

PREMESSA ALLA VENTISETTESIMA EDIZIONE

Questa nuova edizione vede la luce dopo la triste scomparsa del prof. Crisanto Mandrioli, sopraggiunta alla fine di novembre dello scorso anno. Egli iniziò la pubblicazione di quest'opera oltre quarant'anni fa. Risale al 1975, infatti, la prima edizione a stampa, con il titolo *Corso di diritto processuale civile*, preceduta – negli anni fra il 1971 e il 1974 – da un'edizione litografica in tre volumetti, significativamente sottotitolata *Appunti per gli studenti*.

Fin dall'inizio l'obiettivo del suo Autore è stato quello di riuscire a coniugare in un'equilibrata sintesi – ad uso soprattutto degli studenti – quanto di nuovo andava emergendo dal continuo, inevitabile rinnovarsi del processo civile e dall'infaticabile lavoro del legislatore e i principi, i concetti e gli istituti, propri del patrimonio ideale e culturale del diritto processuale civile. Obiettivo che sarà tenuto fermo anche per il futuro.

In questa nuova edizione, in particolare, oltre a provvedere al consueto aggiornamento giurisprudenziale e bibliografico, si è tenuto conto delle ulteriori modifiche normative nel frattempo intervenute, fino alle più recenti, che hanno riguardato alcuni profili del processo esecutivo (D.L. 14 dicembre 2018 n. 135, conv. dalla L. 11 febbraio 2019 n. 12) e la nuova disciplina sull'azione di classe e sull'azione inibitoria collettiva, introdotta con la L. 12 aprile 2019 n. 31.

ANTONIO CARRATTA

Roma, ottobre 2019

PREMESSA ALLA VENTISEIESIMA EDIZIONE

In questa nuova edizione si è tenuto conto – oltre che del consueto aggiornamento giurisprudenziale e bibliografico – delle novità legislative introdotte, per il giudizio in cassazione, con la L. 25 ottobre 2016 n. 197 (di conversione del D.L. 30 giugno 2016 n. 168) e, per quelle che hanno riguardato i giudici onorari, con il D.Lgs. 14 luglio 2017 n. 116 (molte delle quali, tuttavia, destinate ad entrare in vigore il 31 ottobre 2021 o il 31 ottobre 2025).

Nel corso degli ultimi mesi, peraltro, a queste modifiche altre se ne sono aggiunte, pure rilevanti per il processo civile, sebbene non direttamente incidenti sulla disciplina codicistica. Basti pensare al D.Lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, che ha dato attuazione alla Direttiva UE n. 104/2014, che, in materia di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle norme sulla concorrenza, ha previsto una nuova modalità dell'ordine di esibizione delle prove. Oppure alla L. 8 marzo 2017 n. 24, che, in materia di responsabilità professionale sanitaria, ha introdotto, fra l'altro, una nuova ipotesi di obbligatorio esperimento dell'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c. Oppure al D.L. 17 febbraio 2017 n. 13 (conv., con modificazioni, dalla L. 13 aprile 2017 n. 46), che ha istituito le nuove «sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea» e ha introdotto un nuovo rito speciale, a struttura camerale e con «udienza eventuale», per le controversie sull'impugnazione dei provvedimenti di protezione internazionale. O, infine, alla legge annuale sulla concorrenza (L. 4 agosto 2017 n. 124), che pure contiene alcune disposizioni di rilevanza processuale e altre incidenti sull'esercizio della professione forense.

Anche di esse si è tenuto conto in questa nuova edizione.

CRISANTO MANDRIOLI

ANTONIO CARRATTA

Milano-Roma, ottobre 2017

CAPITOLO I

I PROCEDIMENTI SPECIALI IN GENERALE

SOMMARIO: 1. Generalità sui «procedimenti speciali».

1. *Generalità sui «procedimenti speciali».*

Il libro quarto del codice di procedura civile contiene la disciplina di una serie di procedimenti che non hanno altro in comune se non la loro «specialità», ossia la loro divergenza dall'ordinario processo a cognizione piena, disciplinato nel libro secondo del codice.

Ma si deve subito osservare che, rispetto al modello del processo ordinario, ben diverse sono, nei modi e nell'intensità, le divergenze che caratterizzano i singoli procedimenti speciali.

La ragione per la quale questi «procedimenti speciali», eterogenei e multiformi, sono riuniti, nella loro maggior parte, in un unico libro del codice, non ha alcuna evidenza sistematica, ma è puramente empirica. Questi procedimenti sono in realtà affastellati in qualche modo in questo ultimo libro del codice, nel quale il legislatore del 1940 rivela la fretta con cui aveva chiuso la sua opera. La fretta, cioè, di dare una qualsiasi collocazione alla disciplina di procedimenti la cui natura non era stata ancora adeguatamente elaborata dalla dottrina (come i procedimenti di giurisdizione volontaria) insieme con la disciplina di procedimenti che (come i procedimenti cautelari e i procedimenti sommari) viceversa non erano affatto privi di approfondimento sistematico, ma che erano stati come ... dimenticati nell'opera di codificazione; al che la L. 353/1990 ha ovviato in parte, ossia con riguardo al procedimento cautelare, fatto ora oggetto di una disciplina unitaria e non priva di rigore sistematico.

In questo quadro, già tanto disordinato, si sono poi sovrapposti gli effetti di un fenomeno – non nuovo, ma fortemente intensificatosi negli ultimi lustri – da qualcuno definito dei «riti differenziati». Fenomeno, questo, che nel quadro della nota e recente tendenza a integrare, e talora sostituire, le discipline codicistiche con leggi speciali, per meglio venire incontro alle esigenze di disciplina di settori specifici del diritto sostanziale, si è concretato nella configurazione di al-

tri procedimenti, per lo più disciplinati in leggi speciali, ed aventi caratteristiche non omogenee, ma nella maggior parte dei casi riconducibili alla giurisdizione cognitoria piena, non senza la presenza, nell'ambito di ciascuno di questi procedimenti, di subprocedimenti o semplici provvedimenti, di natura volontaria o cautelare. A tale fenomeno ha cercato di porre rimedio – ma con scarsi risultati, come vedremo – il D.Lgs. 150/2011 sulla c.d. semplificazione e riduzione dei riti, del quale ci occuperemo nel cap. 6°.

L'ampiezza e la genericità dell'espressione «riti speciali» o «riti differenziati» (1) va posta in relazione, appunto, anche con questa «trasversalità» – se così si può dire – insita nella presenza di elementi talora di natura cautelare o addirittura di giurisdizione volontaria nell'ambito di procedimenti di cognizione.

Va, d'altra parte, evidenziato fin da ora che alcuni di questi procedimenti presentano una caratteristica – *la sommarietà* – che, in quanto, per se stessa, si risolve nella prevalenza di elementi finalizzati alla celerità di ogni tipo di valutazione (non sempre cognitoria (2)), che apre la via all'esecuzione di ogni tipo di provvedimento, può sussistere, e sussiste, nei procedimenti non solo di cognizione, ma anche cautelari e di volontaria giurisdizione.

A fronte di questo disordine, che esclude la possibilità di una classificazione rigorosamente sistematica dei tanti procedimenti e riti speciali, conviene limitarsi a distinguere, da un lato, i procedimenti che offrono riti differenziati a esigenze di processo autenticamente di cognizione e, dall'altro lato, procedimenti che, invece, presentano caratteristiche strutturali e funzionali distinte da quelle proprie del processo di cognizione.

La trattazione che segue in questo terzo volume è dedicata al *primo* dei suddetti due gruppi ossia *ai procedimenti speciali che offrono riti differenziati a procedimenti con funzione e struttura di cognizione*: alcuni di essi con caratteristiche anche sommarie, come i procedimenti ingiuntivo e per convalida di sfratto, e gli altri non sommari, come i procedimenti di separazione, di divorzio, e relativi ad altri stati personali (includenti, talora, subprocedimenti con caratteristiche volontarie, come la separazione consensuale), nonché come il processo del lavoro e previdenziale e i c.d. riti locatizio e agrario.

Sempre in questo terzo volume, poi, la trattazione sarà dedicata – come già detto – anche al richiamato D.Lgs. 150/2011 sulla c.d. semplificazione e riduzione dei riti (v. il cap. 6°).

In fine questo terzo volume contiene l'esposizione dei *procedimenti deliberatori* con funzione di supporto alla giurisdizione cognitoria straniera (cap. 7°), dei *procedimenti arbitrali*, la cui funzione (e in parte anche la struttura) si pone in parallelo col processo di cognizione, per il conseguimento degli stessi effetti (cap. 8°), e

(1) Sulla genericità dell'espressione «rito» – che, per se stessa, vuol solo indicare la presenza di particolari regole procedurali –, v. vol. I, § 41, dopo la nota 221.

(2) Per la sommarietà cognitoria v. i cenni al vol. I, § 15, al richiamo della nota 68 e nella nota stessa.

delle procedure di *mediazione*, introdotta con il D.Lgs. 28/2010, e di *negoiazione «assistita» da uno o più avvocati*, introdotta con il D.L. 132/2014 (conv. dalla L. 162/2014), le quali mirano ad ottenere la soluzione conciliativa della controversia (cap. 9°).

Invece, al quarto volume verrà riservata, in primo luogo, l'esposizione del *processo esecutivo*, ossia di quel processo – più che speciale, se così si può dire – perché tanto contrapposto a quello di cognizione da essere fatto oggetto, nell'ordine del codice, dell'autonomo e intero libro terzo.

A quest'esposizione seguirà – sempre nell'ultimo volume – quella degli altri procedimenti appartenenti al veduto *secondo gruppo* dei procedimenti speciali, pure caratterizzati da funzione e struttura diversa dalla cognizione e cioè, da un lato, i *procedimenti cautelari e possessori* e, dall'altro lato, i *procedimenti in camera di consiglio*.

Nello stesso quarto volume, poi, verrà affrontata la trattazione di un procedimento del tutto particolare, introdotto con la L. 69/2009, il *procedimento sommario di cognizione*, il quale, sebbene con funzione e struttura cognitive, riprende, almeno per la trattazione di primo grado, la disciplina propria dei procedimenti cautelari.

A proposito dei riti speciali di cognizione, va, infine, ricordato che il D.Lgs. 5/2003, in attuazione della delega contenuta nell'art. 12 della L. 3 ottobre 2001 n. 366, aveva introdotto il c.d. «rito societario», ossia un nuovo procedimento speciale di cognizione destinato ad essere applicato nelle materie societarie, come più specificamente elencate nell'art. 1, 1° comma, di detto decreto.

La complessità di tale procedimento avevano dato luogo ad una serie di problemi interpretativi ed a ripetuti interventi della Corte costituzionale (3). Si era pertanto gradualmente affermata la convinzione dell'inopportunità del mantenimento di questo rito, mentre, d'altra parte, si delineava il convergere delle opinioni intorno all'eccessività dei riti speciali.

La L. 69/2009 ha tratto da tutto ciò la logica conseguenza dell'abrogazione di questo rito. Più precisamente, l'art. 54, 6° comma, di tale legge dispone l'abrogazione degli artt. da 1 a 33, 41, 1° comma, e 42 del D.Lgs. 5/2003, peraltro precisando che detti articoli «*continuano ad applicarsi alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge*». Con riguardo a tale incompleta abrogazione basterà qui rilevare che, allo stato, rimangono in vigore gli artt. da 34 a 37, i quali configurano e disciplinano un arbitrato speciale nelle materie societarie, oggetto di specifico esame nell'ambito della trattazione del giudizio arbitrale (v. § 60 del cap. 8°).

(3) C. Cost. 24 luglio 2007 n. 321; C. Cost. 12 ottobre 2007 n. 340; C. Cost. 28 marzo 2008 n. 71.

CAPITOLO II

I PROCEDIMENTI SPECIALI DI COGNIZIONE

SOMMARIO: 2. Collocazione ed ordine espositivo.

2. Collocazione ed ordine espositivo.

Il gruppo di procedimenti speciali, che nel § precedente abbiamo visto essere caratterizzati dalla natura cognitoria, include procedimenti che, come già accennato, solo in parte sono disciplinati nel libro quarto del codice, dedicato, appunto, ai *procedimenti speciali*.

Mentre, infatti, uno di essi – quello più complesso e rilevante, ossia il processo del lavoro – è disciplinato nel codice, ma nel suo libro secondo dedicato al processo di cognizione, altri sono disciplinati in leggi speciali, quando non addirittura nel codice civile.

L'esame di questi procedimenti, mentre può logicamente iniziare con i procedimenti con i quali inizia la disciplina dettata dal libro quarto del codice, dedicato ai procedimenti speciali (ossia *i procedimenti sommari di cognizione*: quello ingiuntivo e quello per convalida di licenza o sfratto) e può proseguire, sempre seguendo l'ordine del codice (lasciando da parte i procedimenti cautelari e possessori, in quanto privi di funzione decisoria) con i procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone (includendo, *ratione materiae*, alcuni procedimenti disciplinati in leggi speciali o nel codice civile, come i *procedimenti di divorzio, di adozione, di interdizione e inabilitazione, di nomina dell'amministratore di sostegno*) e quindi col *giudizio di divisione*.

L'esposizione proseguirà poi col *processo o rito del lavoro* e con i procedimenti che si modellano su di esso (*previdenziale, locatizio, agrario*) per poi passare ai procedimenti di cognizione disciplinati dal già richiamato D.Lgs. 150/2011, sulla c.d. semplificazione e riduzione dei riti, e ai procedimenti di contestazione dell'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri, per poi concludersi con l'esame sia del *giudizio arbitrale*, la cui disciplina conclude il libro del codice dedicato ai procedimenti speciali e che, pur con la sua struttura di giudizio privato, produce – quando assume la forma più tipica di arbitrato rituale – effetti in tutto

assimilabili a quelli del giudizio di cognizione, sia delle *procedure di mediazione e di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, che hanno comunque la finalità di ottenere la risoluzione della controversia senza ricorrere al giudizio di cognizione o a quello arbitrale.

CAPITOLO III

I PROCEDIMENTI SPECIALI SOMMARI

Sezione prima

IL PROCEDIMENTO INGIUNTIVO

SOMMARIO: 3. Nozione, funzione e tecnica del procedimento ingiuntivo in generale. – 4. Presupposti specifici del procedimento. – 5. La fase senza contraddittorio; la provvisoria esecutività del decreto; la notificazione del decreto come provocazione al contraddittorio. – 6. La fase (eventuale) di opposizione. La concessione dell'esecutorietà provvisoria in pendenza del giudizio di opposizione. – 7. La mancata o ritardata costituzione dell'opponente. L'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto.

3. Nozione, funzione e tecnica del procedimento ingiuntivo in generale.

Il procedimento d'ingiunzione (1) è un tipo particolare di procedimento di cognizione, e più precisamente di condanna. Esso appartiene alla categoria di quegli

(1) La trattazione più completa dell'argomento è la monografia di E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, che si ricollega alla classica opera dello stesso A., *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5ª ed., Milano, 1979 (poi, a cura di A.A. ROMANO, Milano, 2012). V. anche A. VISCO, *Il procedimento per ingiunzione*, Roma, 1951; A. CIOFFI, *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, Roma, 1959; R. POGGESCHI, *Ingiunzione*, in *Nss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 666; poi R. SCIACCHITANO, *Ingiunzione*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 505 e, più di recente, G. TOMEI, *Procedimento d'ingiunzione*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 559; A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000; G. VIGNERA, *In difesa dell'unilateralità del procedimento monitorio*, in *Riv. es. forz.*, 2008, p. 497; AA.VV., *Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di B. CAPPONI, Bologna, 2009; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Procedimento ingiuntivo*, in *Diritto on line Treccani*, 2012; ID., *Profili attuali del procedimento per ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 103; R. CONTE, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Comm. c.p.c.*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2012; A. VALITUTTI-F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, Padova, 2013.

Ancora utili, sebbene riferite alla legislazione abrogata, sono infine le opere del CALAMANDREI (*Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926), del CRISTOFOLINI (*Il processo di ingiunzione*, Padova, 1939) e del SEGNI (*L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, ora in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1965, p. 977).

accertamenti che, nella terminologia del Chiovenda, sono detti «*accertamenti con prevalente funzione esecutiva*» (2) (su cui v. vol. I, § 15) in quanto caratterizzati, dal punto di vista della funzione, dall'esigenza di conseguire, il più rapidamente possibile, il titolo esecutivo e con esso l'avvio dell'esecuzione forzata; nonché, dal punto di vista strutturale, dalla sommarietà della cognizione. Più precisamente – e sempre secondo la terminologia chiovendiana (v. vol. I, § 15 *sub* B, d) – la cognizione è, in questo procedimento, *sommatoria perché superficiale*.

La sommarietà (per c.d. *superficialità*) della cognizione costituisce, dunque, nel procedimento di ingiunzione, lo strumento strutturale per mezzo del quale la legge vuol conseguire lo scopo di ottenere, in determinati casi, la rapida formazione di un titolo esecutivo. Dobbiamo pertanto incominciare a vedere, in un primo sguardo sintetico, da un lato, quali siano questi «determinati casi» nei quali sia opportuna una cognizione di tipo *sommatorio perché superficiale*; e, dall'altro, in che consista tale sommarietà per superficialità, in che limiti essa possa operare senza pregiudicare la bontà del giudizio e soprattutto con quali accorgimenti tecnici essa possa risultare compatibile con la salvaguardia delle garanzie del contraddittorio: non si deve, infatti, dimenticare che, se le lungaggini del giudizio ordinario di condanna costituiscono un inconveniente al quale è giusto cercare di ovviare, sussiste comunque l'esigenza di far salve quelle garanzie del contraddittorio assicurate dalla posizione di uguaglianza delle parti davanti al giudice (v. vol. I, § 22) e che debbono in ogni caso essere rispettate (3).

In relazione a tutto ciò, appare anzitutto evidente che i casi nei quali la sommarietà della cognizione appare possibile, prima ancora che opportuna, sono quelli nei quali il giudizio può risultare più semplice, e più probabile l'effettiva esistenza del diritto che si fa valere; e ciò sia per la natura e l'oggetto del diritto stesso e sia per la particolare attendibilità della prova offerta a fondamento di quel diritto. In secondo luogo, appare pure evidente che la sommarietà della cognizione deve assolvere a due esigenze che di solito sono tra loro contrastanti: eliminare le complessità del giudizio ordinario di cognizione in funzione delle esigenze del contraddittorio, senza d'altra parte eliminare le garanzie di uguaglianza insite nel contraddittorio stesso.

Il conseguimento della prima di queste esigenze, senza sacrificare l'altra, costituisce un problema di *tecnica* processuale che i legislatori di molti paesi, forti

(2) Sul significato e i limiti dell'impiego della terminologia chiovendiana v. più avanti nel testo e specialmente alla nota 5.

(3) Sul tema delle garanzie del contraddittorio e costituzionali nel procedimento ingiuntivo v. in generale, C.E. BALBI, *Inattività dell'intimato ed esecutorietà del decreto di ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 40; I. ANDOLINA-G. VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, p. 135. La compatibilità del «contraddittorio differito» (su cui tra poco nel testo) con i principi costituzionali (su cui v. vol. I, § 22) è pacifica anche per chi si è soffermato su dubbi di costituzionalità di alcuni aspetti specifici della disciplina del procedimento ingiuntivo (R. CONTE, *Il procedimento ingiuntivo tra diritto di difesa e principio d'uguaglianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1200; ID., *Il procedimento*, cit., p. 4).

di una lunghissima esperienza radicata nel processo italiano del periodo intermedio (4) risolvono con l'impiego di *un espediente*: quello di articolare il procedimento in due fasi. Una prima fase (necessaria e a cognizione sommaria) si instaura ad iniziativa di chi fa valere un diritto di credito (ossia colui che si afferma creditore), si svolge in modo rapidissimo, senza contraddittorio, e si conclude con la pronuncia del decreto ingiuntivo, addirittura *inaudita altera parte*, e qui sta appunto la *sommarietà (per superficialità) della cognizione*; ed una seconda fase che *può* svolgersi ad eventuale iniziativa di colui nei cui confronti è stato pronunciato il decreto ingiuntivo (c.d. debitore ingiunto) e nella quale quest'ultimo, fruendo di tutte le garanzie del contraddittorio, può ovviare al pregiudizio che può aver subito per la sommarietà della cognizione nella prima fase. In sostanza, il debitore ingiunto, dopo la pronuncia *inaudita altera parte* del decreto ingiuntivo e la successiva notificazione a lui di questo provvedimento, può, entro un breve termine perentorio (v. vol. I, § 66), esercitare un potere in tutto analogo a quello di un'impugnazione (opposizione). La proposizione dell'opposizione instaura un giudizio che si svolge con tutte le garanzie del contraddittorio (c.d. *contraddittorio differito*) e che è *ancora di primo grado in quanto si sostituisce interamente* (come giudizio, appunto, di primo grado) *a quello svolto sommariamente nella prima fase*. Il decreto ingiuntivo viene così sostituito dalla sentenza che chiude la fase di opposizione.

La funzionalità dell'accorgimento tecnico sta nel fatto che se, da un lato, la seconda fase del giudizio presenta tutte le garanzie del normale giudizio di condanna, dall'altro lato la circostanza che questa fase viene instaurata solo se l'asserito debitore ritiene di assumere la relativa iniziativa, fa sì che ciò avvenga solo quando il debitore ingiunto sia effettivamente convinto che ne valga la pena, ossia quando egli – il quale è evidentemente il soggetto più di ogni altro in grado di valutare la serietà delle sue difese – abbia serie prospettive di ottenere una pronuncia diversa da quella contenuta nel decreto ingiuntivo. Ché, se, invece, fosse egli stesso convinto di aver torto – il che dovrebbe accadere nella maggior parte dei casi, dal momento che (come abbiamo già accennato) l'accesso a questo procedimento speciale è consentito soltanto quando la prova del credito è particolarmente attendibile – allora non avrebbe alcun interesse ad assumere gli oneri conseguenti all'iniziativa dell'opposizione (poiché ciò non farebbe che aggravare il suo carico di spese) e lascerebbe decorrere il termine, così supplendo, con la sua acquiescenza rispetto al decreto ingiuntivo, al difetto del contraddittorio nella fase sommaria. In tal modo il decreto ingiuntivo acquisterebbe subito *l'efficacia esecutiva* (5), oltre che, come vedremo (§ 7), la definitività. In so-

(4) Sulle origini storiche del procedimento monitorio, v., per tutti, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, p. 233 e ss.

(5) In questo senso si può considerare il decreto ingiuntivo come un «accertamento con prevalente funzione esecutiva». Riteniamo, tuttavia, opportuno precisare che l'impiego della terminologia chiovendiana – che sembra utile per la sua incisività nell'evidenziare la funzione di ottenere

stanza, questa tecnica è imperniata sull'*inversione dell'onere dell'iniziativa per l'instaurazione del contraddittorio* ai fini del giudizio a cognizione piena e completa, ossia sul fatto che tale onere viene addossato alla parte che, il più delle volte, ne conosce l'inutilità. La quale parte, insomma, mentre avrebbe resistito passivamente ove fosse stata convenuta nel giudizio ordinario di condanna, non assumerà invece l'iniziativa dell'opposizione se non in quei casi in cui saprà di aver serie ragioni da far valere. Sicché, in definitiva, alle garanzie (e alle lungaggini) del giudizio a contraddittorio pieno si farà luogo soltanto quando ve ne sarà veramente bisogno. Quando invece il debitore sa di aver torto, non c'è bisogno di contraddittorio ed egli stesso troverà conveniente compiervi una spontanea rinuncia (6), astenendosi dall'opposizione; ciò che renderà incontrovertibile il decreto ingiuntivo (v. oltre, § 7).

Alla stessa funzione (anche se non proprio alla medesima struttura) è ispirato

quanto prima possibile un titolo esecutivo – non implica totale adesione alla nozione chiovendiana degli «accertamenti con prevalente funzione esecutiva», né in particolare adesione alla portata che, in quella nozione, il Maestro attribuiva all'accertamento, limitandolo all'esistenza delle condizioni per ottenere l'ingiunzione (G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 216). Sul punto, ci sembra invece di dover condividere l'opinione di chi nega l'esistenza di un'azione speciale monitoria per ravvisare nel procedimento ingiuntivo una speciale forma di esercizio dell'ordinaria azione di condanna, che, sebbene attraverso una cognizione sommaria, conduce ad un accertamento tanto pieno che, come vedremo (v. oltre, § 7), può acquisire l'incontrovertibilità del giudicato (così, in sostanza, specialmente E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 45; poi, più di recente, G. VIGNERA, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 751).

Né, per conciliare la specialità del procedimento con la natura di condanna ordinaria del provvedimento, sembra necessario ricorrere all'espedito (proposto dal SEGNI, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, p. 97) del contemporaneo esercizio di un'azione speciale e di quella ordinaria. Nulla impedisce, infatti, che la stessa azione possa essere esercitata dapprima con forme speciali salvo poi – a seguito della proposizione della domanda di rigetto (v. vol. I, § 24) con le forme speciali dell'opposizione – proseguire il suo esercizio con le forme ordinarie (così, in sostanza, V. ANDRIOLI, *Commento c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, pp. 4-5).

(6) Sulla spontanea rinuncia ad una contestazione come strumento di determinazione della certezza v. E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 11; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 583. Questo A. ha osservato (*op. cit.*, p. 589) che l'espressione «contraddittorio differito» è una formula descrittiva dietro la quale rimane la realtà di un provvedimento pronunciato *senza contraddittorio*. E da questa realtà – di cui peraltro l'A. in discorso riconosce la piena compatibilità col diritto costituzionale alla difesa per il quale è essenziale solo la possibilità del dialogo ancorché differito (*op. cit.*, p. 584) – si è ritenuto (v. G. TOMEI, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 847) di trarre argomento a sostegno della natura puramente procedimentale dell'azione sommaria ingiuntiva, che sarebbe autonoma dall'azione di condanna; ciò che tra l'altro varrebbe a spiegare l'assenza di giudicato sul provvedimento di rigetto (art. 640, 3° comma) e l'inapplicabilità della disciplina della litispendenza nella fase senza contraddittorio.

Sennonché, nessuno di questi rilievi basta a contrastare l'evidenza del fatto che la stessa azione viene esercitata dapprima con forme speciali svincolate dal contraddittorio e, in parte, dalle regole della litispendenza e dell'incontrovertibilità e solo successivamente ed eventualmente con le forme del giudizio ordinario di cognizione.

anche il *procedimento ingiuntivo europeo* (I.P.E.), introdotto nello spazio giudiziario dell'Unione europea dal Reg. CE 1896/2006 e applicabile alle sole «controversie transfrontaliere», sul quale ci soffermeremo nel cap. 7° (in corrispondenza della nota 24 e nella nota stessa).

4. Presupposti specifici del procedimento.

L'art. 633 (con le integrazioni risultanti dagli artt. 634, 635 e 636) indica, sotto la generica ed impropria denominazione di «condizioni di ammissibilità», i requisiti necessari per poter impiegare le forme del procedimento d'ingiunzione. Tali requisiti concernono, in primo luogo, *il diritto che si può far valere con queste forme*; in secondo luogo, *la prova su cui tale diritto si fonda*; ed infine, *talune modalità particolari per l'ipotesi che il diritto fatto valere dipenda da una controprestazione o all'avverarsi di una condizione sospensiva*.

A) *Con riguardo al diritto che si fa valere*. In base al disposto del 1° comma dell'art. 633, le forme del procedimento d'ingiunzione possono essere impiegate, anzitutto, *soltanto per far valere un credito*: ma – si noti – un credito, nel senso ampio per cui è credito ogni diritto ad un'altrui prestazione; il che può verificarsi anche a seguito della violazione di un diritto reale (ad es., il diritto alla restituzione della cosa di cui si è proprietari) (7). Inoltre, codesto credito deve essere *esigibile* (8) ed avere ad oggetto o una *somma di denaro* o una *quantità di*

(7) Naturalmente, deve trattarsi di un credito tutelabile *direttamente* (ossia senza la previa necessità della pronuncia di un provvedimento di altro tipo) attraverso un giudizio di condanna, quale è il procedimento speciale in esame. Così, non si potrà agire in via ingiuntiva per ottenere la consegna di una cosa o il pagamento di una somma (ancorché determinata) come conseguenza della risoluzione (non consensuale, ma giudiziale) di un contratto. È invece possibile quando il credito dipende dall'esercizio di un diritto potestativo da parte del ricorrente nei casi in cui tale esercizio generi immediatamente il mutamento giuridico che ne è oggetto (come nel caso di caparra confirmatoria quando la risoluzione consegua di diritto ad un atto potestativo del contraente: sul punto v. Trib. Milano 9 febbraio 1981, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 417, con nota adesiva del GARBAGNATI).

(8) Dal 2° comma dell'art. 633 risulta indirettamente che il credito deve essere scaduto (cfr. E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 38; ID., *I procedimenti*, cit., p. 57). Secondo la Cassazione (Cass. 14 novembre 1969 n. 3760, in *Foro it.*, 1970, I, 65) il credito deve essere esigibile almeno alla scadenza del termine per l'opposizione. Del tutto eccezionale è il caso dell'art. 664 c.p.c. Il decreto pronunciato nonostante l'inesigibilità del credito va revocato in sede di opposizione, salva la condanna dopo la sopravvenuta esigibilità (Cass. 21 marzo 1997 n. 2552, in *Giur. it.*, 1998, I, 1391, con nota critica di A. RONCO. V. anche la nota 124 al § 6).

Per la sussistenza del requisito dell'esigibilità è l'opinione decisamente prevalente in dottrina e giurisprudenza (v. R. CONTE, *Il procedimento*, cit., p. 9). In senso contrario v. peraltro, anche di recente, A. RONCO, *Struttura e disciplina*, cit., p. 100 e ss., che fa leva sulla mancata esplicita inclusione del requisito dell'esigibilità nel testo della legge ora vigente e confuta gli argomenti a sostegno della liquidità. Tuttavia, ci sembra decisivo il rilievo che prescindere da questo requisito implicherebbe ammettere una condanna in futuro non espressamente prevista dalla legge, che non la

cose fungibili; ma è essenziale che tale somma sia *liquida* (ossia precisata nel suo importo) e che tale quantità sia *determinata* (9); infine, il credito può avere ad oggetto la consegna di una *cosa mobile determinata*. Rimangono così esclusi, oltre ai crediti di fare e di non fare, solo i crediti di rilascio di cose immobili e quelli aventi ad oggetto quantità non liquide di denaro o non determinate di altre cose mobili fungibili: nel primo caso, l'esclusione è dovuta all'inopportunità e mancanza di necessità di un accertamento accelerato; nel secondo caso, all'incompatibilità tra la tecnica con cui la legge realizza questo accertamento accelerato e l'illiquidità o l'indeterminatezza del credito. Questi requisiti concernenti il diritto fatto valere debbono *concorrere* col requisito della prova scritta e di cui *sub B*).

Tuttavia, quando il credito ha per oggetto: a) onorari o rimborso di spese a favore di avvocati, procuratori o di chi in generale ha prestato la propria opera in occasione di un processo (10); b) onorari di notai o di altri esercenti una pro-

prevede in via generale (v. vol. I, § 15, *sub C*) così come la legge non prevede una previa pronuncia sul rapporto obbligatorio con portata costitutiva del credito, come, ad es., la risoluzione del contratto (cfr. Trib. Bologna 19 gennaio 2005, in *Guida al dir.*, 2005, n. 35, p. 93). Peraltro, nulla ci sembra impedire l'applicabilità degli istituti della decadenza dal beneficio del termine e della fissazione del termine ai sensi dell'art. 1183 c.c. (cfr. R. CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, p. 66 e autori ivi citati).

(9) Con riguardo a questo requisito si è sostenuta la possibilità di far oggetto di decreto ingiuntivo il credito per maggior danno da svalutazione monetaria che Cass. 30 novembre 1978 n. 5670 (in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 972), con riguardo al giudizio ordinario, aveva ritenuto non abbagliante di prova per la notorietà del fatto della svalutazione. Commentando una pronuncia in questo senso, con riguardo alla facile determinabilità del credito con l'applicazione degli indici ISTAT, si era osservato (E. GARBAGNATI, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 406) che il requisito della liquidità esige quanto meno che il calcolo sia effettuato nel ricorso in modo da consentire al giudice di pronunciare il provvedimento con riguardo ad un importo *determinato*. Successivamente, il Tribunale di Milano (decr. ing. 5 giugno 1980, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 645 e in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 191, con nota del TRABUCCHI) aveva riaffermato la propria giurisprudenza, anche in contrasto col successivo orientamento della Cassazione che, sul problema più generale della risarcibilità automatica nel giudizio ordinario del danno da svalutazione, tendeva ad escludere la rivalutazione automatica, peraltro largheggiando nella possibilità di prova, anche presuntiva (Cass. sez. un. 25 ottobre 1979 n. 5572, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 452), orientamento peraltro ancora superato da Cass. 7 gennaio 1983 n. 123 (in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 574) che tornò a parlare di presunzione con riferimento agli indici ufficiali ISTAT.

La Cassazione, finalmente intervenuta sulla questione specifica, ha escluso che il danno da svalutazione possa costituire oggetto del decreto ingiuntivo, per il difetto di liquidità, precisando che detto credito, può essere fatto valere nel giudizio di cognizione introdotto con l'opposizione (Cass. 30 maggio 1987 n. 4821); in questo giudizio la relativa domanda è ammissibile in quanto *emendatio libelli* (Cass. 3 agosto 1987 n. 6684). V. anche R. CONTE, *Il procedimento*, cit., p. 15.

Nel caso in cui il credito ad una somma di denaro discenda da un rapporto di lavoro, la disciplina del procedimento speciale in esame si coordina con quella del processo del lavoro. Per questa coordinazione, v. oltre, § 36, al richiamo della nota 306 e nella nota stessa.

(10) Sul quale credito, tuttavia, opera anche dopo la nuova legge professionale forense (L. 31 dicembre 2012 n. 247) il divieto del c.d. patto di quota lite (su cui v. U. PERFETTI, *Riflessioni a margine del divieto del patto di quota lite*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 413).

fessione per la quale esiste una tariffa legalmente approvata (art. 633, n. 2 e n. 3) (11), il requisito della prova scritta è di regola sostituito con quello della par-

Procedimento speciale ex art. 14 D.Lgs. 150/2011 per la liquidazione degli onorari degli avvocati

*In via alternativa al procedimento monitorio dell'art. 633 c.p.c., il quantum dei crediti per onorari degli avvocati per prestazioni giudiziali svolte innanzi ai giudici ordinari (e non anche innanzi ai giudici amministrativi: Cass. 27 marzo 1995 n. 3603, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1020; neppure quando si tratta di prestazioni stragiudiziali non connesse con*

l'attività giudiziaria: Cass. 16 ottobre 2014 n. 21954) può essere fatto valere con la speciale procedura, configurata nel passato dagli artt. 28-30, L. 13 giugno 1942 n. 794 come procedimento in camera di consiglio innanzi al tribunale in composizione collegiale (Cass. 4 gennaio 2018 n. 68) ed oggi dall'art. 14 D.Lgs. 150/2011 (v. vol. IV, §§ 51-53).

Quest'ultimo prevede che alle controversie di cui all'art. 28 L. 794/1942 e all'opposizione proposta a norma dell'art. 645 c.p.c. (su cui v. oltre, § 6) contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali (anche in sede penale: Cass. 27 settembre 2019 n. 24179; ed a prescindere dal fatto che siano state o meno liquidate nel relativo giudizio: Cass. 6 marzo 2018 n. 5224) si applichi il *procedimento sommario di cognizione*, di cui agli artt. 702 bis-702 quater c.p.c. (v. vol. IV, §§ 51-53), ove non diversamente disposto (l'opposizione di cui all'art. 645 c.p.c., in questo caso va introdotta con ricorso: Cass. 10 maggio 2017 n. 11479; ove introdotta con citazione si applicherebbe l'art. 4 D.Lgs. 150/2011 (v. § 50): Cass. 26 settembre 2019 n. 24069). Aggiunge lo stesso art. 14 che: a) la competenza appartiene (come competenza "funzionale" e dunque inderogabile: Cass. 11 gennaio 2017 n. 548) all'ufficio giudiziario adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato la propria opera (ma questa competenza è comunque destinata a cedere a quella del c.d. foro del consumatore: Cass. 6 aprile 2018 n. 8598; C. giust. UE 15 gennaio 2015, causa C-537/13, in *Giur. it.*, 2015, p. 1636, con nota di I. POLLASTRO); b) il tribunale decide in composizione collegiale; c) le parti possono stare in giudizio personalmente; d) l'ordinanza che definisce il giudizio di primo grado non è appellabile, ma (come ha riconosciuto la Cassazione: Cass. 14 giugno 2016 n. 12248; Cass. 5 ottobre 2015 n. 19873) solo laddove l'ordinanza si sia limitata alla mera verifica del *quantum debeatur* e non anche ove abbia deciso sull'*an debeatur*; invece, nel senso che l'ordinanza in questione sarebbe ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost. in entrambi i casi, Cass. 17 maggio 2017 n. 12411 (v. anche oltre, § 49). In proposito v. anche A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti*, cit., 2012, p. 57; G. DELUCA, *Nuove norme e vecchi problemi del procedimento per la liquidazione degli onorari agli avvocati*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 127; G. BALENA, *Il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato: istruzioni per il non uso*, ivi, 2017, p. 1; M. VACCARI, *Procedimento per la liquidazione degli onorari dell'avvocato*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2019, p. 501.

Con riferimento all'ambito applicativo di questa procedura le sezioni unite hanno optato nel senso che anche in caso di contestazione dell'*an debeatur* debba continuare ad utilizzarsi il rito sommario (Cass. sez. un. 23 febbraio 2018 n. 4485, in *Giur. it.*, 2018, p. 1625, con nota critica di A. CARRATTA, in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 639, con nota favorevole di G. BALENA, e in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1666, con nota critica di G. PARISI); nel senso che il rito di cui all'art. 14 sia utilizzabile anche quando la domanda sia solo sull'*an* della prestazione, Cass. 16 gennaio 2019 n. 1023; con la conseguenza che all'ordinanza conclusiva, pur essendo definita non impugnabile, va riconosciuta o l'appellabilità o la ricorribilità per cassazione ex art. 111, 7° comma, Cost.; nel senso, poi, che la contestazione idonea ad investire il giudice del dovere di accertarne la fondatezza non debba essere specifica, Cass. 6 maggio 2019 n. 11790.

Abrogazione delle tariffe professionali e art. 633, n. 3, c.p.c.

(11) A proposito delle tariffe professionali, d'altro canto, occorre anche ricordare che esse sono state abrogate e sostituite dai «parametri» di cui al D.M. 55/2014 (v. la nota 27 del § 52 nel vol. I). A meno

che non si ritenga che l'art. 633, n. 3, sia stato implicitamente abrogato per effetto di queste modi-

cella sottoscritta dal creditore e corredata dal parere della competente associazione professionale (art. 636) (12).

B) *Con riguardo alla prova*. Salvi i casi particolari visti da ultimo, di regola l'accesso alle forme del procedimento ingiuntivo dipende *anche* dal fatto che del diritto fatto valere si dia *prova scritta* (art. 633, n. 1). Tale requisito sta in relazione col fatto, già rilevato, che la funzione e la tecnica del procedimento di cui trattasi esigono, da un lato, una forte probabilità di esistenza del credito e, dall'altro lato, una rapida riscontrabilità di tale esistenza o, quanto meno, di tale probabilità. La nozione di prova scritta che qui viene in rilievo non coincide pienamente con quella che emerge dalla disciplina contenuta nel codice civile e negli altri libri del codice di procedura civile (v. vol. II, §§ 40 e ss.). La differenza consiste in un lieve allargamento della portata probatoria, che sta in relazione con l'assenza del contraddittorio nella fase sommaria (13). Più in concreto, tale allargamento riguarda, anzitutto, il fatto che, contrariamente a quanto si è visto

fiche (così, infatti, Trib. Varese 11 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*) – ciò che escluderebbe in radice l'utilizzazione in tal caso del procedimento monitorio (salvo che non sia possibile utilizzare, quale prova scritta, l'accordo con il cliente di cui all'art. 9, 4° comma, L. 247/2012, ossia la legge forense) – probabilmente il suo riferimento alla «tariffa legalmente approvata» va inteso oggi rivolto ai «parametri» predeterminati legislativamente. In questo stesso senso Cass. 11 gennaio 2016 n. 230. Ulteriori dubbi sulla sopravvivenza di questa disposizione provengono dalla nuova formulazione del 2° comma dell'art. 634 c.p.c., che si è avuta con la L. 81/2017, sulla quale v. più avanti nel testo.

(12) Questo parere è obbligatorio e vincolante solo per la pronuncia del decreto e non anche nel giudizio di opposizione (Cass. 4 ottobre 2016 n. 19800; Cass. 17 aprile 2013 n. 9366) o nel giudizio autonomo, a cognizione piena (Cass. 5 gennaio 2011 n. 236), nell'ambito del quale la parcella accompagnata dal parere costituisce semplice dichiarazione unilaterale del professionista (Cass. 11 gennaio 2016 n. 230) e, al più, riveste valore presuntivo sulle attività indicate e sul valore della lite (Cass. 31 ottobre 2014 n. 23284). Sull'argomento, v. ampiamente A. RONCO, *Struttura*, cit., p. 160 e ss. Di conseguenza, spetta al professionista che agisca per ottenere soddisfacimento di crediti inerenti ad attività asseritamente prestata a favore del cliente, l'onere di dimostrare l'*an* del credito vantato e l'entità delle prestazioni eseguite al fine di consentire la determinazione quantitativa del suo compenso (Cass. 15 gennaio 2018 n. 712).

Anche con riferimento al parere dell'associazione professionale occorre tener presente che l'abrogazione delle tariffe professionali (v. nota precedente) dovrebbe comportare il suo adattamento alla verifica della corretta applicazione dei parametri predeterminati per la singola categoria professionale, sebbene anche in questo caso potrebbe emergere il dubbio sulla sopravvivenza della norma, alla luce della riformulazione del 2° comma dell'art. 634.

(13) La giurisprudenza, anche della Cassazione, suole ripetere genericamente che «prova scritta», agli effetti in discorso, è qualsiasi documento che il giudice ritenga meritevole di fede quanto ad autenticità ed efficacia probatoria (v., ad es., Cass. 28 giugno 2006 n. 14980; Cass. 23 luglio 1994 n. 6879). Può pertanto essere utilizzabile la prova documentale c.d. «critica», che cioè abbisogna di elementi presuntivi. Ampiamente sull'argomento v. R. CONTE, *La prova nel procedimento per decreto ingiuntivo e nell'istanza di ingiunzione ex art. 186 ter*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 468; ID., *Il procedimento*, cit., p. 35; A. RONCO, *Struttura e disciplina*, cit., p. 118; V. VERDE, in AA.VV., *Il procedimento*, cit., p. 105. V. anche i rilievi di M.G. JORI, in *Giur. it.*, 2005, p. 1028, a commento, adesivo sul punto, di una serie di pronunce di merito, secondo le quali, *agli effetti in discorso*, è sufficiente prova scritta anche la dichiarazione trasmessa per posta elettronica.

per il processo ordinario (vol. II, § 42), può attribuirsi qui efficacia probatoria del credito anche allo scritto proveniente da un terzo (14), nonché il rilievo che le scritture private provenienti dal debitore hanno efficacia probatoria sebbene non ancora riconosciute (v. vol. II, § 42) (salva naturalmente la facoltà di riconoscerle nella fase di opposizione) (15) e, più in generale, anche in mancanza dei requisiti prescritti dal codice civile (art. 634, 1° comma). In secondo luogo, tale allargamento emerge dal 2° comma dell'art. 634, a tenore del quale «*per i crediti relativi a somministrazioni di merci e di denaro nonché per prestazioni di servizi fatte da imprenditori che esercitano un'attività commerciale e da lavoratori autonomi, anche a persone che non esercitano tale attività, sono altresì prove scritte idonee gli estratti autentici delle scritture contabili di cui agli artt. 2214 e ss. del codice civile, purché bollate e vidimate nelle forme di legge e regolarmente tenute, nonché gli estratti autentici delle scritture contabili prescritte dalle leggi tributarie, quando siano tenute con l'osservanza delle norme stabilite per tali scritture*» (16). Infine, un ulteriore allargamento risulta dal disposto dell'art. 635, secondo cui «*per i crediti dello Stato, o di enti o di istituti soggetti a tutela o vigilanza dello Stato, sono prove idonee anche i libri o registri della pubblica amministrazione, quando un funzionario all'uopo autorizzato o un notaio ne attesta la regolare tenuta*» (1° comma) (17), mentre «*per i crediti derivanti da omesso versamento dei contributi agli enti di previdenza o di assistenza ...*» sono prove idonee anche gli accertamenti eseguiti dall'ispettorato del lavoro (2° comma) (18). Non è invece titolo idoneo, a questi effetti, il provvedimento non definitivo, ancorché

(14) Tale è anche, ad es., il lodo irrituale (cfr. Cass. 28 settembre 1988 n. 5260, in *Foro it.*, 1989, I, 2570; Cass. 19 giugno 1985 n. 3688). In quest'orientamento di utilizzazione probatoria dello scritto proveniente da un terzo (approvato dalla dottrina: E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 75; ID., *I procedimenti*, cit., p. 92; A. RONCO, *Struttura*, cit., p. 127; ma v. le riserve e le precisazioni di R. CONTE, *La prova*, cit., p. 484; ID., *Il procedimento*, cit., p. 50) e dalla giurisprudenza (Cass. 12 luglio 2000 n. 9232) si è addirittura pervenuti a considerare prova scritta idonea la fattura commerciale emessa dalla parte creditrice (Cass. 24 luglio 2000 n. 9685), nonché il documento che prova fatti da cui il giudice può soltanto desumere per presunzione il fatto costitutivo del diritto (così Pret. Verbania 26 marzo 1984, in *Foro pad.*, 1985, I, 296). Ma per i limiti al generale orientamento di allargamento della portata probatoria, v. C. CONSOLO, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 286; E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 52 e ss.

(15) Col conseguente eventuale onere, in capo al creditore, di chiedere la verifica. Ad es., Cass. 28 giugno 2006 n. 14280 ha ritenuto sufficiente, per la pronuncia del decreto, la fotocopia di una cambiale.

(16) In proposito, v. anche R. CONTE, *Il procedimento ingiuntivo*, cit., p. 1216.

(17) Analoga portata, ma limitatamente alla pronuncia del decreto, spetta al «saldaconto» di cui all'art. 50 della legge bancaria (D.Lgs. 385/1993). Ampiamente sul tema A. RONCO, *Struttura*, cit., p. 146; V. VERDE, in AA.VV., *Il procedimento*, cit., p. 163.

(18) Cfr. Cass. 14 gennaio 1992 n. 392; e così anche i verbali di accertamento degli ispettori INPS (Cass. 9 marzo 2001 n. 3527). Secondo Cass. 3 giugno 1986 n. 3714, questa particolare efficacia probatoria sussiste anche nel giudizio di opposizione, salve le risultanze di altre prove e salvo il vaglio critico del giudice.

esecutivo, pronunciato nell'ambito di altro procedimento, nel quale soltanto può essere soggetto a verifica (19).

Particolarità sono infine previste, da leggi speciali, con riguardo all'impiego dello strumento *de quo* per far valere i crediti dell'autotrasportatore e del sub-fornitore (20) e dall'art. 63 disp. att. c.c. per le spese condominiali.

C) *Con riguardo all'ipotesi che il diritto dipenda da una controprestazione o dall'avveramento di una condizione.* In quest'ipotesi, al fine di comprovare l'esigibilità del credito vantato, occorre che il ricorrente offra elementi idonei a far presumere l'adempimento della sua controprestazione o l'avveramento della condizione, al quale l'adempimento del credito fosse sospensivamente condizionato (art. 633, 2° comma) (21).

5. *La fase senza contraddittorio; la provvisoria esecutività del decreto; la notificazione del decreto come provocazione al contraddittorio.*

La domanda introduttiva del procedimento ingiuntivo è proposta con ricorso. La differenza più rilevante tra quest'atto e quello di citazione, con cui si propone la domanda nel giudizio ordinario a cognizione piena, sta nel fatto che esso ha la struttura formale di un atto che si rivolge direttamente al giudice, senza previamente provocare l'altra parte al contraddittorio: in sostanza esso contiene solo la proposizione della domanda al giudice (*editio actionis*) e non anche la *vocatio in ius* della controparte (v. vol. II, § 3). Quanto al contenuto, il ricorso qui in esame non si differenzia dalla citazione; deve corrispondere al contenuto che risulta dall'art. 125 (v. vol. I, § 65) e contenere, tra l'altro, oltre all'indicazione del giudice competente, del creditore ricorrente (e del suo difensore), nonché del debitore, l'esposizione del fatto e l'affermazione del credito (22), l'elezione di domicilio, l'indicazione delle prove (scritte) che si producono (art. 638). Quando la domanda riguarda la consegna di una quantità di cose fungibili, il ricorrente deve inoltre dichiarare, nel ricorso, la somma di denaro che è disposto ad accettare in mancanza della prestazione in natura (art. 639) (23).

Il ricorso, una volta redatto, corredato della procura (24) e dell'elezione di

(19) Così Cass. 29 gennaio 1999 n. 782 e, in precedenza, Cass. 29 aprile 1991 n. 4722 (in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 544), con riguardo all'ordinanza provvisoria ex art. 708 c.p.c. (su cui v. oltre, § 13).

(20) V. sul punto A. RONCO, *Struttura*, cit., p. 169.

(21) Si è giustamente osservato (V. ANDRIOLI, *Commento*, IV, cit., p. 21) che si tratta di presunzione in senso non tecnico, acquisibile attraverso «argomenti di prova» (art. 116, 2° comma).

(22) Ancorché in modo sommario con riferimento al documento allegato (Cass. 25 marzo 2000 n. 3591).

(23) Per un es., v. Trib. Cremona 11 luglio 2016, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1330, con nota di G. GUARNIERI.

(24) Che, nel procedimento monitorio telematico, è sufficientemente congiunta al ricorso in-

domicilio (25) e sottoscritto dal difensore, *non* viene notificato all'altra parte (come, invece, abbiamo visto accadere per l'atto di citazione ed anche per il ricorso per cassazione), ma senz'altro depositato – insieme con i documenti che costituiscono la necessaria prova scritta – nella cancelleria del giudice competente (26).

Come abbiamo già visto (retro, al § 70 del vol. I), l'art. 16 bis del D.L. 179/2012 ha previsto, proprio con riferimento al procedimento ingiuntivo che «*il deposito dei provvedimenti, degli atti di parte e dei documenti ha luogo esclusivamente con modalità telematiche*» (27), salva comunque la possibilità che il presidente del tribunale autorizzi il deposito con modalità non telematiche «quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti e sussiste una indifferibile urgenza».

Giudice competente è esattamente quello che sarebbe competente per la domanda proposta in via ordinaria (art. 637, 1° comma) (28). Va tuttavia tenuta pre-

trodotto, se entrambi inseriti nella c.d. «busta telematica» sottoscritta con firma digitale dell'avvocato (Trib. Milano 23 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 1677).

(25) La quale *elezione di domicilio*, in quanto atto strumentalmente connesso con la procura, risente delle vicende di quest'ultima (cfr. Cass. 17 settembre 2002 n. 13578) e può essere estesa all'ambito della stessa anche nelle fasi di merito e cautelari (cfr. Cass. 4 dicembre 2003 n. 18518, in *Foro it.*, 2005, I, 217).

(26) Con questo deposito si completa la fattispecie della proposizione della domanda (nelle forme speciali in esame) col conseguente *inizio del procedimento di ingiunzione*. Questo rilievo non è contrastato dall'art. 643, 3° comma, secondo cui solo la notificazione (del ricorso e del decreto) determina la pendenza della lite, poiché – così giustamente E. GARBAGNATI, *I procedimenti*, cit., p. 62 – questa norma significa semplicemente che soltanto con la notificazione si producono gli effetti che la legge ricollega alla notificazione della citazione. V. anche la nota 46 in questo §, ove la citazione della presa di posizione della Cass. sez. un. 20596/2007.

(27) Mediante trasformazione degli atti in «documento.pdf» e non attraverso «scansione di immagine», pena inammissibilità del ricorso (così Trib. Roma 9 giugno 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 368, con nota di G.G. POLI; nel senso della nullità sanabile, invece, Trib. Verona 4 dicembre 2015, in *www.ilcaso.it*; v. anche la nota 121 del § 70 nel vol. I. Di conseguenza, è da considerare inammissibile il ricorso presentato in formato cartaceo (Trib. Reggio Emilia 30 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*).

(28) Il momento al quale ci si deve riferire per l'applicazione dei criteri di competenza (ad es., per il calcolo degli interessi da sommarsi col capitale agli effetti dell'art. 10, 2° comma) è, ovviamente, quello del deposito del ricorso. Nelle obbligazioni cambiarie il riferimento all'art. 1182, 3° comma, c.c. è possibile solo per le obbligazioni di regresso (Cass. 10 agosto 1992 n. 9439).

Qualora l'eventuale incompetenza possa soltanto essere eccepita (come, ad es., nel caso di clausola compromissoria) il giudice, che pur rilevi la situazione, non può tenerne conto (cfr. A. RONCO, *Struttura*, cit., p. 203). In questo senso è l'orientamento della Suprema Corte, rispetto al quale peraltro sono stati sollevati dubbi di costituzionalità da Trib. Genova, 27 luglio 2004, in *Guida al dir.*, 2005, n. 4, p. 81. Va, d'altra parte, tenuto presente che, con riguardo all'arbitrato (rituale) la rilevanza d'ufficio (sempre in quanto l'accordo compromissorio risulti dai documenti allegati al ricorso) potrebbe ritenersi per il rilievo che la nuova disciplina del giudizio arbitrale riconduce nuovamente la relativa questione a quella di competenza (v. in questo vol., il § 53, dopo il richiamo della nota 37) e ciò in forza dei principi ora ribaditi dalla pronuncia interpretativa di rigetto della C. Cost. 3 novembre 2005 n. 410, citata in nota 32.

sente una particolarità che consegue al rilievo che la funzione e la struttura di questa prima fase esigono una pronuncia immediata, quale può essere effettuata soltanto da un giudice unipersonale. In relazione a ciò, mentre non sorge alcun problema quando la competenza spetta al giudice di pace – che è sempre giudice unipersonale (v. vol. II, §§ 67 e 68) –, quando viceversa la competenza spetta al tribunale, il codice impone che la proposizione del ricorso avvenga davanti al tribunale in composizione monocratica. Sempre a proposito della competenza, va rilevata anche una competenza aggiuntiva e facoltativa (per questa nozione, v. vol. I, § 37 in fine) per i crediti a favore degli avvocati, in capo sia al giudice che ha deciso la causa alla quale il credito si riferisce, e sia al giudice del luogo dove ha sede il Consiglio dell'ordine al quale è iscritto l'avvocato creditore (art. 637, 2° e 3° comma) (29). Questa competenza facoltativa, che ha riguardo al luogo ove si trova il Consiglio dell'ordine o l'ufficio, sussiste anche per i notai, mentre quella del giudice che ha deciso la causa riguarda anche le altre persone indicate dall'art. 633, n. 2.

Il ricorso, corredato dei documenti e depositato in cancelleria (30), viene sot-

**La rilevabilità d'ufficio
dell'incompetenza nella fase
sommatoria**

Questa importante pronuncia ha infatti ribadito che *la rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza anche territoriale derogabile deve sussistere ogni qual volta la pronuncia avviene senza previo contraddittorio e, d'altra parte, quando manchino i meccanismi di trasmissione al giudice*

competente, come appunto nella fase introduttiva del procedimento monitorio. Viene così disatteso l'orientamento non solo giurisprudenziale, secondo il quale il rilievo d'ufficio dell'incompetenza derogabile dovrebbe essere escluso in questa fase del procedimento monitorio in forza dell'art. 38 c.p.c. che, nel giudizio ordinario, riserva alla comparsa di risposta l'eccezione di incompetenza.

L'importante pronuncia in discorso è pubblicata anche in *Giur. it.*, 2006, p. 1213, con argomentate e condivisibili note adesive di G. TOTA e di R. CONTE, il quale ultimo in particolare si sofferma sul valore costituzionale dei criteri della competenza; sul quale ultimo tema, v. anche una nota di I. USUELLI ad un provvedimento di merito, in *Giur. it.*, 2007, p. 2007; per altre considerazioni cfr. la nota 33.

(29) Cfr. Cass. 23 marzo 2015 n. 5810; Cass. 20 luglio 2010 n. 17049, in *Giur. it.*, 2011, p. 1356, annotata da C. BECHIS; Cass. 6 novembre 1969 n. 3627, in *Foro it.*, 1970, I, 83. L'eccezione di illegittimità costituzionale di questa disposizione, per contrasto con l'art. 3 Cost., sollevata da Cass. 30 gennaio 2009 nn. 155 e 156, è stata ritenuta infondata da C. Cost. 18 febbraio 2010 n. 50 (in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1474, con nota di F. RUSSO), la quale – richiamando la sua precedente sentenza n. 137/1975 sul medesimo punto – ha osservato che, se è vero che l'art. 637 attribuisce all'avvocato una facoltà processuale ai fini del recupero dei suoi crediti per prestazioni professionali, mediante la possibilità di scegliere un foro che può non coincidere con la residenza o il domicilio del debitore convenuto, è anche vero che tale facoltà non contrasta con il principio di eguaglianza, essendo essa frutto di una scelta non irragionevole del legislatore.

(30) Questo deposito segna il momento della proposizione della domanda anche agli effetti dell'eventuale verificarsi di eventi interruttivi, come la morte del ricorrente, con la conseguente applicabilità dell'ultrattività del mandato al difensore ex art. 300 e delle conseguenze dell'eventuale mancata dichiarazione dell'evento (così Cass. 12 giugno 2008 n. 15785; v. vol. II, § 64, nota 136), anche ai fini della notificazione del decreto e della proposizione dell'opposizione (Cass. 31 ottobre 2017 n. 25823, in *Foro it.*, 2018, I, 992).

toposto, dal cancelliere, immediatamente all'esame del giudice, il quale, pronunciandosi *inaudita altera parte* (come si è visto al § 3) può rigettare oppure accogliere la domanda (31).

Il rigetto della domanda (art. 640) consegue al difetto di uno o più dei presupposti o requisiti specifici sopra esaminati (oltre che, naturalmente, dei normali presupposti processuali (32) e condizioni dell'azione) oppure ad un'insufficiente prova del credito. In quest'ultimo caso, il giudice, prima di pronunciare il rigetto, dispone che il cancelliere inviti il ricorrente ad eventualmente integrare la documentazione (art. 640, 1° comma). Se quest'integrazione non viene effettuata o risulta insufficiente o comunque se la domanda non appare fondata (33),

(31) Poiché la struttura di questa prima fase del procedimento ingiuntivo esclude ogni strumento finalizzato all'immediato contraddittorio, non c'è spazio, in questa fase, per iniziative dell'altra parte (quali le c.d. «istanze in prevenzione» o addirittura la produzione di documenti) che, se compiute, debbono essere ignorate dal giudice. Ciò va, a nostro parere, riaffermato contro i riaffioranti tentativi di aprire la via a siffatte iniziative (v., ad es., una pronuncia di merito, nel senso di consentire la produzione di documenti all'asserito debitore, in *Foro it.*, 1991, I, 1270, con nota sostanzialmente adesiva di G. DELUCA) in forza del diritto costituzionale alla difesa. Questo diritto è in realtà fatto salvo dall'ampia possibilità di *contraddittorio differito* su cui ci siamo soffermati nel § 3. In questo senso, E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 35 e gli autori ivi citati; v. anche A. STORTO, in AA.VV., *Il procedimento*, cit., p. 191.

(32) Ad es., per *difetto di capacità* del ricorrente, che si fosse qualificato minore. Ma più frequente è il caso dell'*incompetenza per territorio*, che si riteneva non rilevabile d'ufficio salvi soltanto i casi previsti dall'art. 28 (cfr. E. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 83 e ss.). Sennonché la limitazione di questa salvezza ai casi di cui all'art. 28 c.p.c., che la Cassazione aveva fatto propria in un solo caso risalente (Cass. 6 febbraio 1969 n. 400), non è più condivisibile alla luce delle esigenze di osservanza del contraddittorio che ispirano gli artt. 24 e 111, 2° comma della Costituzione, come ben rilevato dalla sentenza interpretativa di rigetto della C. Cost. 3 novembre 2005 n. 410, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1473.

Questa sentenza, infatti, già richiamata alla nota 28, desume dai suddetti dettami costituzionali l'esigenza che nei procedimenti senza contraddittorio, qual è appunto il procedimento ingiuntivo in questa sua prima fase, siano tendenzialmente inapplicabili le norme che subordinano i poteri del giudice alla previa iniziativa della parte non presente in giudizio, come appunto accade, nel procedimento in discorso, per l'incompetenza c.d. semplice, ossia fuori dai casi di cui all'art. 28; *sicché anche in questi casi è possibile, e dovuto, il rilievo d'ufficio*. L'autorevole Annotatore (E.F. RICCI), dopo aver affermato che questo insegnamento, ancorché non vincolante (trattandosi di sentenza di rigetto) va comunque approvato (come lo approva chi scrive), solleva qualche perplessità rispetto alla sua eventuale applicazione con riguardo ad eccezioni non processuali, ma sostanziali, come ad es. l'eccezione di prescrizione.

Di regola, il rigetto della domanda non potrà invece fondarsi sul rilievo della *litispendenza* (ad es. per la previa pendenza di un giudizio di accertamento negativo sul medesimo diritto, di cui il giudice fosse venuto a conoscenza) perché la pendenza della lite in sede ingiuntiva si verifica (ai termini dell'art. 643, 3° comma) con la notificazione del ricorso e del decreto (cfr. E. GARBAGNATI, *Processo d'ingiunzione e litispendenza*, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, 761). La litispendenza, come anche la continenza, potrà pertanto essere eccepita in sede di opposizione (sul punto, v. oltre, § 6, note 54 e 124).

(33) È appunto nel compiere questa valutazione di fondatezza – sul merito della domanda – che il giudice compie quella *cognizione sommaria perché superficiale* che caratterizza l'accertamento (con prevalente funzione esecutiva) *de quo* (v. vol. I, § 15 *sub* B, d). Si è obiettato (E. GAR-

il giudice la rigetta con decreto motivato (art. 640, 2° comma). Il decreto di rigetto, tuttavia, non pregiudica minimamente la riproposizione della stessa domanda, né nuovamente in via ingiuntiva, né in via ordinaria (art. 640, 3° comma). In altri termini, esso, in quanto pronuncia senza contraddittorio, non dà luogo al giudicato e, correlativamente, non è in alcun modo impugnabile (34).

Se, invece, esistono i presupposti previsti e la domanda risulta fondata (35), il giudice – così dispone l'art. 641 – *accoglie la domanda; per far ciò pronuncia, in calce al ricorso, un decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso* – che è appunto il decreto ingiuntivo – *col quale ingiunge al ritenuto debitore di pagare la somma* (o di consegnare la cosa mobile) *entro il termine di quaranta giorni dalla notificazione del decreto* (36): così dispone il 2° comma dell'art. 641, il quale prosegue disponendo che, se l'intimato risiede in uno degli altri Stati dell'Unione europea, il termine è di *cinquanta* giorni e può essere ridotto fino a venti giorni; se, invece, risiede in altri Stati, il termine è di *sessanta* giorni e, comunque, non può essere inferiore a trenta, né superiore a centoventi. Nel medesimo decreto è contenuto l'*espresso avvertimento*: a) *che nel termine suddetto può essere proposta*, dallo stesso intimato, l'*opposizione* che introduce la seconda fase e di cui si parlerà tra poco; b) *che, se il suddetto termine trascorrerà senza che l'opposizione sia stata proposta, si procederà ad esecuzione forzata*. Ancora col medesimo decreto il giudice liquida a favore del creditore anche le spese del procedimento e ne ingiunge il pagamento (art. 641, 3° comma) (v., sul punto, la nota 39 al capoverso).

Naturalmente – e come si desume anche dal contenuto dell'ingiunzione or

BAGNATI, *Il procedimento*, cit., p. 86; ID., *I procedimenti*, cit., p. 105) che in realtà questa cognizione non è superficiale, ma semplicemente *parziale* (perché limitata all'esame delle ragioni addotte dal ricorrente). A parte lo scarso rilievo della terminologia, mi sembra che l'espressione «superficiale» sia più adatta a mettere in rilievo che la cognizione, pur non essendo di semplice verosimiglianza, si fonda sulle sole risultanze documentali, attraverso una valutazione largamente discrezionale che non può essere approfondita.

Il giudice può anche sollevare *d'ufficio* il dubbio di *costituzionalità* (v. vol. I, § 18, al richiamo della nota 30), così soprasiedendo alla pronuncia del decreto ingiuntivo (cfr. C. Cost. 29 dicembre 1977 n. 163, in *Foro it.*, 1978, I, 1).

(34) Neppure col regolamento di competenza, che non può essere chiesto d'ufficio dal giudice dichiarato competente (Cass. 1° dicembre 1995 n. 12423), o col ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. 9 dicembre 1993 n. 12138; Cass. 20 dicembre 1985 n. 6547). Un eventuale rigetto parziale può tuttavia essere indirettamente contestato con la riproposizione della domanda in via riconvenzionale nel giudizio di opposizione contro il decreto che aveva accolto parzialmente la domanda (così E. GARBAGNATI, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 790).

(35) Naturalmente, questa valutazione sulla fondatezza, ancorché sommaria (nel senso visto poc'anzi nella nota 33 circa l'apprezzamento del fatto), avverrà in applicazione delle consuete regole che soprasiedono al giudizio (impossibilità di tener conto dei fatti estintivi e impeditivi non rilevabili d'ufficio e ovviamente non eccepiti; regola *jura novit Curia*, ecc.). Il decreto – così l'art. 641 – va motivato, ma la motivazione può risultare *per relationem* dal ricorso (così Cass. 16 giugno 1987 n. 5310).

(36) Per giusti motivi, tale termine è riducibile fino a dieci o aumentabile fino a sessanta giorni.