

ASPETTI CONTROVERSI IN MATERIA  
DI ORDINANZA SUCCESSIVA ALLA CHIUSURA  
DELL'ISTRUZIONE (art. 186 *quater* c.p.c.)

Relatore:

prof. Sergio CHIARLONI (\*)

ordinario di procedura civile nell'Università di Torino

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'anima doppia e contraddittoria della legge 20 dicembre 1995, n. 994. – 3. L'inopportunità della via di fuga tracciata con l'ordinanza *ex art. 186 quater* c.p.c. – 4. Un'alternativa migliore: la sentenza con motivazione a richiesta. – 5. La struttura, da ordinanza istruttoria, del provvedimento *ex art. 186 quater* c.p.c. – 6. Gli ostacoli nei confronti dell'obbiettivo di tagliare i tempi del processo tramite l'ordinanza. – 7. Alcuni problemi esegetici. – 7.1. L'oggetto del provvedimento. – 7.1.1. La non sezionabilità della domanda originaria per il tramite di un'istanza "parziale". – 7.1.2. Il provvedimento nei suoi rapporti con le forme di tutela che non ne costituiscono il possibile oggetto. – 7.1.3. Il provvedimento di rigetto nel merito. – 7.1.4. Il provvedimento di accoglimento parziale. – 7.1.5. Il provvedimento di *non liquet*. – 7.1.5.1. È possibile un *non liquet* "discrezionale"? – 7.1.5.2. È possibile un *non liquet* "obbligatorio"? (l'istanza e le eccezioni processuali). – 7.2. Qualche nota sulla revocabilità dell'ordinanza. – 7.3. I tempi dell'istanza e del provvedimento. – 7.3.1. Il *dies a quo* dell'istanza non coincide con il *dies a quo* del provvedimento. – 7.3.2. Il *dies a quo* e ... – 7.3.3. Il *dies ad quem* per l'emanazione del provvedimento - differenze tra il nuovo e il vecchio rito. – 7.4. Il provvedimento e il contraddittorio: basta la fissazione di una udienza di trattazione orale. – 7.5. Quasi una conclusione: alcuni problemi relativi all'acquisto dell'efficacia di sentenza. – 7.5.1. Da quando decorrono i termini per l'appello in caso di estinzione del processo? – 7.5.2. La motivazione "succinta" e i "motivi specifici dell'impugnazione" *ex art. 342* c.p.c.

1. Nella cultura giuridica italiana circola uno stereotipo che il processualista civile è costretto oggi a contestare, di fronte alle vicende della c.d. "riforma della riforma" e al loro esito, sperabilmente provvisorio (1).

Fin dai tempi della sua infanzia accademica, all'aspirante studioso viene insegnata la non scientificità di un qualsiasi sindacato nei confronti delle norme vigenti. Una volta che un disegno legislativo sia compiuto, il giurista positivo ha il compito di analizzare i dati a sua disposizione, di risolvere problemi interpretativi, di ricostruire e concettualizzare il sistema. Ma non gli è consentito di sottoporre al vaglio dello spirito critico il c.d. *jus quo utimur*, a pena di abbandonare il rifugio sicuro della scienza per avventurarsi nel terreno infido della politica.

Lascio da parte l'errore metodico e il pregiudizio ideologico che si annidano in questo modo di vedere le cose. Lascio anche da parte il rilievo che, almeno per il processualista, simili parole d'ordine si adattano forse alla stanchezza degli epigoni, ma certamente non al lavoro dei padri fondatori.

Mi limito a sottolineare che, se un nocciolo di ragionevolezza può venir riconosciuto all'*actio finium regundorum* appena ricordata, occorre quanto meno che il prodotto legislativo sia frutto di una situazione di normalità istituzionale.

Quando si tratti di por mano a discipline estremamente delicate, come sicuramente sono le discipline afferenti al processo civile, i cittadini si aspettano di assistere ad una serie di eventi politico-culturali, tramandati da una tradizione di buona fattura dei testi legislativi.

Purtroppo, la tradizione è stata tradita.

È mancato un dibattito articolato e consapevole sulle diverse alternative disponibili rispetto ai fini perseguiti. In sua vece, anche a causa di una diffusa disinformazione tra gli avvocati sui reali contenuti della Novella del 1990, qualche volta alimentata da interpretazioni distorte dei contenuti più innovativi ad opera di enti esponenziali del ceto (2), è stata organizzata un'attività lobbistica di contrasto, destinata ad un notevole successo. Non appare al riguardo affatto esagerato il rilievo che si è finito con il pagare il prezzo di una "prevaricazione su un Parlamento riluttante, ma timoroso della preoccupante intransigenza di una corporazione incurante del cattivo esempio offerto di totale sfiducia verso lo Stato quale garante dell'interesse generale" (3).

È mancata un'ampia e ufficiale consultazione, con richiesta di pareri alle Università, alle Associazioni e agli Ordini professionali, anche nelle articolazioni periferiche, che sarebbe stato agevole organizzare negli oltre cinque anni di durata del tormentatissimo *iter* della "riforma della riforma". In sua vece, sono semplicemente cambiati i consiglieri del principe di turno: come è stato argutamente osservato, il codice di procedura civile è venuto somigliando "ad una sorta di cantiere, nel quale chiunque riesca ad avere un aggancio con il direttore dei lavori può mettere mano" (4).

È soprattutto mancato un normale e ordinato andamento degli *itinerari* legislativi, con un apporto meditato dei diversi organi competenti, prima della discussione in aula. In sua vece, l'interprete attonito ha dovuto assistere alla danza senza fine di una decina di decreti legge emanati in continuata inosservanza dei presupposti tracciati dalla Costituzione, che vuole confinata l'emanabilità di questi provvedimenti ai casi di straordinaria necessità e urgenza.

*Cum ira et studio*, sul filo dei rinvii a catena dell'entrata in vigore, i contenuti originari della Novella sono stati depotenziati e in qualche caso stravolti, senza che ad essi si sostituisse una concezione alternativa capace di rivendicare una sua autonoma dignità. Il processo civile è una tra le tante vittime delle difficoltà della politica durante la c.d. transizione tra la prima e la seconda Repubblica. E' difficile pensare che la partita sia chiusa con la recente conversione in legge dell'ultimo decreto ad opera di un Parlamento oltremodo distratto.

2. La legge 20 dicembre 1995, n. 994 ha una doppia anima che la fa entrare in contraddizione con se stessa.

Da un lato, essa incide sulla originaria disciplina delle preclusioni spostandole in avanti ben dentro la fase introduttiva, oltre a risuscitare la necessità della reiterata diserzione dell'udienza ai fini della cancellazione della causa dal ruolo.

D'altro lato, immette un istituto affatto nuovo, l'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione, secondo quanto recita la rubrica dell'art. 186 *quater* nel quale viene collocato. Con questo provvedimento, emanabile su istanza dell'interessato, il giudice può disporre il pagamento di somme di denaro ovvero la consegna o il rilascio di beni, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova, disponendo altresì sulle spese. L'ordinanza è revocabile con la sentenza che decide la causa. Ma la sentenza non verrà emanata se la parte intimata dichiara di rinunciare, nonché se il processo si estingue. In tali casi essa verrà sostituita a tutti gli effetti dall'ordinanza.

La contraddizione tra i due appena ricordati aspetti principali della legge che ha riformato la riforma non si percepisce subito.

Occorre un approfondimento.

Bisogna riflettere prima di tutto sul significato da ascrivere alla modifica della disciplina delle preclusioni.

Non è particolarmente preoccupante il loro slittamento in avanti, visto in sé e per sé. Di fronte alle siderali durate del processo, l'incidenza di un rinvio che può essere opportunamente breve è di sicuro scarsa.

Preoccupa, invece, e molto, il segnale che viene così lanciato, in grave contrasto con la filosofia ispiratrice della Novella, eminentemente indirizzata verso l'abolizione dei tempi morti della trattazione (5). Il nuovo testo dell'art. 180 suggerisce, molto semplicemente, che si può continuare nella prassi dell'inconcludenza, dove gli operatori si illudono di lavorare, ma sovente sono costretti ad affannarsi in attività futili, facendo rotolare da un'udienza all'altra la massa dei processi pendenti, nel giuoco di specchi dei successivi rinvii e delle code davanti alla stanza del giudice per ottenerli.

Il novantacinque per cento almeno delle prime udienze di comparizione avranno il solo scopo di fissare il rinvio per trattazione, poiché è già ottimistico pensare che nel cinque per cento di esse si abbiano verifiche negative della regolarità del contraddittorio o la necessità di emanare altri tipi di provvedimenti che occupino il tempo dell'udienza (6).

Anche l'obbligatorio rinvio della causa ai sensi del ripristinato testo dell'art. 181, per venir incontro alle esigenze dell'avvocato distratto o ritardatario, cospira nell'accreditare l'idea di una totale rinuncia all'obiettivo della concentrazione processuale.

Come si colloca il provvedimento immediato di condanna all'interno di un processo che continuerà ad essere strutturato nella pratica secondo i moduli antichi, grazie ai ripensamenti dell'ultima ora ed ai significati simbolici pesantemente restaurativi che vi sono implicati?

Male, purtroppo. Vedremo tra breve analiticamente il perché. Ma fin d'ora possiamo enunciare la tesi: *l'abbattimento dei tempi necessari alla decisione per il tramite di un provvedimento immediato di condanna (che non sia da emanare al costo di ulteriori dilatazioni delle durate nei casi per i quali non è previsto) esige una conoscenza dei fatti del processo al momento del passaggio alla fase decisoria che il giudice può possedere solo all'interno di una cornice normativa ispirata ai canoni dell'immediatezza e della concentrazione.*

### 3. Facciamo un passo indietro.

Domandiamoci se sia stata opportuna la scelta di inserire, *all'interno del processo ordinario a cognizione piena*, un provvedimento di merito, che è stato acutamente oltre che ironicamente definito "a decisione sommaria", per denotare il fatto che "è preso senza contraddittorio, con un provvedimento che non esonera il giudice dall'emettere la sentenza" (7).

Si profila qui un problema di ordine generale piuttosto importante. A quanto pare nessuno dubita più, neppure nel nostro Paese, della necessità di affrontare con spirito pragmatico la crisi della giustizia civile, introducendo dove possibile strutture di "*fast lane procedure*" (8) che consentano di arrivare in tempi ragionevoli alla decisione.

Ma l'innesto di queste strutture può avvenire secondo modalità diverse.

Si può trascinare sul tavolo operatorio il processo ordinario, per sottoporlo a manipolazioni ortopediche piuttosto dolorose e di prognosi incerta.

Oppure si può ampliare l'ambito della cognizione sommaria, introducendo un nuovo procedimento, basato su un rapido giudizio di probabilità circa la fondatezza della domanda, che consenta, grazie al provvedimento esecutivo ma inidoneo al giudicato che lo conclude, di incidere velocemente sui rapporti tra le parti, e consenta altresì al soccombente che lo desidera di riaprire la lite davanti al giudice della cognizione piena.

L'alternativa è stata presentata in modo fazioso per far capire immediatamente al lettore la netta preferenza per la seconda.

Già da molto tempo e in numerose occasioni (9) avevo lamentato che la ristrutturazione del procedimento cautelare non avvenisse approfittando delle peculiarità dei provvedimenti di urgenza rispetto ai provvedimenti cautelari in senso proprio per separarli da questi ultimi, trasformandoli, sul modello francese del *référé*, in provvedimenti in grado di sopravvivere indipendentemente dal radicamento (o dalla prosecuzione) del giudizio di merito, così da ribaltare sul soccombente l'onere di domandare un provvedimento a cognizione piena che si sostituisse al provvedimento di anticipazione sommaria.

Questo punto di vista è caduto nel più totale disinteresse. Solo recentemente si è sottratto al destino della *vox clamantis in deserto*, avendo trovato l'adesione di uno studioso acuto come Giorgio COSTANTINO (10). Guarda caso, ciò avviene proprio nel contesto di un'analisi fortemente critica, anzi come vedremo per certi aspetti troppo critica, dell'art. 186 *quater* c.p.c..

La commistione dei modelli non offende soltanto il senso del dogmatico vecchia maniera, ma è anche fonte di applicativi che non è esagerato definire difficilissimi, oltre che di inconvenienti di cui non si sentiva proprio il bisogno: la nuova norma è entrata nella trama delicata e complessa del processo ordinario con la grazia proverbiale dell'elefante nella cristalleria.

Per mettere ordine e incollare i cocci si capisce fin d'ora che sarà necessario molto lavoro.

4. Vi è di più. L'art. 186 *quater* è fonte di un pauroso guazzabuglio di complicazioni perché racchiude una timida e per certi aspetti ipocrita soluzione di compromesso.

Queste complicazioni sarebbero state facili da evitare, se il legislatore avesse avuto un po' più di coraggio, e di fantasia.

In vista dell'abbreviazione delle durate processuali tramite la semplificazione della fase decisoria, un risultato identico a quello perseguito con l'ordinanza ad istruzione esaurita si sarebbe potuto molto più semplicemente ottenere introducendo la motivazione a richiesta delle sentenze di merito di primo grado, magari collegandola all'esercizio del potere di impugnazione (11).

È facile immaginare il florilegio delle obiezioni. Bisognerà tenerne accuratamente conto, anche perché una di esse incide direttamente sulla ricostruzione dello stesso provvedimento *ex art. 186 quater*.

Cominciamo dall'obiezione più scontata. L'emanazione di una sentenza limitata al solo dispositivo è vietata dall'art. 111 comma 1° Cost., ai cui sensi "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" (12).

Riflettiamo però sul fatto che nell'ipotesi prospettata non si è in presenza di un provvedimento non motivato, bensì di un provvedimento a motivazione successiva. Anche eventuale, certo, ma secondo l'arbitrio dell'interessato.

Chiediamoci allora quale sia la funzione della garanzia costituzionale nel caso particolare delle sentenze civili di primo grado.

Con tutta franchezza, non credo che, per queste sentenze, la motivazione delle decisioni rappresenti una garanzia irrinunciabile, in quanto consentirebbe al pubblico in generale il controllo "democratico" dell'attività giurisdizionale

Il pubblico in generale non è generalmente interessato ai contenuti dell'attività giurisdizionale civile di primo grado e i volumi che contengono le sentenze, tra l'altro consultabili solo su autorizzazione ministeriale, giacciono negli archivi esposti soltanto alla critica roditrice dei topi e, rarissimamente, alle curiosità scientifico statistiche di qualche ricercatore dotato di pazienza e buona volontà.

L'eventuale interesse del pubblico, che può nascere in specifici casi dove vengano all'esame questioni nuove, sarebbe senz'altro soddisfatto, per dir così in seconda battuta, dalla possibilità di conoscere le motivazioni delle sentenze grazie ai gravami proposti dalle parti.

La garanzia costituzionale ha qui una funzione più ristretta in confronto a quella che la motivazione assolve, assieme alla pubblicità, nel processo penale o, nel processo civile, nei gradi superiori di giudizio e in particolare nel giudizio di cassazione.

La conoscenza degli argomenti di fatto e di diritto che sorreggono una decisione serve qui essenzialmente alle parti, e in modo particolare al soccombente, interessato a soppesarli, nel momento in cui decide di portare la sua critica alla sentenza.

Se così stanno le cose, la garanzia costituzionale appare perfettamente soddisfatta anche se la sua concreta operatività è lasciata alla scelta di coloro che essa è indirizzata a proteggere.

Ma, ulteriormente si obietta, “se non si scrive la motivazione si rischia di non decidere bene la causa”; il dovere motivatorio va in ogni caso assolto, “a garanzia della ricerca di decisioni giuste” (13), insistendosi che “l’approfondimento del giudizio e la stesura accurata della sua motivazione non formano nella realtà entità tra loro scindibili e non si può preservare il primo se non si lascia un posto centrale anche alla seconda”.

Si dovesse accedere a questo punto di vista, avremmo non solo un irresistibile argomento contro la costituzionalità della motivazione a richiesta, che dunque sarebbe sbagliato tentar di accreditare.

Saremmo anche costretti a ricostruire il nuovo provvedimento *ex art. 186 quater* in modo che il risparmio di tempi processuali da esso assicurato diventerebbe irrisorio e incomprensibili le ragioni della sua previsione, oltretutto a rischio del prevedibilissimo e puntualmente avviato corteo di malumori e censure.

Proprio a questo modo ricostruisce il nostro provvedimento Claudio CONSOLO, proclamando che l’ordinanza deve contenere “la compiuta motivazione dell’*iter* logico-giuridico seguito”, cosicché i tempi di lavoro richiesti per la redazione... “non saranno – e soprattutto *non dovranno essere* – in media molto più rapidi di quelli della corrispondente sentenza” (14), e aggiungendo che occorre soddisfare l’esigenza che prima della pronuncia dell’ordinanza siano scambiate memorie illustrative (nella sostanza comparse conclusionali, magari esse pure più concise)” (15).

Per lo più sono d’accordo con le acute analisi di CONSOLO. Questa volta accade eccezionalmente il contrario. In verità, la motivazione non ha nulla a che fare con la bontà del giudizio. Ha a che fare con la sua razionalizzazione *a posteriori*, che è tutt’altra cosa, come ben sanno gli studiosi delle attività decisorie e come soprattutto risulta dalla disciplina positiva.

Lasciamo da parte i giudizi monocratici, dove la consecuzione temporale tra dispositivo e motivazione non è percepibile (con la rilevante eccezione del processo del lavoro) e dove in un caso – giudizi ordinari davanti al pretore – vi può essere contestualità tra i due elementi se il giudice sceglie la modalità decisoria della lettura in udienza.

Per il processo tipo, quello davanti al tribunale, l’art. 276 c.p.c. ci fa sapere che prima il collegio decide e poi l’estensore motiva, anche se – a differenza di quanto, comunque, accade nel processo penale e in sede civile nel processo del lavoro – il dispositivo non acquista esistenza giuridica fino a che non venga depositato, in una con la motivazione ed è dunque possibile (anche se nella realtà molto raro) che fino a quel momento la camera di consiglio venga riconvocata su richiesta del giudice estensore per una nuova deliberazione.

5. Abbiamo ora a disposizione qualche elemento per cominciare a scendere di quota e osservare più da vicino l’oggetto della nostra indagine. Possiamo intanto prendere posizione su una fondamentale questione di struttura. L’ordinanza *ex art. 186 quater* non ha i medesimi requisiti di motivazione della sentenza. Non servirebbe osservare in contrario che, siccome l’ordinanza è succintamente motivata (art. 134) e la sentenza contiene la concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto (art. 132, n. 4) e siccome non si sa vedere la differenza tra ciò che è conciso e ciò che è succinto, i requisiti di motivazione dei due provvedimenti devono essere identici.

Dobbiamo rifiutarci di soggiacere alla tentazione di giuocare con le parole. La volontà del legislatore è chiarissima nel senso di disegnare una motivazione dell’ordinanza in tutto analoga alle motivazioni che la prassi conosce per le ordinanze istruttorie, dove è sufficiente che il giudice si limiti a spendere qualche parola circa l’esistenza dei presupposti per l’emanazione del provvedimento. Al riguardo vi è solo da rilevare che, nel nostro caso bisognerà tener conto della probabile maggiore complessità del giudizio: il giudice dovrà dire nel suo provvedimento quale soluzione viene data a tutte le questioni dotate di valenza decisoria che si sono presentate.

Se davvero ordinanza e sentenza dovessero essere analogamente motivate, non si capisce perché, in linea di principio, il giudice dovrebbe poi emanare la sentenza, al mancato verificarsi dei due casi, estinzione e rinuncia, costruiti come eccezioni (alquanto ipocritamente, ma tant’è: *hoc jure utimur*). Forse per la differenza dei nomi?

In buona sostanza, ha ragione chi ritiene che il giudice non è affatto tenuto, nel pronunciare il provvedimento di condanna ad istruzione esaurita a motivare compiutamente l'iter logico-giuridico che lo ha portato ad accogliere la relativa istanza (16).

La situazione è tutto sommato analoga quella che si sarebbe avuta con la motivazione a richiesta. Solo, ci si è arrivati in modo più tortuoso, e con tante complicazioni in più.

6. Dobbiamo ora interrogarci più a fondo circa i reali vantaggi in termini di abbreviazione delle durate, che sono ricollegabili alla semplificazione della fase decisoria implicata dal nuovo provvedimento. O, il che è lo stesso dal nostro punto di vista ricostruttivo, dobbiamo domandarci quali sarebbero stati i vantaggi ove si fosse introdotta la motivazione a richiesta delle sentenze.

Apparentemente, la risposta è facile ed è stata data. Con l'art. 186 *quater* sarebbe possibile "ottenere un titolo esecutivo immediatamente alla chiusura dell'istruttoria, di contenuti pressoché identici alla decisione di primo grado" (17). Analogamente, si è osservato che il provvedimento, nell'ottica di chi lo ha escogitato, serve a rimediare alle durate del processo, tenuto conto che "oramai da anni, e in quasi tutti gli uffici giudiziari del territorio nazionale, i tempi della decisione (*ovvero i tempi che servono ai giudici per scrivere le sentenze* - corsivo mio) sono più lunghi dei tempi necessari alla stessa istruzione e trattazione delle controversie" (18). Nello stesso ordine di idee e allo scopo di sostenere l'opportunità di introdurre la sentenza con motivazione riservata chi scrive aveva rilevato che il giudice italiano spende, sia pure nell'intimità della casa, gran parte del proprio tempo di lavoro nella stesura della motivazione delle sentenze, grazie ad un'abitudine culturale, per cui la motivazione non viene intesa, alla francese, come la secca enumerazione delle ragioni che giustificano l'emanazione di un atto dell'autorità, ma piuttosto, alla tedesca, come una tribuna per la manifestazione del pensiero di un libero giurista (19).

*Re melius perpensa*, questi punti di vista debbono essere corretti, fortemente al ribasso. Con l'attuale struttura del processo, non è affatto pensabile che la sostanziale e magari anche formale abolizione del dovere della motivazione dimezzi le durate, anche se è vero che oltre la metà di queste durate è oggi occupata dalla fase decisoria.

La necessità dell'autocritica rispetto a quanto mi è accaduto alquanto superficialmente di sostenere nasce dalla seguente riflessione. Il giudice istruttore non è affatto in grado (come invece lo è il pretore nel processo del lavoro) di emanare un dispositivo immediato al termine dell'istruzione della causa.

Ammettiamo pure che il giudice istruttore non si sia limitato a seguire passivamente le attività delle parti, assistendo come un invitato di pietra all'assunzione delle prove verbalizzate dai difensori e fissando burocraticamente i successivi rinvii, come generalmente accade.

In ogni caso, al termine dell'istruzione egli ha la necessità di studiarci una causa di cui non sa nulla, perché ha ormai dimenticato tutto quello che ha appreso, come inevitabile effetto del semplice trascorrere del tempo e del sovrapporsi dei diversi incumbenti relativi alle centinaia o più spesso migliaia di cause che giacciono sul suo ruolo. È questo un tributo inevitabile da pagare sull'altare di un processo scritto e non concentrato, anzi così diluito che, ad esempio, per sciogliere la questione di fatto, il giudice sarà costretto a studiarci i verbali allo scopo di apprezzare le dichiarazioni di testimoni che lui stesso ha ascoltato mesi o magari anni prima e che sono ormai cancellate dalla sua memoria.

La conseguenza è che il nuovo istituto porterà ad un abbreviamento delle durate, ma non così miracoloso come alcuni osservatori mostrano di credere. Il giudice dovrà comunque impadronirsi di una causa di cui non è affatto padrone, prima di poterla decidere. A meno che non si acconci a tirare i dadi, come il giudice Brigialoca di rabelaisiana memoria.

Certo, malgrado che il tempo di studio per la scelta del dispositivo sia probabilmente più ampio, nel nostro processo scritto e diluito, del tempo da dedicare alla stesura dei motivi, può darsi benissimo che, soprattutto nei primi tempi di applicazione della legge vengano emanate molte ordinanze di condanna immediatamente a ridosso della chiusura dell'istruzione.

Ma, se questo succedesse e se quanto appena osservato è esatto, ci sarebbe, paradossalmente, da essere preoccupati anziché soddisfatti. Di fronte all'istanza di parte per la condanna sommaria, i giudici si concentreranno a studiare i processi nei quali è stata proposta, allo scopo di soddisfarla prontamente.

Saranno così costretti a ulteriormente dilazionare la decisione per i processi nei quali l'istanza non è stata proposta o non è proponibile.

Naturalmente, il paradosso e la relativa preoccupazione nascono con riferimento a questi ultimi. I processi nei quali il legislatore non consente l'ordinanza di condanna sono infatti i più delicati e/o i più importanti.

7. Esamineremo ora alcuni problemi esegetici relativi all'ordinanza *ex art. 186 quater*. Non tutti, per le seguenti ragioni: perché il catalogo è ben lungi dall'essere completo e la fantasia casistica non basta, occorre una lunga elaborazione ad opera del diritto vivente; perché i problemi già venuti all'attenzione degli studiosi e della giurisprudenza sono così numerosi (ne ho contati una cinquantina) che sarebbe già necessario un libro intero per affrontarli esaurientemente.

Due rilievi preliminari si impongono.

In primo luogo, voglio ribadire che nessuno dei problemi, a volte molto complicati, che saranno affrontati nelle prossime pagine avrebbero impegnato *l'esprit de finesse* degli interpreti se il legislatore avesse scelto la strada piana e semplice della motivazione riservata per le sentenze civili di primo grado.

Ma in secondo luogo voglio sottolineare l'inopportunità di un atteggiamento che è dato cogliere in alcuni dei primi interventi di commento. Intendo l'atteggiamento che, probabilmente a cagione di un'antipatia di principio, magari giustificata, nei confronti delle scelte operate dal legislatore, approfitta dei lati ambigui o delle lacune nella normativa per proporre interpretazioni che conducano a complicare inestricabilmente la situazione processuale, scartando quelle che conducono invece a ricostruirla in modo ragionevole, sia pure talora a prezzo di qualche forzatura.

#### 7.1. Cominciamo dall'analisi del possibile oggetto del provvedimento.

7.1.1. Un primo problema al riguardo nasce in quanto da parte di alcuni si è sostenuto che, nell'emanare l'ordinanza, il giudice non è vincolato all'osservanza della necessaria coincidenza tra il chiesto e il pronunciato *ex artt. 112 e 277 c.p.c.* (20).

Per fare un esempio banale, di fronte ad una domanda di cento, il giudice istruttore potrebbe emanare una condanna per i quaranta chiesti dalla parte, riservandosi di emanare successivamente la sentenza in ordine ai rimanenti sessanta.

È facile immaginare le terribili complicazioni cui può dar luogo questa ricostruzione della disciplina, a cominciare dai possibili contrasti teorici di giudicati tra le due pronunce qualora la prima acquisti efficacia di sentenza e a finire con le difficoltà inerenti alla possibile contemporanea pendenza in gradi diversi di giudizio di una causa avente per oggetto originario la medesima domanda, qualora l'intimato rinunci alla sentenza e impugni l'ordinanza, mentre la causa prosegue in primo grado per la parte non ancora decisa.

Queste complicazioni sono state difatti puntualmente denunciate da chi aderisce a questa ricostruzione della normativa (21).

Ma una simile ricostruzione non è accettabile.

Non si riesce assolutamente a capire cosa dovrà fare il giudice con la "parte di domanda" che non ha formato oggetto dell'istanza, se non mandarla immediatamente a decisione. Ora, è mai possibile che il legislatore abbia voluto concedere alla parte di frazionare la sua domanda, indirizzandone contemporaneamente i due tronconi a due diverse modalità di decisione? Ed è mai possibile concepire un qualsiasi interesse di parte per un comportamento così irrazionale?

L'interpretazione che porta a questo risultato si basa, è vero, su due aspetti assai infelici dell'art. 186 *quater* c.p.c., là dove dice che il giudice istruttore può emanare l'ordinanza di condanna "nei limiti in cui ritiene già raggiunta la prova" (primo comma) e dove precisa, per le due ipotesi ivi previste, che l'efficacia della sentenza impugnabile è acquistata "sull'oggetto dell'istanza" (terzo e quarto comma).

Tuttavia, la limitazione della efficacia della sentenza all'oggetto dell'istanza non significa affatto che l'istanza possa avere un oggetto più ristretto dell'oggetto della domanda introduttiva del giudizio.

Molto semplicemente (e senza necessità di farlo, donde gli equivoci interpretativi) il legislatore ha voluto ricordare che l'eventuale autorità di cosa giudicata per mancata proposizione dell'impugnazione ordinaria copre solo i possibili oggetti di istanza circoscritti al primo comma (condanna al pagamento di una somma o alla consegna o rilascio di beni), mentre non può coprire le eventuali questioni pregiudiziali che il giudice abbia dovuto risolvere per emanare l'ordinanza.

Quanto all'argomento che si vuol trarre dalla formula del primo comma, "nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova" cominciamo con il notare che essa è il frutto di un vero e proprio infortunio semantico, visto che il legislatore sta parlando di un provvedimento ad istruzione esaurita, che non ha natura interinale, e con riferimento al quale non può pertanto pensarsi ad ulteriori prove da assumere.

In realtà si tratta di un'espressione superflua e riassertiva. Andrà letta come se recitasse: "nella misura in cui ritiene l'istruzione esaurita", a ribadire che il giudice, se si accorge che è necessaria un'ulteriore istruttoria (su qualunque categoria di *probanda*, costitutivi, modificativi o estintivi) non può emanare il provvedimento.

Al riguardo è stata offerta un'altra possibile interpretazione, forse più stiracchiata, ma almeno innocua sul piano ricostruttivo come quella appena offerta.

Viene suggerito che il legislatore, "alludendo ai limiti della prova 'già raggiunta', abbia inteso (infelicamente) riferirsi al caso in cui l'istruzione sia stata esaurita... solo rispetto a talune delle più domande cumulate... e il giudice disponga la separazione delle cause, ordini la precisazione delle conclusioni solo rispetto a quelle già completamente istruite, e provveda per queste ultime a norma dell'art. 186 *quater*" (22).

Certo è che, per quanti peccati si vogliano ascrivere al nuovo provvedimento, è esagerato pensare che con la sua introduzione il legislatore abbia voluto stravolgere un principio fondamentale del processo civile, come quello della corrispondenza tra il chiesto (con la domanda introduttiva) e il pronunciato (con qualsiasi provvedimento capace di definire il processo). Padronissimo l'istante di proporre un'istanza per una somma inferiore rispetto a quella domandata: vorrà dire che egli ha ridotto il *petitum*.

7.1.2. Capita spesso che una condanna al pagamento di una somma di denaro o alla consegna o al rilascio di beni sia condizionata dalla previa decisione di una causa pregiudiziale avente natura costitutiva o di mero accertamento.

Il problema di come si collochi in questa ipotesi l'ordinanza *ex art. 186 quater* ha subito attirato l'attenzione della dottrina, anche perché coinvolge una problematica di intensa complicazione ed eleganza concettuale. Dal punto di vista dell'ordinanza, le cose sono peraltro abbastanza semplici.

Essa è sicuramente emanabile se la sentenza di accoglimento sull'azione costitutiva o di accertamento è stata previamente emessa da un giudice che per qualsiasi ragione non si è ancora pronunciato sulla correlata azione di condanna (ad esempio, per la sussistenza di esigenze istruttorie da soddisfare).

Altrettanto sicuramente non potrà, invece, venire emanata cumulando nell'ordinanza la decisione sull'azione costitutiva e quella sull'azione di condanna, per l'elementare motivo che un provvedimento che non può venire ad esistenza isolatamente non può neppure nascere in simbiosi con altro provvedimento consentito (23).

Se poi, relativamente alla questione che può formare oggetto di una separata domanda di accertamento o costitutiva, è anche consentito un accertamento *incidenter tantum* ad opera del giudice, questo accertamento insuscettibile di giudicato potrà ovviamente essere contenuto all'interno dell'ordinanza di condanna *ex art. 186 quater*, né più e né meno di come può essere contenuto all'interno di una sentenza emanata da un giudice che sarebbe incompetente per materia a conoscerne in via principale (24).

7.1.3. *Quid*, se il giudice si convince che l'istanza sia infondata nel merito? certamente emanerà un'ordinanza di rigetto.

Ma lo statuto di questo provvedimento è oscuro.

Il legislatore non ne parla e qualcuno potrebbe essere indotto a pensare che ci troviamo di fronte ad una situazione analoga al caso di rigetto di un'istanza avanzata per ottenere un provvedimento interinale ai sensi degli artt. 186 *bis* e *ter*.

Niente condanna alle spese e nessuna influenza sul futuro andamento del processo (25).

A mio giudizio occorre peraltro impegnarsi in una ricostruzione diversa, che tenga conto del fatto che il provvedimento viene emanato, a differenza degli altri due, a seguito di una cognizione piena e completa.

Colui che si è visto respingere l'istanza sa benissimo che, novantanove su cento, identico sarà il contenuto della sentenza. Forse è inopportuno che, in attesa di poter proporre l'impugnazione, egli sia costretto a schiumare di rabbia, sicuramente a lungo e magari per anni perché il giudice, che ormai ha deciso, sarà incline a privilegiare la definizione di altri processi sul suo ruolo.

Non mi accontenterei della tesi secondo cui l'efficacia di sentenza del provvedimento di rigetto nel merito può essere acquistata solo nel caso di estinzione del processo (26), qualora si dovesse ritenere che essa possa conseguire, oltre che all'inattività delle parti, ad una rinuncia agli atti che sia accettata dalla controparte. L'istante si troverebbe comunque alla mercé del suo avversario, "interessato" a coltivare il giudizio di primo grado allo scopo di procrastinare quello di gravame.

L'istante deve essere messo in grado di tagliare il nodo gordiano di un processo il cui esito in primo grado è ormai scontato.

Possiamo arrivarci per due strade.

La prima: forzare la lettera dell'art. 186 *quater* alla luce delle osservazioni sistematiche e di valore appena compiute, osservando che "intimato" ai sensi del comma è anche l'istante soccombente, condannato alle spese.

Questa soluzione non è tuttavia a perfetta tenuta. Quando il giudice si sia avvalso del potere di compensare le spese ai sensi dell'art. 92, comma secondo c.p.c., l'istante non potrebbe in alcun modo acquistare la qualità di intimato.

Scegliamo allora anche la seconda strada e diciamo che l'istante totalmente soccombente può comunque ottenere l'estinzione del processo rinunciando agli atti del giudizio, in quanto il suo avversario, che ha vinto la causa in primo grado, non ha alcun interesse meritevole di tutela alla prosecuzione, visto che l'efficacia di sentenza a suo favore, invece di aspettarla per chissà quanto, la ottiene subito, grazie alla rinuncia agli atti compiuta dall'attore.

Inutile dire che ritenendo che sia percorribile anche questa strada, non siamo ugualmente riusciti a comprendere tutte le possibili ipotesi.

Rimane fuori, ad esempio, il caso in cui, compensando le spese, il giudice abbia pronunciato, respingendola, sulla domanda riconvenzionale del convenuto non incompatibile con la domanda principale.

7.1.4. Quando l'istanza sia parzialmente accolta non esistono acrobazie interpretative capaci di condurre alla conclusione che anche l'istante possa rinunciare all'emanazione della sentenza.

Giorgio COSTANTINO si è immediatamente reso conto dell'incongruenza di un provvedimento costruito in modo tale da lasciare in talune ipotesi solo all'intimato la scelta sovrana di trasformarlo in sentenza. Chieste mille e ottenute dieci, l'intimato sarà piacevolmente tentato dall'idea di inchiodare l'istante al tempo lungo per l'emanazione della sentenza, così da rinviare ad un futuro non tanto vicino il controllo del giudice superiore circa l'esistenza, magari evidente, di un grossolano errore di valutazione.

È difficile sottrarsi al dubbio di una illegittimità costituzionale della normativa per violazione della parità di trattamento.

Il ragionamento di LUISO (27), riferito ad un dubbio diverso, non tiene nel nostro caso. Viene osservato che la logica del meccanismo è simile a quella del giuramento decisorio, dove chi lo deferisce sa a quali rischi si espone e sa come evitarli non procedendo al deferimento.

Questa somiglianza si profila in ordine all'alea per l'istante di vedersi sottrarre la pronuncia motivata, visto che per essere sicuri di ottenerla basta non proporre l'istanza. Non riesco a vederla in ordine all'impossibilità per l'istante di sottoporre ad immediato controllo un provvedimento ingiusto che lo pregiudica più gravemente dell'intimato, come nell'esempio fatto.

Pare, invero, comunque irragionevole che solo a costui sia concesso di ottenere l'immediata efficacia di sentenza, mentre il primo è costretto ad attendere passivamente la sentenza successiva che sarà quasi sempre riproduttiva dell'ordinanza.

7.1.5. In presenza dei requisiti richiesti dalla legge (domanda rientrante nella tipologia prevista, esaurimento dell'istruzione) dovrà il giudice in ogni caso decidere sul merito dell'istanza? Oppure si profilano ipotesi nelle quali gli è consentito, o addirittura gli è imposto, di emanare un provvedimento di *non liquet*?

7.1.5.1. Sotto il primo profilo troviamo un precedente pubblicato del tribunale di Roma (28) che afferma in termini alquanto apodittici l'esistenza di un potere discrezionale ricavandolo dalla lettera della norma ove dice che "il giudice istruttore può disporre" e usa di questo asserito potere per negare l'emanazione dell'ordinanza, in quanto si rende opportuna "la verifica in sede collegiale delle prove acquisite".

La dottrina che si è occupata del problema sembra invece orientata in senso contrario, facendo leva sul classico argomento inteso a delegittimare il valore semantico ascrivibile all'indicativo "può", interpretandolo come manifestazione di un potere-dovere del giudice (29).

La soluzione del problema non è agevole, poiché abbiamo argomenti a favore di ambedue le opposte soluzioni.

Per l'esistenza di un dovere del giudice di emanare il provvedimento una volta che ne abbia acclarato i presupposti milita la sua inserzione all'interno di un grappolo di norme che disciplinano altri provvedimenti di condanna (l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate e l'ordinanza ingiunzionale) per i quali, malgrado l'uso ricorrente dell'espressione "il giudice può", non vi è dubbio che il giudice deve emanarli se ritiene fondata la relativa istanza.

Contro l'esistenza del suddetto dovere non sta soltanto l'argomento escogitato dal giudice istruttore di Roma, relativo alla particolare complessità della causa che può indurre il giudice istruttore a ricercare il conforto del collegio. Anzi, questo è un argomento debole, prima di tutto perché varrebbe soltanto nelle ipotesi di riserva di collegialità e non quando il giudice decide come giudice unico.

Vi è piuttosto da valutare quanto già osservato ad altri fini e cioè che l'emanazione dell'ordinanza immediata di condanna, se dovuta in ogni caso, può avere un effetto di disturbo sulla regolarità dell'amministrazione della giustizia da parte del giudice invocato. Questi può trovarsi nella situazione di gestire il proprio ruolo in modo fortemente irrazionale, emanando a getto continuo le ordinanze *ex art. 186 quater* di cui sia richiesto e trovandosi così costretto a trascurare le cause più complesse e più delicate di cui è investito. Un risultato che il legislatore non può certamente aver voluto.

7.1.5.2. Appare comunque più interessante speculare circa la configurabilità di un *non liquet* necessario.

Il problema si pone tutte le volte che si profili una questione pregiudiziale attinente al processo.

Si potrebbe essere tentati di ragionare nel modo seguente. Se, ad esempio, il convenuto ha sollevato nei termini una questione di incompetenza per territorio su cui il giudice istruttore non ha rimesso immediatamente in decisione la causa e poi a istruzione esaurita viene proposta l'istanza *ex art. 186 quater*, il giudice non può decidere sull'istanza perché prima viene la decisione sulla questione di competenza, che deve essere data necessariamente con sentenza.

D'altra parte, una volta effettuata la rimessione totale per la decisione della questione di competenza, il giudice è nella pienezza dei suoi poteri per decidere anche nel merito, qualora ritenga la questione di incompetenza non fondata. Non c'è dunque spazio, in casi del genere, per decidere sull'istanza indirizzata ad ottenere l'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita.

Va osservato che l'adesione ad un orientamento del genere comporta la conseguenza di lasciare nelle mani del controinteressato l'emanabilità del nuovo provvedimento di condanna. Questi potrebbe sempre paralizzarla sollevando una qualunque questione processuale idonea in astratto a definire il giudizio e, pertanto, da decidersi in linea di principio con sentenza.

È questa una conclusione ovviamente inaccettabile, ma anche facile da schivare.

Basta far perno sul potere di delibazione riconosciuto al giudice istruttore dall'art. 187 comma 3° c.p.c. in ordine alla fondatezza delle questioni processuali che gli vengono avanzate. Un potere che ha giusto la funzione di orientarne i comportamenti in vista della decisione.

Se intendiamo l'estensione di questo potere alla luce del nuovo provvedimento sembra ragionevole pensare che, di fronte all'istanza *ex art. 186 quater*, il giudice rifiuterà di deciderlo nel merito con un *non liquet* (esplicito o implicito, non importa) se e solo se ritenga fondata la questione pregiudiziale attinente al processo.

In tal caso egli dovrà rimettere la causa in decisione per l'emanazione della sentenza assolutoria dell'osservanza in giudizio.

Nel caso contrario, invece, la delibazione di infondatezza della questione lo orienterà a decidere nel merito l'istanza per l'ordinanza di condanna.

Vedremo dove si indirizzeranno al riguardo le prassi, ma è da ritenere che non sia necessario (e forse neppure opportuno) che il provvedimento dichiari infondata l'eccezione processuale.

A questo punto sorge una piccola difficoltà.

Dobbiamo domandarci quale sorte subirà l'eccezione processuale nel caso che l'ordinanza assuma efficacia di sentenza. La risposta ha da essere nel senso che il convenuto soccombente potrà riproporla in sede di gravame con i mezzi consentiti. Se si tratta, come nell'esempio fatto, di un'eccezione di competenza, egli potrà, a sua scelta, impugnare il provvedimento con l'appello oppure con il regolamento facoltativo di competenza. La decisione sul merito dell'ordinanza comporta, infatti, una implicita decisione di infondatezza della eccezione processuale anche se di essa non viene dato conto nella motivazione.

7.2. A norma del secondo comma dell'art. 186 *quater* la nostra ordinanza "è revocabile con la sentenza che decide la causa".

Se si riflette sulla struttura e sulla funzione del provvedimento è facile cadere nella tentazione di offrire una lettura molto restrittiva di questa revocabilità. Verrebbe voglia di sostenere che il legislatore intende semplicemente segnalare che l'ordinanza è sostituita dalla sentenza, con una motivazione articolata al posto di quella succinta, ma con dispositivo identico per quanto attiene all'"oggetto dell'istanza".

Andare in contrario avviso, ritenere cioè che il giudice istruttore in funzione di giudice unico oppure il collegio possono emanare una sentenza con un dispositivo diverso rispetto a quello dell'ordinanza vuol dire riconoscere l'esistenza di una doppia singolarità.

Siccome l'ordinanza viene emanata, come abbiamo dianzi veduto, a seguito di una cognizione completa alla fine dell'istruzione (a differenza di quanto accade per gli altri provvedimenti anticipatori, pure revocabili, in questo caso opportunamente) (30), la revocabilità in senso proprio di essa significa istituzione di una sorta di gravame all'interno del primo grado di cognizione. La revoca nascerà, invero, all'esito dell'esercizio di un *jus poenitendi* del giudice istruttore o del controllo operato dal collegio in ordine medesimo, materiale preso in esame al momento dell'emanazione dell'ordinanza, senza che, in linea di principio (31), venga estesa l'area della cognizione nel passaggio dall'uno all'altro provvedimento.

Una seconda stranezza, che pure non trova riscontro, nasce dal fatto che un mero atto di volontà dell'intimato, la rinuncia alla sentenza, trasforma la natura dell'ordinanza, da provvedimento provvisorio a provvedimento definitivo del grado, sottraendo al giudice un potere di riesame di cui è originariamente investito e sottraendo all'istante (in ipotesi di soccombenza parziale) la possibilità di godere i frutti dell'esercizio di quel potere, ottenendo fin dal primo grado di giudizio un provvedimento di accoglimento totale della sua domanda.

Comunque, per quanto disinvolti siano ultimamente diventati i costumi interpretativi dei processualisti, non si può soggiacere alla tentazione di leggere "l'ordinanza è revocabile dalla sentenza" come se recitasse "l'ordinanza è revocata (*id est* assorbita) dalla sentenza".

Non si può dubitare che il legislatore, vuoi per timidazza nei confronti dei provvedimenti di anticipazione, voluti sempre come provvisori, vuoi per fatale attrazione esercitata dalla disciplina dei provvedimenti già da qualche anno assestati negli artt. 186 *bis* e *tris* c.p.c., ha proprio inteso attribuire al giudice il potere di "riformare", *re melius perpensa*, il proprio provvedimento. Piuttosto, vi è da dire che a fronte della declamata revocabilità, ci saranno, nella realtà della prassi, ben poche revoche. Intanto, revocare l'ordinanza significa per il giudice ammettere di aver commesso un errore e sappiamo bene che l'animo umano è poco portato all'autocritica.

In secondo luogo, va ricordato che il nostro provvedimento è stato inventato non per introdurre una doppia decisione in primo grado e cioè un fattore di grossa oltreché inutile complicazione, ma, tutto al contrario, per semplificare drasticamente la fase decisoria. La disciplina complessiva malgrado la sua struttura apparente, alquanto venata di ipocrisia, è indirizzata all'acquisto dell'efficacia di sentenza da parte dell'ordinanza, con una serie di stimoli per l'intimato (primo fra tutti la possibilità di ottenere l'inibitoria dall'esecuzione forzata soltanto dal giudice di appello) a rinunciare alla sentenza o ad accordarsi con l'avversario per l'estinzione.

Un norma destinata a rimanere inapplicata, dunque, la nostra.

Ma non sempre le norme inapplicate sono anche inutili. Qualche volta l'astuzia del legislatore persegue scopi obliqui.

Nel nostro caso possiamo pensare che la ribadita provvisorietà di un provvedimento decisorio che incide su diritti ha lo scopo di diffondere tra gli interpreti la certezza che il provvedimento non è impugnabile con il ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost., che tanto ha contribuito a inflazionare i ruoli della nostra Corte suprema.

7.3. Un problema molto dibattuto riguarda i tempi per la proposizione dell'istanza e per l'emanazione del provvedimento. Siccome la norma dice che "esaurita l'istruzione, il giudice istruttore, su istanza della parte..., può disporre...." la maggioranza della dottrina si è fatta l'idea che il *dies a quo* per la proposizione dell'istanza e quello per l'emanazione del provvedimento siano necessariamente coincidenti. Il dissenso riguarda soltanto l'individuazione di questo comune punto di partenza.

7.3.1. In verità, non sembra esistere una ragione al mondo contraria alla legittimazione della parte interessata a proporre l'istanza (naturalmente senza bisogno di procura speciale) in qualunque momento anteriore alla precisazione delle conclusioni, che vedremo rappresentare – almeno con riferimento al nuovo rito – il *dies ad quem*.

L'istanza potrà dunque essere presentata anche nell'atto di citazione o nella comparsa di risposta in caso di domanda riconvenzionale (32). Naturalmente sarà opportuno, quando il giudice istruttore non abbia risposto in un momento anteriore (v. *infra*), che l'istanza venga ripetuta in sede di precisazione delle conclusioni, affinché non sorga il dubbio che ad essa la parte abbia implicitamente rinunciato.

7.3.2. Quanto al *dies a quo* per l'emanazione del provvedimento, il legislatore usa un'espressione ambigua anche perché ellittica. La dottrina pressoché unanime ha già chiarito che, per via di interpretazione estensiva, accanto all'istruzione esaurita va collocata l'istruzione superflua (33), cosicché il provvedimento può venire emanato fin dalla prima udienza di trattazione (o magari, nel caso di improbabile accordo delle parti o di contumacia del convenuto, fin dalla prima udienza di comparizione *ex art. 80 bis disp. att. c.p.c.*) (34) quando si verifichi una concreta situazione processuale che consenta, fin da queste udienze, la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni e la rimessione in decisione per il merito (non essendo possibile, come abbiamo visto, l'emanazione del nostro provvedimento quando la rimessione avvenga per la decisione di questioni pregiudiziali o preliminari).

Sembra comunque certo che il provvedimento può venir emanato anche prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni (che continueremo a veder fissata, malgrado l'abrogazione dell'art. 110 disp. att. c.p.c.) (35).

Cerchiamo di definire meglio. Prendiamo il caso in cui l'istruttoria si è svolta. Il provvedimento potrà venire emanato al termine dell'assunzione delle prove e nell'intervallo tra questo momento e l'udienza di precisazione delle conclusioni, oltre che, naturalmente, in questa stessa udienza. Al riguardo, si impone qualche avvertenza.

L'emanazione del provvedimento fa scattare anche nei confronti del giudice la preclusione nei confronti della ammissione di mezzi istruttori di ufficio – che normalmente si colloca all'udienza di precisazione. Se il giudice “ritiene già raggiunta la prova”, non può evidentemente assumere di ufficio ulteriori prove.

Per quanto riguarda le parti, già decadute dalle istanze istruttorie ai sensi dell'art. 184, primo e secondo comma, un problema si presenta con riguardo alla querela di falso, incidente istruttorio proponibile in qualunque stato e grado del giudizio, e con riguardo all'istanza di restituzione in termini per la deduzione di prove, sicuramente proponibile in linea di principio fino all'udienza di precisazione. Si potrebbe essere tentati di pensare che l'emanazione del provvedimento *ex art. 186 quater c.p.c.*, data la sua natura decisoria e la sua idoneità a trasformarsi in sentenza anticipa il momento finale entro cui, nel processo di primo grado, sono avanzabili le suddette istanze, che rimarranno comunque proponibili in appello.

Ma forse la conclusione è troppo drastica. Certo, optando a favore dell'opposta soluzione per cui tali istanze sono comunque proponibili all'udienza di precisazione, dovremmo poi chiederci se la loro proposizione fa venir meno nella parte intimata il potere di rinunciare alla sentenza.

7.3.3. È quasi superfluo osservare che, per i processi sottoposti al nuovo rito, il nostro provvedimento non è emanabile dopo la precisazione delle conclusioni.

La rimessione in decisione fa scattare in automatismo una serie combinata di termini che devono condurre entro un lasso di tempo piuttosto breve alla decisione della causa: dentro lo scorrere dei termini per la trattazione scritta in fase decisoria e per la successiva emanazione della sentenza non c'è evidentemente spazio per l'ordinanza del giudice istruttore.

A diversa conclusione ritengo si debba pervenire in ordine ai processi disciplinati dal vecchio rito.

Il legislatore ha voluto che anche ad essi fosse applicabile l'art. 186 *quater*, perché, evidentemente, ha pensato all'efficacia deflazionatrice del provvedimento sui ruoli.

Tutti sanno che la fissazione dell'udienza di discussione spesso a distanza grandissima dall'udienza di precisazione delle conclusioni ha avuto la funzione di filtro che d'ora innanzi spetterà a quest'ultima.

Sembra allora opportuno pensare che il momento finale per richiedere ed emanare il provvedimento sia dato dalla suddetta udienza di discussione.

Non vale, per obiettare in contrario, il ricorso alla metafora secondo cui, con la rimessione al collegio, il giudice istruttore si sarebbe "spogliato" della causa (36). È una metafora che contiene in sé, nascosta dal più alto livello di astrazione, proprio la conclusione che intende comprovare. D'altronde non si dubita più, grazie all'intervento nomofilattico delle sezioni unite (37), circa la competenza del giudice istruttore, spogliato o vestito che sia, ad emanare provvedimenti cautelari dopo la rimessione della causa al collegio.

Analogamente, non c'è da dubitare in ordine alla sua competenza anche dopo quel momento ad emanare il provvedimento *ex art. 186 quater* c.p.c. (38) che, se non ha funzione cautelare, ha per lo meno la funzione di svegliare con una pronta decisione una causa magari destinata a dormire per anni in attesa della camera di consiglio.

7.4. Il lettore ricorderà che la definizione del provvedimento come a cognizione piena, ma a decisione sommaria è stata motivata anche in base al rilievo che esso sarebbe preso senza contraddittorio. L'icastica definizione di LUISO va mantenuta. Ma a connotare la "sommarietà" della motivazione, non la mancanza del contraddittorio.

Trattandosi di un'ordinanza essa va, direi quasi per definizione, data nel contraddittorio delle parti. Non solo, genericamente, nel senso che essa si situa all'interno di un procedimento in contraddittorio, ma più precisamente con riguardo al suo contenuto.

Secondo alcuni autori ciò starebbe a significare che il giudice, di fronte all'istanza di parte dovrebbe fissare termini per lo scambio di memorie (39). Non sono d'accordo. Diritto al contraddittorio non significa di necessità diritto al contraddittorio scritto. Al giudice spetterà la scelta ai sensi del secondo comma dell'art. 180 c.p.c., magari privilegiando la regola fortunatamente reintrodotta all'ultimo minuto, secondo cui la trattazione della causa è orale.

Di fronte all'istanza dell'interessato, l'istruttore potrà dunque tranquillamente invitare l'avversario a discuterla in udienza, prima di pronunciare il provvedimento.

7.5. Nella scelta compiuta in ordine all'analisi di pochi tra i numerosissimi problemi interpretativi posti dall'art. 186 *quater* c.p.c. rimane ancora da dire qualcosa sulla mirabolante capacità di trasformazione di cui il nostro provvedimento è stato opportunamente investito: l'acquisto della efficacia di sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza.

Al riguardo occorrerà attenersi ad un principio informatore che dovrebbe essere riguardato come fondamentale e al quale ci siamo ispirati per negare che l'art. 186 *quater* violi la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. I singoli problemi andranno sempre risolti rispettando la regola per cui non debbono entrare in contraddizione poteri di cognizione e provvedimenti del giudice di appello con poteri di cognizione e provvedimenti del giudice di primo grado o di altri giudici.

7.5.1. Il principio appena nominato consente di prendere posizione in ordine al momento a partire dal quale il provvedimento acquista efficacia di sentenza nel caso di estinzione del processo.

Secondo alcuni tale momento va identificato con il verificarsi della fattispecie estintiva (40).

Secondo altri, invece, tale momento va identificato, analogamente a quanto dispone l'art. 129 comma 3° disp. att. c.p.c. in materia di decorrenza del termine per l'impugnazione delle sentenze non definitive pronunciate nel processo estinto, con il giorno in cui diventa irrevocabile l'ordinanza o passa in giudicato la sentenza che dichiara l'estinzione del processo (41).

Ovviamente, in base alle premesse, ci dobbiamo orientare verso quest'ultima soluzione, che non crea problemi di coordinamento tra il giudizio di appello e il giudizio concernente l'avvenuta o no estinzione in primo grado.

È stato obiettato che questa soluzione porta con sé un inconveniente piuttosto grave. Essa implicherebbe la paralisi dei poteri di impugnazione sino a quando non sia stata accertata in via definitiva l'estinzione del processo, cosicché la parte intimata dovrebbe nel frattempo "subire gli effetti dell'ordinanza" (42). Immagino che l'allusione sia agli effetti esecutivi, non paralizzabili chiedendo, l'inibitoria al giudice di secondo grado. È un'obiezione che non preoccupa. Si tratta di un esempio del classico *telus imbelles sine ictu*.

Se l'intimato desidera impugnare l'ordinanza e poterne veder sospesa l'efficacia esecutiva o l'esecuzione non ha che da rinunciare all'emanazione della sentenza prima di lasciar estinguere il processo. Se così non ha operato, e anzi litiga a lungo sulla questione dell'estinzione portandola davanti ai giudici superiori, ciò non può che significare che egli – eventualità a dire il vero romanzesca, ma da non escludere ad opera della fantasia casistica, obbligata a razionalizzare la disciplina anche di fronte alle ipotesi più cervellotiche – non vuole che l'ordinanza diventi sentenza, ma vuole che l'ordinanza sia sostituita dalla sentenza.

7.5.2. Uno dei primi commentatori del nuovo istituto (43) ne ha ravvisato una stretta correlazione con il giudizio di appello, nel senso che quest'ultimo non può strutturarsi qui come *revisio prioris instantiae*. La critica della decisione impugnata diventerebbe impossibile quando manchi la compiuta esposizione dell'*iter* logico giuridico che ha condotto al dispositivo. Di conseguenza, "l'appello si configura come un trasferimento del giudizio, una prosecuzione del processo dinanzi ad altro giudice. Riacquistano così vigore le opinioni che vedono nell'appello 'la prosecuzione del procedimento di primo grado ripreso nella condizione in cui si trovava prima della chiusura della discussione'"(44).

Ora, è certamente vero che i motivi della citazione di appello, di fronte all'ordinanza succintamente motivata secondo i criteri visti più sopra non possono articolarsi come controargomenti nei confronti di argomenti rimasti inespressi, chiusi nel foro interno del giudicante.

Ma ciò non significa vedersi costretti a riaccreditare le antiche concezioni dell'appello sopra menzionate. Si tratta invero di concezioni ispirate dall'idea che il giudizio di secondo grado sia informato dall'effetto devolutivo inteso nella sua massima estensione, come riemersione automatica, davanti al giudice del gravame, di tutto il materiale di cognizione portato in primo grado, indipendentemente dall'iniziativa di parte.

Questa riemersione non si verifica nell'appello come disciplinato dal nostro legislatore, neppure se si tratta di appello contro un'ordinanza *ex art. 186 quater c.p.c.*

È vero che l'ordinanza non dà conto, nella ricostruzione accolta, degli argomenti che sorreggono una determinata soluzione prescelta in ordine alle eccezioni o alle ragioni delle domande portate in primo grado. Essa deve, però, ovviamente, partitamente risolvere tutte le questioni di tal tipo che si sono ivi profilate. L'appellante dovrà di conseguenza, per il tramite dei motivi, lamentare, una per una, le soluzioni sfavorevoli che intende portare al riesame (e lo stesso deve fare l'appellato vittorioso), in ordine alle (ragioni delle) domande ed alle eccezioni non accolte *ex art. 346 c.p.c.*

Facciamo un esempio banale. Se di fronte alla domanda di condanna al pagamento di un credito il convenuto ha eccepito la prescrizione e contestato i fatti costitutivi, l'ordinanza di condanna dovrà sia respingere espressamente l'eccezione di prescrizione (senza invece dover argomentare le ragioni del rigetto) che dare per esistenti i fatti costitutivi. Ma se il convenuto appellante lamenta in secondo grado soltanto la ritenuta esistenza dei fatti costitutivi, egli non potrà ottenere la riforma dell'ordinanza-sentenza in base ad una declaratoria di prescrizione del credito, ciò che dovrebbe poter avvenire, invece, in base alle antiche e superate concezioni dell'appello per cui esso consisterebbe nella "prosecuzione del procedimento di primo grado ripreso nella condizione in cui si trovava prima della chiusura della discussione", cosicché davanti al giudice *ad quem* riemerge automaticamente, in virtù dell'effetto devolutivo, tutto il materiale di cognizione portato dinnanzi al giudice *a quo*.

---

(\*) Relazione al Convegno di Studi organizzato dal C.S.M. a Frascati dal 12 al 15 marzo 1996, destinata agli *Scritti in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*.

(1) Anche se va condiviso l'auspicio di SCHLESINGER, *Convertito in tempo il decreto-legge sul processo civile*, in *Corr. giur.*, 1996, 5 ss. per un pausa di quiete che consenta al diritto vivente di operare gli aggiustamenti possibili, mentre che, come chiede CONSOLO, *Il processo civile si emancipa (con qualche acciaccio) dalla decretazione d'urgenza*, in *Gazz. giur.*, Giuffrè-ItaliaOggi, 1996 n. 2, 3 ss. si pone mano, con calma e giudizio, a riforme più meditate.

---

(2) Cfr. COSTANTINO, *Il processo incivile nel 1995 (note sull'applicazione dimezzata della riforma)*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 230, il quale ricorda una deliberazione del Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Roma dove si afferma che le preclusioni connesse agli atti introduttivi riguardano anche le deduzioni istruttorie.

(3) SCHLESINGER, *La riforma della riforma. Giustizia civile: ancora un decreto*, Editoriale in *Corr. giur.*, n. 9/1995.

---

(4) VERDE, *Ma la colpa non è dei rinvii*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 270.

(5) Ma non dell'istruzione probatoria. Cfr., al riguardo, la critica di TARUFFO, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 299 s.

(6) Cfr., al riguardo, i rilievi di COSTANTINO, *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995 n. 238)*, in *Foro it.*, 1995, V, 326.

---

(7) LUISO, *Il D. L. n. 238/1995 sul processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 246.

(8) In Inghilterra il dibattito in proposito ferve da qualche tempo. Cfr., al riguardo, ZUCKERMAN, *Interlocutory Remedies in Quest of Procedural Fairness*, in *Modern Law Review*, 1993, (56), 325 ss; *Mareva Injunctions and Security for Judgment in a Framework of Interlocutory Remedies*, in *Law Quarterly Review*, 1993, (109), 432 ss.

---

(9) Cfr., ad esempio, *Considerazioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)* in *Foro it.*, 1990, V, 499 ss.; *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 657 ss.

---

(10) *La lunga agonia del processo civile*, cit., 332.

---

(11) Avevo avanzato questo suggerimento in *Accesso alla giustizia e uscita dalla giustizia*, in *Doc. giust.*, 1995, n. 1-2, 23 ss.

(12) Così, da ultimo, SPERA, *I provvedimenti interinali ex artt. 186 bis e 186 ter c.p.c. L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione ex art. 186 quater c.p.c.*, Relazione all'incontro

di studio organizzato dal C.S.M. e tenutosi a Frascati dal 25 al 27 gennaio 1996; CONTE, *Appunti sull'ordinanza ex art. 186 quater c.p.c.: primi orientamenti*, in *Corr. giur.*, 1996, 234 s.

(13) CONSOLO, *Attese e problemi sul nuovo art. 186 quater (fra condanna interinale e sentenza abbreviata)*, in *Corr. giur.*, 1995, 1416, nota 26 e 1417.

(14) *Op. cit.*, 1416.

(15) *Op. cit.*, 1417.

---

(16) Cfr. gli autori citati alla nota 17.

(17) BUCCI, *L'art 186 quater: una norma "grimaldello"?*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 303.

(18) SCARSELLI, *Osservazioni sparse sul nuovo art. 186 quater c.p.c.*, in *Foro it.*, 1995, V, 390, e v. anche BALENA, *Ancora "interventi urgenti" sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 329.

(19) *Accesso alla giustizia e uscita dalla giustizia*, cit., 40.

---

(20) COSTANTINO, *La lunga agonia*, cit., 330; NAPPI, *Rilievi problematici sull'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186 quater c.p.c.)*, in *Foro it.*, 1995, I, 3313, ove si parla di una "sentenza che può condannare al pagamento delle somme o alla consegna o al rilascio di quei beni, per i quali, al momento della chiusura dell'istruzione, il giudice non aveva ancora ritenuto raggiunta la prova (o che non erano stati chiesti con l'istanza)" – per quanto, vien da osservare, se la prova non è stata ritenuta raggiunta, l'istruzione non può considerarsi esaurita; CARRATTA, voce *Ordinanza anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Vol., Roma, 1996, 22. *Contra* LUISO, *Op. cit.*, 248; CONSOLO, *Op. cit.*, 1413.

---

(21) SCARSELLI, *Osservazioni sparse*, cit., 394 e 397.

(22) BALENA, *Op. cit.*, 331.

(23) Cfr. Trib. Chiavari 7 luglio 1965, in *Foro it.*, 1995, I, 3306, con riferimento alla domanda di condanna che sia conseguenza di un'azione diretta ad ottenere una sentenza produttiva degli effetti di un contratto non concluso; CONSOLO, *Attese e problemi*, cit., 1412, con riferimento alla revocatoria fallimentare.

(24) Nello stesso senso cfr. SCARSELLI, *Osservazioni sparse*, cit., 393, ove opportunamente viene ricordato che gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari più recenti circa l'estensione del giudicato (e la correlativa restrizione dell'ambito degli accertamenti *incidenter tantum*) hanno di fatto ridotto la possibilità di tal genere di accertamenti all'interno dell'ordinanza di condanna, come di qualsiasi altro tipo di provvedimento decisorio.

(25) BUCCI, *Op. cit.*, 302.

---

(26) È la tesi di SCARSELLI, *Op. cit.*, 398.

(27) *Op. cit.*, 247.

(28) Ord. 12 agosto 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 3307.

---

(29) Da ultimo CAMPESE, *L'ordinanza successiva all'istruzione di cui all'art. 186 quater c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 1996, 112.

(30) Perché si tratta di provvedimenti anticipatori basati su una cognizione sia sommaria che parziale, i cui risultati possono facilmente venir contraddetti dall'evoluzione del processo successiva alla loro emanazione. Ben si comprende, allora, come mai la mancata previsione della revocabilità del decreto ingiuntivo nel corso del giudizio di opposizione abbia dato luogo al rilievo di una questione di legittimità costituzionale (cfr. Trib. Salerno ord. 13 aprile 1995, in *Gazz. Uff.*, 1° serie speciale, 14 giugno 1995, n. 25) per violazione del diritto di difesa dell'intimato, nonché del principio di uguaglianza con riferimento alla prevista revocabilità dell'ordinanza ingiuntiva di cui all'art. 186 *ter* c.p.c.

(31) Un'eccezione è rappresentata dal *jus superveniens*. Peraltro, si tratta di un'eccezione apparente, come è dimostrato dall'applicabilità del *ius superveniens* anche in sede di gravame.

---

(32) Così CARRATTA, *Op.cit.*, 20.

(33) CONSOLO, *Attese e problemi*, cit., 1407. CONTE, *Appunti*, cit., 226; *Contra*, isolatamente, CAPPONI, *Commento al d.l. n. 238/1995*, in *Corr. giur.*, 1995, 778 s. a cui parere l'ordinanza "non sembra che... possa trovare applicazione allorché un'istruttoria non sia stata richiesta ovvero non sia stata ritenuta necessaria".

(34) Molto opportunamente, viene fatto notare dal TARZIA, in *Il Sole 24 Ore* del 17 febbraio 1996 che il convenuto contumace non ha diritto allo sdoppiamento tra udienza di prima comparizione e prima udienza di trattazione, né alla fissazione del termine di cui al secondo comma del nuovissimo art. 180 comma secondo c.p.c..

---

(35) *Contra*, CARRATTA, *Op. loc. cit.* È nostra opinione che l'udienza di precisazione delle conclusioni acquisterà un'importanza fondamentale nel processo riformato, poiché essa costituirà, per così dire, il filtro organizzatorio capace di consentire, attraverso una fissazione più o meno lontana a seconda del più o meno gravoso carico di lavoro del giudice, il rispetto dei tempi per la decisione imposti dall'art. 275 quarto comma e 190 *bis* secondo comma c.p.c..

---

(36) Così, invece, CAMPESE, *Op. cit.*, 110. Analogamente COSTANTINO, *La lunga agonia*, cit., 329; BALENA, *Ancora "interventi urgenti"*, cit., 331.

(37) Cass. 14 dicembre 1981, n. 6594, in *Giust. civ. Mass.* 1981.

(38) Nello stesso senso LUISO, *Op. cit.*, 246; CONSOLO, *Op. cit.*, 1407; DI GIOVANNI e NIUTTA, *Competente il g.i. ad emettere ordinanza ex art. 186 quater c.p.c. anche dopo la rimessione della causa al collegio*, in *Corr. giur.*, 1996, 85 ss..

---

(39) Cfr., a titolo di esempio, CONSOLO, *Attese e problemi*, cit., 1417, che, già lo abbiamo ricordato, parla dell'esigenza di scambiare "memorie illustrative (nella sostanza comparse conclusionali), magari esse pure più concise", nel contesto di una ricostruzione generale del provvedimento che, comprendendo l'obbligo della compiuta motivazione dell'*iter* logico giuridico seguito, rende difficile comprendere l'utilità della recente escogitazione legislativa.

---

(40) BALENA, *Op. cit.*, 332, in base ad un argomento ricavato dalla regola, in verità alquanto misteriosa, per cui, ai sensi dell'art. 307 ult. comma c.p.c., "l'estinzione opera di diritto". Analogamente, BUCCI, *Op. cit.*, 301; CALIFANO, *Il nuovo art. 186 quater c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 569.

(41) LUISO, *Op. cit.*, 246; CAMPESE, *Op. cit.*, 113; CONTE, *Op. cit.*, 229.

(42) COSTANTINO, *La lunga agonia*, cit., 334.

(43) LUISO, *Op. cit.*, 247.

---

(44) È la nota enunciazione di CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, 977.