

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura) - Vittorio CORASANITI (Magistrato) - Francesco ELEFANTE (Magistrato) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Il problema della residualità della tutela cautelare atipica rispetto al rito sommario di cognizione¹

Articolo di **Luigi VIOLA**

Il rito sommario di cognizione è essenzialmente un procedimento deformalizzato, privo di scadenze temporali prefissate, introdotto con la legge 69/2009.

Gli elementi caratterizzanti² sono:

- la sommarietà³ (di cui si dirà più avanti);
- l'introduzione tramite un atto del tutto inedito, ovvero il c.d. ricorso in citazione (si tratta formalmente di un ricorso, ma deve presentare la *vocatio in ius*, tipica dell'atto di citazione);
- la riduzione dei tempi, in quanto tra la *vocatio in ius* e la prima udienza trascorrono minimo quaranta giorni, rispetto ai novanta giorni (minimo) del processo ordinario⁴;

¹ Articolo estratto dal volume VIOLA, *Il procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2013.

² VIOLA, *sub 702 bis*, in VIOLA (a cura di), *Codice di procedura civile (sistematico)*, Padova, 2013.

³ MANDRIOLI-CARATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.

⁴ COSENTINO, *Il procedimento sommario di cognizione nella riforma del codice di procedura civile*,

-l'informalità dell'istruttoria (il giudice procede «*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*», ex art. 702-ter c.p.c.);

- l'assenza di «scadenze temporali» ben definite;

-la forma dell'ordinanza per il provvedimento finale (che sembra sottintendere una motivazione meno analitica rispetto al provvedimento emesso nella forma di sentenza);

-la maggiore discrezionalità del giudice⁵, che può mutare rito se ritiene che non sia possibile un'istruzione non sommaria, ex art. 702-ter c.p.c., diversamente dal processo ordinario di cognizione.

Il rito viene modellato su misura al caso⁶.

Ebbene tale rito è sommario, come detto, e non è cautelare, con l'obiettivo dichiarato di assicurare maggiore celerità.

Laddove i requisiti classici cautelari per ottenere un provvedimento ex art. 700 c.p.c. siano concorrenti con quelli per agire ex art. 702 bis c.p.c., l'attore dovrà necessariamente privilegiare quest'ultimo perché tipico?

La tesi preferibile è quella della presenza di residualità, in quanto:

-facendo leva sulla lettera della legge, il procedimento sommario di cognizione è di tipo "ordinario" perché la cognizione è piena, mentre la sommarietà consiste solo nella deformalizzazione; se la cognizione è piena, allora non si vede la ragione per non farlo rientrare nella nozione di "via ordinaria", giustificando così l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. laddove sia esperibile comunque un'azione tramite rito sommario di cognizione; il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c, introdotto dalla legge n. 69/2009 è un procedimento a cognizione piena ma a struttura semplificata⁷, atteso che il requisito della sommarietà riguarda le forme attraverso le quali si svolge il processo (la cui scelta è sostanzialmente rimessa alla valutazione del giudice, salvo l'ineludibile limite del rispetto del contraddittorio), ma non il contenuto dell'accertamento posto a base della decisione, il quale

in *Filodiritto.com*, 2009.

⁵ CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione*, in *Judicium.it*, 2010. L'Autore ipotizza anche un profilo di incostituzionalità con riferimento all'art. 111: se il procedimento è deformalizzato, allora non è regolato dalla legge, diversamente da quanto richiede il comma 1 dell'art. 111 Cost., a proposito del giusto processo; la tesi, per la verità, non è tanto condivisibile perché la fonte della deformalizzazione è proprio la legge.

⁶ VIOLA, *Il rito sommario di cognizione è un vestito su misura alla ricerca di un buon sarto*, in *Postilla.it*, 2011.

⁷ Trib. Catanzaro, Sez. II, 6.6.2011, in *ilProcessoCivile.com*, 44, 2011.

accertamento deve invece tendere alla verifica della fondatezza delle allegazioni di parte in termini di verità (processuale) e non già di mera verosimiglianza;

-facendo leva sulla logica, la sommarietà del procedimento cautelare è diversa da quella del procedimento sommario, perché nel primo caso ci si limita ad accertare il *fumus boni iuris*, mentre nel secondo caso si attua un'istruttoria, seppur deformalizzata; d'altronde, la pronuncia che esce dal sommario è idonea a divenire cosa giudicata ex art. 2909 c.p.c.⁸;

- facendo leva sulla lettera della legge, non vi è alcuna norma che esclude tale compatibilità;

-facendo leva sulla logica, se l'attore è convinto che *de facto* la tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. sia più rapida non vi è ragione di escluderla; tanto più che quella ex art. 702 bis c.p.c. può anche dover seguire le lungaggini ordinarie laddove il giudicante opti per la conversione ex art. 702 ter c.p.c..

In questo senso, pertanto, l'astratta configurabilità di un'azione ex art. 702 bis c.p.c. non esclude quella cautelare atipica ex art. 700 c.p.c., perché la prima è un'azione ordinaria e non cautelare.

Ne segue che, laddove sussistano i requisiti classici dell'azione ex art. 700 c.p.c., pur sussistendo un'astratta azionabilità ex art. 702 bis c.p.c., il ricorrente potrà privilegiare il primo strumento cautelare atipico, ex art. 700 c.p.c.

⁸ VIOLA, *sub* 702 bis, in VIOLA (a cura di), *Codice di procedura civile (sistematico)*, Padova, 2013.