

Capitolo 1

Il procedimento per ingiunzione: profili storico-comparatistici

Sommario: 1. Introduzione; 2. Le origini dei processi a cognizione sommaria; 3. L'evoluzione del procedimento monitorio in Italia; 4. Aspetti comparatistici: 4.1. Il procedimento monitorio in Germania; 4.2. Il procedimento monitorio in Austria; 4.3 Il procedimento monitorio in Francia; 4.4. Il procedimento monitorio in Spagna; 4.5. Il *Summary judgement* in Inghilterra; 4.6. Il *default judgement* degli Stati Uniti; 5. La prospettiva europea.

1. Introduzione.

Il codice di procedura civile disciplina il procedimento monitorio nel Capo I, del titolo I “Dei procedimenti sommari”, del libro IV, intitolato “Dei procedimenti speciali”.

La collocazione codicistica, quindi, induce a classificare l'istituto tra i procedimenti speciali, in quanto presentano dei profili di difformità rispetto al rito ordinario di cognizione, assunto come modello ordinario; peraltro, si differenziano ulteriormente dai procedimenti ordinari poiché presentano un'istruttoria limitata in quanto finalizzata ad una rapida emissione del provvedimento di tutela.

Da tempo la dottrina ha rivolto l'attenzione allo studio della natura del procedimento e della sua sistematica, all'approfondimento dei concetti di specialità e sommarietà, tentando di individuare la vera essenza di tali caratteristiche che differenziano il giudizio che sfocia nell'emanazione del decreto ingiuntivo da quello, definito a cognizione piena, che si realizza nel processo ordinario e si conclude con la sentenza.

Le teorie che si sono sviluppate al riguardo si sono mosse lungo due direttrici, in particolare, nel tentativo di ricostruire se la specialità andasse individuata nella strut-

tura e, quindi, nelle forme, ovvero se la stessa andasse ricercata nel tipo di azione esercitata e nella natura del provvedimento conclusivo della fase monitoria.

Un primo orientamento (Si veda, in tal senso, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923) ritiene che la specialità del provvedimento sia insita nel tipo di azione che si esercita.

Mentre le azioni ordinarie, tendono, cioè, all'attuazione della legge mediante sentenza, le azioni sommarie tendono all'attuazione della legge mediante accertamenti con funzione prevalentemente esecutiva.

Questo ultimo tipo di accertamenti si riflette sulla natura del provvedimento che ha la funzione di porre in essere le condizioni per l'esercizio dell'azione esecutiva, all'anticipazione della quale sono indirizzati. Si tratterebbe, dunque, di accertamenti provvisori.

Tale teoria pone, evidentemente, nel massimo conto, la differenza di natura delle azioni e dei provvedimenti, prendendo in considerazione questi ultimi al momento della loro emanazione.

Un secondo filone dottrinale (SEGNI, voce *Procedimento civile*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939), invece, individua la specialità dell'azione sia nelle migliori condizioni in cui viene a trovarsi il creditore che ottiene l'emanazione di un decreto ingiuntivo, in considerazione del termine in cui il debitore può opporsi, sia nella contestuale proposizione di un'azione speciale e di una ordinaria.

Altri ancora (così, ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1964) hanno creduto di individuare la specialità dell'azione ingiuntiva nel fatto che con essa si fanno valere due azioni: la prima che termina con l'emanazione del decreto ingiuntivo e la seconda che, potenzialmente, si inizia col ricorso ed ha per oggetto l'azione ordinaria, che si spiega liberamente con l'opposizione proposta dal debitore.

Nessuna di queste teorie, però, sembra di cogliere nel segno, laddove si pensi al problema della specialità del procedimento di ingiunzione rispetto a quello ordinario; senza che, invece, sembra essere perfettamente individuata da chi (CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto processuale civile II*, Padova, 1943) considera opportuno prendere le mosse da un'indagine sulla natura del provvedimento, considerato nel momento successivo al decorso del termine per l'opposizione, rilevando che la natura del decreto ingiuntivo, e quindi del decreto di condanna, che il creditore esercita, non si discosta da quella sentenza, in quanto entrambi i provvedimenti hanno l'idoneità a produrre il giudicato.

È, allora, necessario che la diversità tra tutela ordinaria e tutela sommaria si incentri sulla struttura del procedimento e sulla sua forma: se, infatti, il processo ordinario è caratterizzato dal pieno contraddittorio tra le parti sin dall'introduzione, la specialità del procedimento per decreto ingiuntivo va ravvisata proprio nella sua sommarietà e non solo e non tanto per il ruolo svolto dal giudice, quanto, invece, per il fatto che essa è compiuta nell'assenza della parte debitrice a cui è rimesso eventualmente, per mezzo

dell'opposizione, di aprire un procedimento nel pieno contraddittorio delle parti, nel corso del quale potrà essere anche rimesso in discussione il diritto del creditore accertato nella decisione contenuta nel decreto ingiuntivo.

La differenza tra i due procedimenti: ordinario e monitorio, starebbe, quindi, solo nella differenza di forme e strutture che il legislatore ha previsto allo scopo di assicurare il diritto del creditore, per mezzo di prova scritta, in maniera più rapida, in ragione di una più elevata possibilità del diritto che si vuole far valere.

Trattasi, quindi di un'azione di condanna che si promuove e si svolge attraverso un procedimento a struttura speciale, caratterizzato dal contraddittorio eventuale e differito, che può, instaurarsi con l'opposizione, e concludersi con un provvedimento avente la stessa natura della sentenza.

Il procedimento di ingiunzione si articola in due fasi.

La prima è instaurata ad iniziativa del creditore, l'accertamento è sommario, in quanto si svolge (salvo eccezioni, su base esclusivamente documentale e manca il contraddittorio anteriormente alla pronuncia del provvedimento.

Il secondo momento, invece, è eventuale poiché inizia con l'opposizione dell'ingiunto; si consente, sostanzialmente, di ristabilire l'eguaglianza delle parti davanti al giudice consentendo al destinatario del provvedimento di porre rimedio, con tutte le normali garanzie del processo di condanna, alla sommarietà della cognizione nella precedente fase.

Questo espediente consiste nella posticipazione del contraddittorio. Ma è, tuttavia, di lapalissiana evidenza come un procedimento in cui la pronuncia del provvedimento di condanna non segua ma, piuttosto, preceda, l'instaurazione del contraddittorio e nel quale la *vocatio in jus* è onere non di chi propone la domanda ma di chi, invece, debba difendersi, possa suscitare dei dubbi circa la propria compatibilità coi principi costituzionali di eguaglianza (art. 3 Cost.), inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del giusto processo regolato dalla legge (art. 111 Cost.).

Non può, infine, tacersi del fatto che le peculiari caratteristiche della società contemporanea non consentirebbero di rinunciare a forme differenziate di tutela giurisdizionale e, quindi, renderebbero inopportuno un rifiuto aprioristico dei procedimenti speciali, anche se offrono garanzie di difesa numericamente inferiori e diverse da quelle dei procedimenti ordinari.

In una prospettiva come quella ora esposta, allora, la previsione legislativa dei procedimenti speciali, in quanto garantiscono il diritto di difesa con strumenti alternativi, non può considerarsi incompatibile col sistema costituzionale ma, anzi, rappresenta un valido espediente per differenziare le forme di tutela giustiziale in relazione alle peculiarità dei singoli rapporti da regolare.

Infine, proprio con specifico riguardo ad un possibile *vulnus* dell'art. 111 della Costituzione, la dottrina (CAPPONI) si è preoccupata di fugare immediatamente ogni dubbio di compatibilità sulla scorta del ragionamento per cui un diverso atteggiarsi del

confronto delle parti, rispetto alle regole del processo ordinario, non può concretare un attrito con la normativa dettata in materia di giusto processo, rientrando, infatti, nella discrezionalità del legislatore organizzare i processi giurisdizionali in relazione alle particolari esigenze e alla differente struttura dei singoli procedimenti in cui si articola la funzione dello *jus dicere* (Cass. civ., sez. un., 7 luglio 1993, n. 7448).

2. Le origini dei processi a cognizione sommaria.

I primi esempi di processi a cognizione sommaria si rinvennero nel diritto comune, in cui al processo ordinario (divenuto lungo e complesso a causa dell'innesto di elementi germanici sul tronco del diritto romano) si affiancarono processi semplificati ed abbreviati, la cui sommarietà era ottenuta mediante una riduzione delle formalità ovvero mediante limitazione o esclusione della cognizione del giudice.

Tra i processi sommari di secondo tipo vi era il *processus executivus*, con cui si consentiva al creditore di procedere al pignoramento dei beni dell'obbligato inadempiente senza l'osservanza delle formalità previste per la procedura ordinaria, purchè tale facoltà fosse stata previsamente pattuita dalle parti.

Sempre al fine di agevolare l'aggressione dei beni dell'obbligato inadempiente, si era introdotto l'uso di processi apparenti in cui il debitore, presentandosi spontaneamente davanti al giudice, riconosceva il proprio debito. A tale confessione seguiva un *praeceptum* immediatamente esecutivo in base al quale il creditore poteva avviare l'esecuzione forzata senza necessità di ulteriori adempimenti.

A partire dal XVIII secolo, con l'affermarsi del ruolo dei notai, ai quali era attribuita una *extraordinaria cognitio*, alternativa a quella del giudice ordinario, tale prassi fu sostituita dalla redazione di un atto notarile in cui l'obbligato riconosceva in forma pubblica il proprio debito, come se lo avesse confessato davanti a un magistrato. In caso di inadempimento, il debitore, previa esibizione di siffatto documento, avrebbe potuto essere autorizzato dal giudice ad avviare l'esecuzione forzata senza dovere previamente instaurare un processo di cognizione per l'accertamento del proprio diritto.

L'atto munito del precetto spiegava dunque gli stessi effetti di una *sententia* definitiva, dotata della forza di *res judicata*.

L'esecuzione intrapresa in base al titolo notarile poteva essere sospesa dal debitore mediante un'opposizione soltanto qualora questi fosse in grado di sollevare delle eccezioni idonee, senza necessità di particolari indagini, ad inficiare la prova dei fatti costitutivi del diritto azionato, ovvero ad opporgli dei fatti modificativi o estintivi.

Successivamente, per evitare paralisi o ritardi all'attuazione della pretesa creditoria, si dette vita alla nascita di una nuova prassi in forza della quale il creditore chiamava in giudizio l'obbligato per fargli conoscere il documento e per consentirgli di solle-