
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, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - 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' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Commento all'ordinanza del [Tribunale ordinario civile di Bologna emanata in data 15 ottobre 2013](#)

“Analisi della compatibilità della tutela cautelare d’urgenza di cui all’art. 700 c.p.c. con il processo sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis, ss., c.p.c.”

di Paolo Baiocchetti¹

Sommario: 1. La massima – 2. Il caso di specie – 3. La soluzione della questione operata dal Tribunale ordinario civile di Bologna – 4. Il commento.

1. La massima.

Affinché il giudicante conceda l’emanazione del provvedimento cautelare d’urgenza ex art. 700 c.p.c. nell’ambito del processo sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis, ss., del codice di rito civile è opportuno quest’ultimo proceda al vaglio della fondatezza

¹ Avvocato; Giudice Sportivo; Assistente universitario in diritto processuale civile e giustizia sportiva.

del diritto invocato in sede cautelare e svolga un giudizio prognostico tendente a quantificare la durata del processo sommario di cognizione, con la conseguenza che il giudicante provvederà alla concessione della misura cautelare d'urgenza esclusivamente qualora venga da egli aprioristicamente esclusa la rapida definizione del giudizio di merito. Inoltre è opportuno l'istante fornisca congrui elementi probatori tesi a suffragare la sussistenza degli elementi del fumus boni iuris e del periculum in mora, che il giudicante provvederà a delibare nell'ambito della summaria cognitio.

2. Il caso di specie.

La società Alfa S.p.A. ha agito in giudizio avanti al Tribunale ordinario civile di Bologna mediante la proposizione di una domanda di merito e di un'azione cautelare d'urgenza in corso di causa ex artt. 669 quater- 700 c.p.c. avverso la società Beta S.p.A.

All'interno del processo sommario di cognizione, previsto e disciplinato dagli artt. 702 bis, ss., c.p.c., mediante la proposizione dell'azione cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. la società Alfa S.p.A. ha chiesto al Tribunale ordinario civile di Bologna: a) in via principale di accertare l'inefficacia del contratto stipulato tra la società Alfa S.p.A. e la società Beta S.p.A. a causa del mancato avverarsi della condizione sospensiva e l'avverarsi della condizione risolutiva, con la conseguente adozione di ogni conseguente declaratoria e disposizione e l'emanazione di ogni ulteriore provvedimento anche in merito alla annotazione della decisione nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2655 c.c.; b) in via subordinata di accertare e dichiarare il mancato avverarsi della condizione sospensiva apposta al contratto stipulato tra la società Alfa S.p.A. e la società Beta S.p.A., con l'adozione di ogni conseguente declaratoria, disposizione e l'emanazione di ogni ulteriore provvedimento anche in merito alla annotazione della decisione nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2655 c.c.; c) in via ulteriormente subordinata di accertare e dichiarare l'avveramento della condizione risolutiva apposta all'anzidetto contratto, con l'adozione di ogni conseguente declaratoria, disposizione e l'emanazione di ogni ulteriore provvedimento anche in merito alla annotazione della decisione nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2655 c.c.

Mediante la proposizione del ricorso instaurativo del processo sommario di cognizione, la società Alfa S.p.A. ha insistito per l'accoglimento delle medesime conclusioni rassegnate all'interno del ricorso cautelare d'urgenza, poc'anzi elencate.

Nell'ambito del processo cautelare interinale si è costituita la società Beta S.p.A., contestando in rito l'inammissibilità della proposta azione cautelare, in quanto meramente anticipatoria della futura sentenza di merito, e nel merito la sussistenza dei presupposti legittimanti il suo eventuale accoglimento.

3. La soluzione della questione operata dal Tribunale ordinario civile di Bologna.

All'interno dell'ordinanza cautelare il Tribunale ordinario civile di Bologna, in composizione monocratica, ha dichiarato di uniformarsi al costante orientamento giurisprudenziale che ammette la concessione in via anticipatoria della tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. avente finalità meramente accertativa, alla luce, altresì, della considerazione secondo la quale il dettato dell'art. 700 c.p.c. non enuclea le azioni che è possibile innescare in via d'urgenza; il provvedimento d'urgenza è incoercibile ma ha natura di atto giurisdizionale, con la sua conseguente idoneità a produrre effetti giuridici secondari, fra i quali il risarcimento del danno conseguente alla inosservanza della misura cautelare² e sanzioni penali ex art. 388, co. II, c.p., essendo ravvisabile un apprezzabile, concreto interesse giuridicamente tutelabile, facente capo alla persona richiedente la tutela cautelare, all'ottenimento, nelle more dello svolgimento del giudizio di merito, di un provvedimento cautelare inerente d'urgenza avente carattere meramente accertativo finalizzato all'ottenimento della rimozione della situazione di incertezza giuridica, avente ad oggetto un rapporto od un fatto, generato dalle altrui contestazioni in merito alla titolarità ovvero all'esercizio del diritto cautelando.

In tal maniera il Tribunale ordinario civile di Bologna ha ritenuto ammissibile l'azione cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. proposta dalla società ricorrente Alfa S.p.A. al fine di ottenere la tutela meramente accertativa del diritto cautelando.

In relazione al requisito del *periculum in mora* il Giudicante *de quo* ha, però, ritenuto che la società ricorrente Alfa S.p.A. si sia limitata esclusivamente ad individuarlo nella sua impossibilità di disporre del bene, a causa dell'incertezza nei confronti dei terzi possibili acquirenti, derivante dalla pregiudizievole trascrizione dell'atto di vendita intervenuto tra la società Alfa S.p.A. e la società Beta S.p.A. e dall'impossibilità di procedere alla annotazione della mancata verifica delle condizioni sospensiva e risolutiva che, ai sensi dell'art. 2655 c.c., può avvenire esclusivamente ad iniziativa della società resistente Beta S.p.A.

Il Tribunale ordinario civile di Bologna ritiene che il requisito del *periculum in mora*, lamentato dalla società ricorrente Alfa S.p.A., si concreti unicamente nel pregiudizio derivante dal tempo necessario alla emanazione della decisione di merito e che la richiesta di annotazione del mancato avveramento della condizione, in difetto di spontanea iniziativa della società resistente Beta S.p.A., può, ai sensi dell'art. 2655

² Cass. Civ., 17 luglio 1979, n. 4217.

c.c., avvenire esclusivamente mediante la emanazione di una sentenza. Inoltre il Giudicante ritiene che la società Alfa S.p.A., previo rilascio di idonee garanzie fornite alla parte acquirente, può procedere alla vendita del bene.

Nella parte conclusiva della propria ordinanza cautelare il Tribunale ordinario civile di Bologna rigetta l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente società Alfa S.p.A. poiché, considerato che l'istanza cautelare medesima è stata invocata nell'ambito di un processo sommario di cognizione ex art. 702 bis ss. c.p.c. e che non può nel caso di specie essere esclusa la rapida definizione della controversia di merito, il requisito del *periculum in mora* appare incompatibile con le caratteristiche proprie del processo sommario di cognizione, con il conseguente rigetto dell'istanza cautelare.

4. Il commento.

Il Tribunale ordinario civile di Bologna, in composizione monocratica, mediante l'emanazione dell'ordinanza cautelare emanata in data 15 ottobre 2013 giunge alla conclusione che il provvedimento d'urgenza previsto e disciplinato all'interno dell'art. 700 del codice di rito civile è incompatibile con il procedimento sommario di cognizione disciplinato all'interno degli artt. 702 bis- 702 ter e 702 quater c.p.c. esclusivamente allorché il giudice ritenga che il processo di merito si concluderà in un breve lasso di tempo, non aprioristicamente escludibile al momento della proposizione della domanda di merito, in tal maniera negandosi la sussistenza del requisito del *periculum in mora* alla base dell'istanza finalizzata alla concessione della tutela cautelare. Inoltre il Tribunale ordinario civile di Bologna ritiene che il provvedimento cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., pur avente esclusivamente natura di accertamento, sia provvisto delle seguenti caratteristiche: a) incoercibilità; b) natura giurisdizionale, in quanto tale idoneo a produrre effetti giuridici secondari, quale il risarcimento del danno discendente dall'inosservanza della misura cautelare³ e le sanzioni penali previste dall'art. 388, co. II, c.p.; c) qualora il giudizio di merito si svolga mediante la forma del giudizio sommario di cognizione ex artt. 702 bis- 702 ter e 702 quater c.p.c., in relazione al requisito del *periculum in mora* il richiedente la tutela cautelare deve provare il carattere della irreparabilità del danno che subirebbe nel tempo ad egli occorrente a pervenire ad una decisione di merito.

Il Giudice prosegue affermando che nelle more del giudizio ordinario di cognizione è possibile richiedere l'emanazione di un provvedimento cautelare d'urgenza avente valore accertativo⁴, finalizzato alla rimozione della situazione di incertezza giuridica

³ Cass. Civ., 17/07/1979

⁴ Trib. Civ. Bari, Sez. III, ordinanza del 09/11/2012.

determinata dalle contestazioni altrui in merito alla titolarità ovvero all'esercizio del diritto cautelando.

È opportuno passare in rassegna i caratteri dottrinari fondanti il giudizio sommario di cognizione.

Una delle novità maggiormente significative introdotte all'interno del codice di rito dalla legge n. 69/2009 consiste nell'inserimento, operato dall'art. 51, co. 1, nel suo ambito del "procedimento sommario di cognizione", disciplinato nel libro IV, titolo I, capo III bis, rubricato "del procedimento sommario di cognizione", negli artt. 702 bis ("Forma della domanda. Costituzione delle parti"), 702 ter ("Procedimento") e 702 quater ("Appello") del codice di procedura civile.

La delega legislativa contenuta all'interno dell'art. 51, co. 1 della legge n. 69/2009 ha configurato il "procedimento sommario di cognizione" come modello paradigmatico il cui procedimento deve essere seguito da tutti quei procedimenti civili di natura contenziosa, anche se trattati in camera di consiglio, in cui sono prevalenti i caratteri di semplificazione della trattazione ovvero dell'istruzione della causa.

Il "procedimento sommario di cognizione" è un "procedimento speciale" (considerato che la relativa disciplina legislativa si differenzia da quella del procedimento ordinario di cognizione) ed "a cognizione sommaria" (poiché la conoscenza dei dati fattuali rilevanti per la decisione giudiziale non viene acquisita all'interno del processo civile mediante i mezzi di prova previsti dal c.p.c., bensì attraverso un'istruttoria particolarmente semplificata la cui concreta determinazione è rimessa alla discrezionalità del giudice civile, il quale può ampiamente fare riferimento a fonti di prova non disciplinate dalla legge, cc. dd. "prove atipiche", al fine di formare il proprio convincimento per giungere alla decisione della causa).

Il "procedimento sommario di cognizione" si pone come alternativo rispetto al procedimento ordinario di cognizione avanti al Tribunale in composizione monocratica, e persegue l'obiettivo di definire solertemente i giudizi per i quali è sufficiente una istruttoria sommaria (o meglio deformatizzata).

L'ambito di applicazione del "procedimento sommario di cognizione" è esteso, *ergo*, alle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica, e la scelta di percorrere tale rito è esclusivamente rimessa all'iniziativa dell'attore, il quale può liberamente scegliere se introdurre la causa con il rito ordinario, consistente nel procedimento ordinario di cognizione, ovvero con il rito speciale concretantesi nel procedimento sommario di cognizione, fatta salva la possibilità del giudice di disporre, con ordinanza non impugnabile ex art. 702 ter, co. 3, c.p.c., il "mutamento del rito", consistente nella fissazione della data dell'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della

causa di cui all'art. 183 c.p.c. qualora ritenga che la causa richieda lo svolgimento di una istruttoria non sommaria.

Nella prima udienza il giudice verifica se la causa può essere decisa sulla base di una attività istruttoria di tipo sommario, cioè superficiale: a) se il giudice ritiene che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruttoria non sommaria, con ordinanza non impugnabile fissa, come anzidetto, la data dell'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa di cui all'art. 183 c.p.c. ed il processo prosegue nelle forme del procedimento ordinario di cognizione, con il conseguente esperimento di una attività istruttoria di tipo ordinario, non più sommario; b) qualora il giudice ritenga che la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto richieda una attività istruttoria piena e non sommaria, procede alla "separazione" della domanda riconvenzionale dal ricorso introduttivo e dalla comparso di costituzione e risposta, cosicché verranno seguite le regole dettate per il procedimento sommario di cognizione, con l'espletamento di un'attività istruttoria semplificata e superficiale, per la causa introdotta con il ricorso attoreo e la relativa comparso di costituzione e risposta depositata dal convenuto, e verranno fedelmente osservate le disposizioni contenute all'interno del codice di rito riguardo al procedimento ordinario di cognizione, con l'osservanza delle regole regolanti lo svolgimento dell'attività istruttoria di tipo ordinario, per la domanda riconvenzionale avanzata dalla parte convenuta del giudizio; c) nel caso in cui il giudice civile ritenga che il processo possa essere deciso mediante l'espletamento di una attività istruttoria di tipo sommario, egli, "sentite le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio", procede all'espletamento della più opportuna attività istruttoria al fine della decisione della causa, stabilendo, altresì, le modalità maggiormente opportune al fine di acquisire elementi probatori, siano essi tipici od atipici.

Il "procedimento sommario di cognizione" è caratterizzato da celerità anche nella fase decisoria: esso si conclude con ordinanza, provvedimento giurisdizionale meno articolato e complesso della sentenza, mediante la quale il giudice accoglie (ovvero rigetta) la domanda propositagli, provvedendo sulle spese del giudizio ai sensi degli artt. 91 ss. c.p.c.

L'ordinanza è provvisoriamente esecutiva ed è titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione.

L'ordinanza è impugnabile mediante l'appello, proponibile entro giorni trenta decorrenti dalla comunicazione ovvero notificazione della stessa ex art. 702 quater c.p.c.

Nel giudizio di appello avente ad oggetto l'ordinanza emessa al termine del procedimento sommario di cognizione non sono, generalmente, ammessi ulteriori mezzi di prova e nuovi documenti, eccetto il caso in cui il collegio li ritenga "rilevanti" ai fini

della decisione della causa, ovvero la parte dimostri di non averli potuti proporre per una causa a sé non imputabile.

Se l'ordinanza non viene tempestivamente fatta oggetto di gravame essa produce i medesimi effetti giuridici della sentenza passata in giudicato, considerato che l'accertamento in essa contenuto fa stato, ad ogni effetto, tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, in base al combinato disposto degli artt. 702 quater c.p.c. e 2909 c.c.

Dopo aver passato in rassegna i tratti caratteristici fondanti il procedimento sommario di cognizione, si analizzano i tratti distintivi della tutela cautelare d'urgenza.

Ai sensi dell'art. 700 c.p.c., rubricato "condizioni per la concessione", *"fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito"*.

L'art. 700 c.p.c. rappresenta la norma di chiusura dei procedimenti cautelari, dal momento che disciplina la misura cautelare atipica applicabile nel momento in cui non è possibile applicare nel caso di specie una misura cautelare tipica. Emerge che la tutela cautelare d'urgenza disciplina una misura cautelare atipica, residuale e sussidiaria cui è possibile ricorrere esclusivamente qualora è necessario ottenere una tutela cautelare in mancanza di previsione da parte dell'ordinamento giuridico di una tutela cautelare tipica, per la ricorrenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile⁵.

L'autorità giudiziaria può concedere l'applicazione della misura cautelare d'urgenza alla ricorrenza dei seguenti requisiti: a) il diritto azionato in sede cautelare è possibile oggetto di un giudizio ordinario di cognizione; b) il diritto non è tutelabile mediante l'esperimento di una misura cautelare atipica; c) nel caso di specie ricorrono i requisiti del *fumus bonis iuris* (consistente nell'apparente titolarità del diritto azionato all'interno del processo ordinario di cognizione) e del *periculum in mora* (concretantesi nel pregiudizio che l'istante subirebbe qualora non venisse concessa l'agognata misura cautelare nelle more dell'ottenimento della tutela di merito)⁶.

Emerge che chi intende far valere il proprio diritto in sede cautelare, ai fini della erogazione della tutela d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., deve provare la fondatezza del proprio diritto, che il giudicante dovrà delibare nell'ambito di una *summaria cognitio*, caratterizzata da un accertamento probatorio non rigoroso quanto quello che si svolge all'interno di un processo ordinario di cognizione, essendo all'uopo sufficiente che il richiedente la tutela cautelare fornisca circostanze sulle quali si fondi l'apparente

⁵ Trib. Civ. Civitavecchia, 03/08/2007; Trib. Civ. Bari, 30/03/2006.

⁶ Trib. Civ. Civitavecchia, 25/05/2009; Trib. Civ. Messina, Sez. I, 17/07/2007, n. 3619.

titolarità a suo capo del diritto fatto valere in sede cautelare e di merito, in maniera da giustificare l'emanazione di un provvedimento anticipatorio della decisione finale⁷.

Il requisito del "pregiudizio imminente ed irreparabile" previsto dall'art. 700 del codice di rito civile, quale elemento condizionante la concessione del provvedimento cautelare d'urgenza, deve involgere posizioni di diritto soggettivo, di carattere assoluto o relativo, principalmente attinenti alla sfera personale del soggetto – pur dotate di copertura costituzionale – che rendono necessario un pronto ed immediato intervento cautelare finalizzato a tutelare, a pena di definitiva ed irreversibile compromissione della posizione giuridica soggettiva tutelata⁸.

La tutela cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. deve ritenersi ammissibile anche per la tutela di crediti pecuniari qualora il loro soddisfacimento si appalesi necessario al fine di assicurare il bene dell'esistenza libera e dignitosa presidiato dall'art. 36 Cost., potendo derivare dal ritardo nel relativo pagamento un pregiudizio irreparabile⁹.

La misura cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. rappresenta una misura cautelare avente carattere anticipatorio e connotata dalla c.d. "strumentalità attenuata (o debole)", con la conseguenza che, affinché mantenga la propria esecutività, ai sensi dell'art. 669 octies c.p.c., a seguito della sua concessione *ante causam* non è necessario instaurare il processo di merito nel termine di decadenza non superiore a sessanta giorni ed è necessario il giudice decida in merito alle spese all'interno dell'ordinanza cautelare medesima¹⁰.

L'ordinanza in commento emanata dal Tribunale ordinario civile di Bologna, in composizione monocratica, appare corretta alla luce delle seguenti ragioni giustificatrici. Al momento di proposizione dell'istanza cautelare nell'ambito di un giudizio sommario di cognizione, è opportuno il giudicante proceda ad un vaglio teso a quantificare la possibile durata del giudizio di merito medesimo: a) qualora il giudice si renda conto che il giudizio di merito di cognizione sommaria non possa essere svolto secondo i dettami propri degli artt. 702 bis- 702 ter e 702 quater c.p.c., poiché l'intera domanda di merito o esclusivamente la domanda riconvenzionale proposta dal resistente richiedano un'istruttoria non sommaria ma ordinaria, il giudice, alla ricorrenza dei presupposti legittimanti la concessione della tutela cautelare d'urgenza, deve concedere il provvedimento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c.; b) allorquando il giudicante accerti la non celere definizione del giudizio sommario di cognizione alla ricorrenza dei requisiti consistenti nel *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e degli altri presupposti legittimanti l'emanazione del provvedimento cautelare d'urgenza, concede l'emanazione

⁷ Trib. Civ. Bari, Sez. lav., 15/04/2008.

⁸ Trib. Civ. Nola, Sez. II, 09/10/2008; Trib. Civ. Ferrara, 07/03/2006.

⁹ Trib. Civ. Milano, 15/12/2006.

¹⁰ Trib. Civ. Genova, 11/05/2007; Trib. Civ. Ivrea, 28/06/2006; Trib. Civ. Milano, 07/06/2006.

della misura cautelare d'urgenza; c) qualora il giudice verifichi la rapida definizione del procedimento sommario di cognizione non concede, correttamente, la concessione della misura cautelare, dal momento che la problematica sottesa sia alla domanda cautelare che a quella di merito verrà in poco tempo analizzata, non in maniera ordinaria ma neppure contraddistinta dalla sommarietà propria dell'accertamento probatorio proprio del procedimento cautelare, nell'ambito del giudizio sommario di cognizione.

Inoltre è opportuno sottolineare un'altra interessante osservazione, contenuta all'interno dell'ordinanza cautelare in commento, consistente nella sufficienza dell'ancoraggio probatorio che deve necessariamente caratterizzare l'istanza cautelare tesa ad ottenere la concessione del provvedimento cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. E' pur vero che il procedimento cautelare è caratterizzato da una *summaria cognitio*, ma è pur vero che ogni provvedimento emanato dall'autorità giudiziaria, sia esso cautelare ovvero di merito, deve essere motivato e deve fondarsi su sufficienti prove suffraganti la fondatezza della domanda di cautelare e di merito.