



Andrea Mengali

La Corte di Cassazione interviene sulle preclusioni istruttorie e sui poteri del giudice nel procedimento sommario di cognizione

(commento a Cass. civ. Sez. III Ord., 05/10/2018, n. 24538)

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in commento, interviene nuovamente sull'interpretazione delle norme in materia di procedimento sommario di cognizione, in particolare con riferimento ai poteri istruttori del giudice e alle preclusioni a carico delle parti.

L'occasione è una controversia avente ad oggetto la richiesta di rimborso da parte di un soggetto già ricoverato presso una casa di cura, delle somme corrisposte alla stessa, deducendo l'attore la sussistenza di una patologia a suo carico e conseguentemente che questi aveva fruito anche di prestazioni sanitarie, a carico del servizio sanitario nazionale, e non invece di prestazioni meramente socio - assistenziali.

Il giudice di primo grado aveva respinto la domanda, introdotta nelle forme del procedimento sommario di cognizione e sprovvista di prova, in particolare con riferimento alla patologia lamentata, decisione confermata dal giudice di appello; l'attore aveva pertanto proposto ricorso per cassazione.

La Cassazione esprime, con la pronuncia in esame, diversi e distinti principi di diritto, che tendono tuttavia a fondersi in un unico percorso argomentativo.

Il primo attiene all'interpretazione dei presupposti per la conversione del rito ex art. 702 ter, comma 3, c.p.c.

Il Supremo collegio afferma che la necessità di "un'istruzione non sommaria" non possa ravvisarsi nella mancanza di prove offerte dalla parti nella fase sommaria, posto che gli elementi per decidere se sia o meno necessaria la conversione del rito (da sommario a ordinario) devono risultare dalle difese svolte da attore e convenuto, non invece dalle carenze delle stesse¹.

Da tale del tutto condivisibile rilievo la Cassazione fa tuttavia discendere un primo corollario nell'affermazione secondo cui il giudice della fase sommaria, in mancanza di prove proposte dalle parti, dovrebbe sempre fare applicazione del principio di cui all'art. 2697 c.c., rigettando quindi la domanda, non potendo supplire con l'esercizio di poteri istruttori d'ufficio, non essendovi, secondo il Supremo collegio, nella disciplina di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c., la "previsione di un potere d'ufficio [del giudice] di disporre mezzi di prova diverso da quello limitato previsto per il rito ordinario".

Detto assunto contraddice a ben vedere quanto espresso in precedenza da Cass. 25 febbraio 2014, n. 4485, pur richiamata dalla pronuncia in commento, secondo cui *"nel procedimento sommario di cognizione, l'esercizio dei poteri istruttori concessi al giudice dall'art. 702 ter, quinto comma, cod. proc. civ. esprime una valutazione discrezionale, insindacabile in sede di legittimità, se sorretta da motivazione esente da vizi di logica giuridica, restando esclusa la sola possibilità di decidere la controversia in applicazione dell'art. 2697 cod. civ., quale regola di giudizio, non potendo il giudice dare per esistenti fonti di prova decisive e, nel contempo, astenersi dal disporre l'acquisizione d'ufficio"*.

¹ Viceversa, argomenta la Suprema Corte, si finirebbe per ammettere *"ipotesi di conversione del rito determinate non dalla natura non sommaria dell'istruttoria da compiere, ma da carenze nelle deduzioni delle prove; ipotesi di conversione del rito non contemplata affatto dall'art. 702 ter c.p.c."*.



Comunque si voglia risolvere il problema, si tratta, si ritiene, di questione del tutto diversa dalla prima, posto che un conto è sostenere che in mancanza di prove offerte dalle parti il giudice del procedimento sommario di cognizione non possa procedere, per ciò solo, a convertire il rito in ordinario, altra è che gli sia precluso l'esercizio di poteri istruttori nella stessa fase sommaria, assunto che inevitabilmente passa per una - condivisibile o meno - interpretazione non tanto del terzo comma dell'art. 702 ter c.p.c., quanto del successivo quinto comma secondo il quale il giudice "omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto"; norma che secondo la pronuncia in commento "non depone affatto per un superamento o un'attenuazione, nell'ambito del procedimento sommario, dell'onere della prova, come del principio di disponibilità delle prove".

L'altro principio che emerge dall'ordinanza in commento, pur estraneo alla sua *ratio decidendi* e quindi da considerare quale *obiter dictum*, è quello secondo il quale nel procedimento sommario di cognizione le preclusioni istruttorie maturerebbero sin dagli atti introduttivi.

Detto assunto individua una preclusione pur in assenza di previsione normativa, posto che l'art. 702 *bis* limita alla formulazione di nuove domande e eccezioni riservate le decadenze che maturano con gli atti introduttivi.

La Corte motiva l'assunto, secondo un argomento già espresso in termini analoghi da parte della dottrina², affermando la "necessità che le parti, ma soprattutto il ricorrente, deducano negli atti di costituzione tutte le istanze istruttorie che ritengono di formulare per adempiere al loro onere probatorio ex art. 2697 c.c." poiché "solo attraverso le concrete allegazioni del *thema decidendum* e *probandum* delle parti il giudice può [...] valutare nell'ambito di quel processo se la causa possa o meno essere decisa con una istruzione sommaria e in caso di valutazione negativa disporre il mutamento del rito ex art. 702 ter c.p.c." ³.

Anche in questo caso la Suprema Corte supera quanto espresso dalla precedente Cass. 18 dicembre 2015, n. 25547⁴, che aveva evidenziato l'assenza di preclusioni istruttorie negli atti introduttivi del procedimento ex artt. 702 bis ss. c.p.c., pur individuando una barriera nella pronuncia dell'ordinanza di conversione del rito da sommario a ordinario.

Peraltro, anche in quel caso, quanto affermato dalla Suprema Corte necessitava di una precisazione, poiché, a meno di voler negare, all'udienza ex art. 183 c.p.c., fissata dal giudice del procedimento sommario di cognizione ai sensi dell'art. 702 ter c.p.c., la facoltà delle parti di richiedere i termini per la trattazione scritta ai sensi del sesto comma dello stesso art. 183 c.p.c. (ciò che non avrebbe fondamento normativo), si deve intendere che la Suprema Corte avesse individuato una barriera preclusiva per le istanze istruttorie all'interno del procedimento sommario non tanto nella pronuncia dell'ordinanza di conversione, quanto più in generale nella decisione sulla prosecuzione o meno nelle forme sommarie⁵.

² Cfr. A. MONDINI, *Il nuovo giudizio sommario di cognizione. Ambito di applicazione struttura del procedimento*, in www.judicium.it, 2009.

³ L'Autore citato nella nota precedente completava l'argomentazione nel senso che tale potere debba essere esercitato ancora prima dell'udienza, ossia prima di procedere "con gli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto", ragion per cui l'udienza sarebbe destinata soltanto all'assunzione delle prove richieste negli atti introduttivi.

⁴ in *Giur. It.*, 2016, 10, 2157, con nota di G. RICCI, *Le preclusioni istruttorie nel rito sommario di cognizione*.

⁵ Decisione che, secondo alcuni interpreti, dovrebbe essere presa, pur in assenza di esplicite previsioni normative sul punto, non oltre la prima udienza del procedimento sommario, che quindi, di conseguenza, costituirebbe il termine ultimo per la delimitazione del *thema probandum* (dovendosi considerare la



In conclusione la Suprema Corte, partendo dall'esame dei presupposti in base ai quali il giudice della fase sommaria dovrà basare la sua decisione in merito alla conversione del rito nelle forme ordinarie, offrendo sul punto argomenti condivisibili, finisce per intervenire, in modo *tranchant*, su alcuni delicati aspetti del procedimento sommario di cognizione, in materia di poteri del giudice e preclusioni istruttorie, che, anche laddove si intenda seguire la strada tracciata dalla pronuncia in commento, si ritiene meritino più ampio approfondimento⁶.

Per completezza si da atto che la Suprema Corte, con il provvedimento in esame, scrutinando altro motivo di ricorso, interviene anche sulla *vexata quaestio* dell'ammissibilità della prova "indispensabile" in appello (in particolare nell'appello del procedimento sommario di cognizione⁷) richiamando quanto da ultimo espresso dalle Sezioni Unite secondo cui indispensabile è "quella prova di per sè idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado" (Cass. Sez. Un., 4 maggio 2017, n. 10790), ritenendo, nel caso concreto, il principio correttamente applicato dal giudice di appello, che aveva escluso l'ammissibilità di alcuni documenti in quanto non decisivi.

prosecuzione nelle forme sommarie oltre la prima udienza come implicita opzione per la "non conversione" del rito). Sul punto cfr. G. RICCI, *Le preclusioni istruttorie nel rito sommario di cognizione*, nota a Cass. 25547/15, *cit.* Evidentemente, spostando ancor prima dell'udienza la sede della detta decisione, e seguendo analogo ragionamento, si arriva, come fa la Suprema Corte nella pronuncia commentata, al punto di sostenere che (anche) le preclusioni istruttorie maturino con gli atti introduttivi.

⁶ Per una ricostruzione in senso diametralmente opposto rispetto alla decisione in commento, relativamente al procedimento sommario di cognizione, tanto con riferimento ai poteri istruttori del giudice oltre che di quelli di direzione formale e materiale della causa, tanto con riferimento alle preclusioni istruttorie, e per ulteriori riferimenti cfr. A. MENGALI, *Preclusioni e verità nel processo civile*, Torino, 2018, spec. 211 ss, dove, tra le altre cose, si argomenta dell'inesistenza di preclusioni istruttorie e sulla facoltà del giudice, in qualunque fase del procedimento sommario, di disporre la conversione del rito da sommario a ordinario anche alla luce degli eventuali *nova* istruttori. In questo stesso senso, già precedentemente, F.P. LUISSO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. It.*, 2010, § 3; S. MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 1101 ss., spec. 1128; M. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c.*, in *www.judicium.it*, § 5; più in generale, per l'analisi del rapporto tra preclusioni a carico delle parti e poteri istruttori del giudice, A. MENGALI, *op. cit.* 161 ss.

⁷ Per il quale il riferimento alla prova "indispensabile" ha, come noto, sostituito il riferimento a quella "rilevante" per effetto del D.L. 83/2012 conv. in L. 132/12, che ha al contempo eliminato dal rito ordinaria la valvola di apertura ai *nova* costituita istruttori per l'appunto dall'indispensabilità della prova (sopravvissuta invece nell'appello del rito del lavoro ai sensi dell'art. 437 c.p.c.).