuova – di una domanda che fa già parte del giudizio (cfr. Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 13-7-95, in *Il Foro italiano*, 1995, pag. 3308; cfr. "Processo civile: La decretazione d'urgenza", op. cit., pag.117. Secondo altra dottrina – Scarselli, op. cit., pag. 404 – sarebbe invece necessaria la notifica al contumace dell'istanza, ai sensi dell'interpretazione data dalla Corte Costituzionale all'art. 292 c.p.c., con la sentenza del 6-6-1989, n. 317).

Né si può obiettare che, nel giudizio contumaciale, non possano trovare applicazione i commi 3 e 4 dell'art. 186 quater.

Infatti, è agevole replicare: il contumace potrebbe costituirsi (ove sia ancora possibile) nel prosieguo di giudizio e potrebbe comunque rinunciare alla pronuncia della sentenza, con gli effetti previsti

dall'art. 186 quater; inoltre, il processo potrebbe estinguersi, determinando comunque l'efficacia di sentenza dell'ordinanza emessa dal giudice.

E poiché la rinuncia agli atti del giudizio deve essere accettata dalle sole "parti costituite" (art. 306 c.p.c.), è auspicabile che, nelle cause aventi ad oggetto solo le domande indicate nella norma in esame, qualora il convenuto sia contumace, l'ordinanza ex art. 186 quater diventi la modalità consueta di decisione della lite, rendendo spesso superflua la pronuncia della sentenza (cfr. Balena, op. cit., pag. 332).

Ammissibilità dell'istanza nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo.

La prevalente dottrina, muovendo dal presupposto che la ratio della norma sia quella di anticipare la tutela del diritto offrendo uno strumento esecutivo, ritiene che l'istanza non sarebbe ammissibile nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo ed in tutti gli altri casi in cui chi intenda proporla sia già munito di un titolo esecutivo (ex artt. 642, 648, 186 bis e ter c.p.c.).

Si ammette tuttavia l'istanza in esame: allorché la domanda ecceda quella già oggetto del decreto o dell'ordinanza ingiuntiva; quando il decreto ingiuntivo non sia munito di provvisoria esecuzione (Conte, op. cit.); allorché la parte, contemporaneamente alla stessa istanza, chieda la revoca del provvedimento esecutivo (cfr. Nappi, op. cit., pag. 3311; Scarselli, op. cit., pag. 402).

Poiché la finalità della norma è anche quella di consentire l'emissione di un provvedimento suscettibile di diventare sentenza, credo, invece, che l'ordinanza possa essere emessa anche laddove l'istante sia già munito di un titolo esecutivo.

Il rischio che l'intimato possa essere condannato due volte (per effetto dei due titoli esecutivi) potrà agevolmente essere risolto nella fase esecutiva (v. Civinini, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M., in Tivoli, il 23-27 maggio 1994 – secondo cui i provvedimenti di cui agli artt. 186 bis e ter c.p.c. sono ammissibili nell'ambito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo).

E del resto la situazione giuridica è analoga all'ipotesi in cui il creditore ottenga il decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo, sulla base di titolo cambiario.

Si noti tuttavia che, con l'estinzione del processo, "il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva" (art. 653 c.p.c.). Nell'ipotesi di accoglimento parziale dell'istanza in esame, formulata nel giudizio di opposizione, si potrebbero così avere due titoli esecutivi confliggenti: decreto e ordinanza. Ma l'estinzione del processo è altresì il presupposto perché l'ordinanza acquisti efficacia di sentenza provvisoriamente esecutiva, per cui si deve ritenere che questo titolo prevalga sul decreto nella fase esecutiva.

Né può obiettarsi che, in tutte le ipotesi in cui sia già munito di titolo esecutivo, l'istante sia carente di interesse a richiedere l'ordinanza in esame.

L'istante, infatti, anticipando gli effetti della sentenza, può avere diverse ragioni per ottenere subito un ulteriore titolo: conoscere la valutazione del giudice sull'effettivo fondamento della propria pretesa, prima di intraprendere l'azione esecutiva; ottenere un provvedimento che statuisca altresì su tutte le spese processuali sostenute (e non limitatamente a quelle della fase monitoria).

Con particolare riguardo alle spese processuali del giudizio di opposizione, è comunque necessario che l'istanza ex art. 186 quater abbia ad oggetto la condanna di controparte alla rifusione di dette spese, congiuntamente al rigetto dell'opposizione; quest'ultima domanda, in effetti, presuppone l'accertamento del diritto di credito dell'opposto e la conseguente condanna dell'opponente, già consacrata nel decreto ingiuntivo.

Qualora, invece, l'opposto chieda, con l'istanza in esame solamente la condanna alla rifusione delle spese processuali sostenute dopo la fase monitoria, si dovrebbe ritenere l'inammissibilità dell'istanza, perché, in quest'ultima, la richiesta delle spese ha un evidente carattere accessorio alla domanda di condanna.

Altrimenti, se acquistasse efficacia di sentenza l'ordinanza emessa solo sulle spese processuali, tale statuizione rimarrebbe del tutto disancorata dal presupposto relativo all'accertamento del diritto fatto valere in giudizio (e sulla cui sussistenza il giudice si sarebbe pronunciato solo *incidenter tantum*).

In relazione a quali domande è ammissibile.

L'art. 186 quater dispone che può formulare l'istanza solamente "la parte che ha proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna o al rilascio di beni".

La dottrina e la giurisprudenza, sono divisi sul seguente quesito:

è ammissibile l'istanza anche in relazione a domande di condanna al pagamento di somme o alla consegna o al rilascio di beni, le quali abbiano quale presupposto un accertamento costitutivo?

Si pensi alle domande di condanna alla restituzione del bene compravenduto e di risarcimento del danno che scaturiscano dall'accoglimento della domanda di risoluzione per grave inadempimento del compratore; si consideri la domanda di condanna alla restituzione del bene, quale conseguenza dell'accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare proposta dal curatore del fallimento (v. Fabiani, "L'art. 186 quater c.p.c. e la Legge Fallimentare", in *Il Fallimento*, n. 8/1995, pag. 800, il quale esclude l'applicabilità della norma ai giudizi di accertamento del passivo ed a quelli di cui agli artt. 98 e 101 Legge Fallimentare, per la ragione che, in tali giudizi, non è prospettabile alcuna iniziativa esecutiva).

In entrambi i casi la condanna scaturisce da un accertamento costitutivo, che produce, rispettivamente, la risoluzione del contratto ovvero l'inefficacia del negozio posto in essere dal fallito.

A sostegno della tesi favorevole all'ammissibilità dell'istanza, si è rilevato:

– la legge non opera alcuna distinzione, per cui quando alla domanda proposta in giudizio consegua una delle predette condanne, dovrà comunque ritenersi ammissibile il provvedimento ex art. 186 quater c.p.c.;

– il giudice può deliberare *incidenter tantum* sull'accertamento costitutivo, disponendo nel dispositivo solo sulle domande di condanna (v. Bucci, op. cit., pag. 302);

– la soluzione contraria restringerebbe eccessivamente l'ambito di applicazione della norma, compromettendone la finalità deflattiva.

A sostegno della tesi sfavorevole, da me condivisa, si è osservato:

– la ratio della norma è palesemente quella di ritenere applicabile la procedura in esame alle cause più "semplici" (cfr. Consolo, op. cit.), aventi ad oggetto soprattutto accertamenti della responsabilità civile per fatto illecito e inadempimento contrattuale, ovvero ancora altre controversie immediatamente correlate alla tipologia di condanne indicate dalla norma (il Tribunale di Chiavari, con ordinanza del 28-8-95, in *Il Foro italiano*, anno 1995, pag. 3306, ha correttamente ritenuto l'inammissibilità dell'istanza in esame in relazione ad una domanda di condanna conseguente ad un'azione costitutiva, quale quella diretta ad ottenere una sentenza produttiva degli effetti di un contratto non concluso, ai sensi dell'art. 2932 c.c.; v. le osservazioni di Conte, op. cit., su questa specifica fattispecie);

– poiché quasi sempre si accompagna, ad ogni tipo di domanda, anche una residuale richiesta di condanna al risarcimento del danno, il giudice, per decidere nel merito di un modesto danno, dovrebbe – incidentalmente – statuire su complesse domande ed eccezioni delle parti (cfr. Nappi, op. cit., pag. 3309);

– se l'ordinanza acquista efficacia di sentenza, e poi passa in giudicato, si avrebbe l'assurdo che il presupposto della condanna, cioè l'accertamento costitutivo, non possa fare stato tra le parti;

– solamente nei casi previsti dalla legge l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, ai sensi dell'art. 2908 c.c. (né sarebbe possibile la trascrizione dell'ordinanza – costitutiva di effetti giuridici – prevedendo la legge la trascrizione della sentenza).

Qual è il procedimento.

Anche su questo punto la norma è “laconica”.

Prevede solamente la necessità dell'istanza di parte, per cui la condanna non può mai essere ordinata d'ufficio.

Circa il contenuto dell'istanza, non è sufficiente che la parte invochi l'emissione dell'ordinanza di condanna facendo generico riferimento alle domande proposte negli atti introduttivi del giudizio; occorre invece che formuli una specifica istanza contenente *petitum* e *causa petendi* determinati: si delimita così il potere decisorio del G.I. e si evita ogni incertezza “sull'oggetto dell'istanza”, ove l'ordinanza acquisti efficacia di sentenza. Il procedimento non è affatto disciplinato dalla norma.

Si reputa necessario, tuttavia, che sull'istanza si instauri il contraddittorio (in applicazione dei principi generali di cui agli artt. 24 della Costituzione e 101 c.p.c.) previa convocazione delle parti per un'udienza *ad hoc* e concessione di un termine intermedio alle parti (prima all'istante e poi alla controparte) per il deposito in Cancelleria di breve comparsa, sui presupposti e sul merito dell'istanza (cfr. Scarselli, op. cit., pag. 394; contra, Nappi, op. cit., pag. 3310).

Se, nel termine concesso, non viene specificato l'oggetto dell'istanza, il G.I. dichiarerà inammissibile l'istanza perché genericamente formulata.

A questo punto il giudice deve preliminarmente valutare la sussistenza dei presupposti, specificamente prescritti dalla legge: esaurimento dell'istruttoria e proposizione di una delle predette domande di condanna. Nell'ipotesi negativa il giudice dichiarerà, con ordinanza, l'inammissibilità della istanza.

Molto controversa è invece la questione se sussista altresì il potere del giudice di procedere ad una valutazione discrezionale sull'opportunità di decidere con l'ordinanza in esame.

Per chi segue la tesi affermativa, il giudice, ritenuta siffatta inopportunità, dovrebbe dichiarare non luogo a provvedere sull'istanza.

I criteri in base ai quali il giudice potrebbe motivare detta inopportunità sono i seguenti:

– la particolare complessità in fatto e/o in diritto della controversia dedotta in giudizio, di tal che il giudice possa ritenere opportuno esaminare l'intera vicenda, avvalendosi delle prospettazioni ed argomentazioni definitive che potranno svolgere gli avvocati nelle comparse conclusionali;

– la pluralità delle parti in causa, con eventuali reciproci parziali addebiti di responsabilità in via diretta e/o di regresso, quando l'istanza sia stata presentata solamente da una parte e comunque il giudice debba esaminare l'intera vicenda processuale, con il rischio che una parte della domanda acquisti efficacia di sentenza (e magari passi in giudicato, con implicazioni di efficacia riflessa di giudicato) ed il giudizio debba continuare in primo grado, per definire tutte le altre posizioni giuridiche connesse (v. *amplius*, Consolo, op. cit.; Luiso, op. cit., pag. 248).

Da parte di molti autori si sostiene, invece che tale potere non sussista affatto e che il giudice debba decidere senz'altro nel merito dell'istanza.

Si argomenta che, sebbene la legge dica che il giudice “può” disporre, non trattasi di potere discrezionale, tant'è che anche negli artt. 186 bis e 648 c.p.c., la legge usa lo stesso verbo “può” e tuttavia si è sempre ritenuto che il giudice debba provvedere nel merito dell'istanza (v. Bucci, op. cit., pag. 300).

In generale, certamente l'istanza è ammissibile nel processo con pluralità di parti e con domande contrapposte, anche qualora la stessa istanza venga formulata solo da alcune parti e non da altre.

Ed allora vanno individuati i casi in cui effettivamente all'inscindibilità delle domande consegua la non separazione delle stesse ex art. 103 c.p.c. e quindi l'inammissibilità (oggettiva) dell'istanza.

Si pensi alle varie ipotesi di litisconsorzio necessario, di cumulo di causa principale e di garanzia propria, di cause legate tra loro dal vincolo della pregiudizialità, etc. (cfr. Balena, op. cit., pag. 330). Per Scarselli (op. cit., pag. 392), se la questione pregiudiziale deve essere decisa con autorità di cosa giudicata, per legge o per espressa volontà delle parti ex art. 34 c.p.c., non sarebbe possibile emettere l'ordinanza de qua sulla sola questione pregiudicata; nelle altre ipotesi, invece, con l'ordinanza si potrebbe decidere incidenter tantum la questione pregiudiziale.

Ove non ricorrano queste specifiche ipotesi, pur potendo essere preferibile (ed auspicabile) la decisione contestuale di tutte le domande proposte nel processo – o con ordinanza o con sentenza – tuttavia non può sostenersi la tesi della discrezionalità del giudice nell'emissione dell'ordinanza (del resto gli artt. 331 e ss. c.p.c. ed, eventualmente, l'art. 295 sulla sospensione consentono di coordinare le varie decisioni tra primo grado e fase di appello).

Si perverrebbe, altrimenti, ad un ingiustificato ed inoppugnabile non liquet anche in tutti i casi in cui il giudice non intenda affatto, per i motivi più svariati (non esclusa una confessabile pigrizia intellettuale), decidere sull'istanza.

Il Tribunale di Roma, con ordinanza in data 13-8-95 (in *Il Foro italiano*, 1995, pag. 3307), ha stabilito che: “Le contrapposte ragioni di credito e debito vantate reciprocamente dalle parti rendono opportuna la verifica in sede collegiale delle prove acquisite e la conseguente reiezione dell'istanza ex art. 186 quater c.p.c., formulata da entrambe le parti”, sussistendo “un potere discrezionale del giudice nella concessione dell'ordinanza”. Senza mettere in dubbio le buone intenzioni del Tribunale di Roma, in futuro si potrebbero emettere ordinanze che non decidano nel merito sull'istanza, in tutte le controversie per le quali sia ancora stabilita la competenza del Collegio, ovvero per le quali si presentino particolari problemi interpretativi del materiale probatorio acquisito.

Esaurita questa delibazione, il giudice dichiarerà ammessa in tutto o in parte l'istanza, provvedendo nel merito e sulle spese processuali dell'intero processo (v. Costantino, op. cit., pag. 332).

Motivazione dell'ordinanza.

L'ordinanza (come si è detto) è “succintamente” motivata.

È qui forse la chiave di lettura della norma in esame: consentire al giudice “con poche parole”, senza particolari vincoli di rito, di disporre le condanne predette, offrendo all'istanza un titolo esecutivo, senza necessità di dover attendere la “sentenza”.

Si è parlato impropriamente, a proposito dell'art. 186 quater, di ulteriore esempio di sommarizzazione del processo e/o di provvedimento assunto con cognizione sommaria (per il Costantino, op. cit., pag. 332, l'obiettivo di sommarizzazione del processo si sarebbe potuto meglio perseguire incidendo sulla disciplina del procedimento cautelare, rendendolo strumento normale di tutela; secondo altri si sarebbe dovuto instaurare un procedimento speciale secondo il modello del *référé* francese. Per Balena, op. cit., pag. 334, l'ordinanza, in concreto, sarà adottata “sulla base di una cognizione assai meno approfondita ed accorta di quella che verrebbe riservata alla sentenza”).

Al contrario, nel caso in esame, il contraddittorio si è sviluppato pienamente, fino ad esaurire la istruzione, e la cognizione del giudice è altrettanto piena.

Il giudice ha obbligo di valutare l'istruzione svolta, tutti i documenti e le eccezioni svolte dalle parti: ha davanti lo stesso materiale probatorio che dovrà esaminare per redigere la successiva (eventuale) sentenza (v. Bucci, op. cit., pag. 300).

E tuttavia il giudice non è tenuto a dar conto dello svolgimento del processo (art. 132 c.p.c.), né a motivare diffusamente su tutte le domande ed eccezioni poste dalle parti (artt. 112 e 277 c.p.c. Cfr. Costantino, op. cit., pag. 332, secondo il quale: “Il provvedimento ex art. 186 quater è un'offesa lanciata agli avvocati che consente ai giudici di sottrarsi all'adempimento dei propri doveri”. Per

Luiso, op. cit., pag. 246, il provvedimento anticipatorio in esame è “a cognizione piena, ma a decisione sommaria”).

La pienezza di cognizione del giudicante non può poi essere smentita dal tenore dell'inciso “condanna... nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova”.

Non si tratta, infatti, di ordinanza di condanna al pagamento di una provvisoria (art. 278 c.p.c.) ovvero di una somma (ex art. 423 c.p.c.) “allo stato”, per l'ovvia ragione che altri adempimenti istruttori, sull'oggetto dell'istanza, non potranno essere svolti: sebbene l'ordinanza sia revocabile, tutti gli elementi di valutazione già sono all'esame del giudice (cfr. Capponi, op. cit., pag. 778).

La dizione della norma sembra invece confermare l'ipotesi che il giudice si pronunci solamente su una parte delle domande proposte ovvero su alcuni titoli della stessa domanda.

È tuttavia necessario che, sia pure sinteticamente, traspaia dall'ordinanza l'iter logico seguito dal giudice, con i seguenti vantaggi:

- se si dovesse pervenire alla stesura della sentenza, ben potrà il giudice richiamare in quest'ultima le argomentazioni già espresse nell'ordinanza;
- inoltre, nell'ipotesi in cui l'ordinanza acquisti efficacia di sentenza, si darebbe la possibilità alle parti di formulare i “motivi specifici” (ex art. 342 c.p.c.) dell'impugnazione e si consentirebbe al giudice di appello il completo riesame del merito (contra, Nappi, op. cit., pag. 3310, secondo cui non vi saranno elementi sufficienti per ricostruire dalla motivazione dell'ordinanza, l'iter logico giuridico seguito dal giudice).

Ammissibilità dell'ordinanza di rigetto integrale dell'istanza.

Ritengo che sia senz'altro ammissibile l'ordinanza che, nel merito; rigetti integralmente l'istanza (v. Bucci, op. cit., pag. 300).

Del resto se è certamente possibile che il giudice accolga solo in parte l'istanza, ciò implica che può rigettarla in parte.

Orbene, se, compiuta la valutazione del materiale probatorio, il giudice ad esempio si convinca che l'istante sia carente di legittimazione attiva, emetterà necessariamente un'ordinanza di rigetto integrale sull'oggetto dell'istanza.

Non si comprende, altrimenti, quale provvedimento possa emettere il giudice, che sia pervenuto a questa soluzione della controversia.

Si ritiene che detta ordinanza di rigetto abbia efficacia preclusiva per la riproposizione dell'istanza sullo stesso oggetto (Scarselli, op. cit., pag. 397).

Alcuni autori sostengono che siffatta ordinanza di rigetto non possa mai acquistare efficacia di sentenza (Bucci, op. cit., pag. 302; Balena, op. cit., pag. 332).

Si argomenta che i commi 3° e 4° della norma si riferiscono necessariamente ai due commi precedenti, che hanno per oggetto esclusivamente un'ordinanza positiva (di accoglimento) e non negativa (di rigetto) (v. Gilardi, op. cit., pag. 18).

Si trae ulteriore illazione che non sarebbe ammissibile, nell'ipotesi di rigetto integrale dell'istanza, la contestuale condanna dell'istante alla rifusione delle spese processuali sostenute da controparte, statuizione quest'ultima possibile solo con la sentenza.

Queste conclusioni non sono condivisibili.

Premessa l'ammissibilità dell'ordinanza di rigetto integrale dell'istanza, non si comprendono le ragioni per cui la norma dovrebbe disciplinare solamente l'ordinanza di accoglimento.

Si può replicare che il primo comma, dopo aver previsto il possibile oggetto dell'istanza, dispone che “Con l'ordinanza il giudice provvede sulle spese processuali”, senza affatto distinguere l'ipotesi di accoglimento da quella di rigetto.

Non è pertinente neppure il richiamo all'art. 310 c.p.c., atteso che l'art. 186 quater si pone come speciale rispetto a tale norma, riconducendo all'estinzione del processo un effetto giuridico peculiare.

Inoltre, se non è applicabile l'ultimo comma dell'art. in esame, non essendovi "parte intimata", anche in questo caso è possibile che l'ordinanza acquisti efficacia di sentenza mediante estinzione del processo.

Neanche l'argomento secondo cui, nel caso di rigetto, non vi sarebbero ragioni di tutela anticipatoria, appare assorbente.

Spesso, infatti, anche la parte contro cui è rivolta l'altrui (infondata) pretesa creditoria ha più di un interesse all'emissione di un provvedimento avente ad oggetto un accertamento negativo che acquisti efficacia di sentenza in tempi ragionevoli.

Inoltre (come si è detto innanzi) la ratio della norma è la previsione di un'ordinanza con vocazione a diventare sentenza. Ebbene l'interpretazione deve essere aderente a tale ratio: perché dunque non consentire, a chi sia rimasto soccombente nel procedimento in esame, di ottenere, più velocemente, tutela in grado di appello, piuttosto che attendere una sentenza che quasi certamente gli darà (ancora) torto, con ulteriore aggravio di spese processuali? Perché costringere la parte vincente (con l'ordinanza) a coltivare il giudizio, al sol fine di ottenere il ristoro delle spese processuali?

Infine, un argumentum a contrario: nessuno censurerebbe l'ordinanza con cui il giudice, accogliendo solo parzialmente l'istanza, compensi, in tutto o in parte, le spese processuali, in ragione della reciproca soccombenza.

Ma, in effetti, con tale ordinanza il giudice ha statuito (implicitamente) anche sulla sorte delle spese processuali conseguenti a quella parte dell'istanza che sia stata disattesa.

Non sembra condivisibile, per converso, la tesi secondo cui sarebbe ammissibile addirittura l'istanza volta ad ottenere il rigetto delle domande di condanna innanzi specificate, con la liquidazione delle spese processuali.

Sia in virtù del tenore letterale che della ratio legis, può senz'altro affermarsi che il potere di richiedere l'istanza in esame aspetti esclusivamente alla "parte che ha proposto domanda di condanna" e non anche alla controparte (v. amplius: Scarselli, op. cit., pag. 405, secondo cui sarebbe ammissibile l'istanza di rigetto mediante un'interpretazione praeter legem del testo normativo).

L'ordinanza è titolo esecutivo revocabile.

L'ordinanza è revocabile solamente con la sentenza che definisce il giudizio; considerato il momento in cui viene emessa l'ordinanza in esame, si giustifica il diverso regime delle altre ordinanze ex artt. 186 bis e ter c.p.c., le quali invece sono revocabili ex artt. 177 e 178 c.p.c..

L'ordinanza è titolo esecutivo.

Se così non fosse, non avrebbe senso emetterla; la esecutività opera ex lege, quindi non è necessario che quest'ultima venga espressamente dichiarata dal giudice.

Tale esecutività fa pendant con quella di cui agli artt. 282 e 283 c.p.c.. Poiché l'ordinanza può acquistare efficacia di sentenza, come questa è provvisoriamente esecutiva fra le parti; ed il giudice di appello può sospendere l'esecutività dell'ordinanza avente efficacia di sentenza.

Tenuto conto dell'art. 2818 cpv. c.c., l'ordinanza ex art. 186 quater (a differenza di quella ex art. 186 ter c.p.c.) non costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale sui beni del debitore.

Poiché l'ordinanza può essere revocata con la sentenza, la legge ha preferito, per questi fini, ricondurre alla sentenza il titolo per l'iscrizione; ove tuttavia l'ordinanza acquisti efficacia di sentenza, si avrebbe idoneo titolo per iscrizione di ipoteca ex art. 2818 l. comma c.c..

Se il giudice conferma con la sentenza la decisione assunta con l'ordinanza, nel dispositivo dovrà confermare espressamente quest'ultima, in modo tale da farne rimanere giustificati gli effettivi

esecutivi (eventualmente) prodottisi (come nel giudizio di opposizione, in cui, con la sentenza, il giudice conferma il decreto).

Se il giudice assume, invece, una decisione difforme da quella espressa con l'ordinanza, con la sentenza revocherà in tutto o in parte l'ordinanza.

Tuttavia, statisticamente, sarà del tutto residuale la percentuale di casi in cui il giudice, con la sentenza, revocherà l'ordinanza emessa. Ciò, presumibilmente, accadrà solo in casi particolari: se è stato omesso dal G.I. l'esame di un documento decisivo, ovvero di un'eccezione preliminare; se le parti, con le comparse conclusionali, prospetteranno al giudice utili elementi di valutazione, diversi da quelli posti dal G.I. a fondamento dell'ordinanza.

Ordinanza con efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza.

La legge è chiara nel disporre che, nei casi previsti, l'ordinanza acquisti efficacia di sentenza non nei limiti dell'accoglimento dell'istanza, ma sull'intero oggetto dell'istanza.

Quindi nell'ipotesi di accoglimento parziale, l'efficacia di sentenza si estende all'intera domanda oggetto dell'istanza.

Se il processo si estingue.

Una prima ipotesi di efficacia di sentenza impugnabile si ha se il processo si estingue.

I casi di estinzione del processo sono indicati negli artt. 306 e 307 c.p.c..

Rilevanti problemi interpretativi si pongono in tema di esatta individuazione del dies a quo per l'impugnazione del provvedimento.

Va rilevato che l'estinzione "opera di diritto" ex art. 307 c.p.c., e tuttavia l'espressione "processo si estingue", di cui all'art. 186 quater, può comportare:

- il perfezionamento della fattispecie estintiva, indipendentemente dalla pronuncia del provvedimento che la dichiara;
- la mera pronuncia del provvedimento dichiarativo dell'estinzione del processo;
- l'irrevocabilità dell'ordinanza o il passaggio in giudicato della sentenza che dichiara l'estinzione del processo.

La soluzione preferibile appare quest'ultima, in quanto ancorata al disposto dell'art. 129 disp. att. c.p.c., che disciplina la riserva di appello avverso le sentenze di condanna generica e non definitive: "Se il processo si estingue in primo grado, la sentenza di merito contro la quale fu fatta la riserva acquista efficacia di sentenza definitiva dal giorno in cui diventa irrevocabile l'ordinanza (ex art. 308 c.p.c.), o passa in giudicato la sentenza, che pronuncia l'estinzione del processo. Da questa data decorrono i termini" per l'impugnazione (v. Costantino, op. cit., pag. 334; cfr. Luiso, op. cit., pag. 246; contra Balena, op. cit., pag. 332, secondo cui si tratterebbe di ipotesi affatto diverse).

L'ipotesi più frequente, che credo debba essere ulteriormente incentivata, sembra quella dell'estinzione a seguito di rinuncia agli atti del giudizio.

Poiché è del tutto improbabile la revoca dell'ordinanza, anche la parte soccombente, nel procedimento ex art. 186 quater, potrà valutare l'opportunità di rinunciare agli atti del giudizio, in modo che, con l'accettazione (dell'altra parte) della rinuncia, il giudice potrà dichiarare l'estinzione del giudizio (anche parziale ed eventualmente previa separazione delle cause ex art. 103 c.p.c.); con la conseguenza che la parte soccombente potrà ottenere, in tempi ragionevoli, la pronuncia del giudice di appello sull'ordinanza che ha acquistato efficacia di sentenza.

Se la parte intimata dichiara di rinunciare alla pronuncia della sentenza.

“La parte intimata può dichiarare di rinunciare alla pronuncia della sentenza, con atto notificato all'altra parte e depositato in Cancelleria. Dalla data del deposito dell'atto notificato, l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza”.

Parte della dottrina sostiene che la rinuncia debba essere fatta dalla parte personalmente o a mezzo di procuratore speciale, in applicazione analogica con quanto previsto dall'art. 306 c.p.c.. (Costantino, op. cit., pag. 334). Appare tuttavia preferibile la tesi secondo cui la dichiarazione rientri nei poteri del difensore ex art. 84 c.p.c., sul presupposto che chi ha il potere di impugnare la sentenza ha certamente anche quello (di più limitato contenuto) di consentire che l'ordinanza acquisti l'efficacia di sentenza (cfr. “Processo civile: La decretazione d'urgenza, op. cit., pag. 121, così anche Balena, op. cit., pag. 333).

Nell'ipotesi di accoglimento parziale dell'istanza, la parte condannata potrebbe aver interesse a rinunciare alla pronuncia della sentenza (es. richiesta di condanna per 100, ordinanza di condanna per 50).

Per alcuni autori, tuttavia, questo potere è dalla legge concesso non alla parte soccombente, bensì alla parte “intimata” (Costantino, op. cit., pag. 335; Scarselli, op. cit., pag. 398; Nappi, op. cit., pag. 3317). Conseguentemente, perché l'ordinanza possa acquistare efficacia di sentenza, sarebbe preliminarmente necessaria un'iniziativa della parte che abbia ottenuto l'ordinanza di condanna: questa deve notificare all'altra parte il titolo in forma esecutiva ed il precetto (art. 479 c.p.c.), e cioè “l'intimazione di adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo” (art. 480 c.p.c.).

Secondo tale ricostruzione, alla parte (parzialmente) vittoriosa sarebbe rimessa una valutazione di opportunità: intimare subito l'adempimento, procedendo esecutivamente contro il debitore, ovvero non offrire alla controparte il potere di ottenere l'efficacia di sentenza dell'ordinanza, nella prospettiva di conseguire il completo accoglimento della domanda, con la sentenza definitiva.

Questa tesi, pur apprezzabile, non appare tuttavia convincente e conforme all'acclarata ratio legis.

Infatti il Legislatore ha introdotto un nuovo strumento normativo, che amplia i poteri attribuiti alla parte che chiede in giudizio la condanna di controparte, ma ha tuttavia inteso dosare con ocularità la dialettica processuale.

La parte, che abbia proposto in giudizio taluna delle domande predette, può formulare l'istanza in esame, ma deve valutare altresì il rischio che, nell'ipotesi di accoglimento parziale, “la palla” passi nelle mani della controparte, la quale potrà, a suo insindacabile giudizio, attivare un (sub) procedimento (notifica e deposito dell'atto di rinuncia), all'esito del quale l'ordinanza acquisterà efficacia di sentenza.

Pertanto, per “intimato”, deve intendersi la parte alla quale, con l'ordinanza in esame, sia stato richiesto il pagamento della somma, la consegna o il rilascio del bene.

Del resto, anche gli artt. 647 e 650 c.p.c. (nonché il secondo comma dell'art. 641 c.p.c., nella parte ora abrogata) menzionano “l'intimato” e, tuttavia, neppure per tali norme si è sostenuto che occorra fare necessariamente riferimento alle nozioni di cui agli artt. 479 e 480 c.p.c..

Inoltre, nel contrasto tra le due esposte interpretazioni, appare preferibile quella evidenziata che, per un verso, rende certamente più proficua l'attività giurisdizionale (non consentendo affatto all'istante di “mettere da parte” l'ordinanza avente ad oggetto un accoglimento solo parziale), per altro verso, appare più idonea a rendere l'ordinanza suscettibile di acquistare efficacia di sentenza.

Pertanto si deve concludere che il termine iniziale, per la rinuncia alla pronuncia della sentenza, è quello decorrente dalla data dell'emissione dell'ordinanza, ovvero dalla sua comunicazione (se pronunciata su riserva).

Il termine finale, per il deposito dell'atto di rinuncia notificato, dovrebbe essere individuato nella scadenza del termine prescritto per il deposito delle memorie di replica, ovvero nell'udienza fissata per la discussione orale (artt. 190 e 190 bis c.p.c.).

Poiché l'ordinanza costituisce titolo esecutivo, la parte intimata, laddove voglia sperare di ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva, è senz'altro costretta a rinunciare alla pronuncia della sentenza, al fine di poter proporre appello direttamente contro il provvedimento anticipatorio e di poter chiedere al giudice ad quem l'inibitoria di cui all'art. 283 c.p.c., sia pure subendo lo svantaggio di trasformare l'ordinanza in uno strumento valido per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (cfr. Balena, op. cit., pag. 334; Scarselli, op. cit., pag. 391).

È evidente che, nell'ipotesi di cumulo delle domande, la pronuncia dell'ordinanza e la rinuncia della parte intimata alla sentenza, non esonerano il giudice dalla decisione sulle altre domande.

L'ordinanza acquista efficacia di sentenza dalla data del deposito dell'atto di rinuncia notificato.

Detto deposito assolve la funzione di rendere certo il momento oltre il quale è precluso al giudice di pronunciare la sentenza sull'oggetto dell'istanza.

Appare necessario che, di tale deposito, la Cancelleria dia comunicazione all'altra parte (anche in analogia all'art. 133 c.p.c.); ciò per consentire alla parte – che ha ricevuto la notifica della dichiarazione di rinuncia – di sapere se, successivamente, il rinunciante abbia o meno provveduto al deposito dell'atto notificato, perfezionando la fattispecie mediante la quale l'ordinanza possa acquistare efficacia di sentenza.

Pertanto, per l'intimante, il termine per l'impugnazione dovrebbe decorrere dalla predetta comunicazione da parte della Cancelleria (v. artt. 326 e ss. c.p.c.).

Credo che al deposito dell'atto notificato possa provvedere solamente il rinunciante, come emerge dal tenore letterale della norma (contra, Costantino, op. cit., pag. 336, secondo cui al deposito potrebbe provvedere anche la parte intimante).

Conseguentemente, la dichiarazione di rinuncia è revocabile con dichiarazione di revoca della stessa, notificata a controparte, prima del deposito dell'atto notificato di rinuncia.

Con riferimento ai processi litisconsortili, se 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 (v. Scarselli, op. cit., pag. 400; Balena, op. cit., pag. 333).

Considerazioni conclusive.

Sembra che il Legislatore dell'estate '95 abbia adottato una soluzione di compromesso: tra l'ordinanza anticipatoria a cognizione sommaria (menzionata innanzi) e la sentenza senza motivazione o con motivazione a richiesta (ipotesi, queste ultime, che non sono affatto auspicabili e che sarebbero anche in contrasto con l'art. 111 della Costituzione).

Si è detto che l'art. 186 quater, per i procedimenti in corso che debbono seguire il "vecchio rito", costituisce la "norma grimaldello", capace di scardinare l'enorme mole delle cause pendenti (v. Bucci, op. cit., pag. 303).

Nei primi mesi di applicazione della norma, si può tuttavia registrare una certa diffidenza, da parte degli avvocati, nel richiedere l'applicazione dell'istituto in esame. Probabilmente il Foro è rimasto "frastornato" dalle molteplici perplessità interpretative fin qui evidenziate. Certo è che la temuta "pioggia" di istanze, ex art. 186 quater, non vi è stata.

Devo aggiungere che anche tra i giudici vi sono state interpretazioni restrittive che nascondono talora un inconscio rifiuto del cambiamento.

Auspicio, invece, che tra i giudici emerga un "atteggiamento positivo" nei confronti della norma in esame.

Teniamo conto altresì della circostanza che, sia pure lentamente, il ruolo dell'avvocato e del giudice stanno cambiando: con la riforma del procedimento cautelare, con le ordinanze anticipatorie e, aggiungerei, con una più ampia applicazione dell'art. 700 c.p.c., si potrebbe davvero dare una svolta significativa allo stato comatoso della giustizia civile (v. ordinanza Tribunale Milano, 23-12-93, in

Giurisprudenza Italiana, 1995, parte 1, sez. 2, pag. 848, che ha riconosciuto l'ammissibilità della tutela in via di urgenza, ex art. 700 c.p.c., del diritto di credito).

Quando ho emesso le ordinanze ex art. 186 quater, ho percepito la (rarissima) soddisfazione di poter rendere giustizia tempestivamente. Se però dette ordinanze non acquisteranno efficacia di sentenza, non posso altresì affermare di aver (neppure in parte) "smaltito arretrato".

Tuttavia, la norma in esame costituisce un "primo passo", sulla strada che porta ad una maggiore efficienza del processo civile.

Ritengo che l'art. 186 quater possa diventare davvero una norma-chiave del processo civile, in una strategia di rapido smaltimento dell'arretrato, se, de iure condendo, si preveda che: "Esaurita l'istruzione, su istanza di parte, il Giudice Istruttore definisce il giudizio con ordinanza avente efficacia di sentenza" (in tal senso si è espresso il C.S.M., nel parere deliberato nella seduta del 23-11-95, su richiesta del Ministro di Grazia e Giustizia, in relazione al disegno di legge di conversione dei d.l. 21-4-95 n. 121, 21-6-95 n. 238 e 18-10-95 n. 432).

Si eviterebbe in tal caso un inutile dispendio di energie e di tempo del giudice e degli avvocati che, quando all'ordinanza segue la sentenza, sono costretti, sia pure con modalità diverse, ad esaminare due volte lo stesso materiale processuale. Ed inoltre le parti saprebbero subito con certezza la decisione definitiva del giudice. Senza aspettare una possibile ma improbabile decisione difforme dello stesso giudice, potrebbero immediatamente proporre appello, per ottenere una definitiva statuizione di merito.