

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Il rito abbreviato societario

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
XVII Ciclo

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Renato Oriani

Relatore:

Chiar.mo Prof. Francesco De Santis

Dottoranda:

dott.ssa Rosa Vitolo

Ai miei Maestri
il Prof. Francesco Vitolo, mio padre,
il Prof. Giovanni Arieta,
il Prof. Francesco De Santis
con infinita riconoscenza ed ammirazione.

INDICE

CAPITOLO I IL RITO ABBREVIATO SOCIETARIO

1. Il rito abbreviato societario: le disposizioni dell'art. 24, d. lgs. n. 5 del 2003	1
2. La <i>ratio</i> del giudizio abbreviato. L'elaborazione dell'istituto finalizzata ai giudizi di impugnazione delle delibere assembleari	3
3. Il corrispondente modello del processo amministrativo	6
4. Tutela cautelare e giudizio abbreviato: applicabilità dell'art. 669- <i>bis</i> ss., in quanto compatibili	8
5. L'individuazione del giudice competente sulla domanda cautelare proposta in corso di causa nel rito societario e la generale monocraticità del giudice della cautela	9
5.1 Il giudice competente quando la domanda cautelare è proposta dopo il decreto di fissazione dell'udienza	12
5.2 Un'ipotesi di competenza collegiale: l'istanza cautelare è proposta direttamente all'udienza di discussione <i>ex</i> art.16.....	15
6. Il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti. Il giudice può prefigurare alle parti l'intenzione di procedere col rito abbreviato. L'ampliamento del <i>thema decidendum</i> : l'invito a depositare i documenti rilevanti.	16
6.1 L'eventuale svolgimento di una trattazione scritta: la concessione facoltativa di termini per il deposito di documenti, memorie e repliche	20
7. L'udienza di comparizione delle parti.....	22
8. Un primo possibile esito dell'udienza di comparizione: la pronuncia del provvedimento cautelare. L'ultrattività della misura concessa. La statuizione sulle spese. La pronuncia con decreto	23

9. Un diverso esito dell'udienza di comparizione: la "virata" verso il giudizio abbreviato	26
9.1 Il giudice competente a disporre il giudizio abbreviato è lo stesso chiamato alla trattazione della domanda cautelare e si trasforma in giudice relatore o monocratico.....	27
10. I presupposti per l'accesso al rito abbreviato <i>ex art. 24, comma 4: a)</i> la maturità della causa per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova...	30
10.1 Ipotesi applicative di "maturità" della causa: la decisione della causa dipende dalla risoluzione di questioni di diritto. Casistica.....	30
10.2 La "maturità" della causa quando essa non necessita di ulteriore istruzione. La compatibilità del giudizio abbreviato con l'assunzione di mezzi istruttori nell'udienza di comparizione	32
11. I presupposti per l'accesso al rito abbreviato <i>ex art. 24, comma 4: b)</i> il giudizio è comunque in condizione di essere definito	34
12. Gli altri presupposti per l'accesso al rito abbreviato	35
12.1 La proposizione dell'istanza cautelare in corso di causa: il rispetto del principio della domanda e della corrispondenza fra chiesto e pronunciato	35
12.2 L'accesso al giudizio abbreviato può prescindere dalla sussistenza del <i>periculum in mora</i>	37
12.3 I limiti temporali per l'accesso al rito abbreviato	38
12.4 La possibilità delle parti di influire sulle determinazioni del giudice in ordine all'accesso al rito abbreviato societario	40
12.5 L'integrazione del contraddittorio. La contumacia del convenuto.....	42
12.6 La tutela del diritto di difesa del convenuto mediante la concessione di termini per il deposito di atti difensivi	43
13. La comunicazione alle parti presenti e la tutela del principio del contraddittorio.....	45
14. La fase della decisione. Competenza del giudice monocratico e contestualità della pronuncia della sentenza nella stessa udienza. Si realizza compiutamente il modello "concentrato" pensato dal legislatore	46
14.1 Possibilità di disporre un rinvio dell'udienza.....	47
15. L'ipotesi più frequente: la causa rientra nella competenza del collegio. Il decreto di fissazione dell'udienza collegiale.....	48

15.1 Il contenuto del decreto di fissazione dell'udienza.....	49
15.2 La fissazione di due udienze: quella per la precisazione delle conclusioni e quella per la discussione.	50
15.3 La concessione della misura cautelare ed il contestuale accesso al rito abbreviato.....	52
16. La pronuncia della sentenza a norma dell'art. 281- <i>sexies</i> c.p.c.: la lettura immediata del dispositivo e la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.....	55
16.1 La lettura immediata del dispositivo	56
17. I rapporti fra giudice designato e collegio nell'eventualità che il collegio, investito della decisione, dissenta dalla valutazione in ordine all'accesso al rito abbreviato. Le soluzioni giurisprudenziali.....	57
18. Il rinvio dell'udienza di discussione.....	59
18.1 Le misure idonee ad assicurare gli effetti della decisione: il giudice può provvedere sulla domanda cautelare originaria o su nuove istanze dirette a fronteggiare pericula sorti medio tempore	61
19. I rapporti tra giudizio di merito e giudizio collegiale nell'ipotesi in cui il giudizio di merito si concluda prima del reclamo eventualmente proposto.....	62

CAPITOLO II
IL GIUDIZIO ABBREVIATO
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

20. L'origine del rito abbreviato nel processo amministrativo: l'art. 19 del d.l. n. 67 del 1997. La <i>ratio</i> di un sistema processuale <i>ad hoc</i> per le controversie in materia di opere pubbliche.....	64
21. I precedenti tentativi legislativi volti a ridurre la distanza temporale fra la concessione della cautela e la tutela di merito.....	66
22. L'art. 31- <i>bis</i> della legge n. 109 del 1994, c.d. legge Merloni. L'accelerazione dei tempi processuali: la fissazione dell'udienza di merito senza la contestuale pronuncia cautelare, su richiesta dei controinteressati o dell'amministrazione procedente.....	67
23. La sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 16 luglio 1996: la trattazione urgente del merito non esclude che il giudice sia tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato. I tempi rapidi del processo non possono incidere sulla tutela cautelare fino ad eliderla	69

23.1 L'essenzialità della tutela cautelare nelle pronunce della Corte costituzionale in ossequio al principio per cui la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione	72
24. La matrice giurisprudenziale del giudizio abbreviato amministrativo. Gli orientamenti del Tar Veneto ed il cd. rito veneziano: la fissazione a breve termine dell'udienza di merito in luogo della misura cautelare con il consenso di tutte le parti	75
25. L'art. 19 d.l. n. 67 del 1997: il "microsistema" normativo del processo in materia di opere pubbliche. L'automatica ed officiosa conversione della fase cautelare in decisione di merito, la riduzione alla metà di tutti i termini processuali e la sentenza in forma breve.....	77
25.1 Forza espansiva del modello: i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità garante delle comunicazioni	79
26. La portata innovativa dell'art. 19: la conversione disposta d'ufficio e la sentenza resa nella stessa camera di consiglio con motivazione in forma abbreviata.....	80
27. Presupposti di applicazione dell'art. 19. La conversione del rito svincolata dall'iniziativa delle parti e rimessa all'apprezzamento del giudice. Gli orientamenti giurisprudenziali circa il ruolo delle parti.....	81
28. Il requisito dell'"immediatezza" della decisione di merito, la mancata concessione della sospensiva e la tutela del diritto di difesa: le ordinanze di rinvio dell'art. 19 (commi 2 e 3) alla Corte Costituzionale.....	84
29. La sentenza della Corte costituzionale n. 427 del 10 novembre 1999 quale "paradigma" costituzionale del giudizio abbreviato.....	86
29.1 Sull' "immediatezza" della decisione: il giudice come "garante dell'equilibrio" fra norme che consentono la definizione accelerata della controversia e norme a garanzia del diritto di difesa.....	88
30. Alcune riflessioni sui principi contenuti nella sentenza della Corte n. 427 del 1999.....	90
30.1 Le condizioni che legittimano l'alternatività della decisione di merito rispetto alla pronuncia cautelare: l'equivalenza delle tutele presuppone che l'istante ricavi dal provvedimento finale utilità non minori di quelle per le quali ha agito, compresa la tempestività dell'intervento.....	90
30.2 Il giudice deve essere garante del necessario rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.....	92
31. La legge n. 205 del 2000: il rito immediato <i>ex</i> art. 21, comma 9, ed il rito abbreviato <i>ex</i> art. 23- <i>bis</i> , l. n. 1034 del 1971. Specialità del rito e riti speciali.....	93
32. Il rito "immediato" <i>ex</i> art. 21, comma 9, della l. n 1034 del 1971 come istituto di portata generale. I presupposti sostanziali e quelli processuali del passaggio dal giudizio cautelare al giudizio di merito.....	96

33. La fissazione della camera di consiglio per la decisione della domanda cautelare. La conversione del rito è possibile anche nelle eventuali successive camere di consiglio fissate per la trattazione degli incidenti di esecuzione	99
33.1 Confronto con il rito abbreviato societario: l'accesso alla decisione immediata in sede di attuazione delle misure cautelari ovvero in sede di reclamo.....	101
34. Nel giudizio abbreviato amministrativo la completezza del contraddittorio sussiste per effetto della notifica del ricorso. La mancata costituzione delle parti o la loro mancata comparizione non ostano alla decisione immediata	103
34.1 Confronto con il rito abbreviato societario: la (mancata) costituzione delle parti	106
35. La “completezza dell'istruttoria” nel giudizio abbreviato amministrativo e la relatività della valutazione in base alle caratteristiche della causa	109
36. La tutela del diritto di difesa delle parti nel giudizio abbreviato amministrativo: l'avviso ai difensori circa la scelta di definire il giudizio nel merito. L'audizione delle parti costituite non implica il loro consenso.	110
37. Il contraddittorio delle parti circa i presupposti di accesso alla definizione immediata del giudizio. L'eventuale dissenso o la mancata comparizione dei difensori	112
37.1 Confronto con il rito abbreviato societario: la “comunicazione alle parti presenti” come garanzia del principio del contraddittorio.....	114
38. I presupposti sostanziali di accesso al giudizio abbreviato amministrativo: la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, o infondatezza del ricorso. Il carattere “manifesto” dei presupposti.....	115
39. La pronuncia di misure cautelari interinali nell'ipotesi di integrazione del contraddittorio	116
40. L'art. 23- <i>bis</i> e l'accelerazione del rito	117
41. Le tutele differenziate nel processo amministrativo. Il concetto di “specialità” del rito e l'art. 23- <i>bis</i> , l. n. 1034/71	118
42. La tutela cautelare nei giudizi <i>ex art. 23-bis</i> ed il giudizio “accelerato”.....	122
43. I presupposti del giudizio abbreviato <i>ex art. 23-bis</i>	123
44. La fissazione dell'udienza di discussione e la pronuncia delle “opportune misure cautelari”	124

CAPITOLO III INQUADRAMENTO SISTEMATICO

DEL RITO ABBREVIATO SOCIETARIO

45. L'inquadramento sistematico del giudizio abbreviato: i percorsi	126
46. A) Inquadramento strutturale: il rito abbreviato come tutela "differenziata". La nozione di "tutele giurisdizionali differenziate" ricomprende sia i riti "speciali" a cognizione piena sia le tutele sommarie non cautelari	127
47. I parametri di legittimità costituzionale delle tutele differenziate: il principio di uguaglianza e il "dovuto processo legale"	132
48. I procedimenti in materia societaria si inseriscono nel novero delle tutele "differenziate". Il processo di cognizione ordinaria societario come esempio di "tutela normale speciale"	134
49. Gli elementi di "specialità" del rito abbreviato societario: l'assenza di predeterminazione legislativa delle forme del procedimento	136
50. Il giudizio abbreviato come processo speciale (o semplificato) a cognizione piena: la semplificazione delle forme non è sufficiente a determinare la natura degli effetti prodotti. Il giudizio abbreviato costituisce una tutela normale speciale	138
51. Un'altra possibile classificazione: il giudizio abbreviato come processo sommario indeterminato	140
52. B) Inquadramento funzionale: a) il rito abbreviato costituisce un giudizio a cognizione piena. Gli indici utili ai fini della ricostruzione: il provvedimento finale è una sentenza idonea al giudicato <i>ex art. 2909 c.c.</i>	141
53. Non v'è limitazione ai poteri cognitivi del giudice né quanto ai fatti da accertare né quanto ai mezzi per raggiungere tale accertamento. I presupposti della conversione impongono l'idoneità della causa ad essere decisa nel merito e la completezza dell'istruttoria	142
53.1 Le condizioni che giustificano la decisione di merito secondo modalità temporali abbreviate: il carattere "manifesto" dell'esito della causa, la natura prettamente documentale della stessa, la sostanziale coincidenza fra l'istruzione probatoria cautelare e quella di merito	145
54. La semplificazione delle forme non determina necessariamente la natura sommaria della cognizione. Le contrarie impostazioni dottrinali basate sull'uso indifferenziato dei termini "procedimento sommario" e "cognizione sommaria"	146
55. L'interferenza fra la cognizione sommaria e la cognizione piena. Lo sviluppo della cognizione cautelare: il vaglio dei presupposti e la relativa attività istruttoria	148
56. L'approfondimento delle prospettive decisorie di merito già in sede cautelare. La diversa valutazione degli aspetti giuridici e fattuali del <i>fumus boni iuris</i> : sulle questioni di diritto il giudice si esprime in termini di convincimento. In tali ipotesi, la cognizione è la medesima che sarebbe svolta in sede di merito	152

57. L'interferenza fra cautela e merito quanto all'oggetto: la cognizione cautelare si esercita sul medesimo diritto oggetto del processo di merito, seppure la valutazione venga svolta in chiave probabilistica	155
57.1 Alcuni casi giurisprudenziali di emanazione del provvedimento definitivo di merito in luogo del provvedimento d'urgenza ovvero di conversione d'ufficio del rito cautelare in rito ordinario: ipotesi di rito abbreviato <i>ante litteram</i>	157
58. Ipotesi applicative di coincidenza fra il contenuto della cognizione cautelare e quello della cognizione di merito. La cognizione piena come un a posteriori e non un a priori	159
59. Le condizioni per l'utilizzabilità dell'istruttoria cautelare ai fini della decisione di merito	160
60. B) Inquadramento funzionale: b) il meccanismo processuale su cui si fonda il giudizio abbreviato: la pronuncia della misura cautelare resta assorbita e superata dalla immediata decisione di merito	163
60.1 Il fenomeno dell'assorbimento della misura cautelare nella decisione di merito: le diverse ipotesi di accertamento dell'esistenza ovvero dell'inesistenza del diritto cautelato. Tesi sulla sopravvivenza del provvedimento d'urgenza alla sentenza di merito.....	164
61. Assorbimento e ultrattività delle misure cautelari	167
62. Le condizioni per l'alternatività della pronuncia di merito rispetto alla concessione del provvedimento cautelare. La sentenza è idonea ad assorbire la pronuncia del provvedimento cautelare purché sussista l'immediatezza della pronuncia di merito	168
63. Verifica circa l'immediatezza della pronuncia di merito nel rito abbreviato societario. Il problema della mancata concessione della tutela cautelare nel tempo intercorrente ad ottenere la pronuncia di merito ed il vuoto di tutela giurisdizionale.....	171
64. L'alterazione del modello astratto predisposto dal legislatore. Ipotesi applicative di coesistenza fra la misura cautelare e il rito abbreviato. Il rinvio dell'udienza cautelare.....	173
65. Un'ulteriore ipotesi di necessaria pronuncia della misura cautelare. La concessione della misura cautelare con decreto. Il caso tipico della sospensione delle delibere assembleari <i>ex art. 2378 c.c.</i> . Il giudice competente.....	174
66. La concessione con decreto, la successiva udienza per la conferma, modifica o revoca, e l'accesso al rito abbreviato: la necessaria pronuncia sulla misura cautelare.....	177
67. L'utilità del rito abbreviato nell'ipotesi di infondatezza della domanda: il giudice, anziché rigettare la domanda cautelare, dispone immediatamente per il merito.....	178

CAPITOLO IV CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

68. I dubbi di legittimità costituzionale formulati in dottrina	180
69. L'eccesso di delega e la posizione del Tribunale di Tivoli.....	180
70. La tutela del diritto di difesa delle parti: la formazione anticipata del <i>thema decidendum</i> e del <i>thema probandum</i>	182
71. Rito abbreviato societario e giusto processo regolato dalla legge	185
72. L'accesso al rito abbreviato societario ed il diritto ad ottenere una misura cautelare ...	186
73. La complessità della controversia e l'elasticità del rito. Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario.....	187
BIBLIOGRAFIA	190

CAPITOLO I

IL RITO ABBREVIATO SOCIETARIO

1. Il rito abbreviato societario: le disposizioni dell'art. 24, d. lgs. n. 5 del 2003

Il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, recante “*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*” ha dato vita normativa ad un ricco complesso di norme processuali, destinate a regolare un apposito rito per le controversie in materia societaria, secondo l'ambito di applicazione delineato nell'art. 1 del decreto stesso. Il nuovo sistema delineato dal legislatore si è contraddistinto subito per la “asistematicità” delle scelte tecniche effettuate¹, rispetto alle impostazioni del vigente codice di procedura civile. Il decreto in questione risulta essere una sorta di contenitore per una pluralità di modelli di tutela giurisdizionale, ognuno dei quali destinato a fornire utilità particolari, rimettendo al soggetto che agisce la scelta circa il mezzo da scegliere in ragione dell'obiettivo perseguito. Oltre ad un rito di cognizione ordinaria fortemente diversificato rispetto al modello generale, soprattutto quanto alla fase preparatoria, ed in aggiunta a notevoli innovazioni ai procedimenti già esistenti, quali l'attenuazione della strumentalità delle misure cautelari, il legislatore ha tentato la sperimentazione di alcuni nuovi istituti, al fine di rendere gli strumenti processuali più idonei al vantaggio perseguito.

¹ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 3.

Il rito abbreviato societario costituisce proprio uno di questi modelli processuali di nuovo conio e rappresenta una delle maggiori novità introdotte con le norme relative al rito societario, poiché si tratta di un istituto del tutto sconosciuto in precedenza nel processo civile italiano.

Esso realizza un possibile esito della proposizione della domanda cautelare in corso di causa, cioè dopo la notificazione dell'atto di citazione². La norma di riferimento è l'art. 24, d. lgs. n. 5 del 2003, il quale, nei primi tre commi, disciplina la proposizione della domanda cautelare in corso di causa e, nei successivi quattro commi, introduce le previsioni sul rito abbreviato. In particolare, il comma 4 dell'art. 24 prevede la possibilità che il giudice designato per la trattazione della domanda cautelare, qualora all'udienza di comparizione delle parti ritenga che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito, ne dà comunicazione alle parti presenti e le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito; nella stessa udienza, se si tratta di causa non riservata al tribunale in composizione collegiale, pronuncia sentenza, al termine della discussione.

Nell'ipotesi, invece, di causa riservata alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, il giudice designato fissa l'udienza di discussione, nei successivi trenta giorni, dinanzi al collegio (comma 5).

In esito alla discussione la sentenza è pronunciata secondo il modello decisorio a seguito di trattazione orale *ex art. 281-sexies c.p.c.*, ovvero il tribunale (in composizione monocratica o in composizione collegiale), fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in una successiva udienza, e pronunciare sentenza al termine della discussione stessa, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. Se, però, la complessità della causa impedisce o rende difficoltosa la contestuale redazione della motivazione, il giudice si limita a dare lettura del dispositivo in udienza, depositando la motivazione nei successivi quindici giorni (comma 6).

In caso di rinvio della discussione, il giudice può sempre adottare le misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito (comma 7).

² L'art. 24, comma 1, prevede che la domanda cautelare si propone con ricorso depositato in cancelleria. Tale previsione ha portato a ritenere che occorra non soltanto la previa notifica dell'atto di citazione, ma anche la costituzione in giudizio, la quale implica, appunto, la formazione di un fascicolo d'ufficio in cui depositare il ricorso contenente l'istanza cautelare. In tal senso v. OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, in *nm. iudicium. it.*, § 3, ma, *contra*, v. BUONCRISTIANI, in *Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Luiso, Torino 2006, 411, secondo il quale la cancelleria formerà il fascicolo d'ufficio comunque quando riceve il deposito del ricorso con l'istanza cautelare ovvero, pur successivamente, sarà sempre possibile procedere alla riunione dei due fascicoli d'ufficio aperti, quello cautelare e quello del merito.

Infine, il comma 8 dell'art. 24 estende le previsioni in esso contenute all'istanza di sospensione *ex art. 2378 c.c.*, specificando che la società, ricevuta la notifica dell'istanza di sospensione, ne dà notizia agli amministratori e ai sindaci.

Il meccanismo congegnato dal legislatore prevede, quindi, che la richiesta di una misura cautelare contestualmente o successivamente alla proposizione della domanda di merito consenta al giudice designato di valutare l'idoneità della causa ad essere decisa con sentenza, soprassedendo sulla concessione del provvedimento provvisorio, con evidenti finalità di accelerazione dei giudizi.

2. La *ratio* del giudizio abbreviato. L'elaborazione dell'istituto finalizzata ai giudizi di impugnazione delle delibere assembleari

La Relazione governativa di accompagnamento al decreto riconduce l'istituto del giudizio abbreviato all'attuazione del punto 2 d) dell'art. 12 della legge delega nella parte in cui essa prevedeva “un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio, che conduca all'emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato”. Tale giudizio sommario sarebbe stato realizzato in duplice maniera: da un lato, mediante il procedimento sommario disciplinato dall'art. 19, “come forma di semplificazione estrema” delle controversie che abbiano ad oggetto esclusivamente il pagamento di una somma di denaro o la consegna di una cosa mobile determinata; dall'altro, proprio mediante il giudizio abbreviato, “come svolgimento del procedimento cautelare promosso in corso di causa (...) in conseguenza dell'evoluzione, impressa dal giudice, della decisione cautelare in decisione di merito definitiva”.

Trascurando in tale sede la conformità delle nuove norme alla legge delega³, la finalità ispiratrice dell'intero sistema processuale societario è sicuramente la velocizzazione dei procedimenti⁴ in vista di una giustizia più rapida e più rispondente alle esigenze proprie del settore.

Il giudizio abbreviato, in particolare, risponde proprio alla necessità di definire in tempi ristretti quelle controversie la cui risoluzione si presenti agevole ed il cui protrarsi a lungo nel tempo potrebbe compromettere l'esistenza stessa della società. Esso è stato

³ Sul punto v. cap. V § 2.

⁴ Il comma 1 dell'art. 12 della legge delega espressamente disponeva che le norme da emanare fossero “dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti”

consegnato con riferimento soprattutto all'impugnazione delle deliberazioni societarie, specie di quelle di approvazione dei bilanci e di esclusione dei soci, al fine di evitare che una pronuncia di annullamento resa a grande distanza di tempo abbia conseguenze devastanti sulla vita della società e sull'esercizio dell'impresa sociale⁵.

Con riferimento alla impugnazione delle delibere il rito abbreviato si presta ad essere particolarmente utile poiché, di norma, tali decisioni implicano un giudizio di puro diritto e non richiedono un'istruttoria particolarmente elaborata. Si tratta, per lo più, di giudizi volti a verificare la legittimità della delibera stessa sotto profili formali (quali ad es. il rispetto dei *quorum* richiesti ovvero delle norme sulla convocazione degli organi o di quelle sulla titolarità dei poteri decisionali) oppure sotto profili più sostanziali (quali la conformità della delibera all'atto costitutivo). In entrambe i casi, quasi sempre il materiale istruttorio necessario alla decisione di merito sarà prettamente documentale (la delibera oggetto di impugnazione, l'atto costitutivo) e, soprattutto, sarà lo stesso necessario anche ai fini della sospensione della delibera⁶. Infatti, come giustamente osservato⁷, l'accertamento della validità delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione delle società, al pari di ogni giudizio di impugnazione di atti o provvedimenti, implica una compiuta articolazione *in limine litis* dei motivi di invalidità, poiché gli stessi, suscettibili di comportare l'annullamento della delibera, sono anche idonei a determinarne la sospensione. Il giudice, quindi, potrà prendere visione del materiale istruttorio sin dal primo atto sottoposto al suo esame, che andrà allegato al ricorso cautelare e, valutata l'idoneità della causa ad essere decisa nel merito a prescindere da un'ulteriore istruttoria, potrà disporre il mutamento di rito in vista dell'immediata decisione con sentenza.

La disciplina del giudizio abbreviato, quindi, consente di accelerare il giudizio relativo a controversie per le quali, da un lato, è particolarmente avvertita l'esigenza della stabilità delle decisioni e, dall'altro, la decisione di merito risulta essere agevole.

Proprio in vista di tale scopo, l'art. 24, comma 8, specifica che "l'istanza di sospensione proposta a norma dell'articolo 2378 del codice civile è disciplinata dalle disposizioni di cui al presente articolo".

Da tempo era allo studio l'elaborazione di un rito alternativo per la decisione delle cause di impugnazione delle deliberazioni. Nella bozza di disegno di legge delega per la

⁵ V. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 663 ss.

⁶ Si veda pure CONSOLO, *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutele al di là del "favoloso" art. 11*, in *Corr. Giur.*, 687, il quale precisa che il discorso è parzialmente diverso, e le questioni di fatto assumono rilevanza, ove l'impugnazione della delibera sia volta a tutelare le minoranze, come quando viene impugnato l'esercizio abusivo del diritto di voto.

⁷ V. COSTANTINO, *Note sulle proposte di accelerazione dei giudizi di impugnazione delle deliberazioni degli organi societari*, in *Le Società*, 2000, 528.

riforma del diritto societario elaborata dalla commissione Mirone si prevedeva che le “domande volte alla rimozione o alla cessazione degli effetti di atti negoziali già compiuti” fossero decise con “un giudizio monocratico (...) improntato a particolare celerità ed ispirato al modello del procedimento cautelare”.

Tale proposta si sottoponeva a critica per il fatto che la pronuncia di un provvedimento reclamabile e inidoneo al giudicato, che lasciasse comunque sempre aperta la prospettiva di un giudizio a cognizione piena, non riusciva a garantire l’obiettivo della certezza dei rapporti societari.

In dottrina⁸ si suggeriva, quindi, di introdurre un procedimento nel quale il giudice, dopo aver provveduto sull’istanza di sospensione della delibera, invitasse le parti a precisare le conclusioni e decidesse immediatamente la causa, a meno che non venisse richiesta l’assunzione di prove o l’espletamento di una consulenza tecnica. Il suggerimento è stato fatto proprio dalla commissione Rovelli che, nella bozza di legge delega ha previsto, per l’impugnazione degli atti negoziali delle società, “un processo ordinario concentrato a trattazione collegiale e in unico grado (...) nell’ambito del quale sia previsto un termine per la decisione, la cui violazione sia sanzionata come diniego di giustizia”. Nello stesso tempo, l’attenzione della dottrina⁹ si rivolgeva anche ad un istituto del processo amministrativo, previsto dall’art 19, comma 2, della l. 135 del 1997, che consentiva di realizzare il passaggio immediato dal giudizio cautelare al giudizio di merito

La legge delega approvata, la n. 366 del 3 ottobre 2001, come detto, prevedeva soltanto “un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità (...) che conduca alla emanazione di un provvedimento esecutivo”.

Il d. lgs. n. 5 del 2003, infine, accogliendo i suggerimenti della dottrina, ha introdotto il giudizio abbreviato senza alcuna delimitazione in ordine alla tipologia di controversie cui il particolare rito è applicabile: il giudice, quindi, potrà disporre l’accesso al rito abbreviato in presenza di una domanda in corso di causa che si riferisca ad una qualsiasi delle controversie elencate nell’art. 1 del decreto.

Occorre specificare che l’eventualità del rito abbreviato è contemplata con riferimento ad ogni misura cautelare richiesta in corso di causa: il comma 4 dell’art. 24, infatti, non distingue a seconda che si tratti di provvedimenti aventi contenuto anticipatorio o conservativo. L’accesso al giudizio abbreviato è quindi, almeno in linea teorica, sostitutivo della tutela cautelare in generale e non della sola tutela cautelare di tipo anticipatorio. Ciò ha dato modo di sostenere criticamente, in uno dei primi commenti alla

⁸ V. COSTANTINO, *Note sulle proposte di accelerazione dei giudizi*, cit., 524 ss.

⁹ V. CONSOLO, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.*, 2000, 566 ss..

disciplina in questione¹⁰, che anche qualora, ad esempio, la misura richiesta fosse un sequestro *ex art. 671 c.p.c.* in un complesso giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori, dei sindaci o dei liquidatori o di una società di revisione il giudice potrebbe invitare le parti a precisare immediatamente le conclusioni e fissare l'udienza collegiale, prima che le stesse abbiano completato lo scambio degli atti diretti alla fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Con ciò, da un lato si è inteso affermare che la specifica esigenza di accelerazione dei giudizi di impugnazione delle delibere societarie risulta coerente con l'adozione di un modello procedimentale concentrato ed appositamente dettato per i giudizi di impugnazione degli atti o dei provvedimenti, in cui il *thema decidendum* si può presumere definito con la proposizione della domanda, dal momento che l'esercizio dell'azione è sottoposto a termini di decadenza e non è, quindi, ammissibile l'ingresso di nuovi motivi di invalidità. D'altro lato, secondo le osservazioni dello stesso Autore, ma anche di altri commentatori di cui si darà conto più oltre, risulta difficile coordinare l'operatività della disciplina con le garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio per tutte le altre ipotesi in cui la richiesta di una misura cautelare in corso di causa può divenire uno sbarramento al pieno esplicarsi dei poteri delle parti. L'impegno dell'interprete nell'affrontare la disciplina sul giudizio abbreviato risulta proprio essere il rispetto delle garanzie dei principi del giusto processo

3. Il corrispondente modello del processo amministrativo

Il modello di riferimento che ha senz'altro ispirato il legislatore societario nell'istituzione del rito abbreviato societario va ricercato nel processo amministrativo, dove la decisione in forma abbreviata assunta direttamente nella sede cautelare costituisce una possibilità di decisione delle cause già da molti anni.

Anche nel processo amministrativo la sperimentazione dell'istituto venne tentata dapprima limitatamente ad un settore ben delimitato che era quello delle controversie relative agli appalti pubblici. L'art. 19 del decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modifiche, in legge 23 maggio 1997 n. 135, conteneva un "microsistema" normativo¹¹, appositamente studiato al fine di accelerare i tempi della decisione in un settore nel quale era preminente l'interesse pubblico sia alla realizzazione dell'opera in tempi brevi sia al

¹⁰ V. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 668.

¹¹ TRAVI, *Verso una pluralità di termini per il ricorso al giudice amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 658.

rilancio dell'occupazione¹². Per realizzare tale scopo, la nuova disciplina processuale prevedeva il dimezzamento di tutti i termini e la possibilità che in seguito ad un'iniziativa d'ufficio il giudice potesse decidere immediatamente la causa con motivazione in forma abbreviata nella stessa udienza di trattazione della domanda cautelare.

Di tale norma la Corte costituzionale fu chiamata a vagliare la legittimità costituzionale, soprattutto con riferimento alla compatibilità fra il carattere di "immediatezza" della decisione e la tutela dei diritti di difesa delle parti. La Consulta ebbe così modo di offrire un'articolata pronuncia¹³ che fornisce tuttora quello che è stato definito il "paradigma" della legittimità costituzionale di qualsiasi modello di giudizio abbreviato¹⁴.

La forza espansiva del modello sperimentato dal legislatore nel settore delle opere pubbliche, ne comportò di lì a poco l'estensione anche ai ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità garante delle comunicazioni (art. 1, comma 27, l. 31 luglio 1997, n. 249).

Infine, la legge n. 205 del 2000 ha proseguito nel disegno di generalizzata estensione del rito abbreviato a tutti i giudizi amministrativi, recependo mediante espresse previsioni, le indicazioni fornite dai giudici costituzionali. L'accelerazione dei giudizi risulta attuata secondo un duplice canale: da un lato, tramite la possibilità di un giudizio immediato, *ex art.* 21, comma 9, l. n. 1034 del 1971, di generalizzata applicazione, cui il giudice dà accesso nella camera di consiglio fissata per la discussione della domanda cautelare; d'altro lato, tramite un giudizio abbreviato, *ex art.* 23-bis, inserito dalla l. n. 205 del 2000 nel corpo della l. n. 1034 del 1971, con applicazione limitata a determinate controversie, nelle quali sono ricomprese anche, ma non solo, quelle in materia di opere pubbliche e di ricorsi avverso i provvedimenti delle autorità garanti.

L'evoluzione legislativa nell'utilizzo del modello processuale abbreviato risulta particolarmente interessante ai fini dello studio del rito abbreviato societario poiché fornisce utili spunti di ricostruzione e di valutazione della nuova disciplina introdotta nel ramo del processo civile. Essa costituirà, pertanto, l'oggetto del capitolo successivo.

¹² V. più ampiamente cap. II, § 25 ss..

¹³ V. cap. II, § 29 ss..

¹⁴ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 320.

4. Tutela cautelare e giudizio abbreviato: applicabilità dell'art. 669-bis ss., in quanto compatibili

Prima di avviare la disamina della disciplina riguardante le misure cautelari richieste in corso di causa occorre premettere che le disposizioni dell'art. 24 risultano scarse e, secondo alcuni¹⁵, lacunose.

In effetti, sicuramente l'attenzione del legislatore si è concentrata sull'istituto innovativo del giudizio abbreviato, che per la sua operatività richiede pur sempre un'opera di ricostruzione da parte dell'interprete relativamente a vari profili che verranno esaminati nei paragrafi successivi.

La legge delega, quanto alla materia cautelare, si limitava a prevedere, all'art. 12, comma 2, c), "la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare in relazione alle controversie nelle materie di cui al comma 1, con la conseguente definitività degli effetti prodotti da detti provvedimenti, ancorché gli stessi non acquistino efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse".

Si deve notare, invece, che, come si legge nella Relazione al decreto, la regolamentazione contenuta negli artt. 23 e 24 ha costituito soprattutto l'occasione per dettare "una disciplina volta a risolvere talune incertezze (...) sorte in relazione al vigente procedimento cautelare uniforme (termine per il reclamo e suo effetto devolutivo; competenza per l'attuazione e per la revoca o modifica, divieto di pronunce meramente rescindenti del collegio agente in sede di reclamo ecc.)". L'intervento del legislatore ha avuto, cioè, un più ampio raggio, rispetto a quelle che erano le linee guida della legge delega e ha dato vita ad un procedimento cautelare societario che si pone come *lex specialis*¹⁶ rispetto al rito cautelare uniforme, disciplinato dagli artt. 669-bis ss. c.p.c..

In virtù degli artt. 1, comma 4, e 23, comma 7, la nuova disciplina costituisce un sistema rispetto al quale quella ordinaria può essere chiamata soltanto a colmare le lacune:

¹⁵ V. RUBINO, in *La riforma del diritto societario, I procedimenti*, I ed, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, *cit.*, 273.

¹⁶ Per queste osservazioni, v. OLIVIERI, *La tutela cautelare*, *cit.*, § 1, ma anche LUPOI, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova 2006, 180. Dai primi commentatori delle norme in esame si faceva notare il carattere "espansivo" (l'espressione è di LUPOI, *ibidem*) del rito cautelare societario, nel senso che le scelte del legislatore societario, proprio in quanto dirette a chiarire "talune incertezze (...) sorte in relazione al rito cautelare uniforme", potrebbero essere fatte valere come norme di interpretazione autentica, anche al di fuori della materia societaria.

In dottrina (per tutti, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, *cit.*, 654) si è posto subito in evidenza, inoltre, che le disposizioni processuali del decreto n. 5 costituivano una "sperimentazione" per le successive riforme del processo civile, e così è avvenuto, relativamente alla materia cautelare, quanto all'allentamento della strumentalità, oggi previsto in via generale dall'art. 669-octies, ma anche in tema di revoca e modifica e del rapporto fra queste e il reclamo.

infatti, le “disposizioni della sezione I del capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura civile” si applicano “in quanto compatibili”.

In effetti, pur aspirando a creare un procedimento speciale per i provvedimenti cautelari societari, gli artt. 23 e 24 non disciplinano tutti gli aspetti procedurali, per i quali si rende quindi necessaria l'integrazione con le norme ordinarie del codice di rito. Gli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c., troveranno, dunque, applicazione per quegli aspetti non considerati dalla disciplina societaria, ma sempre che le previsioni generali non contrastino con i caratteri fondamentali della tutela cautelare societaria ovvero non siano espressamente derogate da specifiche previsioni.

Per quanto riguarda l'art. 24, le regole del procedimento in corso di causa vanno, altresì, integrate con le previsioni espresse contenute nell'art. 23, in quanto, a loro volta, compatibili col carattere incidentale del provvedimento. Si tratta di un procedimento che, potendo presentare diversi sviluppi, mal si presta ad una dettagliata regolamentazione e richiede, perciò, la ricostruzione dell'interprete.

5. L'individuazione del giudice competente sulla domanda cautelare proposta in corso di causa nel rito societario e la generale monocraticità del giudice della cautela

L'art. 24, comma 1, stabilisce che “la domanda cautelare in corso di causa si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice già designato a norma dell'art. 12, comma 2, ovvero dell'art. 18, comma 2; altrimenti il presidente designa senza indugio il magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento”¹⁷.

¹⁷ La norma risulta così modificata con l'avviso di rettifica, contenuto nel comunicato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 209, del 9 settembre 2003. La formulazione originaria della norma ometteva ogni riferimento all'art. 12, comma 2, con la conseguenza che essa appariva riferibile soltanto alle limitate ipotesi in cui il giudice competente a decidere nel merito fosse un giudice monocratico e, cioè, le controversie proposte da una banca nei confronti di un'altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio. Si faceva, quindi, notare in dottrina che poteva legittimamente dedursi che il legislatore avesse attribuito come regola al collegio la cognizione dei provvedimenti cautelari chiesti in corso di causa. Per tali osservazioni, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 664.

Si era tentata, quindi, una differente ricostruzione, che fosse maggiormente coerente con la tendenziale attribuzione della cognizione cautelare ad un giudice singolo. Tale risultato si raggiungeva interpretando l'avverbio “*altrimenti*” non in senso strettamente temporale, cioè intendendo solo i casi in cui il giudice relatore non fosse ancora stato designato, bensì attribuendo all'avverbio stesso un carattere residuale, tale da ricomprendere tutte le altre ipotesi non disciplinate dalla prima parte del comma, riferibile come detto alle sole controversie attribuite alla cognizione del giudice monocratico. A sostegno di tale tesi era anche SALETTI, *sub* art. 24, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società, Il processo*, Torino 2003, 235.

Il legislatore, prendendo atto della lacunosità della disposizione e delle interpretazioni proposte, ha provveduto a modificare la disposizione uniformando la disciplina in esame ai principi generali del

La norma prende, dunque, in considerazione le due diverse ipotesi in cui sia stato già designato il giudice relatore o il magistrato, nelle cause attribuite alla decisione rispettivamente del collegio e del giudice monocratico, ovvero nel caso in cui la domanda sia proposta in un momento anteriore a tali designazioni ed il presidente del tribunale debba perciò provvedere alla nomina. Occorre, infatti, tenere presente che la domanda cautelare può essere proposta quando sia stata già depositata l'istanza di fissazione dell'udienza ed in tal caso competente a conoscere in merito all'istanza cautelare è il giudice designato dal presidente del tribunale a norma dell'art. 12, comma 2 (se si tratta di processo di competenza del giudice in composizione collegiale), ovvero a norma dell'art. 18, comma 2 (se si tratta di procedimento devoluto al tribunale in composizione monocratica). Può anche avvenire, però, che l'esigenza di richiedere la tutela cautelare sorga nel corso della fase cd. preliminare del giudizio, quando nessun giudice è stato investito della controversia, non essendo stata ancora depositata l'istanza di fissazione dell'udienza a norma dell'art. 9¹⁸. È, infatti, solo dopo tale incombenza che il presidente del tribunale designa il giudice relatore. Quindi, se il ricorso cautelare è depositato prima della notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza (cioè, prima della designazione del giudice relatore), esso deve essere indirizzato al presidente del tribunale che designa un giudice *ad hoc*. È pertanto il giudice monocratico ad essere investito della domanda cautelare, anche qualora il procedimento di merito sia devoluto alla competenza del tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 1, comma 3, così come avviene per la quasi totalità delle controversie societarie¹⁹.

procedimento cautelare uniforme e ha espressamente ribadito la regola della normale monocraticità del giudice della cautela anche nel rito societario.

¹⁸ La litispendenza societaria è determinata, ovviamente, dalla notificazione dell'atto di citazione ai sensi dell'art. 2 del d. lgs. n. 5 del 2003, e, di conseguenza, ogni domanda cautelare successiva a tale momento è da considerarsi presentata in corso di causa e potrebbe risolversi nell'accesso al rito abbreviato.

¹⁹ Sulla disciplina generale della competenza in corso di causa come regolata dalle norme sul rito cautelare uniforme, v. ARIETA, *Cautela in corso di causa e monocraticità o collegialità del giudice*, in *Studi in onore di Tarzia*, 1361 ss., e ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 414 ss., i quali desumono dall'art. 669-*quater* c.p.c. il principio della normale monocraticità dell'organo chiamato a pronunciare in prima istanza sulla domanda cautelare in corso di causa, cui si contrappone la collegialità del giudice del reclamo. Secondo gli AA., la titolarità del potere cautelare in corso di causa non presuppone che lo stesso organo sia titolare anche dei poteri di decisione sul merito, essendo sufficiente che il giudice (monocratico) della cautela sia investito dei poteri di "gestione" in senso lato della controversia, con la conseguenza che la regola della monocraticità in tanto può operare in quanto vi sia un giudice singolo cui siano attribuiti poteri di "intervento" sulla causa di merito. Ciò contribuisce a spiegare la *ratio* dell'art. 24, dal momento che nell'ambito del processo societario vi è sempre un giudice singolo designato ai sensi dell'art. 12, comma secondo (per i processi a decisione collegiale) o dell'art. 18, comma secondo (per i processi a decisione monocratica), cui sono attribuite funzioni di "preparazione" (in senso lato) della causa per la decisione. A questo giudice singolo, l'art. 24 ha attribuito anche i poteri cautelari in corso di causa, a prescindere dalla collegialità o non della decisione sul merito, con ciò ritenendo non solo compatibile, ma anche opportuno (per ragioni analoghe a quelle che riguardano il giudice istruttore nel rito ordinario), il "cumulo" tra le funzioni di giudice istruttore e/o relatore della causa di merito.

A favore della generale monocraticità del giudice della cautela militano anche dati di carattere testuale. Sicuramente, il decreto di rettifica²⁰ ha chiarito che il ricorso va depositato nella cancelleria del giudice relatore già designato (art. 12, comma 2) per le ipotesi di decisione collegiale della causa di merito, ovvero nella cancelleria del giudice per la trattazione già designato (art. 18, comma 2), nelle ipotesi di decisione monocratica.

Lo stesso art. 24, comma 1, prevede che, qualora l'istanza sia presentata quando non sia stato ancora designato un giudice per la trattazione (poiché sostanzialmente ancora non è stata presentata istanza di fissazione dell'udienza), il Presidente designa il "magistrato" cui viene affidata la trattazione del "procedimento", laddove "magistrato" va inteso come persona fisica ed il "procedimento" è quello cautelare.

Altro dato di carattere testuale è costituito dal riferimento al "giudice designato" di cui ai commi 2 e 3, i quali indicano sempre un organo monocratico.

Infine, la comparazione tra i commi 4 e 5 dell'art. 24 che regolano l'ipotesi in cui venga disposto il giudizio abbreviato nelle differenti ipotesi in cui la decisione di merito spetti al giudice monocratico (comma 4) o a quello collegiale (comma 5): il comma 5, prevedendo la fissazione, da parte del giudice designato per il cautelare, dell'udienza davanti al collegio in caso di giudizio abbreviato, presuppone che il procedimento cautelare si svolga in ogni caso dinanzi a giudice monocratico.

Si può, inoltre, richiamare una giurisprudenza²¹ che a sostegno della composizione monocratica del giudice cautelare richiama l'art. 23, comma 5. A differenza dell'art. 27, che in materia di reclamo avverso i provvedimenti in camera di consiglio prevede la competenza del Tribunale e della Corte d'appello a decidere, rispettivamente, sul gravame avverso i provvedimenti emessi dal giudice monocratico e dal collegio, l'art. 23, comma 5, statuisce in ogni caso la competenza del Tribunale a decidere sul reclamo. Da ciò si può trarre un ulteriore argomento a sostegno della monocraticità del giudice cui venga sottoposta la domanda cautelare in prima istanza.

Anticipando un punto che sarà oggetto di esame in tema di evoluzione del giudizio cautelare in corso di causa²², risulta agevole sostenere che il giudice designato per la trattazione della domanda cautelare (nell'ipotesi in cui questa sia proposta precedentemente alla notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza), qualora ritenga sussistenti i

²⁰ V. nota 17.

²¹ Questo è uno degli argomenti con cui Trib. Rimini, 27 ottobre 2004, (ord.), in *www.altalex.it*, ha affermato la competenza del giudice in composizione monocratica. Nel provvedimento si sostiene che tale interpretazione è coerente con il combinato disposto degli artt. 669-*quater*, comma secondo, e *ter*, comma quarto, non espressamente derogati dal d. lgs. n. 5 del 2003, oltre ad essere anche in sintonia con la *ratio* di celerità e semplificazione del procedimento.

²² V. *infra* § 10.1.

presupposti per l'accesso al rito abbreviato, si trasformi automaticamente in giudice relatore, per le controversie attribuite alla trattazione collegiale, ovvero rimetta dinanzi a se stesso la decisione della causa²³.

Vi è anche chi ritiene che non rientri necessariamente nelle attribuzioni del giudice relatore già designato la decisione sulle misure cautelari richieste in corso di causa, ma che essa in linea di principio sia riservata ad un magistrato designato dal presidente del tribunale appositamente per tale incumbente, a somiglianza di quanto previsto dall'art. 669-*quater*, comma secondo, c.p.c.. Quindi, persino nel caso in cui il ricorso cautelare sia depositato quando sia già stato emesso il decreto di fissazione dell'udienza di discussione e designato il giudice relatore, sarebbe necessario nominare il giudice che effettuerà la trattazione del procedimento cautelare. Tale interpretazione troverebbe conferma nella terminologia del comma 5 dell'art. 24, ove la fissazione dell'udienza è riservata al giudice designato di cui al comma 1, e non al giudice relatore, oltre a consentire di rispettare l'urgenza della misura ed il principio del giudice naturale²⁴.

5.1 Il giudice competente quando la domanda cautelare è proposta dopo il decreto di fissazione dell'udienza

Il problema circa la competenza sulla la domanda cautelare in corso di causa si pone dal momento che la disciplina contenuta nell'art. 24 prende in esame soltanto l'ipotesi in cui il ricorso venga proposto anteriormente al decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 12. Il legislatore societario non ha, cioè, affatto previsto quale giudice, monocratico o collegiale, debba pronunciare sulla domanda cautelare proposta dopo la pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza per il merito di cui all'art. 12 e per tutto il tempo che precede la decisione sul merito²⁵.

²³ *Contra*, DALMOTTO, *sub* art. 23-24, *op. cit.*, 2940, secondo il quale il presidente designa il magistrato al quale è affidata la trattazione e la decisione della domanda cautelare, mentre per la designazione del giudice relatore *ex* art. 12 occorrerà un altro provvedimento del presidente. L'A. auspica che si instauri la prassi di nominare giudice relatore nel processo di cognizione lo stesso magistrato già chiamato a provvedere sull'istanza cautelare.

²⁴ V. RUBINO, *sub* 24, *cit.*, 272, secondo la quale la proposizione dell'istanza cautelare introduce sempre un procedimento cautelare autonomo rispetto al procedimento di merito. La tesi è stata sostenuta anche da SALETTI, *sub* 24, *cit.*, 241, a dire il vero, in un momento antecedente all'avviso di rettifica di cui alla nota 7, in cui l'A. era portato a sostenere che nel caso di procedimento da decidersi in composizione monocratica, il giudice della causa fosse investito altresì della domanda cautelare, mentre nelle restanti ipotesi fosse necessaria la nomina di un giudice specificamente indicato dalla domanda cautelare indipendentemente dal fatto che il relatore fosse già stato nominato.

²⁵ In termini fortemente critici, RUBINO, *sub* 24, *cit.*, 274, alla quale "sembra di poter affermare che la disciplina del procedimento cautelare sia stata trascurata e svalutata nell'ansia di introdurre il nuovo, ovvero di

Nella pratica, l'ipotesi potrebbe porsi con una certa frequenza allorché l'udienza sia stata fissata a distanza di un considerevole periodo di tempo dalla pronuncia del decreto di cui all'art. 12, tale da poter più facilmente determinare il sorgere di esigenze cautelari²⁶. Vi è, però, anche chi ipotizza che qualora l'udienza di discussione dinanzi al collegio sia già fissata a breve e non sussistano particolari esigenze istruttorie proprie del cautelare, il giudice possa precisare alle parti, in un decreto che va comunque loro comunicato, che il cautelare verrà trattato unitamente al merito all'udienza di discussione, e ciò coerentemente alle finalità di concentrazione dei termini processuali proprie della riforma²⁷.

Le ricostruzioni dottrinali sulla competenza cautelare successivamente alla pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza sono molteplici.

Alcuni commentatori ritengono che quando l'istanza cautelare venga presentata successivamente alla pronuncia di fissazione dell'udienza, essa debba essere indirizzata direttamente al giudice relatore, designato dal presidente *ex* art. 12, comma 2, il quale, per aver già fissato l'udienza innanzi al collegio, dovrebbe avere una conoscenza approfondita della causa di merito²⁸. Il giudice relatore fissa l'udienza per la trattazione del ricorso cautelare ovvero, valutate le esigenze cautelari, potrebbe far coincidere l'udienza *ex* art. 669-*sexies* c.p.c. con quella già fissata innanzi al collegio per la discussione del merito, ma in nessun caso potrebbe legittimamente disinteressarsi dell'istanza cautelare fino all'udienza di discussione del merito, per prenderla in considerazione solo qualora questa subisca un rinvio.

A tal proposito, si ritiene che in ossequio sia al principio del giudice naturale sia alle ragioni di urgenza che sovrintendono alla proposizione di una domanda cautelare, anche quando sia già stato emesso il decreto di fissazione di udienza debba essere nominato il giudice che effettuerà la trattazione del procedimento cautelare e che, quindi, anche in questo caso si apra la trattazione di un autonomo sub-procedimento incidentale all'interno

dare il massimo rilievo al giudizio abbreviato”, qualificando “deprecabile” il risultato “perché una disciplina lacunosa non è funzionale né al procedimento cautelare in corso di causa in sé considerato, né ad un facile decollo del giudizio abbreviato”.

²⁶ Fa notare BESSO, *sub* art. 24, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 748, che, avvenuto il deposito del decreto, secondo il disegno del legislatore ci dovrebbe essere, in tempi brevi, l'udienza di discussione, tendenzialmente unica, che, ai sensi del comma 3, lett. a) dell'art. 12, deve aver luogo “non prima di dieci e non oltre trenta giorni dalla comunicazione del decreto” e al termine della quale la sentenza può essere pronunciata immediatamente ovvero depositata nei trenta giorni successivi. L'A. ravvisa l'utilità della concessione di una misura cautelare qualora, ad esempio, sia necessario sentire un numero elevato di testimoni e disporre una difficile ed elaborata consulenza tecnica ovvero si sia verificato un evento che impone la pronuncia immediata di un provvedimento che assicuri la futura decisione di merito.

²⁷ Cfr. RUBINO, *sub* art. 24, *cit.*, 275.

²⁸ DE MATTEIS, *Il processo cautelare societario*, in AA. VV., *La nuova giurisprudenza sul processo societario*, Milano, 2006, 89. Cfr., in questo senso, SEDANINI e VEDANA, *Il nuovo processo societario, bancario e finanziario*, Torino 2004, 236 ed anche SANTAGADA, *Il procedimento cautelare*, in *Il nuovo processo societario, I decreti di correzione e la prima fase applicativa*, Milano 2006, 197.

del giudizio di merito, autonomo rispetto ad esso e sempre di competenza di un giudice monocratico, destinato a concludersi con una ordinanza relativa alla sola istanza cautelare²⁹. Tale ricostruzione risulta difficilmente sostenibile poiché lascerebbe sussistere due procedimenti paralleli solo apparentemente distinti, comportando anche dei problemi di gestione degli stessi.

Diversamente altri, secondo l'opinione preferibile, ritengono che la proposizione della domanda cautelare dopo il decreto di fissazione dell'udienza darebbe luogo ad una ipotesi di pronuncia collegiale e, quindi, ad un'eccezione rispetto alla tendenziale monocraticità del giudice della cautela. Si deve considerare, infatti, che il giudice designato ai sensi dell'art. 12, comma 2, esaurisce le proprie funzioni di giudice singolo con la pronuncia del decreto in questione e che dal momento del deposito del decreto stesso in cancelleria, ogni ulteriore potere di trattazione, oltre che di decisione, è posto in capo all'organo collegiale³⁰, il quale attrae a sé anche i poteri cautelari strumentali alla decisione di merito. Aderendo a tale tesi, si può, quindi, sostenere che la competenza cautelare spetta al collegio già nell'ipotesi in cui la relativa istanza sia proposta quando sia soltanto fissata l'udienza di discussione³¹ poiché il giudice designato esaurisce la propria funzione di giudice singolo con la pronuncia del decreto *ex art. 12*, pronuncia che, come detto, determina il passaggio di ogni potere di carattere organizzatorio e preparatorio all'organo cui spetta anche il potere decisorio. Conseguentemente, la competenza sulle domande cautelari presentate dopo il decreto spetta al medesimo organo investito della trattazione e decisione della causa.

Tale ricostruzione risulta essere anche più funzionale all'accesso al rito abbreviato, in ragione del quale l'intero procedimento in corso di causa sembra essere stato congegnato, poiché all'udienza fissata per la trattazione della domanda cautelare il collegio potrà indirizzare la causa verso la decisione di merito, senza la perdita di tempo del passaggio fra giudice monocratico e giudice collegiale³².

²⁹ Questa è la tesi di RUBINO, *sub art. 24, 272*, la quale conclude che “la proposizione di una istanza cautelare in corso di causa introduce sempre un procedimento cautelare autonomo dal giudizio di merito ed incidentale, di competenza di un giudice monocratico che viene designato per la trattazione e la decisione in ordine ad essa, sia che venga proposta prima sia che venga proposta dopo l'emissione del decreto di fissazione dell'udienza”.

³⁰ Sono di questo avviso ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 340; OLIVIERI, *La tutela cautelare, cit.*, § 3, secondo il quale “approdati alla fase di discussione, la competenza cautelare spetta non più al giudice designato per la trattazione del procedimento cautelare, ma al giudice della decisione e, perciò, quando prescritto, al collegio”.

³¹ Così ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 417 ss.; TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario, cit.*, 2214, secondo la quale in questo caso solo esigenze di particolare urgenza impongono una separata (ed anticipata) pronuncia sulla domanda cautelare.

³² In questo senso, v. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1207.

5.2 Un'ipotesi di competenza collegiale: l'istanza cautelare è proposta direttamente all'udienza di discussione *ex art.16*

Non è da escludere, infine, l'ipotesi che la domanda cautelare venga formulata direttamente all'udienza di discussione del merito.

Una prima possibilità è che il magistrato, nelle decisioni monocratiche, o, viceversa, il collegio, pronunci la sentenza all'esito dell'udienza di discussione e, quindi, non vi sia alcuna pronuncia sul cautelare dal momento che la decisione di merito contiene implicitamente in sé quella sul cautelare.

Una diversa possibilità si configura, invece, nel caso in cui l'udienza, per qualsiasi ragione, vada differita e si renda, perciò, necessario adottare misure cautelari anticipatorie o conservative, in base al disposto dell'art. 24 comma 7, in virtù del quale “quando la discussione viene rinviata, il giudice può sempre adottare le misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito”.

Secondo parte della dottrina, se l'udienza deve subire un rinvio per sviluppare le esigenze istruttorie connesse al merito o allo stesso cautelare, sarà necessario designare il giudice incaricato della trattazione dell'istanza cautelare e il procedimento (cautelare) potrà prendere una sua autonoma strada³³.

Alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, risulta preferibile affermare che il giudice competente in tale ipotesi sia il giudice cui è riservata la decisione di merito, dal momento che il giudice singolo designato dal presidente esaurisce i propri compiti di “preparazione” della controversia per la decisione con la pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza e che, da questo momento, ogni potere di ulteriore trattazione della causa spetta al giudice chiamato anche alla decisione.

Pertanto, approdati alla fase di discussione, la pronuncia sulla domanda cautelare spetta al giudice della decisione, che nella maggioranza dei casi sarà il collegio³⁴.

Si delinea, quindi, un caso competenza cautelare spettante al collegio: sia che si tratti un semplice rinvio della discussione sia che il rinvio consegua all'esito della valutazione di

³³ Questa è la ricostruzione di RUBINO, *sub art. 24, cit.*, 275, coerentemente all'opinione dell'A. secondo la quale in ogni caso, competente a trattare la domanda cautelare è sempre il giudice monocratico e la proposizione dell'istanza cautelare introduce sempre un autonomo procedimento cautelare autonomo rispetto al procedimento di merito. Anche SALETTI, *sub art. 24, cit.*, 241, sostiene che la norma prevede la nomina di un giudice specificamente incaricato della domanda cautelare, ma il commento è stato redatto antecedentemente alla correzione apportata con l'avviso di rettifica (v. nt.7).

³⁴ Concordano su tale ipotesi di competenza collegiale FABIANI, *cit.*, 1207; OLIVIERI, *La tutela cautelare, cit.*; CANAVESE (BESSO), *sub art. 24, cit.*, 725, nt. 4; SENINI-VEDANA, *Il nuovo processo societario, bancario e finanziario*, Torino 2004, 233; MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 1252.

insussistenza dei presupposti per la decisione immediata nel merito, il “giudice” chiamato a pronunciarsi sull’istanza cautelare è quello cui spetta il potere decisorio a seguito del decreto di fissazione dell’udienza, cioè il giudice monocratico o, nella maggior parte dei casi, proprio il collegio.

Esiste, pertanto, anche una competenza cautelare che spetta al collegio³⁵.

Si può conclusivamente affermare che l’individuazione del giudice della cautela competente in corso di causa dipende dal momento di proposizione dell’istanza stessa e, in particolare, dall’avvenuto esaurimento dei poteri del giudice singolo. Con ciò si ribadisce che la monocraticità del giudice della cautela può trovare applicazione solo se ed in quanto vi sia un giudice singolo investito di poteri di preparazione della causa per la decisione di merito³⁶.

6. Il decreto di fissazione dell’udienza di comparizione delle parti. Il giudice può prefigurare alle parti l’intenzione di procedere col rito abbreviato. L’ampliamento del *thema decidendum*: l’invito a depositare i documenti rilevanti.

Il comma 2 dell’art. 24 prevede che il giudice designato, con il decreto che fissa l’udienza di comparizione, invita le parti “a depositare i documenti che ritiene rilevanti anche in relazione alla decisione della causa” e “può anche fissare termini per il deposito di documenti, memorie e repliche”³⁷.

Questa previsione del legislatore tiene conto di due fattori ugualmente rilevanti.

In primo luogo, essa va letta proprio alla luce della possibilità che la decisione cautelare evolva nella decisione di merito. Infatti, proprio l’eventualità della conversione del rito comporta un “arricchimento”³⁸ della fase iniziale del procedimento cautelare.

³⁵ La possibilità che il collegio possa essere chiamato a decidere in prima istanza sulla domanda cautelare pone il problema di individuare, in assenza di indicazioni del legislatore, il giudice competente per il reclamo contro decisioni cautelari rese da un giudice collegiale. La questione è posta da MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare*, cit., 1252, ma anche da FABIANI, cit., i quali evidenziano le molteplici soluzioni adottate in giurisprudenza (il reclamo si propone alla corte d’appello, ad altra sezione del tribunale o in mancanza al tribunale più vicino o finanche alla stessa sezione che ha provveduto sull’istanza cautelare, purché diversamente composta), sottolineando l’incertezza rimasta sul punto.

³⁶ ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 418.

³⁷ Secondo OLIVIERI, *La tutela cautelare*, cit., § 3, la previsione “sembra dare tipicità a uno dei poteri compresi nell’ampia espressione “procede nel modo che gli sembra più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesti” (art. 669 *sexies* c.p.c.)”.

³⁸ L’espressione è di CANAVESE, *sub* art. 24, 730.

Il giudice, cioè, è chiamato a valutare già sulla base del ricorso cautelare, e dell'atto di citazione di cui prenda visione, la possibilità che la controversia sia definita secondo le forme del giudizio abbreviato e proprio in vista di tale evenienza il decreto in questione non si limiterà a fissare l'udienza di comparizione, ma potrà essere "arricchito", appunto, dall' "invito" rivolto alle parti a depositare documenti utili non solo alla decisione cautelare, ma anche a quella di merito.

Un contenuto ulteriore del medesimo decreto, previsto dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 24, potrà essere costituito dalla fissazione di "termini per il deposito di documenti, memorie e repliche", utili a consentire la trattazione scritta della causa, ma anche una più completa definizione dei termini della controversia in vista della migliore riuscita del giudizio abbreviato³⁹.

Occorre, naturalmente, chiarire che se per un verso, *ex art. 24, comma 2*, il giudice è sollecitato ad interrogarsi subito sulla possibilità di definire la controversia mediante il giudizio abbreviato, invitando le parti a depositare i documenti che potrebbero essere utili a tal fine, dall'altro, egli non è successivamente in alcun modo vincolato a disporre la prosecuzione con rito abbreviato. Col decreto egli può prefigurare la sua intenzione, ma rimane libero di decidere in un senso o nell'altro all'esito dell'istruttoria deformalizzata svolta nell'udienza di comparizione.

In secondo luogo, la norma, come in precedenza detto, si riferisce espressamente all'ipotesi in cui la domanda è proposta anteriormente al decreto di fissazione dell'udienza. Ciò spiega il particolare contenuto del decreto con cui si provvede a fissare l'udienza cautelare, determinato dal raccordo tra le esigenze cautelari e lo "stato" in cui si trova la causa di merito al momento di proposizione del ricorso cautelare. Le diverse attività cui il legislatore fa riferimento parlando di deposito di documenti, memorie e repliche vanno, quindi, determinate in concreto rispetto al momento di presentazione della domanda cautelare, tenendo presente la funzione del decreto in oggetto che è quella, da un lato, di agevolare l'immediata decisione nel merito della causa, ma anche, dall'altro, di preparare l'udienza di cui al comma 4 dell'art. 24.

³⁹ In senso velatamente critico, SENINI-VEDANA, *Il processo societario, cit.*, 234, secondo i quali la norma in esame attribuisce al giudice "enormi poteri" quanto alla stesura del decreto e la proposizione dell'istanza cautelare in corso di causa "toglie alle parti la piena disponibilità del processo che connota la fase c.d. preliminare e consegna al giudice ogni potere in ordine al successivo svolgimento del giudizio".

Si può, ad esempio, immaginare che la domanda cautelare venga depositata immediatamente dopo la notificazione della domanda di merito⁴⁰. In tal caso è probabile che il giudice predisponga il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione quando ancora non è decorso il termine di sessanta giorni che il convenuto ha a disposizione per apprestare le sue difese e che questi non abbia notificato la comparsa di risposta all'attore. In questo momento, cioè, non è maturata alcuna preclusione, dato che queste conseguono alla notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza e, di conseguenza, il materiale a disposizione del giudice sarà costituito solo dal ricorso cautelare e dagli eventuali documenti a sostegno dello stesso, tra i quali l'atto di citazione stesso potrebbe mancare⁴¹. L'invito rivolto alle parti circa la produzione di "documenti" si può spiegare, dunque, con la finalità di integrare il materiale probatorio sia ai fini della decisione sul provvedimento cautelare sia "anche" ai fini della decisione di merito, cioè per valutare meglio se la causa possa immediatamente essere decisa nel merito.

I poteri del giudice esercitabili al fine di arricchire il materiale probatorio sono tanto più vasti quanto minori sono le preclusioni nel frattempo maturate. Se nel caso sopra esaminato non è ancora maturata alcuna preclusione, qualora, invece, la domanda cautelare venga depositata dopo l'istanza di fissazione di udienza o, ancora più tardi, quando sia già stato emesso il decreto di cui all'art. 12, non residuano spazi per l'operatività della disposizione in questione, essendo per le parti già scattate tutte preclusioni, di merito ed istruttorie⁴², e non essendo queste superabili per tale via. Per meglio dire, il giudice potrà invitare le parti a produrre i documenti relativi alla causa di merito che non siano stati prodotti nel giudizio cautelare, fermo restando il divieto di produrre documenti nuovi. Si deve ritenere, comunque, sempre salva la possibilità di depositare documenti specificamente volti a sostegno alla domanda cautelare (ad es., concernenti il *periculum in mora*)⁴³.

⁴⁰ L'ipotesi è altamente probabile in caso di sospensione di delibera impugnata ex art. 2378 c.c., dal momento che nella quasi totalità dei casi l'impugnazione della delibera è proprio strumentale all'ottenimento della sospensione stessa, che costituisce l'utilità cui ambisce la parte che impugna.

⁴¹ Bisogna ricordare che, a norma dell'art. 36, primo comma, disp. att. c.p.c., il fascicolo cautelare e quello di merito sono autonomi.

⁴² A norma dell'art. 10, comma 2, "a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza tutte le parti decadono dal potere di proporre nuove eccezioni, di precisare o modificare domande o eccezioni già proposte, nonché di formulare ulteriori istanze istruttorie e depositare nuovi documenti". Secondo AMADEI-SOLDATI, *Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano 2003, 113, se il potere del giudice delineato dall'art. 24, comma 2, si spiega alla luce del sistema di maturazione delle preclusioni, "sarebbe stato più opportuno far riferimento, come momento discriminante, all'istanza di fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 8 e per gli effetti dell'art. 10".

⁴³ Cfr. SALETTI, *sub* art. 24, *cit.*, 236.

Sulla disposizione in esame, sono stati avanzati dubbi in dottrina circa la dizione legislativa secondo la quale il giudice invita le parti a depositare i documenti che egli “ritiene” rilevanti, e non, invece, che le parti ritengano tali. Così formulata, la norma sembrerebbe configurare un potere istruttorio ufficio del giudice non esercitabile nel processo di merito. Al fine di eliminare dubbi di legittimità costituzionale si è, quindi, proposta⁴⁴ una lettura restrittiva della norma, limitando il potere del giudice di invitare le parti al deposito dei documenti che ritenga rilevanti, nell’ambito di quelli già indicati negli atti di parte del procedimento cautelare e di merito sino a quel momento compiuti. E’ esemplificativo, a tal proposito, un decreto di fissazione dell’udienza di comparizione del Tribunale di Milano⁴⁵ il quale “invita le parti a depositare i documenti che *ritenessero* rilevanti”, soprassedendo completamente sulla diversa formula legislativa.

Circa la “rilevanza” dei documenti stessi, si può pensare, in primo luogo, agli atti societari impugnati, quali le delibere del consiglio di amministrazione o dell’assemblea⁴⁶. Può accadere, infatti, che l’impugnativa venga posta in essere in base della conoscenza di quanto deliberato, ma in mancanza del documento che contiene la delibera: il giudice potrà invitare alla produzione della delibera impugnata anche dopo la notifica dell’istanza di fissazione dell’udienza. Vi sono, poi, altri documenti che potrebbero essere rilevanti non per la rappresentazione dei fatti in essi contenuta, ma poiché regolano la vita sociale, quali lo statuto, l’atto costitutivo e, per le società cooperative, il regolamento interno.

Quanto, invece, ai documenti rappresentanti fatti storici, fermo il divieto di sapere privato del giudice, occorrerà tenere conto dello sbarramento costituito dalle preclusioni istruttorie, con la conseguenza che il giudice potrà invitare le parti a produrre documenti anche non specificamente indicati dalle parti, purché genericamente attinenti alle questioni controverse⁴⁷, ma solo prima della notifica dell’istanza di fissazione dell’udienza.

Si fa comunque notare che l’invito a produrre i documenti costituisce una “esortazione” cui non consegue alcuna sanzione processuale⁴⁸, sebbene la mancata osservanza, benché non espressamente sanzionata, potrebbe essere pur sempre valutabile ai sensi dell’art. 116, secondo comma, c.p.c..

⁴⁴ OLIVIERI, *La tutela cautelare*, cit., § 3.

⁴⁵ V. Trib. Milano, decreto fissazione udienza, 14 giugno 2005, in *www.judicium.it*.

⁴⁶ Le esemplificazioni che seguono sono di BUONCRISTIANI, *sub* art. 24, cit., 420.

⁴⁷ Sempre secondo BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, 421 “è immaginabile, quindi, non già un invito a produrre ben determinati documenti, ma, al contrario, nell’ipotesi che si possa trattare di controversia decidibile soltanto su documenti, la richiesta di produrre i documenti utili per decidere della/e questione/i, indicate dal giudice come rilevanti.”

⁴⁸ V. CANALE, *Procedimento sommario e procedimento abbreviato: problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 2004, 1550.

Concludendo, si può affermare che la previsione del comma 2 dell'art. 24 è posta in funzione del passaggio dal rito cautelare al rito abbreviato, ed in tale ottica, ipotizza un "arricchimento" delle fasi iniziali del procedimento che però non si configura come necessario. Infatti, qualora il giudice ometta l'invito alle parti circa i documenti rilevanti, egli resta pur sempre libero di decidere immediatamente con sentenza all'esito dell'udienza *ex art. 669 sexies c.p.c.*, e, d'altro canto, la mancanza del termine per il deposito di documenti, memorie e repliche non può ostacolare l'esercizio del diritto di difesa delle parti nel momento in cui il passaggio al giudizio abbreviato venga effettivamente disposto.

6.1 L'eventuale svolgimento di una trattazione scritta: la concessione facoltativa di termini per il deposito di documenti, memorie e repliche

La seconda parte del comma 2 dell'art. 24 prevede la possibilità che il giudice fissi dei "termini per il deposito di documenti, memorie e repliche", consentendo, così, lo svolgimento di una trattazione scritta della causa da effettuarsi attraverso uno scambio di memorie e successive repliche, in funzione, anche in questo caso, non solo della domanda cautelare, ma anche della decisione di merito. Anche in tal caso, la previsione si giustifica con la possibilità che la domanda cautelare venga proposta quando ancora le parti non abbiano provveduto allo scambio degli atti introduttivi, eccezion fatta, ovviamente, per l'atto di citazione. Si può ritenere, quindi, che, qualora non si siano formate le relative preclusioni, gli scritti in questione potranno assumere contenuto equivalente da un lato, alla comparsa di risposta che il convenuto non abbia ancora notificato, e, dall'altro, alla replica dell'attore alle difese del convenuto, corrispondentemente alla memoria *ex art. 6*.

La previsione in esame, pertanto, assume particolare importanza in tutte quelle ipotesi in cui l'attore depositi la domanda cautelare immediatamente, che sono poi le frequenti ipotesi di richiesta di sospensione dell'efficacia della delibera contestualmente all'impugnazione della stessa. In tal caso può avvenire che la scelta discrezionale del giudice di indirizzare la causa subito in decisione limiti la produzione difensiva del convenuto proprio all'unica difesa scritta depositata nel termine fissato, dato che il giudice, provocando il giudizio abbreviato, determina il formarsi delle preclusioni in capo alle parti anche con riferimento al giudizio di merito. La possibilità che si pervenga ad una sentenza destinata a passare in giudicato in presenza di un solo atto difensivo del convenuto e che questi possa risultare soccombente porta a ritenere che la discrezionalità del giudice nel concedere i termini per il deposito degli scritti difensivi sia condizionata al pieno esplicarsi

del diritto di difesa del convenuto⁴⁹ e che tale concessione si presenti doverosa laddove sia probabile la decisione immediata nel merito. Si può citare il medesimo decreto del Tribunale di Milano, cui si è fatto riferimento nel par. precedente⁵⁰, ove il giudice, “rilevato che (...) all’udienza possa essere disposto, in luogo o assieme al provvedimento cautelare, il giudizio abbreviato, onde appare necessario lasciare alle parti il tempo necessario alla predisposizione di difese che di ciò tengano conto e per la relativa produzione documentale”, fissa un termine alla resistente ed un altro ad entrambe le parti entro i quali “invita” la prima a depositare la memoria di replica ed entrambe all’eventuale deposito di memorie sulle produzioni avverse, nonché eventuali documenti a controprova.

Qualora, invece, l’istanza di fissazione dell’udienza sia stata già notificata, con l’effetto di far scattare le preclusioni in capo alle parti, le memorie e le repliche potranno avere ad oggetto, oltre agli aspetti relativi alla concessione dalla misura cautelare, unicamente un contenuto ricognitivo, ed in alcun modo innovativo, dell’attività svolta nel giudizio di merito.

Circa i termini che il giudice può fissare per il deposito degli scritti delle parti si aprono varie questioni. In primo luogo, ci si chiede se tale potere costituisca per il giudice un obbligo o una facoltà. Si è sostenuto, infatti, che la concessione dei termini ai sensi del comma 2 costituisca un diritto delle parti, in ragione della lesione del diritto di difesa che diversamente si verificherebbe, potendo la semplice proposizione di una domanda cautelare in corso di causa precludere l’ulteriore trattazione della causa e generare la definizione della controversia⁵¹. In proposito, si devono considerare le caratteristiche di celerità proprie del giudizio cautelare ed il fatto non trascurabile che, ove si ritenesse doverosa la concessione di detti termini, la fase del procedimento cautelare risulterebbe più lunga e farraginosa anche nell’ipotesi in cui fosse da escludersi a priori la definizione immediata nel merito a causa della complessità della causa. Inoltre, c’è da notare che se il giudice è già chiamato ad interrogarsi sul possibile ed immediato esito in merito, col decreto di fissazione dell’udienza

⁴⁹ Tali sono le osservazioni di CANALE, *Procedimento sommario, cit.*, 1550 che fa notare che neanche la possibilità dell’appello costituisce per il convenuto un rimedio nei confronti delle preclusioni di merito e istruttorie scattate in primo grado, essendo il giudizio di secondo grado “chiuso” rispetto a nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove. In proposito anche BESSO, *sub art. 24, 747*, fa notare che il potere discrezionale del giudice circa l’assegnazione dei termini incontra un unico limite nel caso in cui il convenuto sia appena venuto a conoscenza dell’instaurazione nei suoi confronti del giudizio di merito e debba avere la facoltà di svolgere per iscritto le proprie difese.

⁵⁰ V. nota 45.

⁵¹ SALETTI, *sub art. 24, 237*. Secondo BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 421, il giudice ha la possibilità di preparare la discussione della controversia tramite lo scambio di memorie, indicando le questioni, di merito o di rito, ritenute rilevanti e idonee a fondare la decisione della lite e in questo modo viene altresì rispettato il contraddittorio tra le parti e il giudice, essendo stata provocata la discussione sulle questioni, sollevate dalle parti o rilevate d’ufficio, sulle quali potrebbe poggiare la decisione con rito abbreviato.

di comparizione il giudice compie una prima valutazione che manifesta sollecitando l'attività delle parti, ma sarà solo in seguito all'attività istruttoria compiuta nel corso dell'udienza che deciderà se indirizzare immediatamente la causa in decisione⁵². D'altro canto, come sopra chiarito, nell'ipotesi di domanda cautelare formulata immediatamente da parte dell'attore e di "virata" del processo verso il giudizio abbreviato, la memoria difensiva depositata nel termine concesso dal giudice potrebbe essere l'unica difesa a lui concessa. Spetterà, quindi, al giudice valutare caso per caso la necessità o meno della trattazione scritta.

In secondo luogo, si fa notare che la congruità dei termini si pone come garanzia del rispetto del principio del contraddittorio e si ritiene che, essendo questi fissati unilateralmente dal giudice, nel caso in cui risultino eccessivamente ristretti per le parti potrà essere richiesta una proroga o, qualora questa non venga concessa, si potrà impugnare la decisione per violazione del diritto di difesa, a causa dell'eccessiva brevità del termine assegnato dal giudice⁵³.

Infine, si può affermare che, in mancanza di un'espressa qualificazione della norma, tali termini siano ordinatori, con la conseguenza che gli scritti depositati tardivamente potranno essere esclusi dalla cognizione del giudice solo in seguito ad una formale eccezione della controparte.

7. L'udienza di comparizione delle parti

Il comma 3 dell'art. 24 prevede che "il giudice designato procede a norma dell'articolo 669-*sexies* del codice di procedura civile". Si tratta di un richiamo alle regole di svolgimento del procedimento cautelare dettate in via generale dal c.p.c..

L'art. 669-*sexies* stabilisce a carico del giudice l'obbligo di "sentire" le parti, imponendo il rispetto del principio del contraddittorio, ma nelle sue "formalità essenziali", che non possono essere "omesse". Ciò autorizza il ricorrente ad utilizzare forme alternative alla notificazione del ricorso (e del decreto) quali il telegramma o il fax, sempre fermo restando il controllo sulla capacità di detti mezzi di aver posto in condizione l'altra parte di conoscere il contenuto della domanda, ma anche di predisporre le conseguenti difese⁵⁴. Tuttavia, nel procedimento cautelare societario si impone la pronuncia di un "decreto di

⁵² Per tali considerazioni v. BESSO, *sub* art. 24, 729.

⁵³ V. ancora BUONCRISTIANI, *sub* art. 24, *cit.*, 421.

⁵⁴ V. ARIETA, in MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, III, t. 1, Padova, 2005, 910.

fissazione dell'udienza" per esplicita previsione dell'art. 24, comma 3. Tale provvedimento andrà necessariamente notificato laddove una delle parti non sia ancora costituita e ciò in base all'art 17, che per i procedimenti disciplinati dal d. lgs. 5 del 2003, prevede la possibilità di adottare forme di notificazione e comunicazione degli atti processuali diverse dagli artt. 136 ss. c.p.c., ma soltanto quando queste siano dirette "alle parti costituite"⁵⁵.

L'attività svolta in udienza, stante il richiamo alle norme generali, presenterà i caratteri dell'atipicità propri dell'istruttoria cautelare, volta al compimento degli atti istruttori "indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto". Si tratta, dunque, di un'istruttoria deformatizzata, aperta anche a mezzi di prova atipici (ad es. l'audizione di persona delle parti o di persone informate dei fatti, la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, l'affidamento di accertamenti tecnici ad ausiliari dotati di specifica preparazione, anche senza il rispetto delle norme dettate in tema di consulenza tecnica), e soggetta all'esercizio di poteri officiosi, dei quali il giudice della cautela può discrezionalmente avvalersi, per il raggiungimento delle finalità suindicate, con il solo limite costituito dal rispetto del principio di allegazione dei fatti.

L'art. 24 configura due possibili esiti dell'udienza di comparizione.

Una prima possibilità è che il giudice si pronunci sulla misura cautelare con ordinanza che accolga o respinga l'istanza.

8. Un primo possibile esito dell'udienza di comparizione: la pronuncia del provvedimento cautelare. L'ultrattività della misura concessa. La statuizione sulle spese. La pronuncia con decreto

Circa tale provvedimento, il comma 3 dell'art. 24 dispone che "l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti d'urgenza o degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito". Si ribadisce⁵⁶, cioè, la regola della strumentalità attenuata rispetto al giudizio di merito, già formulata dall'art. 23, comma 1 e 4, con esclusivo riguardo alle misure aventi carattere c. d. "anticipatorio" concesse *ante causam*., con ciò attuando il principio contenuto

⁵⁵ Cfr. CANAVESE, *sub* art. 24, 727.

⁵⁶ Secondo LUPOI, *sub* art. 24, 195, la disposizione è stata prevista "sancendo forse l'ovvio, alla luce dell'analogo disposto dell'art. 23, comma 4" e aggiunge che "d'altro canto, escludere la strumentalità attenuata per i provvedimenti cautelari concessi in corso di causa sarebbe stato incomprensibile".

nella legge delega⁵⁷. Si tratta, in sostanza, dell'altra faccia della medaglia costituita dalla facoltatività dell'instaurazione della causa di merito. Dal momento che viene rimessa alla libera determinazione delle parti la scelta di pervenire alla sentenza, esse possono ritenere che il regolamento del rapporto litigioso ottenuto col provvedimento provvisorio sia (più o meno momentaneamente) idoneo a soddisfare i propri interessi e per esse conveniente senza necessità di instaurare il giudizio di merito. La conseguenza necessaria di tale evenienza è costituita, appunto, dall'ultrattività degli effetti del provvedimento, volendo intendere con tale espressione l'attitudine della cautela a regolare la controversia anche in assenza di tempestiva instaurazione o prosecuzione del giudizio di merito. Parlare di "stabilizzazione" della misura cautelare può, quindi, avere un connotato equivoco se non si chiarisce che il provvedimento non acquista effetti più "stabili" di quelli che ha al momento della pronuncia, rimanendo gli effetti pur sempre provvisori e cautelari. Analogamente, la "definitività" degli effetti prevista dalla legge delega per i provvedimenti cautelari non implica alcun genere di irretrattabilità o immodificabilità degli stessi, potendo questi sussistere fino a quando una delle parti non riterrà o di instaurare il giudizio di merito ovvero di proporre istanze di modifica o revoca della misura cautelare⁵⁸. Ugualmente, a maggior ragione, non può dubitarsi del fatto che l'ultrattività della misura cautelare rispetto all'estinzione del processo di merito non equivale ad efficacia di giudicato⁵⁹, sicché, in base a considerazioni di carattere sistematico, si può ritenere applicabile in via estensiva la disposizione dell'art. 23, comma 6, secondo cui "l'autorità del provvedimento non sarà mai invocabile in un diverso processo".

Proprio l'inidoneità al giudicato del provvedimento che sopravviva all'eventuale estinzione del processo giustifica la possibilità della revoca o modifica, qualora soppravengano mutamenti nelle circostanze. La disciplina applicabile va rinvenuta anche in questo caso nell'art. 23, comma 3, che individua come competente alla revoca o alla modifica il giudice che "ha provveduto sull'istanza cautelare" il quale coinciderà, generalmente, con il giudice designato ai sensi dell'art. 24, comma 1.

⁵⁷ La legge delega, n. 366 del 2001, all'art. 12, comma secondo, punto 2 c), si limita a stabilire "la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito" e ciò potrebbe porre in dubbio la conformità alla stessa di quanto previsto dal legislatore delegato. Fa notare DALMOTTO, *sub* art. 24, *op. cit.*, 2942, che "lo scopo del delegante era quello di allentare il vincolo tra cautela e merito, sicché pare legittimo aver previsto l'ultrattività, rispetto all'estinzione del giudizio di merito, del provvedimento cautelare concesso in corso di causa (e a maggior ragione di aver previsto l'ultrattività, sempre rispetto all'estinzione del giudizio di merito, di quello emanato *ante causam*)".

⁵⁸ Per tali considerazioni, v. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 389.

⁵⁹ Cfr. CANAVESE, *sub* art. 24, *cit.*, 731.

Sempre in virtù dell'applicazione dell'art. 23, comma 5, avverso l'ordinanza che pronuncia sulla misura cautelare è proponibile reclamo⁶⁰. Si può ritenere, infatti, che le norme dettate in tema di oggetto del reclamo, di termine per la sua proposizione, di attività istruttoria e di divieto di rimessione al primo giudice, sebbene inserite tra quelle relative ai provvedimenti *ante causam*, abbiano una portata di carattere generale, avendo delineato l'istituto del reclamo cautelare nel c. d. processo societario, indipendentemente dal fatto che la domanda cautelare sia stata proposta *ante causam* o in corso di giudizio.

L'ordinanza emessa non deve contenere alcuna statuizione in ordine alle spese della fase cautelare, poiché queste saranno liquidate con la decisione sul merito: infatti, si può ritenere che la previsione del comma 2 dell'art. 23 resti circoscritta al caso di misura cautelare richiesta *ante causam*⁶¹. Anche la giurisprudenza è univoca nel non inserire la pronuncia sulla spese nel provvedimento cautelare concesso in corso di causa⁶².

Non manca, però, chi sostiene che, anche nell'ipotesi di provvedimento cautelare concesso in corso di causa, il giudice designato, qualora adotti "provvedimenti d'urgenza" o "altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito" debba provvedere sulle spese. Questa impostazione viene affermata facendo riferimento al carattere del provvedimento, potenzialmente idoneo a definire (senza valore di giudicato) la controversia, *ex art. 24, comma 3, ultima parte*. Si ritiene, quindi, sussistente identità di *ratio* con il disposto dell'art. 23, comma 2. Di conseguenza, poi, lo stesso Autore è tenuto ad ammettere il regime oppositorio di cui al terzo comma dell'art. 669-septies limitatamente al capo sulle spese, fermo il necessario coordinamento con l'istituto del reclamo. Esclude, infine, che le spese debbano essere liquidate in caso di rigetto della misura dal momento che il provvedimento è privo di ogni definitività⁶³.

Il richiamo all'art. 669-*sexies* rende, altresì, possibile la pronuncia della misura cautelare con decreto *inaudita altera parte*, laddove la convocazione dell'altra parte sia in grado di pregiudicare l'attuazione del provvedimento⁶⁴. In tale ipotesi, il giudice fissa nei successivi quindici giorni l'udienza per la comparizione delle parti, nella quale provvede con ordinanza alla conferma, revoca o modifica dei provvedimenti resi. Un esempio di misura cautelare concessa in corso di causa con decreto è contenuto nell'art 2378 c.c., così come

⁶⁰ V. BUCCI, *Il processo societario*, Padova, 2005, 198.

⁶¹ V. SALETTI, *sub art. 24, op. cit.*, 236; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 421.

⁶² Come esempi di provvedimenti di accoglimento, v. Trib. Bari, 24 gennaio 2005, (ord.), in www.associazionepreite.it; Trib. Verona, 15 febbraio 2005, (ord.), in www.associazionepreite.it; come esempi di provvedimenti di rigetto, v. Trib. Rimini, 27 ottobre 2004 (ord.), in www.altalex.it; Trib. Parma, 23 dicembre 2004, (ord.), in *Giur. It.*, 2005, 1900, con nota di BESSO.

⁶³ La tesi è di DE MATTEIS, *Il processo cautelare, cit.*, 104.

⁶⁴ Cfr. AMADEI-SOLDATI, *Il processo societario, cit.*, 113; CANAVESE, *sub art. 24, cit.*, 728.

novellato dal d.lgs. n. 6 del 2003, che disciplina la sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari⁶⁵.

9. Un diverso esito dell'udienza di comparizione: la "virata" verso il giudizio abbreviato

Il secondo possibile esito dell'udienza di comparizione *ex art. 669-sexies* è costituito dalla "virata"⁶⁶ verso il giudizio abbreviato.

L'art. 24, comma 4, prevede che "il giudice designato per la trattazione della domanda cautelare, qualora all'udienza di comparizione delle parti ritenga che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito, ne dà comunicazione alle parti presenti e le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito; nella stessa udienza, se si tratta di causa non riservata al tribunale in composizione collegiale, pronuncia sentenza, al termine della discussione".

Sin dai primi commenti sulla riforma è stato segnalato⁶⁷ che, quanto al procedimento cautelare, le due innovazioni principali e più significative introdotte dal rito societario sono costituite dall'attenuazione della strumentalità, per quanto riguarda le misure concesse *ante causam*, e dalla possibilità del giudizio abbreviato, in caso di proposizione incidentale della domanda cautelare

Il legislatore con questo istituto ha configurato un nuovo modello di giudizio in cui la decisione consegue all'esito di un procedimento "concentrato", ma è dotata pur sempre di efficacia di giudicato poiché frutto di cognizione piena del materiale di causa, sebbene sia derivata da una "variante processuale"⁶⁸ di un procedimento cautelare in corso di causa.

La *ratio* della disciplina è quella di consentire un più agile e, soprattutto, rapido passaggio della causa verso la decisione di merito, soprassedendo sulla decisione cautelare, tutte le volte in cui la controversia risulti di agevole ed immediata soluzione sulla base del

⁶⁵ La seconda parte del comma 3 dell'art. 2378, c.c., rubricato "Procedimento d'impugnazione", dispone che: "In caso di eccezionale e motivata urgenza, il presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull'istanza con decreto motivato, che deve altresì contenere la designazione del giudice per la trattazione della causa di merito e la fissazione, davanti al giudice designato, entro quindici giorni, dell'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati con il decreto, nonché la fissazione del termine per la notificazione alla controparte del ricorso e del decreto".

⁶⁶ L'espressione è di BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 416.

⁶⁷ V. per tutti TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2004, 2209 ss..

⁶⁸ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 314.

materiale istruttorio, che probabilmente sarà il medesimo a disposizione del giudice al momento della sentenza.

9.1 Il giudice competente a disporre il giudizio abbreviato è lo stesso chiamato alla trattazione della domanda cautelare e si trasforma in giudice relatore o monocratico

Il giudice che può trasformare la trattazione della cautela in immediata decisione sul merito, ritenendo sussistenti i presupposti indicati nell'art. 24, comma 4, è il giudice della cautela individuato dal comma 1. La disposizione, infatti, prevede che sia "il giudice designato" a determinare la conduzione del procedimento, e questi è il medesimo cui fanno riferimento il comma 2 dell'art. 12 ed il comma 2 dell'art. 18, cioè quello nominato dal presidente del tribunale nel corso del processo di cognizione ordinaria successivamente alla notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza ed alla formazione del fascicolo d'ufficio, con il compito precipuo di emanare il decreto di fissazione dell'udienza.

Si deve anche tenere presente l'ulteriore previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 24, che si riferisce alla diversa ipotesi in cui la domanda cautelare venga proposta prima dell'istanza di fissazione dell'udienza. Bisogna, infatti, tenere presente, infatti, che nella prima fase del rito societario, che possiamo definire preparatoria⁶⁹, mediante lo scambio degli atti introduttivi fra le parti si realizza la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, ma il procedimento di merito, pur essendo pendente, non è ancora assegnato ad alcun magistrato. La designazione del giudice relatore (o del giudice cui è affidata la trattazione del giudizio monocratico) non è prevista prima che sia trascorso il termine minimo di dodici giorni dalla data di deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza⁷⁰, con la conseguenza che anteriormente a tale termine non è ancora individuato il magistrato-persona fisica che, quale componente del collegio o quale giudice unico, dovrà emettere la

⁶⁹ Così OLIVIERI, *La tutela cautelare, cit.*, § 3, il quale distingue tre fasi: la prima, *della trattazione o preparatoria, riservata alle parti*, che termina con la notificazione all'altra parte (e successivo deposito) dell'istanza di fissazione dell'udienza; la seconda, *propedeutica o preliminare all'udienza di discussione*, ad opera esclusiva del giudice di merito, che si chiude col deposito del decreto di fissazione dell'udienza; la terza, *dell'udienza di discussione*, destinata allo svolgimento delle attività indicate dall'art. 16.

⁷⁰ A norma dell'art. 12 del decreto, nelle controversie in cui il tribunale decide in composizione collegiale, il cancelliere, decorsi dieci giorni dal deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza, presenta senza indugio il fascicolo al presidente (del tribunale o, per i tribunali divisi in più sezioni, della sezione), il quale, entro il secondo giorno successivo alla presentazione del fascicolo, designa il giudice relatore. Nelle controversie in cui il tribunale decide in composizione monocratica, il combinato disposto dell'art. 18, comma 2, e dell'art. 12, fa sì che, analogamente, il presidente del tribunale designa, sempre dopo la presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza, il giudice cui è affidata la trattazione del procedimento monocratico.

sentenza. Proprio in virtù del fatto che la domanda cautelare può essere presentata anche durante questa prima fase del giudizio, si rende necessario che il presidente designi senza indugio “il magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento [cautelare]”.

Giova, quindi, ribadire che, come in precedenza chiarito⁷¹, sia che il ricorso cautelare venga depositato prima della designazione del giudice relatore (cioè, prima della notificazione dell’istanza di fissazione dell’udienza) sia che il ricorso cautelare venga depositato dopo che sia stato già designato il giudice relatore (cioè, dopo la notificazione dell’istanza di fissazione dell’udienza), in entrambe le ipotesi, la competenza a conoscere della domanda cautelare in corso di causa spetta al giudice monocratico designato dal presidente del tribunale. È a questo stesso giudice che spetta la valutazione circa l’accesso al giudizio abbreviato.

Il legislatore societario, pertanto, ha attribuito sempre ad un giudice singolo, designato ai sensi dell’art. 12, comma 2 (per i processi a decisione collegiale) ovvero dell’art. 18, comma 2 (per quelli a decisione monocratica), le funzioni di “preparazione” della causa per la decisione che, nel caso di decisione collegiale, si esauriscono con la stesura del decreto di fissazione dell’udienza dinanzi allo stesso.

A tale giudice singolo, a prescindere dalla collegialità o meno della decisione, lo stesso legislatore ha attribuito anche i poteri cautelari in corso di causa, ritenendo non solo compatibile, ma anche opportuno il “cumulo” tra le funzioni di giudice della cautela e di giudice istruttore e/o relatore della causa di merito⁷².

Al medesimo giudice della cautela il legislatore ha, altresì, attribuito il potere, in presenza dei presupposti dell’art. 24, di non provvedere sulla domanda cautelare e di dare ingresso alla decisione sul merito nelle forme abbreviate, operando così il collegamento tra la domanda cautelare proposta in corso di causa ed il giudizio abbreviato.

La previsione dell’art. 24 non chiarisce espressamente quale rilevanza vada riconosciuta a tale designazione: se, cioè, essa debba ritenersi limitata all’affidamento a tale giudice della decisione sull’istanza cautelare ovvero se la stessa modifichi e, di conseguenza, anticipi la designazione del giudice relatore o del magistrato competente a decidere il merito.

Secondo un orientamento⁷³, la disposizione va letta nel senso che il presidente designa il magistrato al quale è affidata la trattazione, e la successiva decisione, della fase cautelare, mentre per la designazione *ex art.* 12 del giudice relatore nel giudizio di merito

⁷¹ V. § 3.

⁷² Cfr. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 871.

⁷³ V. ancora § 3.

occorrerà un altro provvedimento del presidente, anche se è auspicabile che si instauri la prassi di nominare giudice relatore del processo di cognizione lo stesso magistrato già designato per provvedere sulla istanza cautelare⁷⁴.

Aderendo all'orientamento dominante, è preferibile ritenere che tutte le volte in cui il giudice della cautela designato dal presidente disponga il giudizio abbreviato si trasformi automaticamente in giudice relatore o decidente⁷⁵. Qualora, infatti, essendo stata la domanda cautelare proposta prima della istanza di fissazione dell'udienza di discussione, e non essendo stato, pertanto, il giudice relatore ancora designato, venga disposto l'accesso al rito abbreviato, il giudice designato per il procedimento cautelare si trasforma automaticamente in giudice relatore, indipendentemente dalla presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di cui all'art. 8 e in assenza di uno specifico provvedimento di designazione ai sensi dell'art. 12, mentre se si tratta di controversie riservate al giudice in composizione monocratica, è egli stesso a dover decidere.

Infatti, se la valutazione circa l'accesso al rito abbreviato spetta al giudice designato per la trattazione della domanda cautelare, ciò non sottrae la decisione al giudice competente per il merito che nella maggior parte dei casi sarà il collegio, dato che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del decreto, il tribunale giudica sempre in composizione collegiale, fatta eccezione per le controversie in materia bancaria e creditizia promosse da una banca contro un'altra banca, assoggettate a decisione da parte dell'organo monocratico (salvo siano state promosse da associazioni rappresentative dei consumatori e dalle camere di commercio contro una banca, e viceversa, in relazione alle quali la norma citata prevede la decisione del tribunale in composizione collegiale).

In ipotesi di competenza collegiale, quindi, il giudice singolo che opti per il giudizio abbreviato non sottrae la decisione al giudice collegiale, il quale deve essere messo in condizione di pronunciarsi. A tal fine, il comma 5 dell'art. 24, prevede che il giudice "designato", qualora ritenga sussistenti i presupposti per la decisione con rito abbreviato, fatte precisare le conclusioni dinanzi a sé, deve fissare l'udienza di discussione davanti al collegio nei successivi trenta giorni. Ciò avviene mediante la pronuncia di un decreto avente contenuti, caratteristiche e funzioni assimilabili a quelli previsti dall'art. 12⁷⁶ col quale il giudice "presenta" al collegio i termini della controversia e le ragioni per le quali ritiene che si debba procedere col rito abbreviato.

⁷⁴ Così, DALMOTTO, *sub* art. 23-24, *cit.*, 2940. Anche CANAVESE, *sub* art. 24, *op. cit.*, 726, afferma che "evidenti ragioni di economia processuale depongono in tal senso".

⁷⁵ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, *cit.*, 330; COSTANTINO, *La tutela cautelare*, *cit.*, 667; CRISTIANO, *I nuovi procedimenti in materia di diritto societario*, *Giur. mer.*, 2004, 1614.

⁷⁶ Cfr. ARIETA-DE SANTIS, *ibidem*.

Il decreto con cui viene fissata l'udienza dinanzi al collegio non presenta, però, alcun contenuto decisorio, ma soltanto, per così dire, un progetto di trattazione nelle forme abbreviate, progetto che dovrà comunque trovare l'adesione dal collegio. In altre parole, il collegio, una volta investito della decisione della causa, potrà dissentire dalla valutazione svolta in prima battuta dal giudice designato circa l'idoneità della causa ad essere decisa nel merito, senza ulteriore istruttoria, e potrà, quindi, previa la revoca del decreto con cui si è disposto il giudizio abbreviato, disporre i provvedimenti di volta in volta resi possibili dalla fase processuale in cui è stata introdotta la domanda cautelare. Ciò induce a ritenere che la valutazione finale circa la possibilità di procedere con rito abbreviato spetta comunque al collegio per le cause ad esso riservate, anche dal momento che implica considerazioni che attengono al profilo decisorio della controversia.

10. I presupposti per l'accesso al rito abbreviato ex art. 24, comma 4: a) la maturità della causa per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova

L'accesso al rito abbreviato può essere disposto in presenza di due presupposti, alternativi tra loro, indicati dallo stesso art. 24, comma 4, il quale prescrive che il giudice deve valutare "se ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito".

Con questi due presupposti si abbracciano tutte le ipotesi in cui un giudizio può essere definito e, cioè, tramite una decisione di merito ovvero tramite una decisione su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito.

10.1 Ipotesi applicative di "maturità" della causa: la decisione della causa dipende dalla risoluzione di questioni di diritto. Casistica

La prima ipotesi si basa sulla formazione del *thema decidendum* e sulla maturità della causa per la decisione di merito. La causa è sicuramente idonea ad essere immediatamente decisa quando i fatti non sono contestati ovvero quando la causa sia di puro diritto⁷⁷.

⁷⁷ V. Trib. Sulmona, (ord.), 24 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1900, con nota di BESSO, *Foro it.*, 2004, 3218, con osservazioni di LONGO; *Società*, 2004, 1558, con nota di LONGO, in cui il giudice, sciogliendo la precedente riserva, ha ritenuto la causa matura per la decisione di merito sulla base della constatazione che vuoi la domanda cautelare incidentale vuoi la domanda di merito azionata dalla parte attrice vuoi le domande

Un esempio di controversia decisa con rito abbreviato ed avente ad oggetto una questione di diritto è costituito da un caso di impugnazione di delibera assembleare, affrontato dal tribunale di Latina⁷⁸. Un socio ha impugnato il 29 marzo 2004 alcune deliberazioni assembleari e contemporaneamente ne ha chiesto la sospensione in via cautelare. Il giudice, il 27 aprile, ha dichiarato l'inammissibilità della domanda cautelare poiché l'impugnazione era avvenuta prima della necessaria iscrizione nel registro delle imprese delle delibere stesse⁷⁹ e ha ordinato la prosecuzione del giudizio di merito nelle forme dell'art. 24. Successivamente, lo stesso socio, il 30 aprile, ha impugnato le medesime deliberazioni, nel frattempo iscritte nel registro delle imprese, e ha proposto, anche in questo caso, domanda cautelare di sospensione. Il giudice designato ha accolto la domanda cautelare il 27 maggio e ha disposto la prosecuzione del giudizio *ex art. 24*. All'udienza collegiale del 22 giugno le due cause sono state riunite e decise con lettura in udienza della motivazione e del dispositivo.

Leggendo la motivazione della sentenza, emergono una serie di questioni di rito esaminate in via preliminare dai giudici, quali l'inammissibilità dell'impugnazione, il difetto di giurisdizione e di competenza, la mancanza di legittimazione attiva. La causa era, quindi, senz'altro complessa, ma si prestava alla decisione con rito abbreviato poiché le questioni preliminari, ma anche la stessa domanda di merito, implicavano la risoluzione di questioni di diritto. Il merito della controversia riguardava, infatti, l'invalidità delle deliberazioni assembleari sotto il profilo del difetto di legittimazione del Presidente del Consiglio di amministrazione della s.r.l. convenuta alla convocazione dell'assemblea. Si trattava, quindi, di decidere se il potere di convocare l'assemblea rientri nelle attribuzioni del Presidente del Consiglio di amministrazione, dovendo interpretare, a tal fine, il dato normativo costituito dall'art. 2479 bis, primo comma, c.c., che rimette all'atto costitutivo "i modi di convocazione dell'assemblea". L'atto costitutivo della s.r.l. convenuta prevedeva la convocazione "a cura dell'organo amministrativo", identificato, dallo stesso atto costitutivo, o in un amministratore unico o in un Consiglio di amministrazione composto da tre a sette membri. Essendo non contestato tra le parti e, anzi, documentalmente

avanzate in via *subordinata* dalla stessa parte non richiedevano l'espletamento di attività istruttoria atteso che i fatti posti a base dell'azionata tutela cautelare potevano ritenersi nella loro rilevanza oggettiva non controversi tra le parti ed, inoltre, che la stessa domanda cautelare e la domanda di merito e quelle riconvenzionali azionate in via *subordinata* dalla parte attrice involgevano essenzialmente la soluzione di questioni di carattere eminentemente giuridico.

⁷⁸ Cfr. Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1900, con nota di BESSO.

⁷⁹ La questione dell'ammissibilità, o meno, dell'impugnazione delle delibere assembleari prima della loro necessaria iscrizione nel registro delle imprese si poneva in virtù dell'art. 2479 *ter*, primo comma, ai sensi del quale le decisioni invalide dei soci "possono essere impugnate dai soci che non vi hanno consentito, da ciascun amministratore e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro trascrizione nel registro delle imprese".

provato che la forma assunta dall'organo amministrativo era quella del Consiglio composto di tre membri, il giudice ha ritenuto che quest'ultimo organo collegiale fosse legittimato alla convocazione la cui volontà non poteva farsi coincidere con quella del suo Presidente, ma presupponeva una deliberazione votata dalla maggioranza dei membri, che, invece, non si era raggiunta.

Nella motivazione i giudici, in maniera articolata, escludono che il potere di legittimazione alla convocazione dell'assemblea in capo al Presidente del Cda si possa configurare sulla base di altre norme, come sostenuto dalla società convenuta, e giungono, pertanto, ad affermare che tale vizio si riflette inevitabilmente sulla validità della stessa assemblea e delle decisioni da essa assunte, che perciò il tribunale provvede ad annullare.

Dal caso esaminato risulta emblematico il ricorso al rito abbreviato in presenza di determinate condizioni, che sono quelle cui ha fatto riferimento anche il legislatore nella predisposizione di tale istituto. Si tratta, infatti, di un giudizio di impugnazione di deliberazione assembleare in cui i temi oggetto della controversia vengono enucleati dalle parti *in limine litis*, direttamente negli atti introduttivi, e consistono in una serie di questioni di diritto che non richiedono accertamenti sui fatti ed attività istruttoria ulteriore⁸⁰.

L'utilità del rito abbreviato risulta anche dalla considerazione dei tempi per la decisione, cui si è giunti in meno di due mesi.

10.2 La “maturità” della causa quando essa non necessita di ulteriore istruzione. La compatibilità del giudizio abbreviato con l'assunzione di mezzi istruttori nell'udienza di comparizione

Sempre con riferimento alla formazione del *thema decidendum* e alla maturità della causa, essa sussiste ancora quando siano sufficienti le sole prove documentali o gli atti di istruzione acquisiti ai sensi dell'art. 669 *sexies* c.p.c..

Per quanto riguarda il carattere prettamente documentale della causa, questo si lega spesso alla natura di controversie la cui risoluzione implichi deliberazioni di puro diritto. Anche in questo caso, cioè, vengono in considerazione per lo più le domande di sospensione di delibere assembleari, per le quali il giudice si limita a verificare la conformità

⁸⁰ Per un esempio analogo, v. Trib. Milano, 8 giugno 2005, (ord.), in www.judicium.it, con osservazioni di MAESTRINI, che, nel giudizio di impugnazione della delibera assembleare con cui si adottava un nuovo statuto, ha disposto il giudizio abbreviato “ritenuto che la natura della causa richieda una deliberazione di puro diritto sulla conformità alle leggi dello statuto adottato in quella sede e che dunque non sia necessaria la assunzione di ulteriori mezzi di prova”.

delle stesse alla legge o all'atto costitutivo, senza necessità che vengano acquisite prove costituende.

Più in generale, circa la maturità della causa “senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova” vi è una divergenza tra gli autori poiché alcuni intendono sussistere tale presupposto quando non vi sia istruttoria da svolgere, essendo la causa documentale o la decisione in diritto. Tale si ritiene essere l'interpretazione più plausibile, che permette di unificare cautela e merito proprio perché la causa è immediatamente decidibile, a prescindere dall'assunzione di prove costituende⁸¹.

Secondo altri autori, invece, la maturità della causa, come previsto dall'art. 24, comma 4, sussiste quando l'istruttoria sia completa.⁸² Secondo tale tesi, l'aggettivo “ulteriore” utilizzato dal legislatore lascia pensare che la deduzione di mezzi di prova, ovviamente ammissibili e rilevanti, non precluda il passaggio al giudizio abbreviato⁸³. Si ritiene che, poiché l'art. 24, comma 4, stabilisce che il giudice può invitare le parti a precisare le conclusioni solo se non vanno assunti ulteriori mezzi di prova, il termine ulteriori va correlato ai mezzi di prova forniti dalle parti con l'istanza cautelare e a quelli che possono essere espletati all'udienza per effetto del richiamo all'art. 669 *sexies* c.p.c., sì che il processo abbreviato è essenzialmente, ma non esclusivamente, un processo documentale⁸⁴.

Pertanto, quando le parti, negli atti del giudizio di merito ovvero nelle memorie autorizzate ai sensi dell'art. 24, abbiano richiesto l'assunzione di mezzi di prove costituendi, spetta al giudice valutare se questa possa avvenire in tempi rapidi⁸⁵. Si fa l'esempio del ricorrente che abbia chiesto di sentire un testimone, la controparte si sia limitata a depositare documenti e il testimone, invitato informalmente, si presenti all'udienza di comparizione. Il giudice procederà al suo interrogatorio e, ove non sia necessaria l'assunzione di ulteriori mezzi di prova, convertirà il rito. Analogamente, quanto ai mezzi di prova esperibili d'ufficio, si fa l'esempio del giudice che disponga una ispezione nei locali

⁸¹ L'osservazione è di TISCINI, *I nova del procedimento cautelare*, cit., 2215.

⁸² Cfr. BUONCRISTIANI, *sub art. 24*, 423.

⁸³ Così BESSO, *sub art. 24*, 750.

⁸⁴ V. FABIANI, *La riforma del diritto societario, I procedimenti*, a cura di Lo Cascio, II ed., Milano 2006, 430.

⁸⁵ V. BESSO, *ibidem*, secondo la quale, tuttavia, la formula “atti di istruzione”, utilizzata nel primo comma dell'art. 669 *sexies* e differente rispetto a quella “sommarie informazioni” del terzo comma dello stesso articolo, porta gli interpreti a ritenere che la formazione della prova in sede cautelare, ferma restando la facoltà di utilizzare elementi probatori c.d. atipici, assuma a modello i mezzi istruttori del processo di cognizione e che, ad es., la scienza del terzo va acquisita mediante dichiarazione testimoniale resa di fronte al giudice e previa prestazione del giuramento, sia pure omessa ogni formalità non essenziale alla tutela del diritto di difesa. *Contra*, v. ARIETA, in MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, III, I t., Padova, 2005, 905, secondo cui l'espressione “atti di istruzione” non può essere intesa nel senso di un'equiparazione alla trattazione ordinaria né nel senso di una “attrazione” delle regole che governano l'istruzione probatoria del processo a cognizione piena, ma deve riferirsi a strumenti deformalizzati di acquisizione probatoria da utilizzare, sempre nel rispetto del principio del contraddittorio, a prescindere dal rispetto delle forme e dei limiti tipicamente disciplinati nel secondo libro del codice di rito e nel codice civile.

della società entro pochi giorni e che, quindi, fissi una successiva udienza per la discussione della causa e la pronuncia della sentenza, operando il rinvio consentito dal comma 7 dell'art. 24.

Qualora, invece, all'udienza di comparizione il giudice ritenga che la causa necessiti di una più approfondita istruzione probatoria, deciderà sulla sola domanda cautelare⁸⁶. In mancanza della istanza di fissazione dell'udienza di merito, la pronuncia sulla domanda cautelare esaurisce il compito del giudice che non dovrà emettere alcun ulteriore provvedimento, poiché il giudizio di merito continuerà il suo normale corso secondo quanto previsto dagli artt. 2 ss..

11. I presupposti per l'accesso al rito abbreviato ex art. 24, comma 4: b) il giudizio è comunque in condizione di essere definito

Il secondo e alternativo presupposto per l'immediata decisione di merito è dato dalla circostanza che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito.

La dottrina è concorde nel ritenere che esso si realizzi quando sussista una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito avente carattere assorbente⁸⁷. Si tratta di una previsione delineata in analogia con quanto previsto nel rito ordinario dal secondo e terzo comma dell'art. 187. Se il giudice ritiene che una questione - riguardante l'idoneità del processo a pervenire alla decisione di merito (ad esempio, relativa alla giurisdizione o competenza) ovvero concernente il merito (ad esempio, l'eccezione di prescrizione del diritto fatto valere in giudizio) - sia concretamente in grado di portare alla definizione del giudizio, e, cioè, sulla base di una valutazione del giudice istruttore, cui il collegio non è in alcun modo vincolato, sia suscettibile di accoglimento da parte di quest'ultimo della relativa eccezione o del rilievo d'ufficio, egli rimette la causa al collegio attraverso il decreto di fissazione dell'udienza, senza necessità di assumere mezzi di prova.

⁸⁶ V. Trib. Avezzano, 18 giugno 2004 (ord.), *Foro it.*, 2004, 3217, che ha pronunciato sulla sola domanda cautelare "ritenuto che, in ragione dell'ampiezza dei temi di prova enucleati nelle rispettive istanze istruttorie dalle parti formulate nei relativi atti difensivi e della conseguente probabile esigenza di un esaustivo completamento dell'istruzione probatoria attraverso l'assunzione di ulteriori mezzi di prova, è opportuno assicurare la pienezza del contraddittorio processuale, non apparendo matura la contrazione della causa per la decisione di merito secondo il modello del c.d. giudizio abbreviato di cui all'art. 24, 4° comma, su citato d. leg.; che, peraltro, la documentazione in atti versata dalle parti è ampiamente sufficiente per una delibazione del "merito" cautelare a norma dell'art. 669 *sexies* c.p.c."

⁸⁷ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale*, cit., 335; BESSO, *sub art. 24*, 750; SALETTI, *sub art. 24*, cit., 236; SENINI-VEDANA, *Il nuovo processo societario*, cit., 241, nt. 33; DE MATTEIS, *Il processo cautelare*, cit., 99.

In tali fattispecie, l'istanza cautelare costituisce l'occasione per rilevare la sussistenza della questione ed il suo carattere impediendo ed evitando l'inutile prosecuzione del giudizio.

In analogia a quanto disposto dall'art. 189, primo comma, anche qualora il giudice rimetta le parti dinanzi a sé o al collegio per la decisione con rito abbreviato su una questione preliminare avente carattere assorbente, le conclusioni debbono essere "interamente formulate", e cioè non solo con riferimento alla questione stessa, ma a tutte le domande proposte. Il collegio, infatti, è investito della decisione di tutta la causa e può pronunciare sentenza definitiva, oltre che nell'ipotesi in cui ritenga di accogliere la questione avente carattere assorbente, anche quando, ritenuta l'inidoneità della predetta questione a definire il merito, sussistano gli elementi, anche istruttori, per la decisione della domanda⁸⁸.

12. Gli altri presupposti per l'accesso al rito abbreviato

12.1 La proposizione dell'istanza cautelare in corso di causa: il rispetto del principio della domanda e della corrispondenza fra chiesto e pronunciato

Condizione necessaria perché possa essere disposto il giudizio abbreviato è che sia stata proposta istanza cautelare nel corso di un giudizio di merito: la collocazione stessa della norma sul giudizio abbreviato nella disposizione di cui all'art. 24, relativa ai provvedimenti cautelari in corso di causa, impone tale soluzione⁸⁹.

Tale scelta del legislatore ha suscitato qualche perplessità in taluna dottrina dal momento che l'esigenza di accelerazione del giudizio che sorregge l'istituto in questione può crearsi con analoghi presupposti anche in un giudizio all'interno del quale non sia stata proposta alcuna istanza cautelare. La spiegazione di tale previsione viene ravvisata nella circostanza che soltanto quando sia stata avanzata una domanda cautelare il giudice prende visione delle carte processuali a prescindere dall'avvenuta proposizione dell'istanza di fissazione di udienza e quindi può valutare se la decisione della causa possa essere effettivamente anticipata⁹⁰.

⁸⁸ Così precisano ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit. 336.

⁸⁹ V. MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare*, cit., 1253.

⁹⁰ Queste considerazioni sono di RUBINO, *sub art. 24, cit.*, la quale ritiene questa spiegazione non idonea, dal punto di vista finalistico, a giustificare la mancata previsione da parte del legislatore di un meccanismo acceleratorio che possa incidere sul rito ordinario *tout court*, essendo, questa, una evidente conseguenza della totale esclusione del giudice da ogni compartecipazione alla prima fase processuale. In senso fortemente

Altri⁹¹ giudicano “singolare” che il meccanismo possa scattare solo nel caso in cui venga richiesta in corso di causa l’emissione di una misura cautelare, ma ritengono che la scelta, di natura discrezionale, non sia sindacabile sotto il profilo della sua costituzionalità e che risponda alla finalità del legislatore di realizzare unicamente l’interesse delle parti, consentendo al giudice di incidere sulla durata del processo solo quando una di esse ritenga che il proprio diritto sia minacciato nel tempo occorrente alla definizione in via ordinaria del giudizio.

Sotto un altro aspetto, non si considera neppure giustificata la mancata estensione di questa forma di giudizio ai procedimenti cautelari *ante causam*, in funzione dei quali si svolge ugualmente l’udienza dell’art. 669 *sexies*, c.p.c., che costituisce proprio il momento per l’avvio del meccanismo di cui ai commi 4 e seguenti dell’art. 24⁹².

A ben vedere, però, la previa pendenza del giudizio di merito affinché sia possibile operare la conversione del rito da cautelare ad abbreviato si spiega dal momento che solo in questo caso la decisione di merito è già stata richiesta dalla parte ed il giudice, optando per la decisione di merito, non viene a violare il principio della domanda né quello del contraddittorio, dal momento che l’attore deve indicare specificamente i mezzi di prova richiesti e i documenti che intende offrire in comunicazione nell’atto di citazione (*ex art. 2, comma 1 e art. 163, n. 5, c.p.c.*) e nella memoria di replica di cui all’art. 6, mentre il convenuto ha l’onere di farlo nella comparsa di risposta (*ex art. 4, comma 1*)⁹³.

Dal punto di vista applicativo, la possibilità del giudizio abbreviato solo in seguito a proposizione incidentale della domanda cautelare non può che influire sulle scelte dell’attore, il quale, laddove il provvedimento cautelare possa essere emanato anche *ante causam*, dovrà decidere il momento per il deposito del ricorso, con la conseguenza del rischi di decisione immediata nel merito della causa, se ciò avvenga dopo la pendenza del giudizio.

critico, l’A. aggiunge che “laddove è stata introdotta l’istanza cautelare in corso di causa, l’interesse delle parti è in genere quello della celere definizione di questa, interesse che non ha alcuna necessaria connessione con quello alla celere definizione del merito”.

⁹¹ Così CRISTIANO, *I nuovi procedimenti*, cit., 1617.

⁹² V. AMADEI-SOLDATI, *Il processo societario*, cit., 116.

⁹³ L’osservazione è di OLIVIERI, *La tutela cautelare*, cit., § 3, e condivisa da BESSO, *sub art. 24*, cit., 753, nt. 103, secondo la quale non è un caso che il legislatore francese, nell’ultima riforma dell’istituto della passerelle abbia subordinato all’istanza di una delle parti il passaggio al giudizio di merito che, in Francia, non è ancora pendente.

12.2 L'accesso al giudizio abbreviato può prescindere dalla sussistenza del *periculum in mora*

Fra i presupposti per la decisione in forma abbreviata non viene espressamente richiesto il *periculum in mora* che, invece, condiziona la concessione del provvedimento cautelare. Ci si può, quindi, domandare se l'urgenza di provvedere vada fatta comunque rientrare, in via di interpretazione della disciplina del giudizio abbreviato, nelle considerazioni che il giudice compie al fine di accedere immediatamente alla decisione di merito ovvero se da essa egli possa prescindere.

In proposito, in dottrina⁹⁴ v'è chi si chiede se ammettere la decisione immediata della causa pur in assenza del requisito del *periculum in mora* costituisca in qualche modo una lesione al principio costituzionale di uguaglianza.

Da un lato, si può premettere che il rito abbreviato costituisce una variante del rito ordinario societario ed è caratterizzato da un assetto del tutto diverso del rapporto tra poteri del giudice e poteri delle parti. Tale "specialità" del rito, come per ogni forma di tutela giurisdizionale differenziata, si giustifica in virtù della salvaguardia di situazioni soggettive che subirebbero un pregiudizio qualora rimanessero in uno stato di incertezza per tutto il tempo necessario a pervenire alla sentenza di merito. In particolare, all'interno delle controversie societarie, il rito abbreviato è previsto nei casi in cui venga proposta incidentalmente una domanda cautelare.

D'altro lato, va considerato che la possibilità del rito abbreviato rimane aperta per qualsiasi causa societaria ricompresa nell'art. 1 del decreto, purché sia stata presentata istanza cautelare, e questo esclude che possa esservi lesione del principio di uguaglianza. Inoltre, il *periculum in mora* è requisito necessario all'accoglimento della domanda cautelare stessa, ma non all'instaurazione del procedimento.

Tra l'altro, la definizione immediata del giudizio risponde anche al principio di economia processuale e ad esso sarebbe contrario subordinare la stessa al ricorrere dell'urgenza.

Si può, quindi, affermare, in primo luogo, che l'adozione del giudizio abbreviato prescinde dalla concreta sussistenza del *periculum in mora*, cosicché essa può conseguire alla presentazione di un'istanza cautelare, anche infondata o al limite stravagante; in secondo luogo, ne risulta che il procedimento in oggetto viene attivato non già perché deve porsi rimedio al bisogno di effettività sollecitato dalla domanda cautelare, ma "quando la causa

⁹⁴ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 751.

appare matura per la decisione di merito”. Si può dire, anzi, che si procede a giudizio abbreviato nonostante la richiesta cautelare⁹⁵.

Sul punto, in dottrina si è sottolineata la possibilità che ciò possa incentivare la proposizione di ricorsi manifestamente infondati quanto al *periculum in mora*, volti unicamente a creare l’occasione per la pronuncia con rito abbreviato. In tal modo, la domanda cautelare proposta in corso di causa verrebbe ad assumere una doppia funzione: di istanza volta ad ottenere la misura provvisoria e/o di sollecitazione dell’immediata definizione della causa⁹⁶.

12.3 I limiti temporali per l’accesso al rito abbreviato

Come chiarito⁹⁷, la disciplina della proposizione della domanda cautelare in corso di causa, e della conseguente possibilità dell’accesso al rito abbreviato, è prevista espressamente solo con riferimento al tempo che precede il decreto di fissazione dell’udienza *ex art. 12*. Qualora il ricorso cautelare venga depositato dopo la pronuncia di questo provvedimento, si pongono, quindi, all’interprete i problemi di individuazione del giudice competente a provvedere, in precedenza esaminati.

Quanto all’ammissibilità del giudizio abbreviato dopo che sia stato emesso il decreto di fissazione dell’udienza, parte della dottrina ritiene che tale adempimento sancisca il limite temporale entro il quale la proposizione della domanda cautelare può portare alla decisione della causa secondo il rito abbreviato.

Si distingue l’ipotesi della causa riservata alla decisione collegiale da quella riservata al giudice monocratico dal momento. Quando, infatti, la decisione di merito è monocratica, può verificarsi che il giudice non abbia fatto coincidere l’udienza *ex art. 669 c.p.c.* con quella fissata per la comparizione delle parti innanzi a sé per la trattazione del merito. In tal caso, tenendo presente ragioni di accelerazione ed economicità dei giudizi, non si esclude che il giudice all’udienza *ex art. 669 sexies, c.p.c.*, in presenza dei presupposti relativi alla maturità della causa o alla sua idoneità ad essere definita nel merito, possa dare comunicazione alle parti della propria intenzione, invitarle alla discussione e pronunciare

⁹⁵ Così CASABURI, *Il rito cautelare nel procedimento speciale commerciale*, in *Le società*, 2005, 1286.

⁹⁶ V. BESSO, *sub art. 24, 753*, la quale nutre dubbi sulla scelta adottata dal legislatore in quanto assegna al procedimento cautelare un ruolo estraneo ai suoi caratteri strutturali e, d’altro lato, impone l’instaurazione di un procedimento *ad hoc* anche quando manca la necessità di concedere una misura provvisoria. L’A. ritiene che il legislatore meglio avrebbe fatto a prevedere l’immediata definizione della causa quale possibile evoluzione del processo ordinario a cognizione piena senza bisogno del radicamento del giudizio cautelare.

⁹⁷ V. § 5.1.

sentenza al termine della stessa udienza⁹⁸. Si fa notare⁹⁹, infatti, che nei casi in cui la decisione è monocratica essendo coincidenti giudice designato e organo decidente, manca il rischio di una divergenza tra la valutazione del giudice designato e quella dell'organo decidente, sicché, a prescindere dal momento in cui viene proposta l'istanza, il giudice designato può decidere immediatamente con sentenza.

Quando, invece, la decisione sia riservata al collegio, sempre che il giudice relatore non abbia fatto coincidere l'udienza *ex art. 669 sexies* con quella già fissata innanzi al collegio per la discussione del merito, si ritiene che lo spazio applicativo per il passaggio al rito abbreviato sia residuale. Il giudice relatore, infatti, all'udienza di discussione del cautelare, rendendosi conto della maturità della causa, diversamente dai giudizi a decisione monocratica, dovrebbe emanare un decreto di fissazione dell'udienza innanzi al collegio nei successivi trenta giorni. Tenendo conto che, in seguito al decreto di fissazione dell'udienza, risulta già fissata l'udienza di discussione innanzi al collegio, in una data compresa fra i dieci ed i trenta giorni successivi alla comunicazione del decreto stesso, le due udienze verrebbero a svolgersi in tempi così ravvicinati da rendere esiguo o addirittura inesistente il vantaggio di ottenere la sentenza in termini più brevi¹⁰⁰.

Data poi, la possibilità di ottenere sia con il rito ordinario sia con quello abbreviato la pronuncia in udienza della sentenza, l'unica utilità della pronuncia immediata sarebbe la lettura del dispositivo nell'udienza stessa e il successivo deposito della motivazione nei quindici giorni seguenti, mentre il rito ordinario prevede il deposito della sentenza entro trenta giorni, ma si ritiene¹⁰¹ che ciò non sia una sufficiente ragione per mutare il rito, considerato, peraltro, che il dispositivo non costituisce titolo per procedere immediatamente all'esecuzione forzata.

Diversamente, altri ritengono che anche quando il ricorso cautelare è presentato dopo la fissazione dell'udienza di discussione non sussistano ragioni per negare la possibilità di decisione della causa con rito abbreviato.

Chi ritiene che la domanda proposta in corso di causa, anche dopo la fissazione dell'udienza di discussione, vada comunque indirizzata al giudice relatore sostiene che

⁹⁸ V. LONGO, *sub art. 24, cit.*, 460; DE MATTEIS, *Il processo cautelare, cit.*, 100. E' dello stesso avviso SALETTI, *sub art. 24, cit.*, 240, secondo il quale, per quanto la previsione del comma 4 possa sembrare superflua, stante la già intervenuta fissazione dell'udienza di discussione, "l'utilizzazione ne sarà possibile quando il giudice ritenga opportuno anticipare la decisione di merito all'udienza fissata ai sensi dell'art. 669-*sexies* c.p.c."

⁹⁹ Questa è l'opinione di TISCINI, *I nova del procedimento cautelare, cit.*, 2214.

¹⁰⁰ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 749. Anche TISCINI, *ibidem*, afferma che "a parte esigenze di particolare urgenza che impongono una separata (ed anticipata) pronuncia sulla domanda cautelare, non sembra che vi sia spazio per il giudizio abbreviato, potendo il collegio emettere sentenza all'udienza di discussione, e così chiudere il giudizio secondo forme che corrispondono in tutto a quelle ordinarie".

¹⁰¹ V. sempre BESSO, *sub art. 24, cit.*, 749.

laddove il giudice designato per la trattazione del procedimento cautelare reputi sussistenti le condizioni per accedere al rito abbreviato, investirà il collegio della relativa decisione, senza fissare una nuova udienza di discussione, potendo questi adottare le proprie determinazioni in ordine all'accesso al rito abbreviato all'udienza di discussione già fissata a norma dell'art. 12¹⁰². In questo caso, se l'urgenza di provvedere sull'istanza cautelare è tale da non consentire di attendere le decisioni del collegio, il giudice designato può, su istanza di parte, pronunciarsi immediatamente sull'istanza cautelare *ex art.* 24, comma, 7.

Se, invece, com'è preferibile, si aderisce all'interpretazione che dopo la pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza rimette tutti i poteri di trattazione della causa al giudice investito anche dei poteri di decisione della stessa, si può affermare che, nonostante la lettera del comma 4 dell'art. 24 faccia riferimento all'udienza di comparizione per la trattazione della domanda cautelare dinanzi al giudice designato, il collegio possa procedere alla decisione in forma abbreviata, qualora ne ritenga sussistenti i presupposti. La sentenza così pronunciata recherà, implicitamente o anche esplicitamente, la revoca del decreto di fissazione dell'udienza¹⁰³

12.4 La possibilità delle parti di influire sulle determinazioni del giudice in ordine all'accesso al rito abbreviato societario

Quanto al potere delle parti di influire sulla conversione del rito, c'è da dire che il comma 4 prevede espressamente soltanto che il giudice dispone in tal senso “se ritiene” sussistenti presupposti delineati nella norma stessa.

Da tale espressione emerge un potere discrezionale del giudice molto ampio che sembra non lasciare molto spazio alle determinazioni delle parti. La norma non prevede che queste possano opporsi alla scelta del giudice di definire immediatamente il giudizio di merito. Esse sono soltanto destinatarie della comunicazione del giudice di voler passare dal cautelare al merito e vengono legittimate unicamente a formulare le proprie conclusioni di rito e di merito¹⁰⁴.

¹⁰² V. SANTAGADA, *Il procedimento cautelare*, cit., 208.

¹⁰³ Così ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 341, secondo cui il potere di revoca del decreto spetta, in via generale, comunque al collegio, ai sensi del comma 4 dell'art. 16.

¹⁰⁴ V. AMADEI-SOLDATI, *Il processo societario*, cit., 114 affermano che “non c'è spazio alcuno per evitare, una volta che il giudice ha comunicato le sue intenzioni, che la controversia sia decisa attraverso il meccanismo delineato dal quarto comma”; RUBINO, *sub art.* 24, cit., 278, evidenzia che “i difensori non solo non hanno né un potere di impulso in questa sede, ma neppure né un potere di veto”. In giurisprudenza, Trib. Milano, 8 giugno 2005, (ord.), in *www.judicium.it*, ha disposto il giudizio abbreviato “sentite le parti che non dissentono”.

Sotto questa prospettiva, le parti dovranno essere consapevoli che la proposizione della domanda cautelare in corso di causa è fatto potenzialmente idoneo a generare la definizione della controversia e a precludere l'ulteriore trattazione della causa¹⁰⁵.

Su tale potere del giudice da alcuni si fa notare che il fatto che si addivenga alla decisione anticipata è coerente sia con le regole del sistema che nel processo ordinario prevede la rimessione anticipata della causa in decisione sia con quelle particolari del processo societario, che tramite la possibilità di provocare la decisione del giudice quando ritenga la causa sufficientemente trattata, mirano a stimolare la completezza delle difese¹⁰⁶.

Da molti commentatori, al contrario, è stata osservata l'incongruenza delle norme sul rito abbreviato con le altre del processo societario. Mentre il rito ordinario appare improntato ad un'estrema valorizzazione del principio di disponibilità delle parti e ad una contemporanea *deminutio* del ruolo del giudice, che viene escluso da tutta la prima fase preparatoria del processo, il giudizio abbreviato realizza l'esatto opposto di tale modello procedimentale, esaltando il ruolo del giudice che diventa signore dei tempi e delle forme di trattazione della causa¹⁰⁷.

In proposito, si può concordare con parte della dottrina che, pur riconoscendo che il procedimento dell'art. 24, comma 4, può condurre ad uno sviluppo processuale in qualche modo atipico rispetto a quello ordinario, ritiene tuttavia che tale deviazione dall'iter ordinario sia da imputare alle parti stesse, come conseguenza prevedibile per la parte che propone l'istanza cautelare e, quindi, facilmente evitabile. Se, infatti, l'istanza cautelare è uno strumento attraverso il quale le parti rischiano di perdere il potere di gestire il processo, questo è un rischio conoscibile e quindi evitabile semplicemente non proponendo l'istanza cautelare se si ha consapevolezza che la causa è ad uno stadio talmente avanzato da essere matura per la decisione¹⁰⁸. Sotto questo profilo, il rischio di cadere nella scelta processuale del giudizio abbreviato ha l'utilità di fungere da deterrente contro la proposizione di istanze cautelari non veramente necessitate.

¹⁰⁵ V. SALETTI, *sub art. 24, cit.* 237; RUBINO, *ibidem*, in senso critico, considera la decisione immediata "un rischio" cui si espone chiunque depositi un'istanza cautelare in corso di causa.

¹⁰⁶ Cfr. SALETTI, *ibidem*.

¹⁰⁷ V. in senso fortemente critico, RUBINO, *sub art. 24, cit.*, 280 per la quale "se il processo ordinario appare forse eccessivamente sbilanciato in favore dei poteri delle parti, il giudizio abbreviato appare eccessivamente sbilanciato in direzione opposta"; BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 417.

¹⁰⁸ Così TISCINI, *I nova del procedimento cautelare, cit.*, 2214, ma v. LUPOI, *sub art. 24 cit.*, 2469, che fa notare che tali rilievi, se pure possono considerarsi, se non altro, inevitabili nei confronti della parte che chiede la tutela cautelare (normalmente l'attore), assumendosi il rischio della decisione abbreviata, poco si adattano al resistente, che di rischi non ne ha accettato alcuno.

Se l'istanza di parte non è presupposto per l'esercizio del potere di conversione e nonostante questa sia una facoltà attribuita al giudice in via esclusiva, sembra incontestabile che le parti, singolarmente o concordemente, possano chiedere al giudice di esercitarla¹⁰⁹.

Taluna dottrina si è spinta sino a configurare come un dovere del giudice la facoltà di accesso al giudizio abbreviato qualora in concreto sussistano i presupposti della conversione, con la conseguenza principale che il giudice, quando non accolga l'istanza di parte e si limiti a pronunciare sulla domanda cautelare dovrebbe pertanto, nell'ordinanza, spiegare le ragioni della mancata conversione del rito.¹¹⁰

12.5 L'integrazione del contraddittorio. La contumacia del convenuto

In ogni caso, e sebbene non espressamente previsto dal legislatore, non si potrà procedere al giudizio abbreviato se il contraddittorio non sia integro. Tale necessità discende direttamente dal principio contenuto nell'art. 111 della Costituzione, attesa l' idoneità del rito abbreviato a sfociare in una pronuncia di merito avente efficacia di giudicato¹¹¹.

Pertanto, sulla base di quanto previsto dall'art. 12, comma 8, si dovrà procedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti degli eventuali litisconsorti pretermessi, mediante la notificazione ad essi di tutti gli atti che le parti si siano scambiati sino a quel momento¹¹².

Tale evenienza comporta in primo luogo l'impossibilità di definire immediatamente il giudizio nel merito e la necessità che il giudice eserciti il potere-dovere di disporre il differimento dell'udienza per gli adempimenti necessari all'integrazione del contraddittorio.

¹⁰⁹ V. LONGO, *sub* art. 24, *cit.*, 468.

¹¹⁰ La ricostruzione è di BESSO, *sub* art. 24, *cit.*, 754, la quale, contro l'ordinanza del giudice che respinga l'istanza della parte per la decisione immediata, ammette la legittimazione al reclamo ex art. 669-terdecies non solo in capo alla parte soccombente rispetto alla domanda cautelare, ma anche alla parte risultata vincitrice rispetto alla domanda cautelare e unicamente soccombente circa la questione del rito. *Contra*, v. LONGO, *sub* art. 24, *cit.*, 468, per cui la legge non prevede un potere di altro giudice di sindacare la valutazione del giudice designato né prevede che altro giudice si sostituisca al giudice della cautela in tale valutazione.

¹¹¹ Secondo AMADEI-SOLDATI, *sub* art. 24, *cit.*, 115, è evidente che esiste la "completezza del contraddittorio" in quanto l'udienza ex art. 669-sexies si svolge comunque a contraddittorio integro, dopo che è stata notificata copia del ricorso e decreto di fissazione d'udienza alla controparte ovvero, in applicazione del secondo comma, in seguito alla notificazione entro il termine perentorio di otto giorni dal decreto emesso *in audita altera parte*.

¹¹² Cfr. CANALE, *Procedimento sommario*, *cit.*, 1551.

In secondo luogo, può concretamente verificarsi che il giudice disponga il regresso in istruttoria della causa per vizi del contraddittorio, anche dopo la precisazione delle conclusioni.

Infine, può avvenire che in seguito alle difese svolte dai litisconsorti pretermessi emergano nuovi elementi di valutazione e di giudizio tali da far venir meno i presupposti per l'accesso al rito abbreviato¹¹³..

Si considera ammissibile l'accesso al giudizio abbreviato anche in caso di contumacia di una delle parti¹¹⁴. Se l'attore non si costituisca nel termine a lui assegnato ed abbia proposto una domanda di accertamento negativo, qualora si costituisca il convenuto e non eccepisca l'estinzione del processo, instaurando contestualmente il giudizio cautelare, non vi sono ostacoli a che il giudice cautelare disponga il passaggio al rito abbreviato.

Se, invece, sia contumace il convenuto, l'istanza di fissazione dell'udienza depositata dall'attore ha per conseguenza, *ex art. 13, comma 2*, che i fatti dallo stesso affermati “si intendono non contestati ed il tribunale decide sulla domanda in base alla concludenza di questa”. In tal caso, secondo parte della dottrina, poiché si è in sede di giudizio di merito già instaurato, cui è applicabile ordinariamente l'art. 16, comma 2, del decreto, piuttosto che una decisione immediata si seguirà la via della sentenza contumaciale¹¹⁵. Secondo altra parte, potrà esservi sicuramente uno spazio per l'applicazione del comma 4 dell'art. 24 sicuramente nelle ipotesi di controversia avente ad oggetto diritti indisponibili dal momento che, nonostante il silenzio del legislatore sul punto, si deve escludere che in tali ipotesi il giudice consideri non contestati i fatti costitutivi e decida la domanda in base alla sua “concludenza”¹¹⁶.

12.6 La tutela del diritto di difesa del convenuto mediante la concessione di termini per il deposito di atti difensivi

In sede di valutazione delle condizioni di accesso al giudizio abbreviato è utile domandarsi cosa avvenga se la domanda cautelare venga depositata prima della costituzione

¹¹³ Per tali considerazioni, v. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 336 ss..

¹¹⁴ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 755; LONGO, *sub art. 24, cit.*, 473.

¹¹⁵ Tale è l'opinione di AMADEI-SOLDATI, *Il processo societario*, cit., 115.

¹¹⁶ Secondo BESSO, *sub art. 24, cit.*, 755 ss., l'iter imposto dal rito ordinario, anche a fronte della c.d. *facta confessio*, vuole prima la designazione del giudice relatore, poi la predisposizione, entro cinquanta giorni, del decreto di fissazione dell'udienza e infine, nei successivi trenta giorni, lo svolgimento dell'udienza di discussione: tutti passaggi, questi, che possono essere eliminati o comunque notevolmente ridotti dalla conversione del rito cautelare in rito abbreviato, utilizzabile anche nel caso di contumacia del convenuto.

del convenuto nel giudizio di merito. L'ipotesi può essere tutt'altro che infrequente, soprattutto se si pensa all'impugnazione delle delibere assembleari, nelle quali, una volta introdotto il giudizio, è probabile la immediata proposizione della domanda cautelare di sospensione della efficacia della delibera impugnata. In giurisprudenza si è escluso che il giudice del cautelare disponesse il passaggio al rito abbreviato essendo ancora pendente il termine per la notifica della comparsa di risposta, data "l'imprescindibile necessità che controparte sia posta in grado di articolare le proprie difese con una comparsa di risposta, così contribuendo alla formazione del *thema decidendum et probandum*, cioè al fine di non mortificare il diritto di difesa e di parità nel contraddittorio"¹¹⁷.

La dottrina sul punto raggiunge conclusioni diverse. In primo luogo, qualora l'intenzione del giudice di procedere al giudizio abbreviato venga comunicata alle parti col decreto di fissazione dell'udienza di comparizione, con lo stesso provvedimento il giudice dovrà assegnare al convenuto un termine per il deposito di una memoria difensiva, come previsto dal comma 2 dell'art. 24¹¹⁸. Il contenuto di questa memoria è assimilabile a quello di una comparsa di costituzione, consentendo al convenuto che sia ancora in termini per farlo di indicare i propri mezzi di prova costituiti e costituendi, di proporre domanda riconvenzionale e di chiamare in causa i terzi, e ciò garantisce l'esercizio del diritto di difesa del convenuto.

In secondo luogo, qualora il termine in questione non fosse stato originariamente concesso, il giudice che decida di mutare il rito all'udienza di comparizione, secondo parte della dottrina¹¹⁹, dovrà comunque fissare un termine al convenuto non costituito nel giudizio di merito, per non comprimere il suo diritto di difesa. Infatti, quand'anche il giudice decida inizialmente di non concedere il termine *ex art. 24, comma 2*, non ritenendo sulla base della lettura del ricorso che sussistano i presupposti per la decisione immediata, qualora, *re melius perpensa*, sulla base delle risultanze acquisite *ex art. 669-sexies*, si renda conto della necessità della conversione in sede di udienza di comparizione delle parti per il provvedimento cautelare, egli sarà comunque obbligato a fissare un termine e rinviare l'udienza per consentire alla parte convenuta, non ancora decaduta dalla possibilità, di notificare la propria comparsa di risposta e proporre eventuali domande riconvenzionali.

Infine, si fa notare che se è vero che la comparsa di risposta permette un completamento dei termini della controversia, è altrettanto vero che si possono verificare

¹¹⁷ Così Trib. Parma (ord.), 23/12/2004, con nota di AYTANO, *Sull'accesso al giudizio abbreviato nel cautelare societario*, in *www.judicium.it*.

¹¹⁸ V. *supra*, § 6.

¹¹⁹ V. AYTANO, *ibidem*.

situazioni in cui questa può risultare superflua dal momento che la controversia si presenta già *prima facie* sufficientemente istruita e completa a seguito delle difese orali di entrambe le parti. Nel caso di specie, si ritiene quindi che la mancanza di un atto difensivo del convenuto si legasse alla evidente immaturità della causa da un punto di vista istruttorio e che il Tribunale non avrebbe negato l'accesso al rito abbreviato qualora la causa si fosse presentata sufficientemente istruita e di facile decisione.¹²⁰

13. La comunicazione alle parti presenti e la tutela del principio del contraddittorio

Seguitando l'analisi dell'art. 24, comma 4, esso prevede che il giudice, ritenendo sussistenti i presupposti circa la maturità della causa o l'idoneità del giudizio ad essere definito, “ne dà comunicazione alle parti presenti e le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito; nella stessa udienza pronuncia sentenza al termine della discussione”.

Circa la “comunicazione alle parti presenti”, si è osservato che il fatto che il giudice si limiti ad informare le parti presenti, senza essere vincolato a verificare il rispetto del diritto di difesa delle parti assenti, potrebbe incidere sulle garanzie del contraddittorio e del trattamento paritario delle parti¹²¹.

Si possono tenere in conto alcune considerazioni svolte in proposito dalla dottrina¹²² per affermare che si può ritenere il principio del contraddittorio pienamente salvaguardato laddove il giudice, con il decreto di fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti, abbia invitato le stesse a produrre documenti e abbia autorizzato il deposito di memorie, prefigurando, così, l'intenzione di procedere alla decisione immediata. In tal caso, la parte che abbia scelto di restare assente non può lamentare alcuna violazione del diritto di difesa.

Diverso è il caso in cui sulla base del ricorso il giudice non abbia ritenuto sussistenti i presupposti per la decisione immediata, ma successivamente, in seguito alle risultanze dell'istruttoria cautelare *ex art. 669-sexies*, ritenga di poter procedere alla conversione del

¹²⁰ Queste sono le considerazioni di AYTANO, la quale ritiene, in sostanza, che negare l'accesso immediato al merito della causa a motivo della mancata decorrenza dei termini concessi alla parte per la notifica di una propria comparsa di risposta non può essere valutato *tout court* avulso dal contesto, ma dipende dalle valutazioni del giudice sullo *status* della controversia.

¹²¹ Cfr. CARRATTA, *Rito speciale per le società, in arrivo l'inedito (processo senza giudice)*, in *Dir. e Giust.*, 2003, 7 ss, spec. 20.

¹²² V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 756 ss..

rito. La garanzia del diritto di difesa impone, in questo caso, che le parti siano messe in condizione quantomeno di esporre le proprie ragioni contrarie alla decisione immediata del merito e che, cioè, si apra il contraddittorio sulla conversione del rito¹²³. Di conseguenza, si ritiene¹²⁴ che, ove una delle parti sia assente, vada necessariamente disposto il rinvio dell'udienza, nell'ipotesi in cui il giudice cautelare, nel decreto di fissazione dell'udienza *ex art. 24*, comma 2, non avesse anticipato alle parti la possibilità di convertire il rito.

Più in generale si può affermare che una lettura della disciplina rispettosa del diritto di difesa delle parti impone che il giudice, invitando le parti a precisare le conclusioni di rito e di merito, instauri il contraddittorio sulla decidibilità della causa in forma abbreviata, esprimendo anche i motivi del proprio convincimento a verbale¹²⁵: se dalle conclusioni delle parti emergono questioni che impongono un'ulteriore trattazione e non consentono la decisione immediata, il giudice, che in un primo momento aveva ritenuto possibile il giudizio abbreviato, potrà pronunciarsi solo sulla tutela cautelare, concedendo o meno la misura, e dovrà disporre la prosecuzione del giudizio fino a sentenza.¹²⁶

14. La fase della decisione. Competenza del giudice monocratico e contestualità della pronuncia della sentenza nella stessa udienza. Si realizza compiutamente il modello “concentrato” pensato dal legislatore

Il giudizio abbreviato segue regole parzialmente diverse a seconda che la causa debba essere decisa da un giudice monocratico o dal collegio. Si rende, perciò, necessario distinguere le due situazioni.

Se la decisione è monocratica, infatti, la discussione può svolgersi nella medesima udienza in cui il giudice designato comunica alle parti la sua intenzione di accedere al rito abbreviato e, al termine della discussione, quindi sempre nella stessa udienza, può esservi la pronuncia della sentenza nelle forme dell'art. 281-*sexies*.

In tale ipotesi si realizza compiutamente quel modello di giudizio “concentrato” pensato dal legislatore, in cui, almeno a livello di interpretazione letterale, le parti che si

¹²³ Per ciò che riguarda, invece, il rapporto fra la decisione del giudice di accedere al rito abbreviato ed il formarsi delle preclusioni in capo alle parti, si v. cap. IV, § 70.

¹²⁴ V. BESSO, *ibidem*.

¹²⁵ V. CRISTIANO, *I nuovi procedimenti*, cit., 1619, secondo la quale la verbalizzazione assicura il contraddittorio anche sulle questioni idonee a definire il processo che il giudice abbia eventualmente rilevato d'ufficio.

¹²⁶ Questa è l'opinione di TISCINI, *I nova del procedimento cautelare*, cit., 2214, ma v. anche PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro It.*, V, 14, il quale ritiene che con l'invito del giudice alle parti a precisare le rispettive conclusioni, il principio del contraddittorio è pienamente rispettato.

presentano all'udienza per la discussione dell'istanza cautelare possono essere sul momento informate dell'intenzione del giudice di attivare il meccanismo decisorio del giudizio abbreviato, trovandosi dunque costrette, sempre sul momento, a precisare le rispettive conclusioni, discutere la causa, per poi, in quella stessa sede, sentire pronunciare la sentenza. L'eventualità che l'udienza di discussione sul cautelare si trasformi in udienza di decisione sul merito, nel vigore della norma in questione, deve essere, quindi, sempre preventivata dalle parti di un procedimento in cui sia chiesto un cautelare in corso di causa, con il conseguente onere per le stesse di essere preparati a tale evenienza¹²⁷.

Rispetto alla disciplina prevista per le controversie attribuite al collegio, si crea una netta differenza procedurale, dovuta proprio alla coincidenza del giudice designato per il procedimento cautelare con quello che dovrà decidere la causa, coincidenza che consente la decisione nella medesima udienza. In caso di decisione collegiale, infatti, la fase della discussione è rinviata per forza di cose ad un'udienza successiva, appositamente fissata dal giudice singolo, il quale non può in alcun modo sottrarre la decisione al giudice collegiale.

Le differenze procedurali per le due ipotesi hanno motivo di sussistere alla luce della libertà del legislatore di configurare diversamente gli istituti processuali, con il solo limite che non si creino disparità di trattamento irragionevoli. Nel caso di specie, la possibilità della decisione immediata dinanzi al giudice monocratico da un lato, è coerente con l'intento acceleratorio delle norme sul rito abbreviato e, dall'altro, si giustifica poiché tiene conto della riserva di collegialità prevista per la decisione di merito.¹²⁸

14.1 Possibilità di disporre un rinvio dell'udienza

Il modello “concentrato” previsto dal legislatore, tuttavia, non appare applicabile *tout court*¹²⁹. Sono configurabili dei casi in cui non è possibile procedere immediatamente alla decisione, ma si rende necessario il rinvio ad un'ulteriore udienza.

In primo luogo, si può prendere in considerazione l'ipotesi in cui il giudice abbia disposto l'accesso al rito abbreviato in seguito al rilievo d'ufficio di una questione assorbente, di merito o di rito, che non fosse stata in precedenza rilevata dalle parti: la

¹²⁷ V. LUPOI, *sub* art. 24, 2469, secondo il quale l'eventualità del giudizio abbreviato potrebbe portare a modifiche nei comportamenti degli avvocati nelle cause pendenti in un foro diverso da quello cui il legale appartiene e in cui le attività d'udienza vengono sovente delegate a colleghi locali.

¹²⁸ Cfr. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 330.

¹²⁹ Tali ipotesi sono formulate da LUPOI, *ibidem*.

necessità di garantire il diritto di difesa lascia aperta la possibilità di un rinvio per esaminare la questione e preparare la discussione orale¹³⁰.

In secondo luogo, è ben possibile che, quantomeno nelle cause più complesse, le parti intendano depositare memorie scritte in vista (ovvero in sostituzione) della discussione orale¹³¹. Sul punto non c'è uniformità di vedute poiché alcuni, sulla base del dato testuale della norma, escludono che le parti possano ricorrere ad appendici scritte, potendo esse difendersi solo oralmente con discussione all'udienza¹³². Sembra preferibile ritenere che la necessità della trattazione scritta della causa vada valutata dal giudice caso per caso.

Alcuni autori ritengono, poi, che non possa essere negata alle parti la facoltà di chiedere un rinvio della discussione e decisione, anche in base a quanto previsto nel rito ordinario dall'art. 281-*sexies*¹³³, richiamato dal comma 7 dell'art. 24.

Infine, più in generale, qualora la scelta del giudice di procedere col rito abbreviato imponga la precisazione delle conclusioni, anticipando attività di deduzione che sarebbero altrimenti soggette a termini più ampi di decadenza, il giudice dovrebbe disporre un rinvio dell'udienza per permettere il concreto esercizio del diritto di difesa delle parti¹³⁴.

15. L'ipotesi più frequente: la causa rientra nella competenza del collegio. Il decreto di fissazione dell'udienza collegiale

Se, in prima battuta, chiamato a valutare la sussistenza dei presupposti del rito abbreviato è il giudice singolo, designato per trattare la domanda cautelare, tale giudice, optando per il rito abbreviato, non può sottrarre la decisione di merito al giudice collegiale, che deve essere chiamato a pronunciarsi al riguardo. Nella maggior parte dei casi di giudizio abbreviato, infatti, chiamato a pronunciarsi sarà il collegio, stante la previsione dell'art. 1, comma 3, del decreto, secondo cui il tribunale giudica sempre in composizione collegiale, fatta eccezione per le controversie in materia bancaria e creditizia promosse da una banca contro un'altra banca, assoggettate a decisione da parte dell'organo monocratico, purché non promosse da associazioni rappresentative dei consumatori e dalle camere di

¹³⁰ V. LUPOI, *sub art. 24, cit.*, 2469.

¹³¹ Cfr. BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 428.

¹³² Tale è l'opinione di AMADEI-SOLDATI, *sub art. 24, 114*.

¹³³ V. RUBINO, *sub art. 24, cit.*, 279, ma anche MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare, cit.*, 1253, nt. 29, il quale ritiene che il richiamo fatto dall'art. 24, comma 7, all'art. 281-*sexies* c.p.c., comporta l'obbligo per il giudice di rinviare la discussione della causa, in caso di istanza di una delle parti.

¹³⁴ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 757.

commercio contro una banca (e viceversa), per le quali la stessa norma prevede, ugualmente, la decisione collegiale¹³⁵.

Si è posta, quindi, al legislatore, la necessità di coordinare il ruolo del giudice designato per trattare il cautelare con quello del collegio competente sul merito. Il momento di passaggio dal giudice singolo al giudice collegiale è stato individuato nel decreto che il primo è chiamato a pronunciare.

Il comma 5 dell'art. 24 prevede, infatti, che “quando la causa è attribuita al tribunale in composizione collegiale, il giudice designato fissa l'udienza di discussione, nei successivi trenta giorni, davanti al collegio”.

Quindi, qualora ritenga sussistenti i presupposti per l'accesso al rito abbreviato, ma la causa rientri fra quelle riservate alla decisione collegiale, il giudice designato, fatte precisare le conclusioni alle parti, dovrà fissare l'udienza di discussione dinanzi al collegio nei successivi trenta giorni.

15.1 Il contenuto del decreto di fissazione dell'udienza

La norma non indica espressamente la forma del provvedimento di fissazione dell'udienza, ma si può ritenere, aderendo all'interpretazione preferibile¹³⁶, che si tratti di un decreto con contenuti, caratteristiche e funzioni assimilabili a quelle previste dall'art. 12, e cioè privo di finalità decisorie, ma atto a “presentare” al collegio i termini della controversia.

Il contenuto dei due decreti è, però, parzialmente differente.

Innanzitutto, il termine entro il quale deve essere fissata l'udienza davanti al collegio decorre dalla comunicazione di procedere col rito abbreviato, data oralmente alle parti

¹³⁵ Trib. Roma, 14 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 2243, con nota di DIDONE, *Giudizio societario “abbreviato”, cautela in corso di causa e processi pendenti. Ambito di applicazione del nuovo rito*, che ha affermato che nell'ipotesi di applicazione, in virtù della disciplina transitoria, della nuova norma sul giudizio abbreviato ad una causa pendente alla data del 1° gennaio 2004, la decisione va riservata al collegio anche se in forza delle norme previgenti era attribuita alla cognizione del tribunale in composizione monocratica se la controversia rientra fra quelle indicate nell'art. 1 d. lg. N. 5 del 2003.

¹³⁶ V. per tutti ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 330. *Contra*, sembrerebbe COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., il quale, in uno dei primi commenti alla norma afferma che “il collegio, come ai sensi dell'art. 16, comma 4, può modificare o revocare il decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 12, così potrà modificare o revocare l'ordinanza di cui all'art. 24, comma 5”. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 8 giugno 2005, in *www.judicium.it*, il quale ha disposto con ordinanza la conversione del rito, in sede di conferma del decreto *inaudita altera parte* con cui erano stata disposta la sospensione della delibera impugnata.

presenti all'udienza di comparizione per la discussione della cautela. Ciò presuppone che alle stesse parti venga data lettura del testo integrale del decreto¹³⁷.

Inoltre, il decreto deve contenere l'indicazione delle questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio e ritenute potenzialmente assorbenti e, più in generale, le valutazioni in ordine alla maturità della causa, cioè, in sostanza, le ragioni per le quali ritiene che si debba procedere al rito abbreviato.

Infine, il giudice disporrà, in analogia con quanto previsto *ex art.* 12, comma 1, lett e), l'invito alle parti a presentare memorie conclusionali almeno cinque giorni prima dell'udienza fissata.¹³⁸

Di contro, il decreto non potrà contenere la proposta di ammissione di mezzi istruttori o l'invito a comparire per l'interrogatorio libero, dal momento che l'avvenuta valutazione circa la maturità della causa per la decisione sarebbe inconciliabile con l'esigenza di acquisire ulteriori elementi istruttori o argomenti di prova.

15.2 La fissazione di due udienze: quella per la precisazione delle conclusioni e quella per la discussione.

L'interpretazione del comma 5 dell'art. 24 non è univoca in dottrina.

Secondo una prima lettura, che è anche quella più sostenuta in dottrina, il giudice designato per il giudizio cautelare, ritenendo che sussistano i presupposti per la conversione del rito, pronuncia il decreto di fissazione dell'udienza davanti a sé, arricchito dall'invito a depositare documenti e memorie. All'udienza, assunti gli eventuali mezzi di prova che possono essere formati immediatamente, converte il rito, comunicandolo alle parti, fa precisare le conclusioni e, infine, rimette le parti al collegio. Si prevede, cioè, la fissazione di due udienze: la prima, davanti allo stesso giudice cautelare per la precisazione delle conclusioni di rito e di merito, e, la seconda, stavolta davanti al collegio, per la discussione della causa.

Tale ricostruzione implica che, sebbene la norma non sia espressa su tale punto, il giudice designato per la trattazione della domanda cautelare (se introdotta precedentemente alla notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza), nel momento in cui decida di seguire la strada del processo abbreviato, assuma le vesti del giudice relatore per la causa di

¹³⁷ V. ancora ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 338; CANALE, *Il procedimento sommario*, cit., 1551.

¹³⁸ V. sempre Trib. Milano, 8 giugno 2005, (ord.), in www.judicium.it.

merito, indipendentemente dalla presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza *ex art.* 8¹³⁹. Seppure la norma non lo precisi, deve ritenersi che il giudice designato per la trattazione del cautelare abbia accesso al fascicolo d'ufficio del merito, anche perché, altrimenti, non potrebbe esercitare in modo efficace i poteri conferitigli dal comma 2, in vista, appunto, del giudizio abbreviato¹⁴⁰.

Occorre dar conto, però, di una seconda lettura della norma, formulata in dottrina¹⁴¹, che, invece, esclude la fissazione di due udienze.

Si parte dalla considerazione che il processo ordinario societario presenta delle peculiarità rispetto al processo ordinario di cognizione. Se nel modello disegnato per il giudizio ordinario di cognizione agli artt. 163 ss. c.p.c. la distinzione giudice monocratico/giudice collegiale attiene unicamente alla fase decisoria, nel modello adottato per il processo societario manca la figura del giudice istruttore, essendo prevista unicamente la designazione di un giudice relatore, ed il collegio entra in scena già nella fase di trattazione.

Si ritiene, quindi, che il giudice cautelare, ove si avveda della sussistenza dei presupposti per la conversione del rito già al momento di fissare l'udienza di comparizione, debba fissare direttamente l'udienza di discussione davanti al collegio, che inviterà le parti a precisare le conclusioni e, al termine della discussione, deciderà la causa.

Il doppio passaggio (udienza di comparizione davanti al giudice della cautela, udienza di discussione davanti al collegio) è ammesso soltanto in due casi: quando il giudice cautelare ritenga che i tempi dell'udienza collegiale rendano opportuna la concessione immediata del provvedimento cautelare, ai sensi del comma 7, e, quindi, inviti le parti a comparire davanti a sé, ovvero nel caso in cui il giudice designato si renda conto dell'esistenza delle condizioni per il mutamento di rito soltanto all'udienza.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, il passaggio costituito dall'udienza di comparizione delle parti sembra ineliminabile: la scelta di accedere al rito abbreviato consegue all'esito dell'udienza *ex art.* 669-*sexies*. La variazione rispetto al modello può riguardare, invece, la precisazione delle conclusioni.

Alcuni tribunali, coerentemente con la prima delle impostazioni esposte, al termine dell'udienza di comparizione, dispongono il doppio passaggio, fissando l'udienza di precisazione delle conclusioni dinanzi a sé e l'udienza collegiale¹⁴².

¹³⁹ Concordano in tal senso, COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 667; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 330; CRISTIANO, *I nuovi procedimenti*, cit., 1618.

¹⁴⁰ Così RUBINO, *sub art.* 24, cit., 279.

¹⁴¹ V. BESSO, *sub art.* 24, cit., 758ss. e sempre BESSO, *Il giudizio abbreviato: le prime esperienze applicative*, in *Giur. It.*, 2005, 1904.

Vi sono, invece, provvedimenti con cui si dispone il giudizio abbreviato, si fissa l'udienza collegiale e un termine entro il quale le parti devono precisare le conclusioni: in carenza del deposito "si riterranno definitive le conclusioni" sino a quel momento formulate¹⁴³.

15.3 La concessione della misura cautelare ed il contestuale accesso al rito abbreviato

E' lecito domandarsi se, una volta imboccata la via del giudizio abbreviato e fissata l'udienza di discussione, il giudice designato per la trattazione della domanda cautelare possa ancora pronunciarsi su di essa.

Qualora, infatti, il giudice designato per la trattazione del procedimento cautelare ritenga insussistenti i presupposti per la decisione immediata della causa, si limita a decidere la domanda cautelare, previa la istruttoria necessaria.

L'esigenza di una decisione sulla domanda cautelare può sorgere, però, anche nelle ipotesi in cui, al contrario, il giudice designato abbia effettivamente adottato il rito abbreviato.

Il punto è di fondamentale importanza dal momento che la previsione del rito abbreviato ha, nelle intenzioni del legislatore, proprio la funzione di pervenire alla sentenza di merito soprassedendo sulla richiesta cautelare: ciò viene reso possibile dalla definizione "a breve" del merito, resa possibile dalla tendenziale coincidenza del materiale istruttorio con quello a disposizione del giudice al momento della sentenza.

La dottrina sul punto è unanime nel ritenere che la conversione del procedimento cautelare in rito abbreviato non viola il diritto della parte ad ottenere la tutela cautelare se ed in quanto la pronuncia di merito venga resa tempestivamente: lì dove ciò non sia realizzabile in quanto si imponga un rinvio, il giudice comunque adotta la misura idonea ad assicurare gli effetti della decisione di merito¹⁴⁴.

¹⁴² V. Trib. Sulmona, 24 marzo 2004, (ord.), in *Giur. It.*, 2005, 1900, con nota di BESSO.

¹⁴³ V. Trib. Milano, 8 giugno 2005, (ord.), *cit.*

¹⁴⁴ Cfr. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, *cit.*, 416, per i quali il passaggio al rito abbreviato esclude la pronuncia provvisoria per l'assorbimento della funzione cautelare nella immediata decisione di merito; CANALE, § 16, per il quale la possibilità di definire a breve il merito consente di soprassedere sull'istanza cautelare; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 17^aed., Torino, 2004, 315, per il quale l'immediato passaggio al rito abbreviato dovrebbe indurre a pensare che il giudice abbia ritenuto superfluo il provvedimento cautelare.

Solo voci isolate¹⁴⁵ ritengono che, nel caso di competenza collegiale della causa, il meccanismo processuale, diversamente dall'ipotesi di decisione monocratica, resa subito dopo la precisazione delle conclusioni, favorisce soltanto l'accelerazione della decisione di merito, senza per questo consentire di soprassedere sull'istanza cautelare, con la conseguenza che, per esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, una pronuncia, sia pure negativa, vada comunque emessa.

Aderendo all'interpretazione dominante si può, quindi, ritenere che, nel caso in cui, al momento del deposito del ricorso, l'esigenza della pronuncia immediata sulla misura cautelare appaia indispensabile, stante l'urgenza che caratterizza la situazione, tale da essere incompatibile con un differimento al momento della decisione del collegio, non sembrano sussistere ostacoli alla decisione immediata sulla domanda cautelare da parte del giudice delegato. Ciò viene ritenuto coerente sia con le regole generali sia con la *ratio* delle previsioni in esame, che sono dirette all'anticipazione della decisione di merito, ma non anche al differimento delle altre decisioni richieste. Inoltre, si può pervenire ad un identico risultato sulla base dell'applicazione analogica del disposto del comma 7, stante l'identità di *ratio*¹⁴⁶.

La disposizione su cui la dottrina fonda il potere-dovere del giudice di pronunciare la misura cautelare è il comma 7 dell'art. 24, a norma del quale, infatti, il giudice designato, “quando la discussione viene rinviata”, può sempre adottare le misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito. Poiché non è ipotizzabile che il legislatore abbia inteso privare la parte della tutela cautelare nella fase temporale del procedimento che, in tutti i giudizi attribuiti alla decisione del tribunale in composizione collegiale, dovrà necessariamente intercorrere fra la data di precisazione delle conclusioni e l'udienza dinanzi al collegio, ragioni di coerenza sistematica impongono di interpretare il “rinvio della discussione” come riferito, in primo luogo, alla fattispecie prevista dal comma 5 dell'art. 24 e non, come pure la lettera della disposizione potrebbe far ritenere, ai soli casi in cui l'udienza di discussione fissata dal giudice designato venga, per un qualsiasi motivo, rinviata dal collegio¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Tale è la tesi di DE MATTEIS, *I procedimenti*, cit., 112.

¹⁴⁶ Cfr. SALETTI, *sub* art. 24, cit., 240, il quale chiarisce che la misura cautelare concessa sarà poi assorbita dalla successiva decisione di merito.

¹⁴⁷ V. CRISTIANO, *I nuovi procedimenti*, cit., 1619.

Il citato comma 7 sembra, perciò, essere formulato in modo così ampio da essere applicabile direttamente ad ogni ipotesi in cui la discussione venga rinviata ovvero anche fissata in diversa udienza rispetto a quella di comparizione delle parti¹⁴⁸.

In questo caso, deve ammettersi una immediata pronuncia sulla istanza cautelare ad opera dello stesso giudice designato, il quale, fatte precisare le conclusioni, fissi l'udienza per la discussione dinanzi al collegio: poiché la decisione riservata al collegio impone il differimento dell'udienza di discussione per il merito, si rende necessario assicurare gli effetti della decisione di merito anche durante tale differimento¹⁴⁹. Possono sussistere, infatti, esigenze cautelari che non consentono una dilazione della tutela neppure per il tempo necessario a discutere e decidere la controversia nelle forme del rito semplificato. L'istanza cautelare impone che su di essa il giudice si pronunci, differendo tale decisione unicamente in funzione delle esigenze della pronuncia cautelare stessa, cioè il rispetto del contraddittorio ovvero lo svolgimento della istruzione essenziale¹⁵⁰.

C'è anche da tenere in conto la circostanza che l'udienza di discussione non venga realmente fissata nel termine di trenta giorni successivi alla comunicazione alle parti dell'accesso al rito abbreviato, dal momento che si tratta di un termine dilatorio.

In giurisprudenza si rinvencono provvedimenti con i quali la misura cautelare provvisoria -quasi sempre la sospensione di una delibera assembleare impugnata- è stata concessa¹⁵¹, ma anche provvedimenti con i quali è stata unicamente fissata l'udienza dinanzi al collegio¹⁵².

Questa riflessione pone all'attenzione dell'interprete la valutazione circa l'utilità pratica del rito abbreviato, in gran parte legata alla fissazione dell'udienza di merito in tempi ristretti rispetto alla proposizione della domanda cautelare.

¹⁴⁸ Così LONGO, *sub art. 24, cit.*, 484; conf. DE MATTEIS, *I procedimenti, cit.*, secondo cui il comma 7 è riferibile all'ipotesi sia di rinvio vero e proprio dell'udienza di discussione del merito sia di rinvio in seguito alla conversione del rito e alla fissazione dell'udienza dinanzi al collegio.

¹⁴⁹ In tal senso, anche COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale, cit.*, 672; SANTAGADA, *Il procedimento cautelare, cit.*, 205; DALMOTTO, *sub art. 24, cit.*, 2945; BESSO, *sub art. 24, cit.*, 773.

¹⁵⁰ V. LONGO, *sub art. 24, cit.*, 484, secondo la quale tutte le volte in cui deve non soltanto rinviare l'udienza, ma anche soltanto fissarla, il giudice può adottare le misure idonee.

¹⁵¹ V. Trib. Latina, 22 giugno 2004, *cit.*, in cui si legge che il giudice designato ha sospeso tutte le delibere impugnate e disposto per la prosecuzione del processo di merito con le forme del giudizio abbreviato.

¹⁵² V. Trib. Sulmona, 24 marzo 2004, *cit.*, che non ha provveduto sull'istanza cautelare, forse avendo fissato la discussione dinanzi al collegio all'udienza del 6 maggio 2004, cioè meno di un mese e mezzo.

16. La pronuncia della sentenza a norma dell'art. 281-*sexies* c.p.c.: la lettura immediata del dispositivo e la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Qualora il collegio concordi con il giudice designato sulla valutazione circa la possibilità della decisione immediata, all'esito della discussione viene pronunciata la sentenza a norma dell'art. 281-*sexies* c.p.c., come disposto dal comma 6 dell'art. 24. Pertanto, il giudice monocratico, ovvero il collegio, pronuncia sentenza al termine della discussione orale, dando immediata lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione¹⁵³.

Il rinvio all'art. 281-*sexies* accomuna per alcuni versi la decisione del giudizio abbreviato a quella che definisce il rito commerciale ordinario: anche l'art. 16, comma 5, infatti, prevede che la decisione sia emessa a norma dell'art. 281-*sexies*. Tuttavia, in questo caso la norma stabilisce che in ipotesi di particolare complessità della controversia, il tribunale dispone con ordinanza, di cui si dà lettura in udienza, che la sentenza sia depositata nei trenta giorni successivi alla chiusura della discussione orale, eventualmente motivata in forma abbreviata.

Nel rito abbreviato, invece, per le ipotesi di complessità della causa che impediscano o rendano difficoltosa la contestuale redazione della motivazione, si prevede l'immediata lettura in udienza del dispositivo, seguita, nei quindici giorni successivi, dal deposito della motivazione, sulla falsariga di quanto previsto dagli artt. 429 e 430 c.p.c..

La scelta tra motivare subito la decisione o rinviare a un momento successivo questa attività appare rimessa insindacabilmente al giudice, ma si fa notare¹⁵⁴ che la necessità del deposito successivo alla motivazione, nella pronuncia *ex* art. 24, comma 6, sorge dalla mera difficoltà nella contestuale redazione della motivazione, non dalla particolare complessità della decisione, come ai sensi dell'art. 16, comma 5, nel qual caso mancherebbero i presupposti stessi di accesso al giudizio abbreviato.

Un altro elemento di differenziazione delle norme è dato dal fatto che l'art. 24 non prevede espressamente la possibilità della motivazione in forma abbreviata, alla quale il

¹⁵³ Quanto alla sottoscrizione della sentenza, BESSO, *Il giudizio abbreviato, cit.*, 1905, ritiene che, in caso di decisione collegiale, se la sentenza venga letta in udienza, non essendo individuabile la figura del giudice estensore, deputato a stendere la motivazione, il verbale vada sottoscritto dal solo presidente. V., infatti, Trib. Latina, 22 giugno 2004, *cit.*, con nota della stessa Autrice: la sentenza, con una motivazione di parecchie pagine, è stata resa in udienza, senza che i giudici si avvalsero della facoltà di leggere il dispositivo e depositare la motivazione successivamente, ai sensi dell'art. 24, comma 6, ed è stata sottoscritta dal "presidente estensore".

¹⁵⁴ V. TISCINI, *I nova del procedimento, cit.*, 2210.

giudice può far “sempre” ricorso, in virtù dell’art. 16, comma 5¹⁵⁵, e, cioè, anche quando il tribunale si sia riservato di depositarla nei trenta giorni successivi alla chiusura della discussione orale. Tuttavia, la dottrina è unanime nel ritenere che anche per il giudizio abbreviato sussista in ogni caso la possibilità della motivazione semplificata¹⁵⁶.

Anche con riferimento alla diversità del rito normale e del rito abbreviato, laddove per il primo si consente il deposito successivo dell’udienza, mentre, per il secondo, si impone quantomeno la lettura del dispositivo in udienza, si ritiene che non sussista una irragionevole disparità di trattamento, tale da sfociare in un dubbio di legittimità costituzionale, attesa la libertà riconosciuta al legislatore ordinario di “conformare” discrezionalmente gli istituti processuali, a condizione che la relativa disciplina sia immune da irragionevolezza¹⁵⁷.

16.1 La lettura immediata del dispositivo

L’art. 24, comma 6, prevede la pronuncia della sentenza mediante lettura del dispositivo in udienza e successivo deposito della motivazione.

Si tratta di una modalità che trova il modello di riferimento nella disciplina del processo del lavoro, ma che ne differisce per vari aspetti importanti.

Prima di tutto, la norma in questione, a differenza di quanto previsto dall’art. 431, secondo comma, c.p.c., tace circa la possibilità di accedere ad esecuzione forzata sulla base solo dispositivo. Questa constatazione, unita anche al fatto che non è prevista la possibilità dell’appello con riserva dei motivi al fine di ottenere un’inibitoria, induce ad escludere che il solo dispositivo abbia efficacia di titolo esecutivo¹⁵⁸.

Esclusa l’efficacia esecutiva, si può, quindi, attribuire alla lettura del dispositivo un valore “dimostrativo”¹⁵⁹, che asseconda l’esigenza di certezza e di rapidità della decisione adottata col rito abbreviato. Rispondendo alle esigenze cautelari che hanno determinato “l’implosione”¹⁶⁰ del giudizio cautelare, il giudice provvede subito ad attribuire o meno la ragione all’istante.

¹⁵⁵ La seconda parte del comma 5 dell’art. 16 prevede che: “La sentenza può essere sempre motivata in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi”.

¹⁵⁶ V. DALMOTTO, *sub art. 24, cit.*, 2945; BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 430; DE MATTEIS, *Il processo cautelare, cit.*, 101; BESSO, *sub art. 24, cit.*, 760.

¹⁵⁷ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 345.

¹⁵⁸ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 761 ss.; BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 431.

¹⁵⁹ Sono le parole di ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 345.

¹⁶⁰ L’espressione è utilizzata da BUONCRISTIANI, *ibidem*.

Si può immaginare che, nel caso paradigmatico di impugnazione di una delibera assembleare, in seguito alla lettura del dispositivo che accolga l'impugnazione, la società non dia più attuazione alla delibera illegittima.

La scissione temporale tra la lettura del dispositivo e il deposito della motivazione ripropone i problemi, già sorti nel processo del lavoro, circa l'omissione della lettura del dispositivo in udienza¹⁶¹ ovvero la difformità fra il dispositivo letto in udienza e il testo integrale della decisione successivamente depositato, sebbene la mancanza di esecutività nel rito abbreviato societario, possa condurre a conclusioni diverse da quelle del processo del lavoro¹⁶².

17. I rapporti fra giudice designato e collegio nell'eventualità che il collegio, investito della decisione, dissenta dalla valutazione in ordine all'accesso al rito abbreviato. Le soluzioni giurisprudenziali

Come in precedenza descritto¹⁶³, per le controversie devolute al collegio, se la prima valutazione circa l'accesso al rito abbreviato compete al giudice designato, questi non può sottrarre la decisione di merito al collegio che, quindi, sarà l'organo chiamato ad esprimere la valutazione definitiva circa la sussistenza dei presupposti per la decisione immediata¹⁶⁴.

Occorre, quindi, tenere in conto l'eventualità che il collegio, una volta investito della decisione, dissenta dalla valutazione del giudice della cautela in ordine all'accesso al rito abbreviato e ritenga che non sussistano i presupposti per la conversione.

Il collegio, ad esempio, può ritenere la causa non matura per la decisione, poiché necessita di istruttoria ulteriore: in tal caso potrà autonomamente disporre i mezzi di prova ritenuti necessari a definire la controversia, fissando, ai sensi dell'art. 16, comma 4, una nuova udienza di discussione nel termine di 30 giorni dall'assunzione dei predetti mezzi di prova¹⁶⁵.

¹⁶¹ Cui secondo LONGO, *sub art. 24, cit.*, 474, può ricollegarsi sicuramente la nullità della sentenza, da farsi valere ai sensi dell'art. 161, comma 1.

¹⁶² V. Per quest'analisi, v. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 762 ss..

¹⁶³ V. § 15.

¹⁶⁴ Anche CONSOLO, *Le prefigurabili inattività, cit.*, ritiene che la decisione finale in ordine all'accesso al rito abbreviato spetti al collegio, che quindi potrà dissentire e, così, disattendere la valutazione data dal giudice designato sull'accesso al rito abbreviato.

¹⁶⁵ A conclusioni analoghe, ma partendo da presupposti del tutto differenti, perviene la dottrina secondo la quale l'accesso al rito abbreviato non esclude una, seppur limitata, attività istruttoria (v. § 10.2). Essa sostiene che proprio nel caso in cui la valutazione del giudice designato venga condivisa, il collegio provvederà all'eventuale assunzione dei mezzi di prova direttamente all'udienza (fissata dal giudice singolo) o ad un'udienza successiva, salva la possibilità di delegare l'assunzione delle prove al giudice relatore, contemplata

Può, altresì, accadere che non venga ravvisato il carattere assorbente, o impediente, della questione. In tal caso, pur ritenendo la questione inidonea a definire il merito, il collegio può comunque pronunciare sentenza definitiva, qualora sussistano anche gli elementi istruttori, in quanto viene sempre investito della decisione di tutta la domanda.

In dottrina¹⁶⁶ sono state distinte due ipotesi, a seconda del momento in cui sia stato disposto il giudizio abbreviato.

Se il passaggio al rito immediato sia stato preceduto dall'istanza di fissazione dell'udienza, il collegio, ai sensi dell'art. 16, comma 4, revoca con ordinanza¹⁶⁷ il decreto di cui all'art. 24, comma 5, procede all'assunzione dei mezzi di prova o all'ammissione di una consulenza tecnica d'ufficio o di altri mezzi di prova disponibili d'ufficio, eventualmente delegando l'istruttoria al giudice relatore, e, se necessario, fissa una nuova udienza dinanzi a sé nei trenta giorni successivi all'assunzione.

Se, invece, il passaggio al rito abbreviato non sia stato preceduto dall'istanza di fissazione dell'udienza, il collegio si limita a revocare, sempre ai sensi dell'art. 16, comma 4, il decreto di fissazione dell'udienza ed attende che il giudizio gli pervenga nuovamente in seguito all'emissione di un decreto *ex art.* 12, comma 2.

Anche in giurisprudenza si è verificata l'ipotesi in questione¹⁶⁸.

Il collegio, all'esito della discussione, diversamente dall'opinione manifestata dal giudice designato *ex art.* 2378, ha ritenuto necessario un ulteriore approfondimento istruttorio. Non ricorrendo, pertanto, le condizioni per la trattazione del procedimento secondo le norme sul rito abbreviato, il collegio, con ordinanza, ha revocato l'ordinanza con cui era stato disposto il mutamento di rito e ha disposto la prosecuzione del giudizio secondo le norme degli artt. 2 e ss., assegnando al convenuto un termine di due mesi per notificare la comparsa di risposta. Infine, ha stato nominato un membro del collegio stesso per provvedere alla conferma, modifica o revoca del decreto con cui era stata concessa la misura cautelare.

Circa tale provvedimento si può notare, anzitutto, la fissazione da parte del giudice, del termine di 60 giorni per la notificazione della comparsa di risposta, necessario dal

dal comma 4 dell'art. 16. V., infatti, BESSO, *sub art.* 24, *cit.*, che sottolinea l'utilità della disposizione nel giudizio abbreviato, ad esempio quando il collegio disponga l'ispezione dei locali della società.

¹⁶⁶ V. DE MATTEIS, *Il processo cautelare*, *cit.*, 114; CANALE, *Procedimento sommario*, *cit.*, 1551; SENINI-VEDANA, *Il nuovo processo societario*, *cit.*, 244.

¹⁶⁷ Secondo CANALE, *ibidem*, nt. 45, la forma dell'ordinanza è imposta sia dal principio generale del rito di cognizione societario, che impedisce la pronuncia di sentenze non definitive su questioni di rito o di merito (art. 11) sia dall'altrettanto generale principio del rito di cognizione ordinaria secondo il quale il provvedimento con il quale il collegio dispone l'ulteriore istruzione della causa, ad esso rimessa per la decisione, assume la forma dell'ordinanza (art. 279, terzo comma, c.p.c.).

¹⁶⁸ V. Trib. Roma, 28 settembre 2004, (ord.), in *Giur. It.*, 2005, 1900, con nota di BESSO, ma anche in BUCCI, *Manuale pratico*, *cit.*, 203.

momento che la domanda cautelare era stata proposta contestualmente alla causa di merito¹⁶⁹.

La seconda osservazione da fare riguarda la nomina di un componente del collegio che si pronunci sulla sospensione, previamente concessa con decreto. Tale scelta risulta criticabile per varie ragioni, esposte anche in precedenza¹⁷⁰.

Si può ribadire che, con la fissazione dell'udienza di discussione davanti al collegio, quest'ultimo è investito di ogni potere circa la domanda, compreso quello cautelare. Di conseguenza, nel caso di specie, il collegio stesso avrebbe dovuto provvedere alla conferma, modifica o revoca del decreto cautelare¹⁷¹.

Resta da aggiungere che anche in ipotesi di decisione monocratica può darsi il caso che il giudice, dopo aver fatto precisare le conclusioni ed aver ascoltato la discussione, si pronunzi, *re melius perpensa*, esclusivamente sulla domanda cautelare, non ritenendo sussistenti i presupposti per l'accesso al rito abbreviato¹⁷².

In ciascuna delle due ipotesi, essendo rinviata l'udienza di discussione, si rende necessaria l'adozione di un provvedimento cautelare, laddove non sia stato in precedenza concesso, a meno che il suo differimento non sia imposto da esigenze istruttorie. La relativa pronuncia potrà avere ad oggetto ogni tipo di misura cautelare, sia conservativa sia anticipatoria, dato che la norma parla di misure idonee ad assicurare, non già ad anticipare gli effetti della decisione di merito¹⁷³.

18. Il rinvio dell'udienza di discussione

L'art. 24, comma 7, prevede che “caso di rinvio della discussione a seguito di istanza di parte il giudice può adottare misure idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito”.

¹⁶⁹ Nel commento al provvedimento, BESSO, *ibidem*, 1905, ritiene corretto che, se, ai sensi dell'art. 2, il termine va fissato dall'attore, a processo iniziato, la determinazione avvenga per opera del giudice. Di tale termine, secondo l'A., l'attore potrà chiedere la riduzione fino alla metà, *ex art. 163-bis*, richiamato dal comma 2 dell'art. 2.

¹⁷⁰ V. § 5.1.

¹⁷¹ Concorde su tale conclusione, MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare, cit.*, 1254, secondo il quale il collegio non può “ripassare la palla” al giudice designato, ma deve decidere sull'istanza cautelare. Si configura così, un altro caso di decisione collegiale dell'istanza cautelare (oltre alla proposizione di domanda cautelare dopo l'apertura dell'udienza di discussione), riproponendosi, nota l'A., l'annesso problema del giudice competente sul relativo reclamo.

¹⁷² *Contra*, TISCINI, *I nova del procedimento cautelare, cit.*, 2209, secondo la quale manca qui il rischio di una divergenza tra la valutazione del giudice designato e quella dell'organo decidente.

¹⁷³ V. § successivo.

Tale norma va letta congiuntamente all'art. 281-*sexies*, c.p.c., nella parte in cui consente il rinvio della discussione su istanza di parte: in tal caso, tutela cautelare e sentenza di merito si scindono nuovamente quando l'urgenza è tale da non consentire neppure un rinvio dell'udienza o l'attesa della pronuncia con sentenza. Infatti, se la possibilità di una decisione di merito resa in breve tempo è idonea a soddisfare le esigenze cautelari, in modo che la pronuncia cautelare venga assorbita dalla sentenza, qualora la discussione venga rinviata, in forza dell'art. 24, comma 7, la pronuncia sulla misura cautelare si rende nuovamente necessaria¹⁷⁴.

L'eventualità del rinvio può configurarsi per varie ragioni: ad esempio, per l'esperimento di mezzi di prova ritenuti necessari ed ammessi autonomamente dal collegio al fine di completare la fase istruttoria relativa alla questione preliminare avente carattere assorbente.

In dottrina si ipotizza anche il rinvio d'ufficio ad altra udienza di discussione, per esigenze di diritto di difesa, nell'ipotesi in cui il giudice, in sede di emissione del decreto di comparizione delle parti abbia omissso di difendersi nel procedimento cautelare, e ciò quantomeno nelle ipotesi in cui il giudice, in sede di emissione del decreto di comparizione delle parti abbia omissso di preannunciare la conversione del rito¹⁷⁵. Diversamente, il resistente potrebbe trovarsi di fronte ad una decisione di merito idonea al giudicato emanata in un momento antecedente a quello previsto.

Si fa anche l'ipotesi che il collegio ritenga che la causa sia matura per la decisione, ma in base ad una questione rilevabile d'ufficio, diversa da quella in base al quale si è disposta la conversione.

Come già chiarito, la dottrina applica analogicamente il comma 7 dell'art. 24 a tutte le ipotesi di rinvio dell'udienza di discussione, compresa quella di fissazione dell'udienza da parte del giudice designato per procedimento cautelare.

La disposizione regola, quindi, la competenza cautelare in caso di rinvio della discussione indubbiamente attribuendola al collegio: si fa riferimento, infatti, non più al "giudice designato", ma soltanto al "giudice"¹⁷⁶.

¹⁷⁴ DALMOTTO, *sub* art. 24, *cit.*, 2945, nt. 70, nota che, in base alla disposizione in questione, la concessione della misura avviene "su istanza di parte", ma che, a ben vedere, la domanda cautelare è già stata formulata e il giudice non fa altro che provvedere su di essa quando i tempi del giudizio abbreviato subiscano un allungamento e quindi riemerge l'opportunità di decidere l'istanza.

¹⁷⁵ V. DE MATTEIS, *I procedimenti*, *cit.*, 100, nt. 167, ma anche BESSO, *sub* art. 24, 757.

¹⁷⁶ Cfr. OLIVIERI, *La tutela cautelare*, *cit.*, § 3; conf. BESSO, *sub* art. 24, *cit.*, 759, secondo la quale esigenze di economia processuale e di garanzia di effettività della tutela vogliono che il collegio, ove la misura non sia stata già concessa dal giudice designato, decida la domanda cautelare.

Se questa è la tesi preferibile, parte della dottrina giunge a conclusioni differenti. Alcuni autori ritengono che, in mancanza di previa decisione sull'istanza cautelare, la relativa pronuncia dovrà essere emessa dal giudice monocratico già investito del ricorso cautelare¹⁷⁷.

Vi è, poi, chi ha ritenuto che la competenza spetti alternativamente al collegio o al giudice singolo, rispettivamente quando la decisione sulla misura cautelare venga assunta contestualmente al rinvio dell'udienza di discussione e quando la decisione venga pronunciata in una fase che si sta svolgendo davanti al giudice singolo, come potrebbe essere l'istruttoria delegata, ai sensi dell'art. 16, comma 4¹⁷⁸.

18.1 Le misure idonee ad assicurare gli effetti della decisione: il giudice può provvedere sulla domanda cautelare originaria o su nuove istanze dirette a fronteggiare *pericula sorti medio tempore*

Nonostante la terminologia della norma, la misura cautelare concessa in caso di rinvio della discussione, non deve necessariamente avere contenuto anticipatorio degli effetti della decisione di merito, potendosi anche emettere provvedimenti conservativi.

Si tratta, in primo luogo, di misure che provvedono sulle istanze cautelari originariamente avanzate, e per questo aspetto esse non hanno in senso stretto carattere interinale¹⁷⁹. Se infatti, l'accesso al rito abbreviato e la possibilità di una decisione di merito "immediata" possono aver fatto venir meno l'interesse ad ottenere il provvedimento cautelare, il differimento della pronuncia di merito può far rinascere tale interesse. Le esigenze cautelari già presentate dalle parti erano state legittimamente superate dalla valutazione di accesso immediato al rito abbreviato, ma il rinvio dell'udienza rende di nuovo attuale l'interesse fatto valere in origine. Interpretata in tal modo, l'espressione contenuta nel comma 7 non prevede alcun potere ufficioso.

In secondo luogo, si può trattare di nuove istanze cautelari, la cui esigenza è sorta sempre a seguito del differimento dei tempi della pronuncia di merito, dirette a fronteggiare *pericula sorti medio tempore*.

¹⁷⁷ V. DE MATTEIS, *I procedimenti*, cit., 114, nt. 208.

¹⁷⁸ In tal senso, SALETTI, *sub art. 24*, cit., il quale prospetta anche il dubbio che il potere cautelare sia elusivo del giudice designato, proponendo in tale ipotesi, il rinvio dell'udienza con decisione collegiale e un separato provvedimento cautelare monocratico.

¹⁷⁹ Così, ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 347.

La norma, ha, quindi, la finalità di ribadire che il rinvio dell'udienza può identificare il *periculum in mora* indispensabile per la valutazione di fondatezza dell'istanza cautelare¹⁸⁰.

La fissazione di una successiva udienza fa venir meno il presupposto in base al quale il giudice monocratico non aveva provveduto sulla domanda cautelare e riapre la strada alla tutela cautelare, rendendo, però, necessaria una nuova istanza di parte, se del caso fondata su presupposti differenti da quelli originari ed avente oggetto misure cautelari diverse¹⁸¹.

Alle “misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito” adottate ai sensi del comma 7 dell'art. 24 si applica il regime di cui al comma 3 del medesimo articolo, secondo il quale l'estinzione del giudizio non determina “in ogni caso” l'inefficacia dei provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito¹⁸².

19. I rapporti tra giudizio di merito e giudizio collegiale nell'ipotesi in cui il giudizio di merito si concluda prima del reclamo eventualmente proposto

In dottrina, fin dai primi commenti¹⁸³, è stato evidenziato che le peculiarità del nuovo processo cautelare possono far sì che il giudizio di merito si concluda prima del reclamo eventualmente proposto contro un provvedimento cautelare emesso nell'ambito del medesimo procedimento.

L'ipotesi è quella in cui il giudice ravvisi i presupposti per la conversione, fissi l'udienza davanti al collegio e, con lo stesso provvedimento, secondo quanto disposto dal comma 7 dell'art. 24, conceda la misura¹⁸⁴. Il provvedimento in questione è sicuramente reclamabile, ai sensi dell'art. 23, comma 5, secondo cui contro tutti i provvedimenti in materia cautelare è dato reclamo. Del collegio del reclamo non potrà far parte il giudice che ha concesso la misura. In tal caso, la struttura della fase decisoria sul merito, prevista dal comma 6, consente che la sentenza sia emessa prima che sia definito il reclamo.

¹⁸⁰ In tal senso, OLIVIERI, *La tutela cautelare, cit.*

¹⁸¹ Così, ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 347. Secondo CANALE, *Procedimento sommario, cit.*, 1551, ad onta della letterale formulazione della norma, non sembra che l'adozione di misure cautelari ai sensi dell'art. 24, comma 7, possa travalicare l'ambito di quanto richiesto dalle parti con la domanda cautelare in corso di causa.

¹⁸² V. ARIETA-DE SANTIS, *ibidem*; CANALE, *ibidem*.

¹⁸³ L'osservazione è stata originariamente formulata da COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale, cit.*, 675.

¹⁸⁴ Secondo COSTANTINO, *ibidem*, il giudice deve provvedere concedendo o negando la misura richiesta. In realtà, BESSO, *sub art. 24, cit.*, nt. 140, fa notare che l'ipotesi del rigetto, contestuale alla conversione del rito, non è contemplata dal legislatore, per il quale, ove l'udienza venga rinviata, “il giudice può adottare sempre le misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito”.

Si può ritenere che, una volta emessa la sentenza di merito, il procedimento cautelare sia improcedibile¹⁸⁵ ovvero debba concludersi, anche d'ufficio, con una pronuncia di non luogo a procedere¹⁸⁶, anche se entrambe le soluzioni presuppongono che almeno una delle parti metta il giudice cautelare in condizione di conoscere l'esistenza del provvedimento finale di merito¹⁸⁷.

In caso di conflitto, la sentenza, sia pure emanata all'esito di un procedimento condotto nelle forme del rito abbreviato, prevale comunque sulle misure cautelari concesse in data successiva, sebbene in pendenza del termine d'appello¹⁸⁸, con la conseguenza che i provvedimenti cautelari successivi dovrebbero essere dichiarati inefficaci ai sensi dell'art. 669-*novies*, c.p.c., secondo cui il provvedimento perde efficacia se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Così, secondo BESSO, *sub art. 24, cit.*, 766.

¹⁸⁶ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 348.

¹⁸⁷ Cfr. LUPOI, *sub art. 24, cit.*, 2473.

¹⁸⁸ V. COSTANTINO, *ibidem*; BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*,

¹⁸⁹ La conclusione illustrata è condivisa da ARIETA-DE SANTIS, *ibidem*, e da COSTANTINO, *ibidem*, con la specificazione che la declaratoria di inefficacia dovrebbe essere pronunciata, con ordinanza a seguito di ricorso, dal medesimo giudice che ha emanato il provvedimento cautelare.

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO ABBREVIATO

NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

- 20. L'origine del rito abbreviato nel processo amministrativo: l'art. 19 del d.l. n. 67 del 1997. La *ratio* di un sistema processuale *ad hoc* per le controversie in materia di opere pubbliche**

Se per il processo civile l'istituto del giudizio abbreviato costituisce un'indubbia novità, il sistema della giustizia amministrativa conosce da tempo il ricorso a questa forma di decisione accelerata nei tempi.

Nel processo amministrativo l'esperienza del rito abbreviato è piuttosto risalente e si colloca, inizialmente, nell'ambito della materia degli appalti pubblici.

Quello delle opere pubbliche è un settore caratterizzato da particolari esigenze di celerità, in considerazione degli interessi coinvolti nelle procedure e nelle relative controversie. Da un lato, si pone l'interesse pubblico a che le opere vengano portate a termine nel più breve lasso di tempo possibile con economia di mezzi, dall'altro, si pone l'interesse dei privati a che la loro attività non venga bloccata durante l'esecuzione dei lavori, con inutile impiego di mezzi e risorse umane, per tempi eccessivamente lunghi, in attesa della risoluzione di controversie relative alle varie fasi dell'aggiudicazione e dell'esecuzione degli appalti.

La creazione di norme apposite per le controversie relative agli appalti pubblici risponde all'esigenza di evitare che la decisione del giudice amministrativo arrivi quando i lavori sono già in fase di esecuzione, creando così effetti destabilizzanti per la celere esecuzione di opere di rilevante interesse pubblico. Quindi, la prima esigenza è stata quella di ideare forme di accelerazione capaci di portare alla soluzione delle controversie il prima possibile e, quindi, anche prima del concreto avvio dei lavori.

Queste sono state le ragioni alla base della riforma introdotta con il decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con alcune modifiche, nella l. n. 135 del 1997, e, in particolare, con l'art. 19, il quale conteneva una serie di disposizioni incidenti su vari profili del processo amministrativo in materia di opere pubbliche¹.

Uno degli scopi delle norme in questione fu stato senz'altro quello di rilanciare l'occupazione², sollevando le imprese da appesantimenti burocratici, tanto da far assumere alla norma, nel gergo pratico, la denominazione di decreto "sbloccacantieri".

Secondo la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 67, esso conteneva "un complesso di disposizioni (...) tutte finalizzate alla possibilità di incentivare e favorire, in tempi brevi, molteplici occasioni di occupazioni nei vari settori dell'attività economica", individuando la specifica *ratio* dell'art. 19, "finalizzato a ridurre i tempi dei processi amministrativi, relativamente al settore della realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, con lo scopo di assicurare tempi più brevi nella definizione delle relative controversie sia per quanto attiene alla fase cautelare, che a quella di merito".

Le nuove norme processuali, infatti, al fine di tutelare l'interesse pubblico alla immediata realizzazione delle opere pubbliche, cercavano di economizzare i tempi ed i mezzi della giustizia avendo come primario obiettivo la celerità delle procedure.

Si può osservare come, in generale, esista una notevole compenetrazione fra disciplina sostanziale del rapporto e regole che governano le forme di tutela dei soggetti portatori di interessi giuridici. Proprio per tale ragione, in ambito societario si è cercato di fornire risposte adeguate al settore dell'economia e alle relative esigenze di certezza ed affidabilità dei sistemi giuridici di riferimento. Ugualmente, nel campo amministrativo sussiste la necessità di agire sul versante processuale, al fine di rendere più semplice ed

¹ M. LIPARI, *La mini-riforma del processo amministrativo nella legge n. 135/1997*, in *Urb. app.*, 1997, 740 ss., qualifica l'intervento legislativo, appunto, come un "mini-riforma", in quanto circoscritta al solo settore delle opere pubbliche e di pubblica utilità, ma riguardante le "fasi essenziali" del processo: i termini di proposizione del ricorso e lo svolgimento del giudizio, la tutela cautelare, la decisione immediata del merito, con motivazione in forma abbreviata, il deposito anticipato del solo dispositivo, l'appello

² Il decreto stesso era rubricato dal legislatore come "Recante disposizioni urgenti per favorire l'occupazione".

efficiente l'attività delle amministrazioni, valorizzando, al contempo, le esigenze dei privati.

Tale era lo scopo dell'art. 19 del d.l. n. 67/1997: esso, in primo luogo, riguardava la materia delle opere pubbliche e di pubblica utilità, settore in cui l'ampio contenzioso evidenziava le difficoltà del raccordo fra l'attuazione della giustizia amministrativa e l'operare concreto dei singoli enti, e, in secondo luogo, l'intervento legislativo riguardava la fase cautelare del processo, cioè un momento determinante del processo, in cui si definiscono i rapporti fra l'attività della Pubblica amministrazione e le decisioni del giudice competente.

In realtà il legislatore era intervenuto già in precedenza, sebbene con norme frammentarie, sul giudizio amministrativo in materia di opere pubbliche con alcune norme procedurali tese a consentirne uno svolgimento più rapido. Si tratta dell'art. 31-*bis* della l. 11 febbraio 1994, n. 109, la cd. legge Merloni uno. L'esame delle norme contenute in questo articolo può risultare ancora oggi utile, oltre che a fini storicamente ricostruttivi, anche per una interessante pronuncia della Corte costituzionale, cui la norma diede luogo³.

21. I precedenti tentativi legislativi volti a ridurre la distanza temporale fra la concessione della cautela e la tutela di merito

Il settore dei lavori pubblici è stato da sempre terreno di tentativi al fine di creare corsie preferenziali per la tempestiva definizione delle controversie.

Se le normative più risalenti nascevano dall'esigenza di tutelare la pubblica amministrazione e si traducevano nella fissazione di una procedura amministrativa per la definizione delle controversie originate dalle doglianze degli appaltatori⁴, diverse sono state le spinte all'origine dei successivi interventi normativi.

Gli interventi più recenti, infatti, hanno avuto come obiettivo la celerità delle risoluzioni. In particolare, l'attenzione del legislatore si è concentrata sulla tutela cautelare, in quanto momento determinante nello svolgimento del processo, anche in seguito all'eccessiva dilatazione dei tempi del giudizio. Proprio l'eccessiva durata dei

³ V. *infra*, § 23.

⁴ La legge generale sui lavori pubblici del 1865 prevedeva già una specifica regolamentazione per le controversie nel settore degli appalti. Nel 1962, nel capitolato generale di appalto, era stata varata una disciplina (cd. delle riserve) relativa ad eventuali pretese avanzate dall'appaltatore nei confronti dell'amministrazione.

tempi necessari a pervenire alla sentenza ha comportato un incremento delle domande cautelari e tra queste, per eccellenza, delle domande di sospensione, le quali costituiscono lo strumento fisiologico per realizzare la cautela di diritti suscettibili di pregiudizio da un provvedimento illegittimo.

E', altresì, evidente che, considerato il lasso di tempo necessario per una pronuncia di merito, se nel frattempo il giudice sospende l'esecuzione della gara, la realizzazione dell'opera potrà essere inutilmente ritardata, qualora la sentenza definitiva rigetti il ricorso. Per contro, anche in caso di accoglimento del ricorso, il diniego della misura cautelare renderà inutile la sentenza, se nel frattempo l'opera sia stata eseguita da chi non doveva essere aggiudicatario.

Da qui, la necessità primaria di trovare rapidi mezzi di soluzione delle controversie cercando di ridurre il più possibile la distanza temporale fra la cautela ed il merito.

Fra i tentativi legislativi in tal senso si può ricordare l'art. 5, comma 4, della legge 3 gennaio 1978, n. 1, concernente norme di *Accelerazione delle procedure di opere ed impianti*. Tale disposizione prevedeva: a) che la trattazione dell'istanza cautelare non potesse avere luogo senza la previa richiesta di fissazione dell'udienza da parte del ricorrente; b) che nel caso di accoglimento della domanda di sospensione l'udienza di merito dovesse essere fissata entro quattro mesi; c) che in ogni caso l'efficacia del provvedimento perdesse efficacia se entro sei mesi non fosse stato discusso il merito⁵.

22. L'art. 31-bis della legge n. 109 del 1994, c.d. legge Merloni. L'accelerazione dei tempi processuali: la fissazione dell'udienza di merito senza la contestuale pronuncia cautelare, su richiesta dei controinteressati o dell'amministrazione procedente

Sulla scia degli interventi sulle norme processuali per i giudizi amministrativi in materia di opere pubbliche, la successiva tappa fondamentale fu costituita dalla

⁵ La Corte Costituzionale, con sentenza 1 febbraio 1982, n. 8, in *Giur. cost.*, 1982, I, 398, con nota critica di CARULLO, ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui limita a sei mesi l'efficacia dell'ordinanza di sospensione, in base all'argomento che tale disposizione ha inteso evitare la possibilità di danni gravi alla soddisfazione del pubblico interesse e, insieme, stimolare il giudice amministrativo di primo grado a risolvere rapidamente nel merito le controversie sottopostegli e, quindi, a consentire o negare in via definitiva la realizzazione dell'opera.

disciplina di cui all'art. 31-*bis*⁶, commi 2 e 3, della l. n. 109 del 1994, "legge quadro in materia di lavori pubblici", anche nota come "legge Merloni".

Il comma 2 prevedeva che "i ricorsi relativi ad esclusione da procedure di affidamenti di lavori pubblici, per la quale sia stata pronunciata ordinanza di sospensione ai sensi dell'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, devono essere discussi nel merito entro novanta giorni dalla data dell'ordinanza di sospensione".

Il comma 3, invece, prevedeva che "nei giudizi amministrativi aventi ad oggetto controversie in materia di lavori pubblici in relazione ai quali sia stata presentata domanda di provvedimento d'urgenza, i controinteressati e l'amministrazione resistente possono chiedere che la questione sia decisa nel merito. A tal fine il presidente fissa l'udienza per la discussione della causa che deve avere luogo entro novanta giorni dal deposito dell'istanza. Qualora l'istanza sia proposta all'udienza già fissata per la discussione del provvedimento d'urgenza, il presidente del collegio fissa per la decisione nel merito una nuova udienza che deve aver luogo entro sessanta giorni e autorizza le parti al deposito di memorie e documenti fino a quindici giorni prima dell'udienza stessa". A differenza dell'ipotesi contemplata nel comma 2, in questo caso il giudizio poteva avere per oggetto controversie "in materia di lavori pubblici", e non solo ricorsi relativi ad esclusione da procedure di affidamento. Inoltre, qui l'ipotesi era che venisse presentata dal ricorrente domanda di sospensione degli atti impugnati, mentre nella fattispecie di cui al comma 2 doveva essere già intervenuta una ordinanza di sospensione degli atti impugnati.

Entrambe le norme andavano coordinate con le disposizioni del quarto comma dell'art. 5 della l. n. 1 del 1978, in precedenza menzionata, secondo il quale le domande di sospensione degli atti impugnati non potevano essere trattate se non vi fosse domanda di fissazione del merito da parte del ricorrente.

Si delineava, così, una sorta di procedimento speciale amministrativo in tema di contenzioso in materia di opere pubbliche caratterizzato da un complesso di regole procedurali attinenti sia alla fase cautelare sia alla fase di merito, volte a rendere più celere la definizione del processo amministrativo mediante la fissazione dell'udienza di merito in tempi brevi, legislativamente previsti, la quale rendeva superflua la concessione del provvedimento cautelare. Proprio per evitare la sospensione dei lavori il legislatore aveva previsto che si pervenisse alla definizione di merito in tempi più rapidi.

⁶ Tale articolo, recante "norme acceleratorie in materia di contenzioso", fu inserito nel testo originario della legge dal decreto legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella legge 2 giugno 1995, n. 216, denominata "Merloni bis".

23. La sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 16 luglio 1996: la trattazione urgente del merito non esclude che il giudice sia tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato. I tempi rapidi del processo non possono incidere sulla tutela cautelare fino ad eliderla

Se l'art. 31-*bis* risulta oggi espressamente abrogato dall'art. 256 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contenente il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ai fini della riflessione circa il rito abbreviato societario è utile rammentare una importante sentenza della Corte costituzionale.

Il comma 3 dell'articolo in questione, come detto, prevedeva nelle controversie in materia di lavori pubblici, la facoltà dei controinteressati e dell'amministrazione di chiedere la rapida definizione del giudizio in relazione al quale fosse stata instaurata una fase cautelare.

E' probabile che, come oggi in caso di rito abbreviato societario, così allora, nelle intenzioni del legislatore, la richiesta di trattazione del merito dovesse precludere al giudice la possibilità di sospendere gli effetti del provvedimento impugnato, restando ogni ulteriore esercizio della funzione giurisdizionale assorbito nella sollecita trattazione del merito, e, ciò, coerentemente allo scopo perseguito dalla norma, che era quello di impedire pronunce cautelari capaci di ritardare indefinitamente la realizzazione dell'opera pubblica. In altre parole, la richiesta di fissazione dell'udienza avrebbe dovuto comportare il blocco dell'azione cautelare ed il venir meno del potere di concedere la sospensione del provvedimento in cambio della rapida definizione della controversia.

Sulla base di questa interpretazione, le norme vennero impuginate dinanzi alla Corte costituzionale da diversi tribunali.

In primo luogo, il Tar Lombardia⁷ osservava che, anche nel pieno rispetto dei tempi previsti dall'art. 31-*bis*, occorresse tener conto del tempo necessario al deposito della sentenza, potendosi verificare il caso che, specie negli appalti relativi a lavori di modesta entità, l'opera pubblica venisse realizzata prima della conclusione del processo, con la conseguenza che, in mancanza di tutela cautelare, la tutela processuale sarebbe stata meramente nominale e fittizia, in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost..

⁷ Con tre ordinanze del 2 agosto 1995, in G.U., n. 48, prima serie speciale, 1995.

In secondo luogo, il Tar Puglia⁸ ravvisava il contrasto della norma, oltre che con gli artt. 24 e 113 Cost. per ragioni analoghe a quelle indicate dal Tar Lombardia, anche con gli artt. 3 e 97 Cost.: da un lato, l'esigenza di celerità nella realizzazione dei lavori pubblici e nella definizione delle controversie non era sufficiente a giustificare una ridotta tutela giurisdizionale, tenuto conto che il connotato dell'urgenza caratterizza, anche al di fuori della materia dei lavori pubblici, una vasta gamma di provvedimenti amministrativi; dall'altro, la norma contrastava con il buon andamento dell'amministrazione, in quanto la scelta di privilegiare comunque la più celere realizzazione dei lavori pubblici, con esclusione della tutela cautelare, faceva venir meno un controllo che avrebbe potuto evitare alle amministrazioni di incorrere in illegittimità immediatamente rilevabili e nelle loro conseguenze economiche negative.

Infine, il Tar Emilia-Romagna⁹ riteneva la norma in contrasto con gli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost., per ragioni analoghe a quelle indicate dal Tar Lombardia e dal Tar Puglia.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 249 del 16 luglio 1996¹⁰, ha reso una pronuncia interpretativa di rigetto ritenendo che, a differenza di quanto prospettato dai rimettenti, l'art. 31-*bis* andasse interpretato nel senso che la presentazione della domanda di trattazione del merito, da parte dell'Amministrazione resistente o dei controinteressati, non eliminava il potere cautelare del giudice, il quale rimaneva libero di sospendere il provvedimento impugnato in presenza dei presupposti di legge.

Come detto, la Corte si pronunciò con una sentenza interpretativa di rigetto. Le argomentazioni dei giudici costituzionali si basavano, prima di tutto, sulla considerazione che nulla ostava a che la norma fosse interpretata nel senso, opposto a quello prospettato, di ammettere la possibilità della sospensione.

Del resto, il comma 3 prevedeva soltanto la facoltà per l'amministrazione e per i controinteressati di chiedere la trattazione urgente del merito, ma questo non escludeva che il giudice fosse tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione del provvedimento impugnato e a concederla, ove ne sussistessero le condizioni.

Secondo la Consulta, questa interpretazione trovava conforto nei lavori parlamentari, in cui si parlava di "norme accelerative".

⁸ Con ordinanza del 29 giugno 1995, in G.U. n. 13, prima serie speciale, 1995.

⁹ Con ordinanze del 16 e 30 novembre 1995, in G.U. n. 17, prima serie speciale, 1996.

¹⁰ Tra i commenti, v. DE NICTOLIS, *La corte si pronuncia in tema di tutela cautelare nei giudizi relativi ad opere pubbliche*, in *Urb. app.*, 1997, 51 ss.; CARANTA, *La nuova disciplina dei ricorsi giurisdizionali in materia di appalti di lavori pubblici al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 36 ss.; BOSCOLO, *Tutela cautelare ed opere pubbliche: un nuovo intervento della Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 1997, 31 ss.; COSTANTINI, *Sospensiva e anticipazione nel merito nei giudizi in materia di lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 3, 253 ss..

La Corte, poi, nel solco di pregresse pronunce¹¹, ribadiva che la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 Cost.¹² e richiamava, inoltre, quella giurisprudenza costituzionale che, con riferimento particolare alla giurisdizione amministrativa, basata sull'annullamento di atti illegittimi, aveva posto in luce da tempo il carattere essenziale della procedura cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il procedimento di merito, dichiarando illegittima l'esclusione o la limitazione del potere cautelare con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato¹³.

Infine, la Corte riteneva l'interpretazione esposta rispettosa anche delle norme comunitarie relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici al di sopra della soglia comunitaria. La direttiva del Consiglio n. 665/89 all'art. 2 faceva carico agli Stati membri di disciplinare i ricorsi in questione attribuendo alle competenti autorità il potere di "prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere le procedure di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici".

Sulla base di questa importante sentenza si possono cominciare a delineare i criteri e principi, affermati dalla Corte costituzionale, diretti a regolare l'introduzione di procedimenti differenziati (sotto il profilo temporale) nel processo amministrativo. Dalla sentenza n. 249 del 1996 si trae il principio per cui i tempi rapidi di soluzione delle controversie non possono sacrificare la tutela cautelare sino a farla scomparire in quanto essa è, in primo luogo, strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e serve ad attuare l'art. 24 Cost.; in secondo luogo, per quanto concerne più specificamente la giurisdizione amministrativa, la tutela cautelare è intimamente compenetrata rispetto al processo, che si caratterizza per avere carattere prettamente impugnatorio.

Si può ritenere che tali affermazioni del giudice delle leggi possano essere anche oggi utilizzate con riferimento ai rito abbreviato societario¹⁴.

¹¹ V. § successivo.

¹² V. C. cost. n. 253 del 1994 e n. 190 del 1985.

¹³ V. C. cost. n. 227 del 1975 e n. 284 del 1974.

¹⁴ V. cap. IV, § 60, 61, 62.

23.1 L'essenzialità della tutela cautelare nelle pronunce della Corte costituzionale in ossequio al principio per cui la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione

Il potere di invocare provvedimenti di cautela tipica o atipica costituisce l'espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione. La rilevanza anche costituzionale di questo principio è ormai riconosciuta anche nella giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale, infatti, tramite molteplici pronunce e a partire da molti anni fa, ha fornito un solido supporto teorico all'esigenza, avvertita nella prassi giudiziaria quotidiana, di strumenti cautelari celeri, che possano intervenire con efficacia sin dall'inizio del processo, e, con riguardo a quello civile, anche prima della sua pendenza.

Mentre nel processo civile i contenuti della misura cautelare sono da sempre molto vari (sequestri, provvedimenti cautelari innominati, ecc.), nel processo amministrativo la tutela cautelare è consistita a lungo soltanto nella misura tipica della sospensione del provvedimento impugnato, *ex art. 21, comma 7, legge n. 1034 del 1971*. Ciò dipendeva dalla natura stessa del processo amministrativo, volto esclusivamente alla impugnazione del provvedimento¹⁵. Il carattere di "lesività" dell'atto amministrativo veniva rinvenuto nella sua idoneità a modificare unilateralmente la situazione giuridica sostanziale del destinatario: la sospensione precludeva proprio il prodursi di questo effetto tipico¹⁶.

Nel tempo la fase cautelare ha acquisito nella prassi un'importanza sempre crescente, anche grazie all'uso estensivo che la giurisprudenza ha fatto della sospensione, utilizzando quest'ultima anche nei confronti dei provvedimenti "meramente" negativi e del silenzio-rifiuto dell'Amministrazione. In queste ipotesi, la sospensione del provvedimento negativo equivaleva all'introduzione di una nuova disciplina del rapporto

¹⁵ Già l'art. 12 della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato (l. 31 marzo 1889, n. 5992), prevedeva che la proposizione del ricorso non avesse effetto sospensivo nei confronti del provvedimento impugnato, se non in presenza di "gravi ragioni", e la scelta di escludere l'effetto automaticamente sospensivo del ricorso fu confermata dal dettato dell'art. 39 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, r. d. 1054/1924. La sospensione dell'efficacia del provvedimento amministrativo era vista, infatti, quale eccezione al principio dell'imperatività del provvedimento amministrativo.

¹⁶ Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo, v. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 273 ss.; SANCHINI, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, Milano, 2003, 4491 ss.. In particolare, sull'evoluzione storica, CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 983 ss.

e, quindi, era intesa spesso come equipollente al provvedimento richiesto dal cittadino o negato dall'Amministrazione¹⁷.

Questo propensione dei giudici amministrativi, in omaggio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, è stata avallata nel tempo dalla Corte costituzionale. In un primo momento, essa ha affermato che, una volta che il legislatore ordinario ha attribuito il potere finale di annullamento degli atti amministrativi al giudice amministrativo e ha strutturato il processo amministrativo come giurisdizione di annullamento, “è naturale e consequenziale l'attribuzione all'organo medesimo deputato all'annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell'atto impugnato”¹⁸.

Esula dall'oggetto della presente ricerca il profilo relativo ai contenuti che la tutela cautelare nel processo amministrativo ha assunto nel corso degli anni tramite l'opera della giurisprudenza¹⁹ ed, infine, del legislatore con la legge n. 205 del 2000.

Le pronunce della Corte costituzionale sono funzionali a questo studio sotto un diverso profilo e, cioè, in quanto affermano l'essenzialità della tutela cautelare nell'ordinamento giuridico e la ancorano a norme costituzionali.

Fondamentale nel senso della rilevanza costituzionale della tutela cautelare è stata la sentenza n. 190 del 1985²⁰, che ha fornito una spinta decisiva per la riconduzione della tutela cautelare nell'alveo dell'art. 24 Cost. Essa si basa sul principio, enunciato per la prima volta da Chiovenda²¹, secondo cui la durata del processo non deve andare a

¹⁷ La giurisprudenza amministrativa in tema di contenuto della misura cautelare ha conosciuto, ancor prima di qualsiasi modifica normativa, una notevole evoluzione, essendo già arrivata ad ammettere una tutela atipica, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 21 l. 1034/71, ampliando lo spettro della tutela cautelare ben oltre la lettera della legge. Si fa riferimento, in particolare, al fenomeno delle ammissioni con riserva ad esami e procedure concorsuali. Il legislatore del 2000, con la l. n. 205, ha pertanto codificato un principio giurisprudenziale ormai pacifico, prevedendo che al giudice amministrativo, ricorrendone i presupposti, possa chiedersi “l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze più idonee ad assicurare internamente gli effetti della decisione sul ricorso”.

¹⁸ V. Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 284, in Cons. Stato, 1974, 1329.

¹⁹ Sull'evoluzione della giurisprudenza amministrativa e la tutela degli interessi cd. pretensivi, v. per tutti, CARINGELLA, *op. ult. cit.*, 998 ss..

²⁰ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1985, I, 1881, con nota di PROTO PISANI. La decisione ha ritenuto illegittimo, per violazione degli artt. 3, comma 1, e 113 Cost., l'art. 21, ult. com., legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui, prevedendo solo il potere del giudice amministrativo di sospendere l'atto impugnato, non consentiva allo stesso, nella materia del pubblico impiego, sottoposta a giurisdizione esclusiva, di adottare i provvedimenti di urgenza che apparissero, secondo le circostanze, i più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito. Nel caso di specie, al pubblico dipendente non era consentito di ottenere la medesima tutela assicurata al lavoratore privato dall'art. 423 c.p.c..

²¹ CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Foro it.*, 1923, I, 206, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 271 ss., e *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, n. 34.

danno dell'attore che ha ragione, e tale principio costituisce la giustificazione e il fondamento della tutela cautelare e dell'art. 700 c.p.c. in particolare²².

Sulla stessa scia, in tempi più recenti, si deve considerare la sentenza del 23 giugno 1994, n. 253²³, con cui il giudice delle leggi ha ritenuto illegittimo l'art. 669-terdecies nella parte in cui non ammetteva il reclamo ivi previsto anche avverso il provvedimento di rigetto della domanda cautelare. In questa decisione la Corte sottolinea fortemente il valore della tutela cautelare, richiamando la sentenza del 1985 e affermando nuovamente che la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione. Inoltre, afferma che siffatta funzione è strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale e giustifica l'introduzione di una disciplina uniforme (quella prevista dalla legge n. 353 del 1990) che sia comunque in grado di assicurare il rispetto dei requisiti minimi imposti dagli artt. 3 e 24 Cost., in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione e di posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti.

La sentenza n. 249 del 1996 si pone all'interno di questo solco e ribadisce espressamente i due precedenti citati, qualificando esplicitamente la tutela cautelare come attuazione dell'art. 24 della Costituzione.

A proposito del rapporto fra la tutela cautelare e la generale garanzia costituzionale del diritto di azione è bene chiarire²⁴ che, sebbene la tutela cautelare possa sembrare in un certo senso "accessoria" rispetto alle normali garanzie dell'azione, si deve riconoscere ad essa un fondamento costituzionale autonomo. L'ordinamento, infatti, predispone le misure cautelari, di contenuto tipico o atipico, come strumento indispensabile e, a volte, unico, per la salvaguardia di diritti che non sono ancora accertati, ma di cui il giudice ritiene probabile l'esistenza, al fine di evitare che la tutela in via ordinaria non venga vanificata dal verificarsi di lesioni o pericoli di lesioni a quegli stessi diritti. Ciò consente di distinguere le garanzie che assistono il diritto di agire in via ordinaria dalle diverse forme di tutela cautelare: mentre le prime hanno lo scopo di far conseguire all'attore "che ha ragione" tutto quello che egli ha diritto di ottenere, le tutele cautelari hanno lo scopo di evitare che, una volta accolta la domanda di merito, la tutela

²² V. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 3, secondo il quale questo principio generale dell'ordinamento si realizza non solo attraverso istituti specifici di diritto sostanziale e tramite le misure tipiche, ma anche e soprattutto attraverso la previsione generale atipica dell'art. 700.

²³ In *Giur. cost.* 1994, 2033 ss, con nota di ARIETA.

²⁴ Per tali riflessioni, v. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., III, 1, 17 ss..

giurisdizionale non si riveli inutile. In questo senso, si può dire che l'effettività della tutela viene realizzata sotto l'aspetto oggettivo, e non soggettivo, cioè in favore dell'attore che ha ragione.

24. La matrice giurisprudenziale del giudizio abbreviato amministrativo. Gli orientamenti del Tar Veneto ed il cd. rito veneziano: la fissazione a breve termine dell'udienza di merito in luogo della misura cautelare con il consenso di tutte le parti

E' interessante riportare come, pur in assenza di una specifica norma di legge, in giurisprudenza si fosse già ammessa una definizione "breve" della controversia, fissando "seduta stante" l'udienza di merito.

Il TAR Veneto²⁵, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione di un provvedimento impugnato, aveva provveduto direttamente a fissare a breve termine l'udienza di merito²⁶ dal momento che il difensore della parte ricorrente aveva formalmente dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare e ad ogni termine processuale a difesa purché la trattazione del merito fosse fissata in tempi brevissimi e che, in tempi altrettanto rapidi, fosse pubblicata la decisione del collegio, pur resa in termini sintetici, e che a tale richiesta si erano associate le difese delle amministrazioni resistenti, le quali avevano ugualmente rinunciato a qualsiasi termine a difesa.

Nel presupposto dell'urgenza e della necessità, prospettate dai ricorrenti, di una sollecita pronuncia di merito, che viceversa sarebbe risultata *inutiliter data*, i giudici pervenivano ad un'accelerazione consensuale²⁷ del giudizio sulla base di una serie di considerazioni.

In primo luogo, veniva considerato che il processo amministrativo è un processo di parti, e, cioè, nella loro piena disponibilità.

In secondo luogo, si affermava che in relazione al processo, vigono i principi di economicità del giudizio e di effettività della tutela giurisdizionale, anche per quanto attiene ai tempi del giudizio.

²⁵ V. TAR Veneto, 19 febbraio 1994, n. 155, in *Foro it.*, 1994, III, 353 ss..

²⁶ La camera di consiglio si era svolta in data 20 gennaio 1994, l'udienza per la trattazione era stata fissata per il 17 febbraio e la sentenza venne depositata il 19 febbraio.

²⁷ V. PERINI, *Il rito breve in materia di opere pubbliche: primi appunti sull'art. 19 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 2000, 883.

In terzo luogo, si constatava che nel giudizio cautelare molto spesso il giudice era chiamato a svolgere già una delibazione molto approfondita dei profili relativi alla domanda della parte ricorrente e alle deduzioni avverse.

Queste considerazioni inducevano i giudici ad affermare la possibilità, nonché l'utilità, di una rapida decisione dei ricorsi di agevole definizione, ricorrendo ad una pronuncia completa, ma sintetica²⁸, laddove le parti avessero manifestato il loro consenso in tal senso.

La sentenza dava vita ad una vera e propria novità, tanto da definire “rito veneziano” quello che successivamente sarebbe stato il processo abbreviato: esso consisteva in un impiego più efficace e funzionale della tutela cautelare, non solo come momento finalizzato ad un intervento d'urgenza del giudice, ma tale da consentire una conoscenza più approfondita della causa, al fine di creare una corsia privilegiata per le cause già mature per la decisione di merito.

Il nuovo rito prendeva le mosse dallo sviluppo giurisprudenziale che aveva visto “una progressiva dilatazione della fase cautelare”, per usare le parole degli stessi giudici, “nella quale il giudice veniva chiamato a delibare “immediatamente ed esaurientemente tanto profili di danno quanto le questioni di diritto emergenti sia dalla domanda della parte interessata che dalle deduzioni dell'amministrazione resistente e dei controinteressati”. Questa nuova evoluzione giurisprudenziale utilizzava la dilatazione del processo cautelare, spesso considerata come un abuso, come momento proficuo a disposizione del giudice, per fornire risposte flessibili ed adeguate. La mancanza di espressa disposizione legislativa rendeva necessario il consenso esplicito delle parti alla definizione immediata: si rendeva necessario l'intervento attivo dei difensori di tutte le parti, che, rinunciando alla sospensiva e ai termini previsti per il giudizio di merito, consentissero al Tar di utilizzare il materiale acquisito in fase cautelare anche per la decisione di merito e di provvedere a fissare in tempi brevissimi la prima udienza di merito in cui fossero stati presenti il medesimo presidente ed il medesimo relatore della fase cautelare, per la decisione della causa con sentenza succintamente motivata.

Il legislatore recepì questo modello dilatando il processo cautelare sino a consentire che all'interno dello stesso, in virtù del principio di concentrazione, si potesse

²⁸ La sentenza doveva essere impostata in termini sintetici, e, cioè, diversi da quelli della ordinaria sentenza di merito, perché la decisione veniva a cadere su ricorsi “del tutto aggiuntivi” a quelli già fissati per la decisione di merito e, ciò, anche per non incorrere nella violazione dei carichi di lavoro dei magistrati dei Tar, stabiliti dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa.

pervenire alla conclusione del processo di merito con una sentenza in forma semplificata²⁹.

25. L'art. 19 d.l. n. 67 del 1997: il “microsistema” normativo del processo in materia di opere pubbliche. L'automatica ed officiosa conversione della fase cautelare in decisione di merito, la riduzione alla metà di tutti i termini processuali e la sentenza in forma breve

Rispetto al contesto normativo previgente, l'art. 19 del d.l. n. 67³⁰ presentava una spiccata portata innovativa. Esso era rubricato, appunto, “Norme sul processo amministrativo” e conteneva un “microsistema” normativo³¹, concernente il processo in materia di opere pubbliche, destinato a dar vita al più rilevante dei processi amministrativi speciali e, cioè, proprio al giudizio abbreviato.

Il tratto innovativo caratterizzante la riforma risiedeva proprio nell'aver toccato la struttura stessa del processo, prevedendo che l'abbreviazione dei tempi di sviluppo e di conclusione del processo avvenisse mediante una sorta di *saltum ex officio* della fase cautelare³², cioè la automatica ed officiosa conversione della fase cautelare in decisione di merito.

Dopo aver delineato l'ambito di applicazione della normativa (comma 1)³³, il comma 2 stabiliva, infatti, che “il tribunale amministrativo regionale, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, può definire immediatamente il giudizio nel merito, con motivazione in forma abbreviata”. La praticabilità della conversione veniva, quindi, agevolata dalla possibilità, ascritta al giudice, di decidere la causa in forma

²⁹ Per queste riflessioni v. TROTTA, *Processo cautelare: decisione in forma semplificata e sospensione dei termini processuali in periodo feriale*, in *Foro amm., Tar*, 2002, 3851, spec. 3854, il quale, ricostruendo la nascita dell'istituto in forma semplificata sottolinea che non si dovesse parlare di “traslazione o conversione della causa dalla sede cautelare alla sede di merito, in quanto nella specie non si verifica affatto la trasformazione del giudizio cautelare in quello di merito, ma solo la concentrazione nel processo cautelare della istanza cautelare e del processo di merito.

³⁰ Per ampi commenti a tale norma, v. CARINGELLA-DELLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, Milano, 1999, 1 ss; M. LIPARI, *Il rito in materia di opere pubbliche (art. 19 d.l. n. 67/1997 e art. 23-bis legge n. 1034/1971)*, in CARINGELLA, DE NICTOLIS, M. LIPARI, MATASSA, *Il processo in materia di opere pubbliche*, Milano, 2001; PERINI, *Il rito breve*, cit., 874 ss..

³¹ TRAVI, *Verso una pluralità di termini per il ricorso al giudice amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 658, il quale parla di “una vera e propria norma di settore”.

³² Così CARINGELLA-DELLA VALLE, *I processi amministrativi*, cit., 8.

³³ Il comma 1 così disponeva: “Nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali ed al Consiglio di Stato aventi ad oggetto provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse e provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi comprese le procedure di occupazione ed espropriazione delle aree ad esse destinate, si applicano le disposizioni di cui al presente articolo”.

semplificata, tramite motivazione in forma abbreviata. La medesima disposizione, sempre in virtù del comma 2, era, altresì, applicabile davanti al Consiglio di Stato in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata.

Sempre in vista della massima accelerazione dei giudizi, si prevedeva che tutti i termini processuali fossero ridotti della metà (comma 3).

Il dispositivo della sentenza andava pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza (comma 3) e si prevedeva la correlata possibilità di proporre appello subito dopo la pubblicazione del dispositivo, con correlata istanza di sospensione della sentenza gravata, con riserva dei motivi (comma 6)³⁴.

Infine, il comma 4 disponeva che, concesso il provvedimento cautelare, l'udienza di discussione del merito venisse celebrata entro sessanta giorni, mentre il comma 5 chiariva che con la sentenza che definiva il giudizio amministrativo, il giudice doveva pronunciarsi specificamente sulle spese del processo cautelare.

Il comma 2, quindi, conteneva la disposizione di maggior interesse della riforma poiché, al pari dell'odierno art. 24 del d. lgs. n. 5 del 2003, prevedeva la tipizzazione di un nuovo modello di sentenza (definitiva del giudizio) in forma abbreviata per la motivazione, sia per i termini di deposito e pubblicazione del dispositivo (sette giorni), sia perché emessa in sede di trattazione in camera di consiglio della domanda di sospensione del provvedimento impugnato (davanti al TAR) o della sentenza appellata (davanti al Consiglio di Stato).

L'art. 19 costituiva, quindi, un nuovo modello di processo amministrativo, dotato di proprie autonome caratteristiche, idoneo ad esprimere norme di portata sistematica. Se ne traeva una sorta di modello processuale "neutro"³⁵, riferibile a tutte le ipotesi in cui fosse necessario od opportuno assicurare la rapida definizione della lite.

³⁴ Il Parlamento, in sede di esame e conversione del decreto legge aveva apportato tre modifiche al testo originario: una limitata estensione oggettiva dell'ambito operativo della norma, ora riferita anche agli "incarichi di progettazione"; la generalizzazione del giudizio immediato, non più circoscritto ai soli casi decisione reiettiva del ricorso, con evidente vantaggio dell'amministrazione resistente, come previsto nell'originario decreto, ma praticabile anche nei casi di probabile esito favorevole al ricorrente; la precisazione che l'abbreviazione dei termini processuali non è limitata alla sola fase cautelare o allo svolgimento del giudizio immediato.

³⁵ V. M. LIPARI, *Il rito in materia di opere pubbliche*, cit., 181.

25.1 Forza espansiva del modello: i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità garante delle comunicazioni

La forza espansiva del modello costituito dall'art. 19 venne confermata dalla disposizione contenuta nell'art. 1, comma 27, della legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo". La norma, dopo aver stabilito al precedente comma 26, che i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientravano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, affidando la competenza "esclusiva ed inderogabile" di primo grado al Tar del Lazio, prevedeva una disciplina del tutto coincidente con quella dell'art. 19.

Essa, infatti, disponeva: "Il tribunale amministrativo regionale del Lazio, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione di provvedimenti dell'Autorità, può definire immediatamente il giudizio di merito, con motivazione in forma abbreviata. Le medesime disposizioni si applicano davanti al Consiglio di Stato in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata. Tutti i termini processuali sono ridotti della metà ed il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza con deposito in cancelleria. Nel caso di concessione del provvedimento cautelare, l'udienza di discussione del merito della causa deve essere celebrata entro sessanta giorni. Con la sentenza che definisce il giudizio amministrativo il giudice pronuncia specificamente sulle spese del processo cautelare. Le parti interessate hanno facoltà di proporre appello contro la sentenza pronunciata dal tribunale amministrativo regionale del Lazio subito dopo la pubblicazione del dispositivo, con riserva dei motivi, che dovranno essere proposti entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza. Anche in caso di appello immediato si applica l'art. 33 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034".

La possibilità della decisione immediata impediva, in questi casi, che eventuali pronunce cautelari determinassero la stasi a tempo indeterminato dei provvedimenti adottati dall'Autorità, senza rispondere ad effettive e concrete esigenze di tutela delle parti private. Rispetto all'urgenza di "sbloccare i cantieri" e rilanciare l'occupazione, che aveva condizionato l'adozione del sistema dell'art. 19, relativamente ai provvedimenti dell'Autorità la scelta del legislatore aveva lo scopo di porre una normativa tendente a regolare in maniera stabile la materia radiotelevisiva e non a sopperire ad esigenze contingenti.

26. La portata innovativa dell'art. 19: la conversione disposta d'ufficio e la sentenza resa nella stessa camera di consiglio con motivazione in forma abbreviata

Il confronto del nuovo rito con l'art. 31-*bis* dà la misura dell'innovazione introdotta³⁶. Se, infatti, identica era la *ratio* e analoghi in parte gli strumenti, evidenti erano anche le differenze in senso di ulteriore accelerazione dei procedimenti.

Anzitutto, nell'art. 31-*bis*, l'anticipazione del giudizio nel merito presupponeva un'apposita richiesta delle parti, la quale vincolava il giudice a fissare l'udienza di discussione. Sulla base dell'art. 19, invece, la decisione sul merito poteva essere assunta anche d'ufficio dal giudice e, comunque, anche una eventuale richiesta delle parti non vincolava il giudice ad una decisione immediata.

In secondo luogo, nell'art. 31-*bis*, la definizione del giudizio, benché anticipata, non era immediata, dovendo avvenire entro novanta giorni dal deposito dell'istanza o entro sessanta giorni, se l'istanza veniva formulata nell'udienza fissata per la discussione del provvedimento d'urgenza. L'art. 19 prevedeva, invece, la possibilità per il giudice di definire "immediatamente" il giudizio nel merito e, cioè, nella stessa camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda di sospensione, con la novità ulteriore della motivazione in forma abbreviata.

Infine, secondo l'interpretazione della norma fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 249 del 1996³⁷, l'art. 31-*bis* andava letto nel senso che l'istanza di decisione della causa nel merito non privasse il giudice del potere-dovere di pronunciarsi sulla domanda di sospensione cautelare, mentre l'art. 19 prevedeva, appunto, la possibilità che il giudice sostituisse la misura cautelare con una sentenza definitiva nel merito³⁸.

L'idea di fondo che risultava espressa dalle nuove norme era quella di rimettere esclusivamente al giudice la scelta delle cadenze temporali del processo, svincolando la

³⁶ Per questo raffronto, v. M. LIPARI, *Il rito in materia di opere pubbliche*, cit., 210; D'EVOLI, *Il tempo*, cit., 239.

³⁷ V. § 29.

³⁸ In proposito, M. LIPARI, *op. ult. cit.*, faceva notare che, mentre l'art. 31-*bis* aveva realizzato la concentrazione del merito e della sospensiva mediante il "differimento" dell'esame dell'istanza cautelare, l'art. 19, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale che imponeva in ogni caso l'immediata decisione sulla domanda d'urgenza, realizzava la compenetrazione di merito e sospensiva attraverso l'anticipazione dell'esame del merito, effettuato in sede cautelare.

definizione del merito dalla domanda di parte. In ciò consisteva la portata innovativa dell'art. 19: sottrarre alla sfera di disponibilità delle parti la traslazione della parentesi cautelare alla verifica del merito, allo scopo di scongiurare un abuso dello strumento dell'istanza di sospensiva³⁹.

27. Presupposti di applicazione dell'art. 19. La conversione del rito svincolata dall'iniziativa delle parti e rimessa all'apprezzamento del giudice. Gli orientamenti giurisprudenziali circa il ruolo delle parti

Il carattere “sperimentale” delle norme processuali contenute nell'art. 19 risultava anche dalla limitatezza delle norme scritte.

Il comma 2, nel disciplinare il giudizio abbreviato, disponeva che “ il tribunale amministrativo regionale, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, può definire immediatamente il giudizio nel merito, con motivazione in forma abbreviata. Le medesime disposizioni si applicano davanti al Consiglio di Stato in caso di domanda di sospensione della sentenza applicata”.

Per fare un parallelo con le disposizioni dell'art. 24 sul rito societario, si può notare come entrambe le norme siano caratterizzate dal fatto che il procedimento viene delineato nei tratti essenziali, essendo rimessa alle scelte del giudice la concreta operatività del giudizio immediato: minore è la predeterminazione legislativa e maggiore è lo spazio rimesso ai poteri ed alle scelte discrezionali del giudice.

Uno dei punti maggiormente dibattuti in dottrina al momento dell'entrata in vigore della riforma e variamente affrontati dalla giurisprudenza, era senz'altro il ruolo delle parti al fine della definizione immediata del giudizio.

Come detto, la portata innovativa dell'art. 19 consisteva proprio nell'aver svincolato la definizione del merito dalla domanda di parte.

Alla base della scelta legislativa c'era anche la considerazione che la parte che più teme la risoluzione della controversia potrebbe avere tutto l'interesse ad ostacolare la definizione di un rapido giudizio direttamente nel merito, confidando nel successo cautelare ed opponendosi all'adozione del rito abbreviato, mentre il giudice avrebbe potuto compiere una valutazione di più ampio raggio, avvalendosi delle osservazioni

³⁹ V. CARINGELLA-DELLA VALLE, *I processi amministrativi*, cit., 40 ss.

delle parti e basandosi sul proprio prudente apprezzamento in ordine alla attitudine del ricorso alla immediata trattazione nel merito⁴⁰.

L'iniziativa della parte all'interno del procedimento non era contemplata né come presupposto per la conversione né come vincolante per il giudice. Infatti, non solo non era necessaria, potendo il giudice decidere nel merito senza che fosse stata presentata istanza, ma anche dinanzi ad una richiesta congiunta delle parti il giudice manteneva la sua discrezionalità nel disporre la decisione immediata di merito.

La conversione del rito si configurava, quindi, come una semplice facoltà per il giudice, come si evinceva anche dal verbo "può".

L'opzione legislativa di concentrare solo nel giudice la scelta in ordine alla definizione del ricorso suscitava alcune perplessità in dottrina⁴¹ con riferimento a diverse ipotesi formulabili. Ad esempio, anche in presenza dell'accordo di tutte le parti, il giudice avrebbe potuto rifiutare legittimamente di accedere alla richiesta, ovvero, in senso diametralmente opposto, si sarebbe potuto realizzare il consenso delle parti nel senso di escludere la definizione immediata del ricorso. Si riteneva in proposito che comunque l'esigenza di tutela delle parti del processo dovesse prevalere su ogni finalità acceleratoria, anche in ossequio del generale principio dispositivo, operante nel processo amministrativo.

Fin dalle prime decisioni, i giudici davano proprio conto di questo orientamento, disponendo la definizione immediata del giudizio in modo conforme alle richieste delle parti⁴².

Anche il Consiglio di Stato, nella prima sentenza con cui definiva la controversia attraverso la nuova procedura delineata dall'art. 19⁴³, riteneva che la definizione immediata del giudizio fosse "consentita in tutti i casi in cui la causa appare matura per la decisione, in conformità delle richieste congiuntamente formulate da tutte le parti costituite in giudizio" e, quindi, con esclusione del soggetto intimato che avesse omissso di svolgere attività difensiva.

⁴⁰ V. CARINGELLA-DELLA VALLE, *ibidem*, 41.

⁴¹ V. M. LIPARI, *Il processo*, cit., 218.

⁴² V. TAR Campania, sez. I, 9 giugno 1997, n. 3423 in *Urb. app.*, 1997, 895, con nota di M. LIPARI, *Il giudizio immediato in materia di opere pubbliche: la prime decisioni dei TAR e del Consiglio di Stato*, secondo il quale "la definizione immediata del giudizio di merito è consentita in tutti i casi in cui la causa appare matura per la decisione, in conformità alle richieste congiuntamente formulate dal ricorrente e da tutte le altre parti evocate in giudizio"; TAR Palermo, sez. II, 17 giugno 1997, in www.lexitalia.it, con nota di VIRGA, ove si dava atto che la sentenza con forma abbreviata era stata emessa "avendone fatta espressa richiesta entrambe le parti".

⁴³ V. Cons. Stato, sez V, 4 luglio 1997, n. 771, in *Urb. app.*, 1997, 899, e i *Foro it.*, 1998, III, 50, con nota di OCCHIENA.

Questa soluzione ribadiva, in conformità al dettato dell'art. 19, per un verso, che ai fini della scelta del rito da seguire, l'opzione conclusiva spettava al giudice, indipendentemente dalla richiesta delle parti; per altro verso, che fosse sufficiente valutare le richieste delle parti che avessero assunto un atteggiamento attivo nella dinamica del processo⁴⁴.

Sempre secondo la dottrina⁴⁵, la parte intimata, sin dalla notifica della domanda di sospensione era posta in grado di valutare i "rischi" derivanti dalla mancata costituzione in giudizio in tempo utile per partecipare alla camera di consiglio, i quali non si limitavano alla sola perdita della facoltà di intervenire nell'incidente cautelare, ma investivano la stessa possibilità di influire sulla decisione di merito⁴⁶.

Sulla scorta di tale considerazione, si formava un orientamento che prescindeva completamente dalla consultazione delle parte⁴⁷.

Si riteneva che la decisione in forma abbreviata potesse essere assunta "indipendentemente da una specifica concorde domanda delle parti ed anche senza alcun obbligo di preventiva informazione delle stesse" e che l'esercizio di tale potere dovesse essere comunque messo in preventivo dalle parti, le quali non potevano più limitarsi alla trattazione dei presupposti per la concessione del provvedimento cautelare, avendo l'onere anche di trattare il merito proprio perché il giudice, saltando la fase provvisoria cautelare, poteva, di propria iniziativa, decidere il merito⁴⁸. La mancata costituzione in giudizio delle parti resistenti comportava l'inosservanza di un onere, ma non configurava alcuna violazione del principio del contraddittorio⁴⁹.

⁴⁴ Secondo M. LIPARI, *Il giudizio immediato*, cit., 899, non aveva senso attendere la scadenza dei termini dilatori previsti in generale per la trattazione ordinaria dei ricorsi in udienza pubblica e ciò sarebbe stato anche in contrasto con quella esigenza di accelerazione che ispirava la ratio dell'intera riforma.

⁴⁵ V. sempre M. LIPARI, *ibidem*, ma anche VIRGA, *Primi orientamenti sul giudizio abbreviato ex art. 19 del d.l. n. 67/1997*, in www.lexitalia.it, che contestava la prassi giurisprudenziale tesa a valorizzare la richiesta delle parti, non trovando, questa, fondamento né nel testo della disposizione né in altre disposizioni che regolano il processo amministrativo. In questo senso, v. C.G.A., 8 agosto 1998, n. 461, in *Cons. Stato*, 1998, 1229, secondo cui non vi è obbligo di preventiva informazione alle parti, le quali hanno pertanto l'onere di trattare il merito della controversia.

⁴⁶ Ciò è analogo a quanto viene evidenziato dalla dottrina per il giudizio abbreviato societario laddove, contro l'opinione di coloro che ravvisano nella nuova disciplina una violazione del diritto di difesa delle parti, si replica che lo sviluppo "atipico" che può generarsi dalla proposizione della domanda cautelare in corso di causa e la possibile "perdita" del potere di gestire il processo è un rischio conoscibile e, quindi, evitabile, per la parte, semplicemente non proponendo l'istanza cautelare quando si ha la consapevolezza che la causa è ad uno stadio talmente avanzato da essere matura per la decisione. Si sostiene, anzi, che il rischio di cadere nella scelta processuale del giudizio abbreviato funge da deterrente verso istanze cautelari non veramente necessitate. Per queste considerazioni, v. TISCINI, *I nova del procedimento cautelare*, cit., 2214.

⁴⁷ V. TAR Puglia, 24 giugno 1997, n. 483, in *Urb. app.*, 1997, 895, con nota di M. LIPARI, cit., in cui la decisione appare legata ad una ponderazione discrezionale del giudice, non altrimenti motivata; TAR Calabria, 30 luglio 1997, n. 620, in *Foro it.*, 1998, III, 50; TAR Toscana, II sez, 18 gennaio 2000, n. 15.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 1999, n. 1018, in *Rass. Cons. Stato*, 1999, I, 1208. In senso conforme, Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 1998, n. 1473, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1581.

⁴⁹ V. C.G.A., sez. giurisdizionale, 8 agosto 1998, n. 468, in *Urb. app.*, 1999, 96 ss..

In dottrina, però, si auspicava che al di là del dato squisitamente giuridico-formale, si valorizzasse, piuttosto, il momento collaborativo tra il giudice e le parti, essendo fondamentale la capacità di operare sinergicamente per il pieno sviluppo delle potenzialità insite nella riforma⁵⁰. Si riteneva, perciò, opportuno, che pur tenendo conto della sinteticità della motivazione abbreviata, il dato della posizione assunta dalle parti fosse adeguatamente menzionato e che, in ogni caso, il passaggio dalla fase cautelare al merito costituisse il frutto di una determinazione, che, al di là dei suoi aspetti formali, non giungesse inaspettata per le parti, ma costituisse il frutto di una opzione manifestata nel contraddittorio con gli interessati (quantomeno con quelli attivamente presenti nel processo)⁵¹.

28. Il requisito dell'“immediatezza” della decisione di merito, la mancata concessione della sospensiva e la tutela del diritto di difesa: le ordinanze di rinvio dell'art. 19 (commi 2 e 3) alla Corte Costituzionale

La *ratio* acceleratoria della riforma aveva spinto il legislatore a prevedere che il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, potesse definire “immediatamente” il giudizio di merito.

L'immediatezza della decisione comportava che la sospensiva fosse completamente e definitivamente sostituita dalla pronuncia di merito, sempre che, però, la sentenza fosse pubblicata nel termine previsto per il deposito dell'ordinanza cautelare. Infatti, solo considerando l'immediatezza riferita tanto alla decisione quanto alla sua esternazione si poteva ritenere il giudice legittimato a soprassedere sulla pronuncia cautelare⁵².

Questo profilo del nuovo processo in materia di opere pubbliche costituì una delle questioni su cui la Corte costituzionale ebbe a pronunciarsi circa l'art. 19 del d.l. n. 67/1997.

Il Tar Trentino Alto Adige, in due ordinanze analoghe⁵³, sollevò due ordini di questioni di legittimità costituzionale.

⁵⁰ Così CARINGELLA-DELLA VALLE, *cit.*, 47.

⁵¹ Tale era l'opinione di M. LIPARI, *Il giudizio immediato, cit.*, 899.

⁵² V. M. LIPARI, *La mini-riforma, cit.*, 743.

⁵³ V. TAR Trentino Alto Adige, (ord.), 8 gennaio 1998, n. 187 e TAR Trentino Alto Adige, (ord.), 8 gennaio 1998, n. 188, in *Urb.e app.*, 1998, 945, con il commento di TRAVI, *Dubbi sulla legittimità del giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche*, e, sinteticamente, in *Osservatorio costituzionale, Urb. e app.*, 1998, 626.

Il primo ordine di questioni concerneva, appunto, la possibilità della definizione del giudizio, con pronuncia della decisione già in occasione dell'istanza di sospensione del provvedimento impugnato, mentre il secondo ordine di questioni riguardava la riduzione a metà dei termini processuali.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il Tar, con riferimento al comma 2 dell'art. 19, riteneva che la facoltà del giudice di passare direttamente alla decisione di merito, saltando la fase cautelare, senza una specifica e concorde richiesta delle parti in tal senso e, quindi, al di fuori ed indipendentemente da una previa e specifica fissazione della udienza di discussione nel merito del ricorso, apparisse lesiva del diritto di difesa, garantito dagli artt. 3, 24, e 113 Cost., e si risolvesse in una illegittima limitazione della facoltà di richiedere ed ottenere un provvedimento cautelare.

I giudici richiamavano la citata giurisprudenza della Corte costituzionale con cui essa ha rimarcato più volte il carattere essenziale del giudizio cautelare e l'intima compenetrazione con il processo di merito, e ha dichiarato illegittima l'esclusione o la limitazione del potere cautelare riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato.

Inoltre, ad avviso del Collegio, il ricorrente che avesse richiesto un provvedimento cautelare, avrebbe potuto vedere convertita ad elusiva opera del giudice e, quindi, in aperto contrasto con il generale principio dell'impulso di parte proprio del processo amministrativo, la sua istanza cautelare in una richiesta di decisione immediata nel merito del ricorso, peraltro con procedura sommaria. I giudici rimettenti ritenevano, questa, un'illegittima soppressione dell'essenziale giudizio cautelare o, quanto meno, una sua grave compromissione, realizzata dal legislatore attribuendo al giudice la facoltà di scelta senza individuare modalità e presupposti in presenza dei quali egli possa legittimamente esercitarla.

Quindi, nel sistema delineato dal comma 2 dell'art. 19, al ricorrente, che intendesse avere un procedimento ordinario non restava altra alternativa che rinunciare alla proposizione della domanda cautelare, al fine di impedire al giudice di convertirla in richiesta di merito: ciò, però, poneva il ricorrente in una posizione peggiore rispetto a quella dell'amministrazione e del controinteressato, con palese violazione dell'art. 3 in relazione all'art. 24.

Si affermava che una rinuncia (obbligata) alla fase cautelare non era mai stata prevista in precedenza e si citava la sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 1996.

Quanto al secondo ordine di questioni, il Tar Trentino censurava anche il dimezzamento dei termini processuali, ivi compreso il termine per la notifica del ricorso giurisdizionale all'Amministrazione ed ai controinteressati, dal momento che la riduzione del termine decadenziale per instaurare il processo veniva così drasticamente ridotto da far dubitare della compatibilità di tale previsione con il principio del diritto di difesa cristallizzato negli artt. 24, 103, comma 1, 113 e 125, comma 2 della Costituzione.

29. La sentenza della Corte costituzionale n. 427 del 10 novembre 1999 quale “paradigma” costituzionale del giudizio abbreviato

La Corte costituzionale fu così chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 19 e lo fece con una sentenza, la n. 427 del 10 novembre 1999⁵⁴, che si può dire contenga una sorta di “paradigma” costituzionale⁵⁵ del giudizio abbreviato, nel senso che con essa la Corte ha posto le condizioni che, non solo quel giudizio abbreviato, ma, più in generale, ogni modello di giudizio abbreviato deve rispettare affinché risulti compatibile con l'ordinamento costituzionale in tema di tutela giurisdizionale dei diritti.

La Consulta esordiva qualificando il contenuto dell'art. 19 come la “tipizzazione di un nuovo modello di sentenza in forma abbreviata”⁵⁶ cui il giudice, in quelle determinate materie, aveva la facoltà di ricorrere in tutti i casi in cui il processo fosse maturo per la decisione.

Il primo punto importante della pronuncia era che la sentenza, con cui il giudice definiva immediatamente il procedimento decidendo il ricorso, aveva tutte le caratteristiche, per il tipo di cognizione piena e gli effetti, della ordinaria sentenza che chiude il processo, escluso ogni carattere di “procedura sommaria”.

L'alternatività della pronuncia della sospensiva nella fase cautelare, con assorbimento nella sollecita e tempestiva pubblicazione del dispositivo della sentenza nel termine di sette giorni, si giustificava proprio in quanto la misura cautelare veniva resa

⁵⁴ La sentenza è pubblicata con nota di PICOZZA-FERRONI, *Il giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2000, 166 ss.; con nota di D'EVOLI, *Il tempo e il processo amministrativo: il caso del rito speciale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 244 ss.; con nota di FENUCCI, *Riti abbreviati, termini dimezzati e diritto di difesa nel processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2000, 1039 ss.; con osservazione di IANNOTTA, in *Foro amm.*, 2000, 746 ss.

⁵⁵ L'espressione è di ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 320.

⁵⁶ I giudici parlavano di forma “abbreviata” della sentenza sia per la motivazione sia per i termini di deposito e pubblicazione del dispositivo (sette giorni) sia perché emessa in camera di consiglio della domanda di trattazione del provvedimento impugnato o della sentenza appellata, nonché per alcuni espedienti processuali di dimidiazione dei termini processuali, di condanna alle spese del processo cautelare, di appello immediato dopo la pubblicazione del dispositivo della sentenza.

superflua da una sentenza che garantiva la tutela piena e definitiva, in tempi sostanzialmente equivalenti ad un intervento cautelare del giudice.

Peraltro, il giudice, al fine di valutare la sussistenza delle condizioni ordinarie per l'emissione della sentenza doveva seguire i normali canoni di condotta e di cognizione del processo, quali l'integrità del contraddittorio, la completezza delle prove e gli adempimenti previsti a tutela del diritto di difesa.

Quindi, secondo i giudici di legittimità, la suddetta alternatività della sentenza rispetto alla sospensiva richiesta poteva verificarsi in quanto essa venisse assorbita da una tutela ancora più piena dal punto di vista temporale e degli effetti, ma solo a condizione che sussistessero tutti i presupposti della ordinaria decisione di merito, quali, appunto, il contraddittorio, la sufficienza delle prove acquisite e la tutela del diritto di difesa, essendo, in tutti gli altri casi, il giudice tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, in base agli ordinari poteri cautelari.

Solo in presenza del rispetto di queste condizioni non si configurava una limitazione o una soppressione del diritto delle parti di chiedere ed ottenere un provvedimento cautelare, dal momento che esse ricevevano una immediata pronuncia che definiva la lite, rendendo superflua una specifica tutela cautelare.

La decisione immediata, secondo la Corte, non andava subordinata ad una specifica e concorde richiesta delle parti poiché era la stessa norma di legge a prevedere preventivamente che, per determinate materie, la fissazione della camera di consiglio per l'esame della sospensiva comportasse, di diritto, la possibilità, per il giudice, di chiudere il giudizio, definendolo immediatamente con sentenza.

Né, d'altro canto, sempre ad avviso della Corte, si poteva parlare di concentrazione del potere di impulso processuale nel giudice, sottratto alle parti, in quanto il ricorrente, secondo le norme che regolano il processo amministrativo, non poteva avanzare una richiesta di sola decisione cautelare, dovendo, la domanda di sospensione, avere carattere necessariamente incidentale e, pertanto, essere presentata successivamente o contestualmente alla domanda di merito.

Un secondo punto importante della sentenza riguardava la riduzione alla metà di tutti i termini processuali, compreso quello per proporre ricorso, che così diveniva di trenta giorni. La Corte riteneva che tale termine non implicasse modalità di esercizio dell'azione così gravose da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio della difesa.

A sostegno di tale considerazione venivano indicati numerosi esempi di leggi che, in particolari materie e allo scopo di consentire una rapida definizione del giudizio, stabilivano un termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo o prevedevano la riduzione alla metà di tutti i termini processuali.

Inoltre, i giudici affermavano che la specialità della materia può influire sulle modalità di esercizio del diritto di difesa all'interno di un procedimento: nel sistema delineato dall'art. 19 le disposizioni procedurali speciali avevano, infatti, lo scopo di consentire un autonomo e più snello percorso per la definizione delle relative liti.

Secondo la Corte, la congruità di un termine processuale andava valutata non solo con riferimento a chi ha l'onere di osservarlo, ma tenendo presente lo scopo per il quale il termine viene assegnato, sicché il termine introduttivo, sebbene ridotto a trenta giorni, poteva dirsi congruo perché, da un lato, non era tale da ridurre i tempi di preparazione delle difese del ricorrente al punto da pregiudicarne l'efficacia e la completezza, e, dall'altro, esso era funzionale alla rapida definizione del giudizio di merito nel delicato settore delle opere pubbliche.

29.1 Sull' "immediatezza" della decisione: il giudice come "garante dell'equilibrio" fra norme che consentono la definizione accelerata della controversia e norme a garanzia del diritto di difesa

Oltre che sul ricorrente, secondo la Consulta, lo speciale sistema di definizione del giudizio dell'art. 19, poteva incidere in maniera ancor più significativa sulla posizione delle parti processuali diverse dal ricorrente.

La regola della dimezzazione di tutti i termini del procedimento, combinandosi con quella che consentiva al giudice la definizione immediata del giudizio rendeva possibile che la decisione venisse assunta immediatamente nella camera di consiglio fissata per la decisione cautelare, quando ancora non fossero trascorsi i termini a difesa, pur dimezzati, concessi all'Amministrazione resistente e ad eventuali controinteressati, e, cioè, prima della scadenza dei termini per la costituzione in giudizio, per la proposizione del ricorso incidentale, del regolamento di competenza, degli eventuali motivi aggiunti.

Relativamente a tale evenienza la Corte formulava un giudizio circa la compatibilità della disciplina in esame con il diritto di difesa costituzionalmente garantito e, più in generale, sui limiti di attuazione di un sistema processuale basato sull'anticipata decisione del merito della controversia.

In questo punto della decisione i giudici costituzionali formulavano considerazioni che possono avere conseguenze anche in tema di giudizio abbreviato societario.

Essi sostenevano, infatti, che il legislatore, nel disciplinare un sistema basato sull'anticipazione della decisione di merito, doveva necessariamente assicurare il rispetto di alcuni valori processuali che venivano individuati nell'integrità del contraddittorio e nella completezza e sufficienza del quadro probatorio.

Da tale affermazione derivava la conseguenza che il giudice non poteva procedere alla decisione immediata direttamente nella camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare se non fossero state chiamate in giudizio tutte le parti interessate ovvero queste non si fossero costituite in pendenza del relativo termine o avessero esercitato poteri difensivi, quali la proposizione di motivi aggiunti, o, infine, nel caso in la causa non fosse matura per la decisione, essendo necessarie ulteriori acquisizioni istruttorie.

Tuttavia, la Corte tendeva ad armonizzare queste esigenze con la disciplina dell'art. 19, essendo estranea alla *ratio legis* una soluzione che finisse col negare ogni possibilità di immediata definizione della causa prima della compiuta decorrenza di tutti i termini a difesa.

Occorreva cercare un equilibrio fra norme che impongono speciali oneri alle parti, norme che consentono una definizione accelerata della controversia e norme a garanzia dei diritti di difesa, dell'integrità del contraddittorio e della completezza dell'istruttoria ed il "garante" di questo equilibrio era ravvisato nel giudice. Questi, infatti, era chiamato a compiere una valutazione da cui dipendeva la scelta di definire, o meno, immediatamente la controversia, seguendo a tal fine le ordinarie regole processuali che consentono di non accogliere una istanza di differimento dell'udienza o una richiesta di termine per il compimento di un'attività di difesa, quando risulti esclusa la rilevanza dell'attività richiesta in relazione alla decisione da adottare e all'interesse della parte che abbia avanzato la richiesta.

Quanto all'"immediatezza" della decisione, la Corte affermava, pertanto, che questa non era un vincolo inderogabile né per il giudice né per le parti.

Quanto al giudice, infatti, egli era tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione e a differire la camera di consiglio, qualora ritenesse che il contraddittorio andasse esteso ad altre parti o che dovessero disporsi ulteriori mezzi istruttori, necessari ai fini della decisione.

Dal canto loro, le parti costituite, che volessero avvalersi di strumenti difensivi rientranti nel loro potere dispositivo avevano l'onere di esternare nella stessa camera di consiglio il loro intento, proponendo un'apposita e motivata istanza di rinvio (anche semplicemente verbalizzata), manifestando la volontà di proporre ricorso incidentale, regolamento di competenza, di depositare ulteriori documenti o memorie, di proporre motivi aggiunti e, più in generale, di esercitare attività di difesa rilevante per la trattazione del merito della controversia.

Tale istanza della parte non comportava, peraltro, l'automatica e vincolante paralisi della facoltà di definizione immediata del giudizio, dal momento che il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri valutativi, poteva disattendere l'istanza di rinvio quando la specifica attività difensiva annunciata dalla parte risultasse irrilevante, ai fini della decisione da adottare, ovvero fosse processualmente inammissibile.

30. Alcune riflessioni sui principi contenuti nella sentenza della Corte n. 427 del 1999

La sentenza n. 427 del 1999 si pone ancora oggi come importante punto di riferimento per la valutazione della legittimità costituzionale di ogni rito che preveda l'accelerazione dei tempi processuali.

E', quindi, utile riassumere le coordinate essenziali espresse dai giudici costituzionali, unitamente ad alcune riflessioni.

30.1 Le condizioni che legittimano l'alternatività della decisione di merito rispetto alla pronuncia cautelare: l'equivalenza delle tutele presuppone che l'istante ricavi dal provvedimento finale utilità non minori di quelle per le quali ha agito, compresa la tempestività dell'intervento

In primo luogo, la Corte sembra negare che vi sia un diritto al provvedimento cautelare in sé⁵⁷, poiché la decisione di merito resa immediatamente si pone in termini di alternatività rispetto alla concessione del provvedimento cautelare. Le parti, anziché ottenere la sospensiva del provvedimento, ottengono la immediata e definitiva definizione della lite, e ciò rende "superflua" l'adozione della misura cautelare.

⁵⁷ V. FENUCCI, *Riti abbreviati, cit.*, 1039.

L'alternatività della sentenza di merito rispetto alla pronuncia cautelare presuppone che si discorra di entità utilmente e, soprattutto, indifferentemente, perseguibili per il ricorrente, nel senso che questi possa ottenere dalla via "alternativa", cioè la decisione di merito, utilità quantomeno non minori di quelle per le quali ha agito. Ora, la pronuncia immediata della sentenza assorbe il provvedimento cautelare rendendo alle parti una tutela ancora più piena, e ciò esclude che possa configurarsi una limitazione o soppressione del diritto delle parti di chiedere un provvedimento interinale. Tale assorbimento è reso possibile dal ricorrere di varie condizioni che garantiscono che la tutela ottenuta fornisca utilità maggiori di quella richiesta.

La prima condizione, è che la sentenza resa si caratterizza per essere frutto di cognizione piena. Perché si possa avere una decisione di merito direttamente in camera di consiglio, si deve trattare, per usare l'espressione della Corte, di "questioni definibili immediatamente". Tale carattere di una questione deriva sia dalla semplicità della controversia, e, cioè, dalla idoneità delle questioni ad essere risolte mediante un *iter* logico-giuridico agevole, sia dal punto di vista della completezza del materiale istruttorio. Se la questione è definibile immediatamente, su di essa la cognizione non potrà che essere piena.

La seconda condizione per la quale può verificarsi l'assorbimento della tutela cautelare nella tutela di merito è data dall'immediatezza della sentenza, e, cioè, dal fatto che questa viene resa in tempi sostanzialmente equivalenti a quelli di un intervento cautelare. L'interesse del ricorrente alla misura cautelare è dato proprio dalla necessità di fronteggiare in tempi rapidi un *periculum in mora*. Solo se la decisione di merito perviene al ricorrente in tempi analogamente rapidi si rende possibile un'alternatività fra la decisione di merito ed il provvedimento cautelare.

La terza condizione che rende possibile l'assorbimento è che la sentenza resa è immediatamente esecutiva, quindi, consente di incidere sull'assetto materiale degli interessi coinvolti, al pari di un provvedimento cautelare.

Quest'ultima considerazione si lega al carattere pieno della cognizione da cui ha esito la sentenza, che le consente di incidere non solo sull'aspetto materiale degli interessi coinvolti, ma anche su quello giuridico, mediante l'accertamento in essa contenuto e di cui il provvedimento cautelare è comunque sfornito.

Infine, l'assorbimento viene reso giuridicamente possibile e non lede in alcun modo il principio della domanda, in quanto la possibilità della conversione si lega alla proposizione di una domanda cautelare che deve necessariamente seguire o,

quantomeno, essere contestuale, a quella di merito. A sostegno di tale considerazione si giustifica anche la scelta del legislatore societario di prevedere la trasformazione del rito solo in caso di domanda cautelare proposta in corso di causa.

30.2 Il giudice deve essere garante del necessario rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa

Altro nucleo fondamentale della sentenza in esame è costituito dalla enunciazione dei principi la cui osservanza, una volta affermata la legittimità del procedimento come delineato dal legislatore nell'art. 19, veniva rimessa al giudice, quale garante dell'equilibrio fra tutela delle parti e garanzia del diritto di difesa, da un lato, ed esigenza di accelerazione del giudizio dall'altro, consegnando così il sistema della giustizia amministrativa ad una regola destinata a riempirsi di contenuto secondo le ponderazioni che nelle singole evenienze avrebbe fatto il giudice⁵⁸.

Venivano in considerazione il principio del contraddittorio e la tutela del diritto di difesa. Che il tribunale non potesse procedere alla immediata definizione del giudizio ove difettasse una situazione processuale di contraddittorio integro e, cioè, ove non fossero stati evocati in giudizio tutti i litisconsorti necessari, controinteressati all'accoglimento del ricorso, risultava pacifico. Il problema era quello di garantire che le parti potessero esplicitare il proprio diritto di difesa mediante la proposizione di un ricorso incidentale o la formulazione di motivi aggiunti, compatibilmente con i ristretti tempi previsti per lo svolgimento della decisione camerale, dato anche il dimezzamento di tutti i termini processuali.

La Corte riteneva che il criterio dell'“immediatezza” della decisione non fosse un imperativo inderogabile per il giudice, al quale veniva concretamente rimessa la valutazione circa la compatibilità fra l'esercizio del diritto di difesa e la possibilità di decidere la causa in forma abbreviata.

Non si rendeva necessario, a tal fine, attendere lo spirare dei vari termini a difesa, ma dinanzi alla proposizione di un ricorso incidentale o di motivi aggiunti, il giudice avrebbe dovuto provvedere al differimento della camera di consiglio, a meno che l'istanza di rinvio non risultasse irrilevante ovvero fosse processualmente inammissibile.

⁵⁸ Così D'EVOLI, *Il tempo, cit.*, 249.

Tale era stata l'interpretazione delle disposizioni dell'art. 19 già espressa dai giudici del Consiglio di Stato⁵⁹, che avevano ritenuto che il tribunale dovesse valutare secondo il proprio prudente apprezzamento la sussistenza, o meno, della possibilità e della convenienza della decisione immediata anche nel merito della lite, tenuto conto di ogni circostanza. Quindi, il tribunale, qualora ritenesse di occuparsi subito del merito, avrebbe dovuto rinviare l'udienza ad una data successiva alla scadenza del termine per la proposizione del ricorso incidentale, ove la parte fosse comparsa ed avesse formulato specifica istanza in tal senso. Nel caso, invece, di definizione del giudizio in una data anteriore a quella di scadenza dei termini per la proposizione del ricorso incidentale, senza che la parte intimata si fosse costituita in primo grado anteriormente alla decisione della lite nel merito, doveva ammettersi la possibilità che i motivi di ricorso incidentale che non fosse stato possibile far valere in primo grado, si convertissero in motivi d'appello avverso la sentenza⁶⁰.

Viceversa, qualora la parte ricorrente avesse manifestato l'intenzione di proporre motivi aggiunti, per i quali non fossero ancora scaduti i termini processuali, mediante il deposito di un atto contenente la univoca manifestazione di volontà di avvalersi della relativa facoltà processuale, i giudici non avrebbero potuto disporre la conversione del rito, con la conseguenza che la sentenza eventualmente resa in forma abbreviata comportava in appello l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata⁶¹.

31. La legge n. 205 del 2000: il rito immediato ex art. 21, comma 9, ed il rito abbreviato ex art. 23-bis, l. n. 1034 del 1971. Specialità del rito e riti speciali

La materia cautelare nell'ambito del processo amministrativo è stata oggetto di profonde innovazioni da parte della legge n. 205 del 2000, contenente "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa".

⁵⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 1998, n. 830, in *Foro it.*, 1999, III, 86, con nota di OCCHIENA.

⁶⁰ Secondo i giudici, in tale ipotesi la perdita di un grado di giurisdizione appariva bilanciata dal contemperamento delle esigenze di rapidità della decisione e di difesa della parte intimata, ciò anche in considerazione del fatto che rimaneva sempre in facoltà della parte di depositare prima della camera di consiglio fissata dal tribunale amministrativo un atto di costituzione, anche di mero stile, con cui si chiedeva termine per proporre sin dal primo grado il ricorso incidentale.

⁶¹ V. Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2000, n. 865, in *Urb. e app.*, 2000, 407 ss, con nota di CARINGELLA, il quale evidenzia che la Sezione non si preoccupa di verificare la fondatezza dei motivi aggiunti, diversamente da quanto prospettato da taluni sulla base di alcuni passaggi della sentenza della Consulta che sembravano alludere alla possibilità di un controllo anticipato circa la fondatezza di un rimedio

Tra le più importanti finalità sottese alle innovazioni legislative introdotte vi era sicuramente il rafforzamento ed il potenziamento della tutela cautelare, ottenuto da un lato, mediante nuove previsioni circa il contenuto delle misure adottabili e modifiche quanto alle regole sostanziali da osservare nell'esercizio del potere cautelare, dall'altro, mediante disposizioni dettate con riferimento ai profili più propriamente processuali del giudizio cautelare.

Sul primo fronte, si deve citare principalmente⁶² la consacrazione in via legislativa del principio di atipicità delle misure cautelari, ormai pacifico in giurisprudenza, nella nuova formulazione del comma 7 dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, istitutiva dei Tar⁶³, che ora ammette "l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso".

Sul fronte prettamente processuale del giudizio cautelare tra le disposizioni innovative⁶⁴ si segnala proprio la generalizzazione del meccanismo di conversione della fase cautelare in quella di merito, già sperimentato nel settore degli appalti di opere pubbliche, in virtù dell'art. 19, d.l. n. 67/1997, prevista oggi dall'art. 21, comma 9, legge Tar, come novellato dall'art. 3, l. n. 205 del 2000.

In realtà, tale previsione si inserisce in una serie di rilevanti istituti, innovativi del rito processuale amministrativo, introdotti dalla l. n. 205 del 2000, all'insegna, da un lato, della differenziazione dei riti a seconda dell'oggetto della vertenza, dall'altro, proprio in vista dell'accelerazione dei tempi processuali⁶⁵: tali procedimenti vengono accomunati sotto la comune denominazione di "riti speciali", ma in relazione ai quali la "specialità" assume connotazioni diverse⁶⁶.

⁶² Come innovazioni relative al contenuto della misura cautelare si possono sinteticamente citare, inoltre: la possibilità di adottare ordinanza di ingiunzione al pagamento di somme di denaro; la ridefinizione dei presupposti per l'adozione della misura cautelare con una particolare attenzione al *fumus boni iuris* e l'obbligo di motivare l'ordinanza "in ordine ai profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso"; la possibilità, contemplata in precedenza solo per particolari settori, di disporre la prestazione di una cauzione; la possibilità di una tutela cautelare monocratica destinata ad anticipare le determinazioni di competenza collegiale.

⁶³ Di seguito indicata anche come "legge Tar".

⁶⁴ Con riguardo ai profili in senso stretto processuali del giudizio cautelare si segnalano: l'appellabilità delle misure cautelari; l'esperibilità di apposito rimedio per ottenere l'esecuzione dell'ordinanza cautelare; la revoca e la modifica delle misure concesse ovvero la riproposizione della domanda rigettata; la facoltà della pronuncia sulle spese in caso di rigetto della domanda cautelare o di appello contro un'ordinanza cautelare.

⁶⁵ V. PATRONI GRIFFI, *Istituti di semplificazione nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; LUMETTI, *I mezzi per accelerare il processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

⁶⁶ Per una panoramica sulle novità introdotte con la l. n. 205 del 2000, v. FRANCO, *Processo amministrativo ordinario e riti particolari (dopo la legge n. 205 del 2000)*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 77 ss..

In alcuni casi, si può parlare di “specialità” con riferimento ad istituti di accelerazione e abbreviazione del rito ordinario che si pongono all’interno di qualsiasi processo, come alternativa al rito ordinario, in presenza di alcuni presupposti indicati dalla legge. Fra questi, rientra la possibilità di decidere il ricorso in sede di decisione sull’istanza cautelare, *ex art. 21, comma 9, l. Tar*, ma anche, più in generale, la possibilità di decisione in forma semplificata, disciplinata dall’art. 26, legge Tar, come integrato dall’art. 9 della l. n. 205 del 2000⁶⁷. In queste ipotesi, secondo la dottrina⁶⁸, è preferibile parlare di *semplificazione procedimentale di rito ordinario*, dal momento che è il rito ordinario (quanto ai termini, etc.) che si semplifica *in itinere*, a seguito della valutazione che del ricorso effettui il collegio, anche sulla scorta delle eventuali prospettazioni delle parti.

In altri casi, può parlarsi di “specialità” con riferimento alla previsione legislativa di un procedimento caratterizzato da regole del tutto autonome, tali da dar vita ad un rito speciale. Questo è il caso dell’art. 23-*bis*, inserito nella l. n. 1034/71 dall’art. 4 della l. n. 205 del 2000. Con riferimento a queste ipotesi, secondo la dottrina cui si è fatto riferimento⁶⁹, si può parlare di *procedimento semplificato*, poiché alla decisione in forma semplificata si accompagna una semplificazione del procedimento stesso.

Circoscrivendo l’esame delle innovazioni legislative al rito abbreviato, si deve sottolineare, pertanto, che l’intervento del legislatore del 2000, nell’ambito della finalità di accelerazione dei giudizi, ha proseguito nel disegno di generalizzata estensione della possibilità di definizione immediata a tutti i processi amministrativi, e che tale intervento è stato realizzato con due distinte previsioni, in cui si è trasfusa⁷⁰ la disciplina contenuta nell’art. 19 del d.l. 67/97.

In primo luogo, si pone la previsione, contenuta nell’art 21, comma 9, legge Tar, della possibilità della decisione di merito nell’udienza camerale fissata per la trattazione della domanda cautelare, in via generalizzata, cioè con riferimento a tutti i giudizi amministrativi.

In secondo luogo, va considerata la previsione dell’art. 23-*bis*, avente carattere “settoriale”, in quanto applicabile solo a determinate controversie, sia pure di rilevante impatto economico.

⁶⁷ Le due previsioni, inserite rispettivamente dagli artt. 3 e 6 della l. n. 205/2000 vanno lette congiuntamente e prevedono diverse ipotesi di giudizi semplificati: l’art. 3 riguarda solo la definizione del ricorso nel merito in occasione dell’esame dell’istanza cautelare e rinvia ai presupposti dell’art. 9. L’art. 9 prevede il giudizio in forma semplificata oltre che nella occasione cautelare, anche quando il ricorso viene esaminato ai fini istruttori dal presidente o dal giudice delegato.

⁶⁸ V. TUCCARI, *Le decisioni in forma semplificata*, in CARINGELLA-PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano 2001, 798.

⁶⁹ V. sempre TUCCARI, *ibidem*.

⁷⁰ L’espressione è di M. LIPARI, *Il rito in materia di opere pubbliche*, cit., 269.

In dottrina⁷¹ si sono distinte le due ipotesi denominando giudizio “immediato” il primo, in quanto consente, appunto, la definizione immediata della controversia, e giudizio “accelerato” o “accelerato” il secondo, circoscritto a determinati settori cd. sensibili, in cui il rito si caratterizza per una serie di accorgimenti volti alla accelerazione del giudizio.

32. Il rito “immediato” ex art. 21, comma 9, della l. n 1034 del 1971 come istituto di portata generale. I presupposti sostanziali e quelli processuali del passaggio dal giudizio cautelare al giudizio di merito

Il legislatore del 2000 è intervenuto a disciplinare il rito abbreviato recependo le istanze della giurisprudenza costituzionale, contenute nella sentenza n. 427 del 1999, e cioè prevedendo espressamente a quali criteri e a quali presupposti vada ancorata la possibilità della decisione immediata, in modo tale da garantire il rispetto di quei valori processuali indicati come parametro di legittimità costituzionale di ogni rito basato sull'abbreviazione dei termini.

La possibilità di definizione del giudizio nel merito in sede di decisione della domanda cautelare, viene ora disciplinata dall'art. 21, comma 9⁷², l. Tar, così come introdotto dall'art. 3 della l. n. 205 del 2000.

⁷¹ V. sempre M. LIPARI, *Il rito in materia di opere pubbliche, cit.*, 283. Sulla distinzione fra i diversi riti caratterizzati da una differente disciplina dei tempi processuali, BARTOLINI, *Il rito speciale per i “settori sensibili”*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani-Villata, 2^a ed., Torino 2004, 251 ss., formula una ulteriore classificazione e distingue: a) *giudizio abbreviato* (nel quale i termini processuali ordinari sono ridotti di una certa percentuale – della metà e anche oltre -); b) *giudizio accelerato* (dove, in sede di udienza cautelare il giudice, anziché adottare la misura interinale, provvede ad accelerare il rito di merito, tramite il rinvio ad un'udienza ravvicinata nel tempo del momento della decisione finale); c) *giudizio immediato* (in cui il collegio, in sede di rito cautelare, provvede a decidere definitivamente il merito, anziché disporre la misura cautelare richiesta). Per completezza si riporta la classificazione proposta da MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 952 ss. e 990 ss., il quale distingue rito accelerato (in cui i termini sono ridotti alla metà), rito abbreviato con decisione immediata e rito abbreviato con decisione differita.

⁷² E' necessario specificare che il legislatore è incorso in una svista nella numerazione dei quindici commi di cui attualmente consta l'art. 21, l. n. 1034/71, come modificato dagli artt. 1 e 3 della l. n. 205/2000. L'art. 1, l. n. 205, ha introdotto (in luogo dei precedenti cinque commi dell'art. 21, l. n. 1034) sei nuovi commi. Nello stesso tempo, ha conservato il comma 6 dell'art. 21, come originariamente formulato, che, di conseguenza, è divenuto il 7, del nuovo art. 21. Gli ulteriori otto commi aggiunti dall'art. 3 della l. n. 205 avrebbero dovuto essere numerati consequenzialmente, risultando come ottavo comma dell'art. 21, il primo di quelli aggiunti dall'art. 3. Invece, tale comma è stato numerato come settimo. Questo si deduce anche dal riferimento contenuto nel comma 9 (secondo la numerazione del legislatore), al “comma undicesimo”: il riferimento non può che essere, in realtà, al comma dodicesimo dell'art. 21 nella sua nuova formulazione (comma che contempla la prioritaria fissazione del merito in ipotesi di accoglimento della misura cautelare). Nonostante ciò, nella trattazione si farà riferimento alla numerazione, seppure inesatta, operata dal legislatore.

Esso stabilisce che: “In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell’art. 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l’integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo⁷³; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali”.

È evidente come il legislatore abbia sviluppato le premesse contenute nel previgente art. 19, d.l. n. 67/97, proseguendo nella generalizzata estensione del meccanismo di conversione della decisione cautelare in quella di merito, ma, soprattutto, alla luce e tenuto conto di quel “paradigma” di valori processuali di rango costituzionale, enucleati dalla Corte Costituzionale nella importante sentenza n. 427 del 1997.

Sono stati, quindi, espressamente disciplinati una serie di presupposti cui ancorare la facoltà di conversione concessa al giudice. Da un lato, sono state colmate le lacune del suddetto art. 19, del tutto svincolato dal ricorrere di condizioni legislativamente previste, quali ad esempio, la previa verifica dell’integrità del contraddittorio, omissione che aveva suscitato i dubbi in merito alla compatibilità costituzionale di quella previsione normativa. Dall’altro, sono state recepite le indicazioni dei giudici costituzionali, i quali avevano sancito che un sistema processuale basato sull’anticipata decisione del merito “non può prescindere dal necessario rispetto di alcuni valori processuali, tra cui, in primo luogo, l’integrità del contraddittorio e la completezza e sufficienza del quadro probatorio”.

Entrambe queste condizioni vengono richieste dall’art. 21, comma 9, il quale impone al giudice che sia “accertata la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria”, unitamente, altresì, alla sussistenza di altri presupposti.

La lettera dell’art. 21, comma 9, deve essere integrata con quanto disposto principalmente dai commi 4-6 dell’art. 26, l. Tar, anch’essi introdotti dalla l. n. 205 (art. 9), i quali prevedono l’adozione della c.d. decisione in forma semplificata⁷⁴, delineandone i presupposti ed i passaggi procedurali. Si tratta di uno degli istituti innovativi introdotti dalla l. 205/2000, con lo scopo, anche in questo caso, di favorire la

⁷³ V. nt. precedente.

⁷⁴ V. MONTEFUSCO, *Le decisioni in forma semplificata*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, cit., 345 ss.; BARBAGALLO, *La decisione in forma semplificata*, in *Nuove autonomie*, 2004, 737 ss.; PASANISI, *La realizzazione del risultato nel giudizio amministrativo: la sentenza breve in sede cautelare*, in www.giustizia-amministrativa.it.

celere definizione dei giudizi in via generale e senza compressione del diritto di difesa delle parti⁷⁵.

Nelle ipotesi in cui il giudice, tribunale amministrativo regionale o Consiglio di Stato, ravvisi “la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso”, può decidere la controversia “con sentenza succintamente motivata”. L’art. 26, comma 4, specifica ulteriormente che “la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme”. Quanto agli aspetti procedurali, il comma 5 dell’art. 26, specifica che la decisione in forma semplificata “è assunta, nel rispetto della completezza del contraddittorio, nella camera di consiglio fissata per l’esame dell’istanza cautelare ovvero fissata d’ufficio a seguito dell’esame istruttorio”⁷⁶.

Dall’integrazione delle due norme, compiuta secondo un criterio indicato anche dallo stesso Consiglio di Stato⁷⁷, deriva che la disciplina del passaggio dal giudizio cautelare a quello di merito è definita, in via generale ed in modo compiuto, dall’art. 21, comma 9, l. n. 1034 del 1971, che ne indica i presupposti processuali, mentre l’art. 26 ne stabilisce i presupposti sostanziali.

Come presupposti processuali e sostanziali della conversione possono, pertanto, considerarsi⁷⁸:

1) la fissazione della camera di consiglio⁷⁹ per la decisione della domanda cautelare;

⁷⁵ È bene chiarire che le decisioni in forma semplificata, previste dall’art. 26, non sono perfettamente sovrapponibili alle “sentenze brevi” o succintamente motivate adottate sul modello dell’art. 19, d.l. n. 67/97, dal momento che le decisioni in forma semplificata sono un modo di definizione del giudizio che investe trasversalmente sia il procedimento ordinario sia i procedimenti speciali in cui ricorrano i presupposti. A conferma di ciò, si deve considerare il richiamo all’art. 26, quarto comma, contenuto nell’art. 23-bis quanto ai processi speciali in determinate materie, fra cui tutte le controversie relative a “provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti” ed a “procedure di aggiudicazione ed affidamento...di opere pubbliche”. Circa gli ambiti di coincidenza ed i profili di differenziazione fra le decisioni in forma semplificata e le sentenze con motivazione abbreviata, v. MONTEFUSCO, *op. ult. cit.*, 347 ss..

⁷⁶ L’esame istruttorio è previsto dall’art. 44, comma 2, del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato di cui al r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, secondo il testo novellato dall’art. 1, comma 2, della l. n. 205/2000.

⁷⁷ V. Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2003, n. 1131, in *Urb. e app.*, 2003, 807 ss.; Cons. Stato, 28 gennaio 2002, n. 453, in *Cons. Stato*, 2002, I, 115 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2001, n. 3463, in *Giur. It.*, 2001, 2174 ss..

⁷⁸ Circa i presupposti sostanziali e processuali, v. tra gli altri, DE MARZO-MISSERINI, *La tutela cautelare e sommaria dinanzi ai giudici amministrativi*, Padova 2004, 108 ss.; BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1288 ss., il quale riporta numerose indicazioni giurisprudenziali.

⁷⁹ Sulla nozione di “camera di consiglio”, v. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 234 ss.. La Camera di consiglio è il luogo fisico nel quale il Collegio definisce la causa, nel quale non sono ammesse né le parti né il pubblico, viceversa presente nell’aula d’udienza. La Camera di consiglio è, altresì, la denominazione sintetica con la quale si fa riferimento ad una modalità particolare di definizione della

2) la completezza del contraddittorio;
3) la completezza dell'istruttoria;
4) l'audizione delle parti costituite;
5) la ricorrenza dei *presupposti*, da intendersi come presupposti sostanziali, da ravvisare, appunto, nell'art. 26.

La lettura parallela delle norme sul giudizio abbreviato societario, proposta nei paragrafi successivi di seguito a ciascuno dei presupposti del giudizio abbreviato amministrativo, evidenzia come la scarna disciplina posta dall'art. 24, d. lgs. n. 5, rimetta all'interprete, anche sulla base delle indicazioni della Corte Costituzionale, la ricostruzione caso per caso della disciplina da applicare.

33. La fissazione della camera di consiglio per la decisione della domanda cautelare. La conversione del rito è possibile anche nelle eventuali successive camere di consiglio fissate per la trattazione degli incidenti di esecuzione

In relazione al presupposto della fissazione della camera di consiglio per la decisione cautelare, si ritiene che affinché il giudice della cautela possa definire la lite nel merito non sia necessaria la presentazione dell'istanza di fissazione di udienza⁸⁰.

In tal senso depongono sia il dato letterale, dal quale tale condizione letterale non risulta, sia altre considerazioni: la decisione di merito avviene in sede di trattazione della domanda cautelare; per l'esame dell'istanza cautelare non è necessaria la previa presentazione della domanda di fissazione di udienza; la decisione di merito potrebbe avvenire anche contro la volontà delle parti⁸¹.

controversia, che ha luogo allorché non viene fissata l'udienza di discussione, ma per esigenze di snellezza e brevità, la controversia viene portata direttamente di fronte al Collegio per la decisione.

⁸⁰ Nel processo amministrativo vige la necessità dell'impulso di parte. Affinché il ricorso venga discusso la legge (art. 23, l. Tar) prevede la presentazione al Presidente della domanda di fissazione di udienza. La mancanza di tale adempimento entro due anni dal deposito del ricorso, determina l'estinzione del processo per perenzione.

⁸¹ Cfr. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, cit., 115, nt. 168. Concorda su tale punto la maggioranza della dottrina: v. DE PAOLIS, *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di De Paolis, 3ª ed., 2006, 150; MASSARO, *sub art. 3, l. n. 205 del 2000*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, n. 3-4, 594; SANINO, *Il processo cautelare*, in *Verso il nuovo processo amministrativo – Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, 275. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. IV, 22 aprile 2005, n. 1852, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 1093 ss..

È interessante notare che il Consiglio di Stato, relativamente ad una controversia di grande importanza⁸², ebbe a pronunciarsi nel senso che “il potere di conversione nel merito non spira con l'adozione della misura cautelare primigenia ma si perpetua nelle successive occasioni in cui l'interessato promuove iniziative dirette ad eccitare un'ulteriore esplicazione del potere di decisione della domanda cautelare”.

Nella specie, la decisione di merito dinanzi al Tar era stata adottata in sede di udienza camerale fissata per l'adozione di misure attuative delle precedenti ordinanze cautelari⁸³.

I giudici hanno argomentato la possibilità della conversione anche in tale sede, sostenendo che il potere esplicato dalla parte, al fine di ottenere l'adozione di misure esecutive del provvedimento cautelare concesso, non è funzionalmente distinto da quello esercitato originariamente con la proposizione della domanda cautelare. Le due fasi, quella che ha come esito la pronuncia del provvedimento e quella che ha per oggetto le misure attuative, costituiscono le tappe di un “unico incidente cautelare, inaugurato con la domanda originaria”, in cui l'incidente di esecuzione tende a soddisfare le esigenze urgenti poste a corredo dell'istanza introduttiva, in un'ottica integrativa ed esecutiva.

Tra l'altro, secondo i giudici di Palazzo Spada, la tesi opposta, impedendo la definizione nel merito nelle camere di consiglio successive all'adozione della misura cautelare, porterebbe all'illogico risultato di precludere al giudice l'esercizio di tale potere, nonostante la ricorrenza, in termini plausibilmente più accentuati dal decorso del tempo e dall'atteggiamento non collaborativo dell'amministrazione, delle medesime esigenze di economia processuale che lo avrebbero giustificato nella camera di consiglio precedente e che sono alla base della previsione legislativa.

Alla possibilità di decidere il merito in camera di consiglio non osta nemmeno la eventuale già avvenuta fissazione della data imminente dell'udienza di merito. Da un

⁸² Si tratta della controversia che ha visto contrapposte la Seat Pagine Gialle S.p.a (società, all'epoca, direttamente controllata da Telecom) da un lato, e la Cecchi Gori Group Media Holding, dall'altro, per il graduale acquisto, da parte della prima, di Cecchi Gori Communications S.p.a., società che a sua volta controllava le emittenti televisive di Tmc e Tmc2. La decisione di merito venne adottata dal Tar del Lazio in sede di camera di consiglio fissata per l'adozione di misure attuative delle pregresse pronunce cautelari con cui il tribunale stesso aveva sospeso l'efficacia della delibera dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ostativa all'operazione. La controversia fu decisa da Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2001, n. 3463, in *Giur. It.*, 2001, 2174 ss.e in *Corr. Giur.*, 2001, 1653 ss., con nota di NORI, *Concorrenza e pluralismo nella cessione di azioni nelle società televisive*.

⁸³ Il nuovo testo dell'art. 21, comma 14, codificando una prassi giurisprudenziale ormai consolidata, prevede che, se l'Amministrazione non ha eseguito un'ordinanza cautelare, il giudice che ha emesso l'ordinanza possa adottare, su istanza della parte interessata, le “opportune disposizioni attuative” dell'ordinanza cautelare.

lato, la fissazione dell'udienza non esclude che, nel lasso di tempo anteriore, si verificchino i presupposti per la celere definizione della controversia, tali da comportare la revoca dell'ordinanza di fissazione. D'altro lato, proprio la rituale notificazione dell'istanza di fissazione di udienza escludeva l'affidamento delle parti circa l'impossibilità della immediata decisione di merito. Ciò faceva ritenere pienamente salvaguardato il diritto di difesa delle parti.

La soluzione del Consiglio di Stato si poneva in una logica di accelerazione processuale, giustificata anche dalla "specificità degli interessi in rilievo", tale che "con il decorso del tempo si accentui non solo il pericolo di pregiudizio non riparabile ma anche la necessità della sollecita definizione di un assetto stabile della controversia non compatibile con la caratterizzazione precaria ed interinale della situazione cautelare".

33.1 Confronto con il rito abbreviato societario: l'accesso alla decisione immediata in sede di attuazione delle misure cautelari ovvero in sede di reclamo

L'impostazione seguita dai giudici del Consiglio di Stato sottende il noto orientamento⁸⁴ secondo il quale il processo cautelare ha una struttura unitaria: dopo la concessione del provvedimento, senza soluzione di continuità, si passa alla fase di attuazione, così che non è possibile distinguere un processo di cognizione ed un processo di esecuzione.

Ci si può chiedere se le soluzioni adottate sulla scorta di tali premesse nel processo amministrativo, siano utilizzabili anche con riferimento al giudizio abbreviato societario.

Analogamente a quanto ritenuto per il giudizio amministrativo, per le stesse ragioni, si può ritenere che in sede di adozione di misure attuative, *ex art. 669-duodecies c.p.c.*, il giudice cautelare possa procedere alla conversione. Le considerazioni da fare circa la natura composita del provvedimento cautelare sono le stesse: il profilo "cognitivo" risulta inscindibile da quello "esecutivo", che è intrinsecamente connesso al primo e consente alla misura cautelare di raggiungere la sua finalità.

La medesima possibilità è ipotizzabile in sede di revoca e modifica del provvedimento concesso, che, come noto, una volta pendente il giudizio di merito,

⁸⁴ L'orientamento risale al noto saggio di LIEBMAN, *Unità del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, spec., 249 s.. In questo senso, v. anche ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit. 311.

vanno richieste al giudice del merito. È anche in questo caso l'unitarietà del provvedimento cautelare, che non consente di distinguere gli aspetti "cognitivi" da quelli "esecutivi", a comportare che ad unico giudice, quello della causa di merito, piuttosto che quello che ha emanato la misura cautelare, vengano trasferiti non soltanto i poteri di revoca e modifica, ma tutti i poteri di gestione della misura cautelare che restano, in un certo senso, "attratti" dai primi⁸⁵.

Resta, infine, da verificare se analoga a quella costituita dall'incidente di esecuzione cautelare, possa considerarsi l'ipotesi della sottoposizione del provvedimento rigettato a reclamo. L'accostamento delle fattispecie può essere giustificato dal fatto che anche il reclamo costituisce ulteriore espressione del medesimo potere cautelare esercitato in prima istanza sulla domanda cautelare, nell'ambito di un fenomeno di prosecuzione dell'unitario giudizio cautelare⁸⁶.

Nel caso in cui sia stato proposto reclamo, occorre distinguere a seconda che la causa sia attribuita al giudice in composizione collegiale ovvero monocratica.

Nel primo caso, si ipotizza⁸⁷ la conversione del rito in sede di reclamo. C'è da considerare, infatti, che fino all'istanza di fissazione dell'udienza non c'è la nomina del giudice. Successivamente, c'è un giudice relatore, che non può far parte del collegio del reclamo, essendo, molto probabilmente, lo stesso che si è pronunciato con il rigetto, ma per il quale, d'altro canto, si ritiene non sussista l'obbligo di farvi parte, dal momento che non c'è un principio che impone che la causa sia decisa da un collegio di cui fa parte il giudice relatore. Tale ricostruzione è sostenibile solo a condizione che non si ammetta, come la dottrina in questione, l'operatività del rito abbreviato oltre il deposito del decreto di fissazione dell'udienza.

Per l'ipotesi di decisione monocratica, la stessa dottrina⁸⁸ esclude la conversione del rito in sede di reclamo, ma ammette il rinvio della causa al giudice che ha negato la misura cautelare affinché decida immediatamente il merito. Se infatti la rimessione al primo giudice è esclusa dall'art. 23, comma 5, si può ricorrere all'art. 281-*septies*, che, nel processo ordinario, disciplina il rinvio della causa dal collegio al giudice unico, poiché si

⁸⁵ Per queste considerazioni, v. ARIETA, *Trattato, cit.*, III, 1, 880 ss., spec. 883.

⁸⁶ Sulla natura del giudizio di impugnazione, v. ampiamente ARIETA, *Trattato, cit.*, III, 1, 1040 ss.. V. anche Corte Costituzionale, 17 marzo 1998, n. 65, secondo cui il giudice del reclamo è "investito del complessivo contenuto della domanda cautelare ed è titolare dei medesimi poteri conferiti al primo giudice; per cui il giudizio che si instaura a seguito del reclamo è destinato a svolgersi sull'intero *thema decidendum* oggetto del procedimento cautelare, del quale il momento del reclamo costituisce la prosecuzione".

⁸⁷ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 764 ss..

⁸⁸ V. sempre BESSO, *ibidem*.

tratta pur sempre di un'ipotesi in cui il collegio è impossibilitato a decidere la causa, che spetta al giudice monocratico.

Contro tale interpretazione si pongono, però, una serie di considerazioni⁸⁹.

In primo luogo, il dato letterale della legge, *ex art. 24*, comma 4, che conferisce il potere di determinare la conversione ad opera del giudice designato per la trattazione dell'istanza cautelare, nell'ambito dell'udienza deputata allo svolgimento di quest'ultima attività. La legge non attribuisce ad altro giudice il potere di sindacare la valutazione del giudice designato, se non al collegio al quale lo stesso giudice rimette la decisione di merito.

Tra l'altro, ammettere la possibilità di una decisione di merito in sede di reclamo avrebbe come conseguenza una serie di problemi.

Si potrebbe realizzare una situazione di litispendenza, se più parti sollecitassero una decisione di merito, ad esempio l'una proponendo reclamo e l'altra depositando istanza di fissazione della udienza.

Se, invece, la competenza sul merito spetti al giudice in composizione monocratica, una volta esclusa, *ex art. 23*, comma 5, la rimessione al primo giudice, è da escludere, altresì, l'applicazione analogica dell'art. 281-*septies*, che è una norma che riguarda la disciplina ordinaria relativa non al processo cautelare, ma di cognizione, e che ha una *ratio* completamente differente.

34. Nel giudizio abbreviato amministrativo la completezza del contraddittorio sussiste per effetto della notifica del ricorso. La mancata costituzione delle parti o la loro mancata comparizione non ostano alla decisione immediata

Circa il presupposto della completezza del contraddittorio, in dottrina ed in giurisprudenza si ritiene che esso si identifichi con la rituale notificazione del ricorso alla parte resistente a ad almeno uno dei controinteressati⁹⁰. Infatti, per l'ipotesi di mancata intimazione di tutti i controinteressati è poi espressamente previsto che il Collegio disponga l'integrazione del contraddittorio, fissando contestualmente la data della

⁸⁹ V. LONGO, *sub art. 24, cit.*, 468 ss..

⁹⁰ Secondo Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2005, n. 3163, la completezza del contraddittorio si riferisce alle parti sostanziali che al giudizio sono interessate e non solo a quelle evocate in giudizio o costituite.

successiva trattazione del ricorso “a norma del comma undicesimo” e adottando, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali⁹¹.

Tuttavia, affinché si ritenga integrato il presupposto del contraddittorio, la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiede, non solo la rituale notifica del ricorso introduttivo, ma, altresì, il rispetto dei termini per la discussione sull’istanza incidentale.

Infatti, ai sensi degli artt. 36 r.d. n. 642 del 1907 e 33, l. Tar, l’esame dell’istanza di sospensione dell’atto impugnato deve essere effettuato nella prima camera di consiglio utile dal deposito del ricorso, decorso il termine di dieci giorni liberi dalla data dell’ultima notifica, con la conseguenza che, in tale ipotesi, non occorre la previa comunicazione formale al difensore della data di trattazione dell’incidente cautelare, essendo tale data conoscibile dalle parti o facilmente accertabile⁹².

Nella diversa ipotesi in cui la trattazione della domanda cautelare avvenga nel corso di un’udienza successiva “incombe l’obbligo di dare comunicazione della data fissata mediante consegna di biglietto di segreteria o notifica diretta, ovvero anche con l’uso di mezzi alternativi (telefono, telegrafo) purché presentino quel minimo di requisiti formali che offrano adeguata garanzia del prodursi di una condizione di effettiva conoscibilità dell’atto da parte del destinatario”⁹³.

Il Consiglio di Stato ha, pertanto, provveduto in più occasioni ad annullare, con rinvio al primo giudice, le sentenze adottate *ex art. 21*, ma senza il rispetto dei termini per la discussione, venendo meno in questi casi la condizione obiettiva di conoscibilità ancorata alla previsione di legge⁹⁴.

Un profilo molto più rilevante circa l’integrità del contraddittorio riguarda la necessità, o meno, che ai fini della decisione immediata si debba attendere la scadenza del termine, previsto dall’art. 22⁹⁵, per la costituzione delle parti intimare.

⁹¹ V. PANZAROLA, *op. cit.*, 118 ss., fa notare che ciò recepisce, ma solo apparentemente, una certa giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, con l’obiettivo di contemperare le esigenze di difesa dei controinteressati non evocati in giudizio con di rapidità della tutela cautelare, ha dato ingresso alla sospensione “interinale”, in attesa della successiva camera di consiglio sulla medesima domanda. Il legislatore, infatti, ha previsto la concessione della misura “interinale” e la fissazione della successiva udienza per la trattazione del ricorso nel *merito* (ai sensi del comma undicesimo), e, cioè, in tempi, seppure più brevi di quelli consueti, comunque più lunghi di quelli collegati alla fissazione della camera di consiglio. Ciò lascerebbe la misura resa a contraddittorio non integro in suscettibile di riesame nel contraddittorio dispiegato, se non in occasione della udienza di merito.

⁹² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2002, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, 3254.

⁹³ Così Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 1985, n. 2, in *Cons. Stato*, 1985, I, 109.

⁹⁴ V. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, n. 153, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, I, 119 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2002, n. 4070, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, 1809.

⁹⁵ A norma dell’art. 23 della P n. 1034/71, il Presidente fissa con decreto, da notificarsi almeno quaranta giorni prima, l’udienza per la discussione del ricorso “sempre che sia decorso il termine di cui al comma 1 dell’art. 22” e cioè cinquanta giorni dalla notificazione del ricorso che è il tempo assegnato all’amministrazione resistente ed al controinteressato per costituirsi e depositare memorie e documenti. La

Tra l'altro questo profilo acquista ancora più importanza nelle materie di cui all'art. 23-*bis*⁹⁶, perché la camera di consiglio va fissata decorsi cinque giorni dalla notifica del ricorso, essendo i termini dimezzati.

Secondo un primo orientamento, la prescrizione del rispetto del contraddittorio richiede non solo la verifica formale dell'avvenuta notifica a tutte le parti litisconsortili necessari del giudizio, ma impone che si garantisca, su un piano di effettività, a ciascuna di esse, la reale possibilità di far valere le proprie ragioni nel giudizio stesso, "secondo un principio di civiltà giuridica (*audiatur et altera pars*) a fondamento di ogni giusto processo", con la conseguenza che va annullata una sentenza resa *ex art. 21*, in assenza della costituzione delle parti intimare e prima che fosse decorso il termine loro assegnato per la stessa costituzione⁹⁷. Si tratta di un'impostazione garantista, secondo cui introdurre la causa nel merito in assenza della costituzione dei convenuti, non trova il suo contrappunto nelle esigenze di interesse pubblico connesse oggettivamente a determinate e circoscritte materie⁹⁸.

Di segno opposto è l'orientamento sicuramente dominante.

Con una sentenza chiarificatrice⁹⁹, cui si è uniformata la maggioranza della giurisprudenza, i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che, all'interno del segmento processuale destinato alla trattazione dell'incidente cautelare, la possibilità della decisione immediata di merito impone un'applicazione delle norme tese a conciliare l'esigenza acceleratoria e deflattiva sottesa alla previsione normativa, da un lato, con l'ineludibile dovere di osservanza del principio del contraddittorio, dall'altro.

Secondo i giudici, la completezza del contraddittorio, garantita dall'intervenuta notifica del ricorso introduttivo a tutte le parti contro le quali lo stesso è diretto, va acclarata avendo quale parametro di raffronto i termini e le regole proprie della fase di giudizio nella quale si innesta la riconosciuta possibilità di azionare il sistema di conversione.

fissazione della camera di consiglio per l'esame della misura cautelare nella prima udienza utile, decorso il termine di dieci giorni dalla notifica del ricorso, rende possibile che la decisione nel merito avvenga senza il termine che, in via ordinaria, la norma ritiene necessario per il rispetto del contraddittorio (cioè i cinquanta giorni dalla notifica del ricorso più gli ulteriori quaranta).

⁹⁶ Nelle materie di cui all'art. 23-*bis*, in virtù del richiamo all'art. 26, quarto comma, contenuto nel comma 3, la decisione in forma semplificata è sempre possibile. V., infatti, nt. 74.

⁹⁷ V. Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1907, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹⁸ Il caso di specie aveva ad oggetto l'impugnazione di un decreto rettorale con cui erano stati approvati gli atti di un concorso ad un posto da ricercatore universitario. La ricorrente denunciava la mancata valutazione del voto di laurea e delle pubblicazioni, che non erano stati prodotti in fotocopia autenticata, ma tramite autocertificazione. Il ricorso era stato deciso in primo grado con rito abbreviato *ex art. 26*, prima che fossero decorsi i termini di costituzione in giudizio per la controinteressata, vincitrice del posto.

⁹⁹ V. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2003, n. 650, in *Cons. Stato*, 2003, 265 ss..

Questa opzione interpretativa viene confortata anche dalla formulazione dell'art. 21, comma 9, secondo la quale il giudice, pur avendo accertato in occasione della trattazione dell'istanza cautelare la completezza del contraddittorio, è tenuto a sentire "sul punto le parti costituite". Ciò, a parere dei giudici, dimostra che il legislatore si è preoccupato di garantire alle sole parti costituite l'esercizio del diritto di difesa, esponendo oralmente le eventuali ragioni ostative al passaggio dalla fase cautelare a quella di definizione del merito.

A tale sentenza è conforme la maggioranza della giurisprudenza¹⁰⁰, nonostante contrari avvisi in dottrina, ove si ritiene¹⁰¹ che l'utile meccanismo della definizione nel merito del ricorso non può divenire una ingiusta compressione del contraddittorio. Altri¹⁰² rilevano l'incongruità di un termine di soli dieci giorni, ridotti a cinque nelle materie di cui all'art. 23-*bis*, tenendo conto di tutti gli adempimenti procedurali posti dalla legge a carico dell'amministrazione per deliberare la costituzione in giudizio, nonché i tempi necessari al controinteressato per acquisire tutti gli elementi necessari per approntare una efficace attività difensiva.

Se non è di ostacolo alla definizione immediata della causa la mancata costituzione delle parti, a maggior ragione non lo è la mancata comparizione delle stesse alla camera di consiglio, qualora, invece, si siano costituite, poiché la tutela dell'interesse, eventualmente, contrario alla definizione del giudizio risulta essere sufficientemente garantito dalla possibilità che le stesse siano sentite sul punto¹⁰³.

34.1 Confronto con il rito abbreviato societario: la (mancata) costituzione delle parti

Il comma 4 dell'art. 24 non fa espressa menzione dell'integrità del contraddittorio quale presupposto per la decisione con rito abbreviato, ma, data

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato 8 novembre 2005, n. 745, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 3420; Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6017, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 2914; Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2004, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2805; Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2004, n. 5429, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2206; Tar Sicilia, sez. III, 8 luglio 2004, in *Foro Amm. Tar*, 2004, 1796; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2003, n. 3312, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, 1841 e in *Foro it.*, 2003, III, 681, con nota redazionale di TRAVI.

¹⁰¹ V. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 518, secondo il quale per salvaguardare il principio del contraddittorio in condizioni di parità, la definizione in forma abbreviata può intervenire solo quando tutte le parti si siano costituite tempestivamente per la camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare e, sentite sul punto, non esponano ragioni ostative.

¹⁰² V. TRAVI, *op. ult.cit.*, 685.

¹⁰³ V. Cons. Stato, VI sez., 2002, n. 8252 in *Foro it.*, 2003, III, 682.

l'idoneità del giudizio a sfociare in una decisione di merito, tale necessità discende direttamente dall'art. 111 della Costituzione¹⁰⁴.

A parte l'eventuale integrazione del contraddittorio, anche nel giudizio societario può ben verificarsi l'ipotesi che l'istanza cautelare sia proposta dall'attore quando ancora sono pendenti i termini per la costituzione del convenuto.

Si tratta di uno dei punti su cui criticamente si è posta l'attenzione della maggioranza della dottrina, in quanto rende possibile l'ipotesi che il giudizio venga definito prima che le parti possano esercitare le proprie difese circa il *thema decidendum* e del *thema probandum*, dal momento che è la decisione del giudice di decidere immediatamente la causa a determinare il formarsi delle relative preclusioni¹⁰⁵.

C'è da dire che se, l'eventualità della immediata decisione di merito sarà probabilmente messa in conto dall'attore, il convenuto potrà trovarsi a dover effettivamente subire un'iniziativa altrui, suscettibile di precludere l'esercizio di poteri ulteriori.

Può senz'altro accadere che la domanda cautelare venga proposta quando ancora il termine di costituzione del convenuto non sia scaduto. La dottrina, in queste ipotesi, pone l'accento sul potere del giudice designato di "fissare termini per il deposito di documenti, memorie e repliche". Si ritiene¹⁰⁶, in particolare, che, ove il convenuto non abbia ancora notificato la comparsa di risposta e sia ancora in termini per farlo, il giudice fissi il suddetto termine ai fini del deposito di una memoria dal contenuto equivalente alla comparsa di risposta. Secondo tale dottrina, la concessione del termine per la trattazione scritta dell'attività difensiva sarebbe pur sempre discrezionale e subordinata alla valutazione del giudice, che, dinanzi ad un pregiudizio imminente e irreparabile potrebbe ritenere, invece, di consentire lo svolgimento orale delle difese, in un'udienza da fissare in un lasso di pochi giorni.

Diversamente, altra dottrina¹⁰⁷ ritiene la concessione dei termini per il deposito dei documenti di cui al comma 2 dell'art. 24, come un diritto delle parti, che non può essere negato dal giudice, in ragione della lesione del diritto di difesa che diversamente si verificherebbe.

¹⁰⁴ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 336 ss.. Sull'integrità del contraddittorio nel rito abbreviato societario, cap. I, § 12.5.

¹⁰⁵ Sul tema delle preclusioni e le relative critiche dottrinali, v. più ampiamente, cap. IV.

¹⁰⁶ Così BESSO, *sub art. 24*, cit., 746.

¹⁰⁷ Cfr. SALETTI, *sub art. 24*, cit., 237.

Alle stesse conclusioni perviene chi¹⁰⁸ ritiene che la fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti a cura del giudice designato e l'eventuale successiva udienza davanti al collegio per la celebrazione del rito abbreviato, se si sovrappongono ad un termine difensivo, relativo agli atti di parte in cui possono ancora essere svolte domande ed eccezioni nonché richieste istruttorie, non possono troncarlo, fermo restando che durante il procedimento cautelare i termini per lo scambio di atti difensivi nella fase di merito rimangono intatti¹⁰⁹.

In giurisprudenza¹¹⁰, sulla base della "imprescindibile necessità" che la controparte fosse posta in grado di articolare le proprie difese con una comparsa di risposta è stato escluso il ricorso al giudizio abbreviato, anche se c'è da notare che a sorreggere tale scelta del giudice si ponevano "l'evidente complessità delle ragioni" e le richieste istruttorie delle parti, nonché l'opportunità di ascoltare sindaci ed amministratori nel corso del giudizio di merito, e, quindi, sostanzialmente, era l'"immaturità" della causa dal punto di vista istruttorio a precludere l'accesso al rito abbreviato.

Quanto all'ulteriore ipotesi di contumacia, questa può riguardare tanto l'attore quanto il convenuto.

Anche in questo caso non si esclude la possibilità del giudizio abbreviato¹¹¹. Nel caso di contumacia dell'attore, la conversione presuppone la mancata eccezione di estinzione del giudizio ed un interesse del convenuto alla stessa, che viene ipotizzato con riferimento ad una domanda di accertamento negativo dell'attore. In caso di contumacia del convenuto, viene visto come utile strumento per ridurre i tempi previsti comunque per l'iter di svolgimento del processo, ritenendo che anche nel giudizio abbreviato sia utilizzabile la *ficta confessio*. Occorre, in questo caso, distinguere le ipotesi: se l'attore ha scelto di proseguire il giudizio notificando una ulteriore memoria, il processo segue i ritmi ordinari e, in tale contesto, la presentazione di una domanda cautelare consente

¹⁰⁸ V. FABIANI, sub art. 24, *cit.*, 422 ss..

¹⁰⁹ L'A. riporta l'esempio di una domanda cautelare proposta dal convenuto, durante la pendenza del termine, superiore a trenta giorni, concesso all'attore per notificare la memoria di replica di cui all'art. 6: la deviazione del processo dallo schema tipico non può comportare pregiudizio per le difese dell'attore, cui va riconosciuto il diritto di replica nel termine originariamente fissato dal convenuto ovvero in un termine fissato doverosamente dal giudice ai sensi dell'art. 24, comma 2. V. Trib. Avezzano, (ord.), 18 giugno 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1685 ss., con nota di FALASCHI, *Nuovo rito societario e tutela cautelare in corso di causa*, secondo cui "l'attivazione della tutela cautelare, stante la sua autonomia ed incidentalità, in nessun modo interrompe o consente di eludere gli ordinari meccanismi di replica e controreplica disciplinati nelle disposizioni di cui agli artt. 4 ss..".

¹¹⁰ V. Trib. Parma, (ord.), 23 dicembre 2004, in *www.judicium.it*, con nota di AYTANO, *Sull'accesso al giudizio abbreviato nel cautelare societario*.

¹¹¹ V. sempre BESSO, sub art. 24, *cit.*, 755 ss..

l'applicazione dell'intero art. 24; se, invece, l'attore opta per la fissazione dell'udienza, la fattispecie della *ficta confessio* si è già realizzata e la conclusione può essere valutata dal giudice. In tale ipotesi non vi è incompatibilità, quanto una possibile carenza di interesse dell'attore che abbia presentato l'istanza cautelare¹¹².

35. La “completezza dell'istruttoria” nel giudizio abbreviato amministrativo e la relatività della valutazione in base alle caratteristiche della causa

Per ciò che riguarda il presupposto della completezza dell'istruttoria, si deve notare come tale espressa previsione legislativa accolga le indicazioni fornite dalla Consulta nella nota sentenza n. 427 del 1999, che ha sancito, quali valori processuali dei quali garantire l'osservanza, in primo luogo, “l'integrità del contraddittorio e la completezza e sufficienza del quadro probatorio”.

Al riguardo, è sufficiente osservare che la sua ricorrenza va valutata caso per caso: sarà il collegio a decidere se gli elementi probatori acquisiti al processo siano in grado di offrire un quadro esauriente dei profili fattuali necessari ai fini della decisione immediata sul merito.

Se, da un lato, le decisioni di rigetto del ricorso per questioni di rito (irricevibilità, inammissibilità ed improcedibilità) non necessitano di un rilevante apporto probatorio, le pronunce sul merito (manifesta fondatezza o infondatezza) richiedono un'istruttoria più approfondita, dovendo il giudice affrontare il merito della lite.

Il mancato rispetto circa la completezza dell'istruttoria della decisione può essere fatto valere dalla parte solo con riferimento a specifici accertamenti istruttori che potrebbero far pervenire alla riforma del punto decisivo della controversia¹¹³.

¹¹² V. FABIANI, *sub* art. 24, *cit.*, 435, secondo il quale una complicazione potrebbe sorgere qualora il convenuto, nella fase cautelare, svolga mere difese tali da paralizzare la domanda dell'attore, facendo emergere nel processo argomenti che contrastino con la conclusione della domanda.

¹¹³ Cfr. Cons Stato, sez. V, 13 marzo 2002, n. 1500, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, 677 ss., secondo cui “il giudice di primo grado ha un “ampio potere valutativo in ordine alla completezza o meno dell'istruttoria”, quale presupposto per procedere alla definizione del giudizio di merito, in sede cautelare. Tale potere non può essere “sindacato di per sé” dal giudice di appello in quanto devono essere precisati i singoli aspetti “di un'erronea o ingiusta statuizione della sentenza di primo grado per difetto di istruttoria in relazione alle singole censure prospettate in primo grado”.

36. La tutela del diritto di difesa delle parti nel giudizio abbreviato amministrativo: l'avviso ai difensori circa la scelta di definire il giudizio nel merito. L'audizione delle parti costituite non implica il loro consenso.

L'art. 21, comma 9, prevede che il giudice, può procedere alla decisione immediata del ricorso, "sentite sul punto le parti costituite".

La ricorrenza, o meno, di tale presupposto ha dato adito a numerose pronunce del Consiglio di Stato, dal momento che l'audizione delle parti costituite realizza la concreta applicazione del principio del contraddittorio al procedimento in esame, garantito, formalmente, dalla rituale notifica del ricorso alle parti necessarie.

Il punto essenziale è stabilire quando tale requisito possa ritenersi soddisfatto.

È bene chiarire che l'audizione delle parti costituite non implica che esse debbano prestare il loro consenso circa la decisione immediata di merito. La norma, impone soltanto una sorta di preavviso che il giudice è tenuto a dare alle parti sulla possibilità che il processo si chiuda in merito già nella fase cautelare.

Un primo avvertimento circa tale evenienza deriva alle parti in virtù della previsione di legge: la matrice legislativa di tale preavviso esclude in radice la possibilità di ignorarne le conseguenze, non essendo, altresì, configurabile, un ipotetico errore di diritto a scusante. Le parti, non ignorando la legge, sono consapevoli della facoltà concessa al giudice di decidere la causa in modo semplificato.

Il secondo avvertimento deve essere fornito dal collegio, nel caso in cui si profili concretamente la possibilità della decisione immediata. La finalità di questo adempimento cui è tenuto il giudice è, da un lato, quella di evitare l'effetto "sorpresa" di una decisione di merito resa in sede di udienza per il cautelare e, dall'altro, consentire alle parti il pieno esercizio del diritto di difesa.

L'avviso sarà rivolto alle parti costituite, che, anche ad avviso della giurisprudenza non potranno essere che quelle presenti all'udienza. Anche secondo la giurisprudenza¹¹⁴, infatti, tale obbligo di informazione è pieno nei confronti delle parti costituite presenti alla camera di consiglio predisposta per la trattazione della domanda cautelare, cui è riconosciuta la possibilità di prospettare, in sede di discussione orale, la necessità di un differimento della causa ai fini della piena esplicazione della difesa, consentendo in tal modo alle stesse la possibilità di esporre oralmente le eventuali ragioni ostative al passaggio dalla fase cautelare a quella della definizione di merito e

¹¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2005, n. 7399.

ridimensionando, così, il rischio per le parti costituite di trovarsi di fronte alla sorpresa di una pronunzia definitiva, anziché solo cautelare, senza tuttavia sacrificare l'esigenza di accelerazione e di contrazione dei tempi processuali.

L'audizione delle parti, in seguito all'avviso ai difensori, quindi, serve a garantire il rispetto del contraddittorio. Se, in senso soggettivo, tale requisito può ritenersi soddisfatto dalla notifica del ricorso alle parti necessarie, in senso oggettivo esso impone che venga rispettato il diritto di difesa delle parti di esplicitare le proprie difese anche circa il merito della controversia. Le parti, nello svolgersi del contraddittorio, devono essere consapevoli che la decisione del collegio potrebbe essere, oltre che cautelare, anche di immediata definizione nel merito al fine di predisporre conseguentemente le proprie difese. Proprio a causa della diversità dei presupposti, dell'oggetto e degli effetti della pronuncia cautelare rispetto a quella di merito, occorre che venga dato specifico avviso ai difensori al momento dell'esame della questione, in modo che essi non limitino le proprie difese alla misura cautelare richiesta, ma le estendano alle valutazioni circa la maturità della causa, essendo la camera di consiglio il momento deputato all'apporto delle tesi difensive.

Proprio per questa importante funzione di strumento di realizzazione del contraddittorio, il Consiglio di Stato ha avuto di pronunciarsi in molteplici occasioni circa le modalità con cui deve essere posto in essere l'avviso, indicando come violazione delle norme di legge la prassi della mera comunicazione effettuata indistintamente per tutte le cause chiamate per la discussione dell'istanza cautelare e concernente la possibilità di immediata definizione nel merito. Tale comunicazione serve solo a richiamare, in astratto, la normativa sulla possibile conversione del rito, ma il potere effettivo di definizione della controversia potrà essere esercitato solo dopo la valutazione in concreto, e con riguardo alla specifica questione, della sussistenza dei presupposti¹¹⁵.

¹¹⁵ Circa la necessità dell'avviso specifico ai difensori, v. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2005, n. 2223, in *Foro Amm. C.d.S.*, 3281 ss.; Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2004, n. 612, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2004, 458; Cons. giust. amm. Reg. Sic., 24 dicembre 2002, n. 696, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2832, secondo cui il preavviso generico e generale, rivolto al pubblico presente in sala all'inizio dell'udienza, non costituisce l'audizione delle parti "sul punto" prescritta dall'art. 21: esso costituisce semplicemente enunciazione del contenuto della norma, e non già adempimento della medesima, per il quale occorre che siano avvertiti i difensori della causa considerata.

L'attestazione dell'audizione delle parti può risultare indifferentemente dal verbale redatto per gli affari trattati in camera di consiglio ovvero dalla sentenza, poiché questa fa fede fino a querela di falso¹¹⁶.

Il mancato avviso ai difensori integra un difetto di procedura che incide sul diritto di difesa, con la conseguenza che la controversia va rinviata al giudice di primo grado¹¹⁷.

37. Il contraddittorio delle parti circa i presupposti di accesso alla definizione immediata del giudizio. L'eventuale dissenso o la mancata comparizione dei difensori

Dalle premesse poste nel paragrafo precedente derivano una serie di conseguenze.

In primo luogo, in virtù del principio del contraddittorio e del pieno esplicarsi del diritto di difesa, sebbene la decisione di accedere immediatamente alla sentenza rimanga una prerogativa sovrana del giudice, le parti costituite potranno essere ascoltate sia quanto ai presupposti di carattere processuale (completezza del contraddittorio e adeguatezza dell'istruttoria) sia quanto ai presupposti di natura sostanziale, indicati dall'art. 26, l. Tar¹¹⁸.

In secondo luogo, non essendo richiesto il consenso delle parti, la decisione in forma semplificata non è subordinata ad una specifica richiesta di parte né ad apposito accordo di alcuno o di tutti i contendenti circa la sussistenza dei presupposti, potendo il giudice procedere dissentendo dalla posizione degli stessi, ovvero, al contrario, disporre per la decisione di merito anche in presenza dell'eventuale dissenso da esse manifestato¹¹⁹.

Le parti possono, a piena salvaguardia del principio del contraddittorio, esprimere le osservazioni che, secondo il loro parere potrebbero impedire la pronuncia, ma non possono, al contrario, indefettibilmente paralizzare l'iniziativa del giudice.

¹¹⁶ V. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2005, n. 2223, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 183 ss.; Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2003, n. 1131, in *Urb. app.*, 2003, 807 ss., con nota di TUCCARI, *Decisioni semplificate*, cit., 808 ss..

¹¹⁷ Cfr. Cons. Stato, 28 gennaio 2002, n. 453, in *Cons. Stato*, 2002, I, 115 ss..

¹¹⁸ Così, Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2005, n. 2223, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 3282.

¹¹⁹ V. Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2001, n. 3463, in *Cons. Stato*, I, 1438, secondo cui il potere di operare la conversione del rito è esercitabile *ex officio*, anche in caso di mancata prestazione dell'assenso o addirittura di manifestazione del dissenso delle parti, in presenza dei presupposti della integrità del contraddittorio e della maturità dell'istruttoria che consentono di soddisfare, senza incisione del diritto di difesa, l'esigenza di accelerazione processuale tenuta presente dal legislatore?.

In terzo luogo, l'eventuale assenza del difensore della parte costituita non è suscettibile di impedire la definizione del giudizio con sentenza succintamente motivata, proprio perché si verte in ipotesi di, seppur peculiare, conclusione del processo prevista dalla legge, come tale normalmente prevedibile da ciascuna delle parti in causa¹²⁰. Anzi, l'assenza dei difensori nella camera di consiglio appare, di per sé, elemento sufficiente di dimostrazione di disinteresse o di insussistenza di ragioni da portare a conoscenza dell'organo giurisdizionale, ostantive all'immediata conclusione del giudizio.

Si tratta dell'applicazione, peraltro non controversa, dell'art. 116, comma 2, c.p.c., al processo amministrativo, il quale conferisce al giudice il potere di trarre argomenti di prova, ai fini della decisione, dal comportamento processuale dei contendenti. Si ritiene in dottrina che non possano trarsi forme di dissenso implicito o tacito, desumendole dalla semplice assenza del difensore, e ciò anche in base alla natura di processo "da ricorso" ed a forte impulso di parte del processo amministrativo, in cui, a comportamenti quali la mancata costituzione o l'inerzia in genere della parte costituita, sembra non potersi, viceversa, attribuire altro significato che quello di assenso al corso che il giudizio stesso va assumendo¹²¹.

Quindi, il riferimento della norma alle "parti costituite" è da intendersi, piuttosto, come rivolto alle parti "presenti".

In altri termini, la previsione legislativa pone a carico delle parti, che intendano interloquire sulla possibilità della decisione immediata, un onere sia di costituirsi tempestivamente sia di partecipare alla discussione nella sede appositamente prevista della camera di consiglio. In mancanza dell'adempimento di quest'onere, la parte non potrà dolersi dell'iniziativa assunta dal giudice e della perdita di facoltà processuali ad essa riservate, avendo omesso di esporre, nella sede deputata, l'esigenza di esercitarle.

D'altro canto, l'istanza di rinvio formulata dalla parte, allegando dimostrate esigenze di replica o di supplementari indagini probatorie, potrà essere disattesa, ma "solo quando risulti irrilevante ai fini della decisione da adottare, ovvero sia processualmente inammissibile la specifica attività difensiva annunciata dalla parte"¹²².

¹²⁰ V. GIOVAGNOLI-IEVA-PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di Caringella e Garofoli, Torino, 2005, 1086.

¹²¹ Questa è l'opinione di TUCCARI, *Decisioni semplificate e ascolto delle parti*, in *Urb. app.*, 2003, 808 ss..

¹²² Così, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte citata sentenza n. 427 del 1999.

37.1 Confronto con il rito abbreviato societario: la “comunicazione alle parti presenti” come garanzia del principio del contraddittorio

Ai fini del giudizio abbreviato societario, il legislatore ha previsto che il giudice dia “comunicazione alle parti presenti” circa la sussistenza dei presupposti che giustificano la conversione del rito.

Si tratta di una previsione analoga a quella dell’avvertimento fornito alle parti nel giudizio amministrativo, che ha parimenti lo scopo di rendere edotte le parti circa l’intenzione del giudice di decidere immediatamente la causa.

Parte della dottrina si è espressa criticamente su tale disposizione, dal momento che la mera comunicazione alle parti della scelta del giudice, senza che esse abbiano la facoltà di interloquire sul punto, sarebbe lesiva del principio del contraddittorio¹²³.

In realtà, tale lesione dei diritti delle parti non è ravvisabile o, quantomeno, può essere concretamente evitata.

C’è da considerare, infatti, che una sorta di preavviso alle parti viene fornito mediante il decreto di fissazione dell’udienza per la comparizione, in cui il giudice prefigura la propria volontà di procedere immediatamente alla decisione di merito, invitando le parti stesse alla produzione dei documenti rilevanti “anche in relazione alla decisione della causa a norma dei commi 4 e seguenti” e fissando un termine per il deposito di documenti, memorie e repliche. Emerge, quindi, da un lato, la possibilità per le parti di influire sulla valutazione del giudice circa la maturità della causa, sottoponendo allo stesso ulteriori questioni ostative alla decisione immediata, dall’altro, la garanzia del contraddittorio per le parti. In tal caso, la parte che abbia scelto di restare assente non potrà lamentare alcuna violazione del diritto di difesa.

Nulla vieta, però, che la conversione del rito venga disposta dal giudice direttamente in udienza, magari anche in seguito alle risultanze dell’istruttoria cautelare, ex art. 669-*sexies*.

In questo caso, la realizzazione del contraddittorio deve essere garantita dal giudice, consentendo la trattazione perlomeno orale, fatta salva la possibilità di un rinvio ad un’udienza successiva, che può essere sempre disposto, in caso di contraddittorio

¹²³ Si rimanda a quanto riportato nel cap. I, § 13.1.

non integro ovvero di necessità di acquisizione di ulteriori mezzi istruttori ed anche sulla base di una motivata istanza di rinvio delle parti¹²⁴.

38. I presupposti sostanziali di accesso al giudizio abbreviato amministrativo: la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, o infondatezza del ricorso. Il carattere “manifesto” dei presupposti

La disciplina posta dall’art. 21, comma 9, l. Tar, in virtù dell’espreso richiamo ivi contenuto, va integrata con quanto con quanto disposto dall’art. 26, comma 4, inserito nella stessa legge dall’art. 9 della l. n. 205 del 2000.

Secondo l’opinione dominante¹²⁵, conformemente anche a diverse pronunce del Consiglio di Stato¹²⁶, il rinvio in forza del quale il giudice può definire il giudizio “a norma dell’art. 26” consente all’interprete di individuare i presupposti sostanziali di accesso al giudizio immediato. L’art. 21, comma 9, infatti, ai fini della decisione immediata richiede, con una formula poco chiara, che ne “ricorrano i presupposti”, senza fornire ulteriori indicazioni¹²⁷.

La valutazione circa la sussistenza dei presupposti spetta al giudice, trattandosi di apprezzamento rimesso alla valutazione discrezionale del giudice amministrativo nel superiore interesse pubblico alla sollecita definizione dei processi¹²⁸. Il collegio, pertanto, prescinde dalle prospettazioni delle parti, anche se coincidenti, potendo dissentirne e procedere d’ufficio.

¹²⁴ Il riferimento alla sentenza n. 427 del 1999, contenuto nel par. precedente, è valido anche in questo caso, con la conseguenza che l’istanza della parte “non produce effetto di automatica e vincolante paralisi della facoltà di definizione immediata del giudizio demandata al giudice”, potendo da quest’ultimo essere disattesa “solo quando risulti irrilevante, ai fini della decisione da adottare, ovvero sia processualmente inammissibile la specifica attività difensiva annunciata dalla parte”.

¹²⁵ V. MASSARO, *sub art. 3*, l. n. 205 del 2000, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, n. 3-4, 594.

¹²⁶ V. *ante*, § 31.

¹²⁷ Circa l’integrazione delle due norme citate, secondo PASANISI, *La sentenza breve in sede cautelare come modo ordinario di definizione del giudizio amministrativo*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, 3515 ss, spec. 3519 ss., le due norme non sono perfettamente coordinate fra loro. L’art. 26, comma 5, si limita a richiedere la completezza del contraddittorio, ma non anche quella dell’istruttoria ed omette qualsiasi previsione sulla previa audizione delle parti. L’art. 21, comma 9, d’altro canto, richiama l’art. 26 nella sua interezza, che, nei primi tre commi, tratta dell’ordinaria pronuncia con sentenza. Da ciò, l’A. deduce che il giudice amministrativo, in sede di decisione della domanda cautelare, può decidere direttamente nel merito qualsiasi ricorso, indipendentemente dalla natura complessa o semplice della controversia sottoposta alla sua cognizione: nel primo caso lo farà con sentenza “ordinariamente” motivata (art. 26 commi 1, 2, 3), nel secondo, con sentenza “succintamente” motivata (art. 26 commi 4 e 5).

¹²⁸ V. Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2002, n. 8252, in *Foro it.*, 2003, 139 ss..

In merito, più specificamente, alla valutazione giudiziale concernente il carattere “manifesto” dell’irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, infondatezza o fondatezza del ricorso, non può configurarsi un vizio di procedura. Tale apprezzamento è insindacabile¹²⁹: l’effetto devolutivo del gravame determina che in secondo grado si debba pronunciare sul merito della controversia, quindi sulla conformità a diritto della sentenza, prescindendo dall’appariscenza con la quale le singole tesi si palesino fondate o infondate.

39. La pronuncia di misure cautelari interinali nell’ipotesi di integrazione del contraddittorio

A differenza di quanto avviene in ambito societario, in sede di giudizio amministrativo si realizza la contestualità fra l’udienza fissata per la trattazione della domanda cautelare e la decisione di merito.

La pronuncia di misure cautelari “interinali” si rende necessaria, ed è testualmente prevista dall’art. 21, comma 9, per l’ipotesi in cui ricorrano i presupposti per la definizione del giudizio nel merito, ma il contraddittorio non sia integro. La norma prevede che il Tar disponga l’integrazione del contraddittorio, fissando contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso “a norma del comma undicesimo”¹³⁰, cioè per la trattazione del ricorso nel merito, che dovrà essere fissata con precedenza sulle altre. In tal caso, il tar può adottare le misure cautelari interinali.

Ciò recepisce una certa giurisprudenza del Consiglio di Stato che, con l’obiettivo di contemperare le esigenze di difesa dei controinteressati non evocati in giudizio con la rapidità della tutela cautelare, ha dato ingresso alla sospensione “interinale”: in caso di contraddittorio non integro, sussistendo le prescritte esigenze cautelari, il giudice rende nel frattempo la misura cautelare, contestualmente fissando altra camera di consiglio per la pronuncia sulla medesima domanda e disponendo l’integrazione del contraddittorio entro quella data¹³¹.

In dottrina si fa notare come la scelta legislativa, in realtà, preveda la concessione della misura “interinale” e la fissazione della successiva udienza per la trattazione del

¹²⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2002, n. 3956, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, 1807.

¹³⁰ Il comma 11 prevede che l’ordinanza di accoglimento della richiesta cautelare comporta priorità nella fissazione della data di trattazione del ricorso nel merito.

¹³¹ V. Cons. Stato, sez. IV, (ord.), 24 ottobre 1995, n. 1532, in *Giorn. dir. amm.*, 1996. 743 ss., con commento di FRANCIOSI.

ricorso nel *merito* (ai sensi del comma undicesimo), e, cioè, in tempi, seppure più brevi di quelli consueti, comunque più lunghi di quelli collegati alla fissazione della camera di consiglio. Ciò lascerebbe la misura resa a contraddittorio non integro insuscettibile di riesame nel contraddittorio dispiegato, se non nella udienza di merito¹³².

Altra parte della dottrina sostiene, invece, che tali “misure cautelari interinali” siano impugnabili con l’appello, al pari delle ordinanze cautelari “ordinarie”¹³³, anche alla luce dell’insegnamento della Consulta, secondo cui il doppio grado di giurisdizione, “trova copertura nella giurisdizione amministrativa ai sensi dell’art. 125, comma 2, Cost., che prevede tribunali amministrativi regionali di primo grado, soggetti come tali al giudizio di appello davanti al Consiglio di Stato. Esso non riguarda soltanto il processo di merito, ma anche quello incidentale cautelare, stante la generalità della dizione della norma costituzionale e la necessità che le opposte posizioni del privato e della pubblica amministrazione trovino la più completa valutazione da parte del giudice amministrativo, essendo la sospensione dell’esecuzione dell’atto amministrativo impugnato suscettibile di incidere in maniera decisa sulle conseguenze della pronuncia di merito del giudice, e quindi, sia pure indirettamente, sulla tutela degli interessi che entrano nel processo amministrativo”¹³⁴.

40. L’art. 23-bis e l’accelerazione del rito

A fianco del giudizio definito immediato, la cui disciplina è contenuta nell’art. 21, occorre considerare un diverso rito, in dottrina¹³⁵ definito “abbreviato”, disciplinato dall’art. 23-bis, una norma introdotta nel corpo della legge n. 1034 del 1971 sempre dalla l. n. 205 del 2000, nell’ambito della serie di procedimenti finalizzati alla semplificazione e all’accelerazione dei giudizi. Si tratta di una norma “settoriale” che predispose la creazione di un rito speciale per determinate controversie relative ai c.d. settori sensibili,

¹³² V. PANZAROLA, *op. cit.*, 118 ss., il quale ipotizza la possibilità di una istanza di revoca del controinteressato nei confronti della misura concessa in sua assenza, in un’ulteriore camera di consiglio, così come secondo prassi, poiché

¹³³ V. DE MARZO-MISSERINI, *cit.*, 117.

¹³⁴ V. Corte costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 8, in *Giur. cost.*, 1982, I, 41, che avallava l’indirizzo esegetico della stessa Adunanza Plenaria che, pur in assenza di un’espressa previsione che contemplasse l’appellabilità delle ordinanze cautelari, aveva ammesso l’appello verso queste ultime (decisione 20 gennaio 1978, n. 1). Attualmente l’art. 28, comma 3, come inserito dall’art. 3, comma 2, l. n. 205 del 2000, prevede espressamente l’appello contro le ordinanze dei tribunali amministrativi regionali di cui all’art. 21, commi settimo e seguenti.

¹³⁵ V. § 30.

coinvolgenti libertà economiche e fondamentali degli individui e delle imprese, che necessitano di una disciplina ad hoc, diretta ad assicurare la celerità del giudizio.

Lo scopo della previsione in questione era quello di razionalizzare i vari riti speciali, introdotti con ritmo crescente nella giustizia amministrativa. Esso è stato realizzato prevedendo una disciplina integrativa ed in parte modificativa dei riti speciali previgenti, allargando lo spazio di operatività ai settori riguardanti: a) gli appalti di forniture e servizi pubblici, b) i provvedimenti di tutte le Autorità indipendenti, c) i procedimenti di dismissione e privatizzazione di imprese e beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione e soppressione di società, aziende o istituzioni ai sensi dell'art. 22 della l. 8 agosto 1990, n. 142¹³⁶, d) i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri, e) i provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi¹³⁷.

L'obiettivo di razionalizzazione è stato solo in parte raggiunto, nel senso che vari riti speciali non sono rientrati in tale elenco¹³⁸.

Quanto al settore delle opere pubbliche il rito speciale dell'art. 23-*bis* raccoglie, quindi, l'eredità dell'art. 19 del d. l. n. 67 del 1997¹³⁹.

41. Le tutele differenziate nel processo amministrativo. Il concetto di “specialità” del rito e l'art. 23-*bis*, l. n. 1034/71

Con riferimento ai riti differenziati che sono stati oggetto di disamina, un esempio di tutele differenziate è fornito dalla materia delle opere pubbliche.

Si tratta di un settore peculiare, relativamente al quale apprestare strumenti agili e tempestivi di tutela, specie in sede cautelare, non ha avuto solo la limitata finalità di comporre il contrasto fra l'interesse del committente alla rapida conclusione delle opere (che è anche convergente con lo stesso interesse economico dell'aggiudicatario a realizzare il lavoro) e la pretesa dei soggetti lesi da provvedimenti illegittimi.

¹³⁶ L'art. 22, l. n. 142 del 1990 è oggi abrogato e sostituito dagli artt. 113 e 113-*bis*, titolo V, parte I, d. lgs. n. 267 del 2000 (t.u. degli enti locali) ed è relativo alle forme di gestione dei servizi pubblici locali.

¹³⁷ L'obiettivo di razionalizzazione è stato solo in parte raggiunto, nel senso che vari riti speciali non sono rientrati in tale elenco.

¹³⁸ Per un elenco dei vari riti speciali tuttora sussistenti, v. BARTOLINI, *Il rito speciale per i settori sensibili*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, II, Torino, 2004, 253.

¹³⁹ L'art. 4 della l. n. 205 del 2000 che ha introdotto l'art. 23-*bis*, ha anche disposto corrispondentemente l'abrogazione dell'art. 19, d. l. n. 67 del 1997, nonché dell'art. 1, comma 27°, l. 249 del 1997, che per i giudizi promossi contro l'Autorità per le telecomunicazioni richiamava le disposizioni previste per le vertenze in tema di opere pubbliche (v. § 6.1).

In questi conflitti vengono coinvolti anche notevoli interessi pubblici quali quello relativo all'opera pubblica oggetto di appalto, ma anche e soprattutto quello connesso all'occupazione¹⁴⁰. La Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d. l. n. 67/1997 chiariva esplicitamente che nel decreto-legge vi erano un complesso di disposizioni "tutte finalizzate alla possibilità di incentivare e favorire, in tempi brevi, molteplici occasioni di occupazione nei vari settori dell'attività economica" ed in quest'ottica la *ratio* dell'art. 19 era quella di "ridurre i tempi dei processi amministrativi, relativamente al settore della realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, con lo scopo di assicurare tempi più brevi nella definizione delle relative controversie sia per quanto attiene alla fase cautelare, che a quella di merito".

Tale connessione fra l'interesse che fa capo a ciascuno dei "contendenti" della controversia e un più generale interesse pubblico giustifica l'adozione di forme particolari, che garantiscano la rapidità delle decisioni.

Con la l. n. 205 del 2000, la tendenza alla molteplicità dei riti percorribili si è ancor più accentuata poiché non solo sono stati, per così dire, razionalizzati¹⁴¹, una pluralità di riti speciali, introdotti negli ultimi anni con ritmo crescente, ma sono stati previsti particolari istituti, tesi all'accelerazione e all'abbreviazione del processo, in grado di determinare una diversificazione dell'*iter* normale del processo, ad esempio comportando la definizione del giudizio in sede di udienza camerale per la trattazione della domanda cautelare.

E' sufficiente constatare la complessità delle posizioni dottrinali circa l'esatta individuazione della nozione di "specialità" per intuire la molteplicità di riti cui ha dato vita il legislatore nell'ambito della giustizia amministrativa.

Secondo una prima impostazione¹⁴², che fa riferimento all'aspetto più propriamente processuale, di riti speciali in senso stretto può parlarsi solo nelle ipotesi in cui i procedimenti risultino "caratterizzati nella loro interezza da una struttura diversa da quella ordinaria"¹⁴³, mentre in un senso diverso può parlarsi di specialità con riferimento

¹⁴⁰ Non a caso il decreto legge n. 67/1997 nel gergo pratico era denominato "sbloccacantieri".

¹⁴¹ L'espressione è di BARTOLINI, *Il rito speciale*, cit., 253.

¹⁴² V. CAIANELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 1028.

¹⁴³ L'A. annovera, per citarne alcuni: il contenzioso elettorale, le controversie in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, il procedimento avverso il silenzio *ex* art. 21-*bis*, l. n. 1034/71, il procedimento monitorio per decreto ingiuntivo e i provvedimenti anticipatori (artt. 186-*bis* e 186-*ter* c.p.c.) *ex* art. 8 l.n. 205/00.

ai vari istituti di accelerazione e abbreviazione del rito ordinario, inscrivibili all'interno di qualsiasi processo in presenza di alcuni presupposti indicati dalla legge¹⁴⁴.

Si pone sulla stessa scia chi¹⁴⁵ qualifica come specialità forte, le ipotesi in cui l'intero procedimento si caratterizzi per essere disciplinato da regole autonome, ovvero come specialità in senso attenuato, quelle in cui il legislatore abbia previsto l'accelerazione delle decisioni nel rito ordinario o la dimidiazione dei tempi processuali.

Altri¹⁴⁶, invece, in base a considerazioni di carattere più sostanziale, fanno notare che confluiscono nella nozione di specialità fattispecie processuali eterogenee, difficilmente sovrapponibili, e ritengono che la qualificazione della specialità del rito vada attribuita solo a categorie di processi amministrativi che rispondono ad un'esigenza diversa da quella di assicurare la tutela sostanziale del bene della vita oggetto d'interesse da parte del ricorrente. Quindi, non dovrebbe parlarsi di specialità ravvisandola in un regime processuale differenziato (esattamente, infatti, l'art. 4 della l. n. 205 del 2000 è rubricato "Disposizioni particolari sul processo in determinate materie"), quanto nell'esigenza che, attraverso quel rito, si intenda perseguire un particolare assetto d'interessi, che o può essere strumentale al conseguimento del bene della vita, ovvero può coincidere con esso¹⁴⁷.

Al di là di questo dato classificatorio, resta il fatto che il legislatore, da tempo risalente, ha avvertito la necessità di predisporre un rito o ideare meccanismi processuali appositi per la materia delle opere pubbliche ed oggi tale disciplina è prevista dall'art. 23-*bis*, inserito nel corpo della l. n. 1034 del 1971 dall'art. 4 della l. n. 205 del 2000.

Oltre all'esigenza di evitare che i lunghi tempi occorrenti per la definizione del giudizio andassero a danno di interessi pubblici, oltre che privati, è stata determinante la constatazione del fenomeno indicato come "cautelarizzazione" del giudizio amministrativo, ossia la tendenza a ricercare la tutela giurisdizionale nei tempi brevi e

¹⁴⁴ Fra i quali, esemplificando, si possono citare: la possibilità di decidere il ricorso nel merito in sede cautelare *ex* art. 21, comma 10, l. n. 1034/71; la decisione in forma semplificata con rito camerale *ex* art. 26, l. n. 1034/71; le alterazioni del rito ordinario che investono la dimidiazione dei tempi processuali *ex* art. 23-*bis*, l. n. 1034/71.

¹⁴⁵ V. SPUNTARELLI, *Perenzione e procedimento monocratico in Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 841 ss..

¹⁴⁶ PAOLANTONIO, *Il rito differenziato nel processo amministrativo*, in AA. VV., *Il nuovo processo amministrativo*, con il coordinamento di De Paolis, 2^a ed., Padova, 2003, 194.

¹⁴⁷ Con la conseguenza che, secondo l'A., non sarebbe ravvisabile un *eadem ratio* fra i riti camerale di cui all'art. 25, comma 5, l. n. 24/90, in tema di accesso ai documenti amministrativi, ed all'art. 21-*bis*, l. n. 1034/71, in materia di silenzio e le procedure differenziate di cui all'art. 4 della l. n. 205 del 2000: mentre i summenzionati riti camerale sono finalizzati alla soddisfazione di un interesse strumentale all'appagamento del bene della vita (acquisire documenti o ottenere una pronunzia espressa dell'autorità), correlato ad una situazione soggettiva già azionata o ancora da azionare, il regime differenziato di cui all'art. 4 della l. n. 205 del 2000 si inserisce in un processo di cognizione che ha già per oggetto quella pretesa.

nelle forme sommarie proprie della fase cautelare¹⁴⁸. La prassi giurisprudenziale di fornire già in sede cautelare provvedimenti frutto di una cognizione approfondita del materiale di causa, avallata dal riconoscimento della natura decisoria e dell'appellabilità delle ordinanze cautelari, hanno fatto sfumare i caratteri di provvisorietà ed interinalità propri della tutela cautelare, la quale fornisce, in ogni caso, un componimento provvisorio della lite, suscettibile di essere ribaltato in seguito all'adozione di una contraria decisione nel merito. L'intervento del legislatore con l'adozione di forme speciali di giudizio ha, quindi, anche la finalità di garantire tutela in tempi brevi, ma stabile e definitiva, in quanto frutto di cognizione piena ed esauriente.

Se fino all'emanazione della l. n. 205/2000 uno degli aspetti fondamentali della differenziazione del rito previsto in questa materia era proprio la possibilità di anticipazione del momento dell'adozione della sentenza definitiva di merito, è lecito domandarsi quali elementi di specialità permangano nella nuova normativa, dal momento che l'art. 3 della stessa l. n. 205 del 2000 ha previsto in via generalizzata, e cioè con riferimento ad ogni controversia, il potere del giudice di definire la causa nel merito già in sede di trattazione domanda cautelare. Ebbene, si può affermare che, se anche non si voglia parlare di rito speciale *tout court*, sicuramente permangono caratteri di specialità nella procedura delineata dall'art. 23-*bis* per quanto riguarda la riduzione della metà della durata di tutti i termini processuali, salvo quelli inerenti alla proposizione del ricorso (art. 23-*bis*, comma 2), e per l'accelerazione impressa alla causa dal giudice nell'ipotesi in cui, accertata la ricorrenza dei presupposti, anziché concedere la cautela, rinvii la definizione del giudizio alla prima udienza utile successiva ad un termine di trenta giorni dall'ordinanza¹⁴⁹.

Tale procedura speciale consente di ascrivere tale rito nella categoria dei "procedimenti speciali decisori a cognizione piena ed esauriente"¹⁵⁰, dal momento che il provvedimento giurisdizionale finale viene pur sempre preceduto dalla "valutazione completa ed approfondita di tutte le questioni di merito" ed "emesso solo dopo che le parti sono state poste in condizione di spiegare in modo completo le loro difese".

¹⁴⁸ Sull'inquadramento sistematico dell'art. 23-*bis*, l. n. 1034/71, v. VAIANO, *L'accelerazione dei tempi processuali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1080 ss., spec. 1088.

¹⁴⁹ Il legislatore ha valutato in via presuntiva che il termine di trenta giorni fosse idoneo a consentire alle parti di spiegare efficacemente tutte le difese in giudizio costituzionalmente garantite, producendo documenti e memorie.

¹⁵⁰ Sulle caratteristiche generali dei riti speciali decisori a cognizione piena ed esauriente, v. MENCHINI, *op. cit.*, 937.

42. La tutela cautelare nei giudizi *ex art. 23-bis* ed il giudizio “accelerato”

I punti cardine della normativa processuale in questione sono due. In primo luogo, il dimezzamento dei termini processuali ordinari, salvo di quelli per la proposizione del ricorso¹⁵¹. In secondo luogo, una parte importante del rito speciale interessa la tutela cautelare, che, come detto in più occasioni, costituisce uno snodo fondamentale della causa. La *ratio* della norma è quella di limitare l'impiego degli incidenti cautelari e soprattutto della sospensiva, in grado di bloccare le attività svolte nei settori sensibili individuati e, quindi, recare pregiudizio ad attività economiche rilevanti per l'economia nazionale.

L'art. 23-*bis* stabilisce che, “salva l'applicazione dell'art. 26, quarto comma, il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso ai sensi dell'art. 21, se ritiene ad un primo esame che il ricorso evidenzia l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale che ne dà avviso”.

Il comma 5 dello stesso art. 23-*bis* prevede inoltre che “con le ordinanze di cui al comma 3, in caso di estrema gravità e urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari, enunciando i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso”.

Inoltre, la norma è completata dalla previsione della rapida pubblicazione del dispositivo della sentenza, entro sette giorni dalla data dell'udienza, e dal dimezzamento del termine per proporre appello, che risulta di trenta giorni.

L'intento acceleratorio della norma è, pertanto, perseguito, sul fronte dei termini processuali, e, per ciò che in questa sede interessa maggiormente, tramite la creazione di

¹⁵¹ Sull'abbreviazione dei termini ai sensi dell'art. 23-*bis*, v. BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati*, cit., 1317; PAOLANTONIO, *Il rito differenziato*, cit., 211.

un particolare rito speciale eventuale, il quale è stato denominato giudizio abbreviato, o accelerato¹⁵², da non confondere con il giudizio immediato, previsto dall'art. 21, l. Tar. Entrambi vengono provocati dalla proposizione di una domanda cautelare, ma la differenza sostanziale risiede nel fatto che nel giudizio "immediato" ex art. 21, la decisione della causa, stanti gli altri presupposti, viene resa immediatamente, nella stessa camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, mentre, nel giudizio "abbreviato" ex art. 23-bis, essa costituisce l'occasione per abbreviare i tempi dell'udienza di merito, che va fissata nella prima udienza di merito successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza.

43. I presupposti del giudizio abbreviato ex art. 23-bis

Lo svolgimento del rito accelerato non è automaticamente ricollegato al fatto che la controversia rientra nel raggio di applicazione del comma 1 dell'art. 23-bis. Occorre, infatti, la sussistenza di ulteriori requisiti che vengono descritti dalla stessa norma.

Oltre alla presentazione di una domanda cautelare, è necessario il preventivo accertamento della completezza del contraddittorio. Inoltre, il rito accelerato è subordinato alla circostanza che il ricorso "evidenzi l'illegittimità dell'atto impugnato" e che sussista "un pregiudizio grave ed irreparabile". Si tratta di requisiti particolarmente stringenti, che implicano rigorose valutazioni sia quanto al *fumus boni iuris* sia quanto al *periculum in mora*¹⁵³. Sotto il primo profilo, dal ricorso deve emergere l'evidente illegittimità dell'atto impugnato¹⁵⁴. In dottrina si ritengono coincidenti il concetto di "evidente" illegittimità previsto dall'art. 23-bis con la nozione di manifesta fondatezza del ricorso, ex art. 26. Non è, infatti, plausibile, ammettere tre diverse gradazioni di *fumus* (per la concessione della misura cautelare nel giudizio ordinario, per il giudizio abbreviato e per quello immediato)¹⁵⁵.

¹⁵² Così M. LIPARI, *Il processo in materia di opere pubbliche*, cit., 268, e ID., *Il processo speciale in materia di opere pubbliche delineato dall'articolo 4 della legge n. 205/2000 ed il nuovo articolo 23-bis della legge n. 1034/1971*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵³ V. MORLACCHI, *sub art. 4, l. n. 205 del 2000*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, n. 3-4, 620 ss., spec. 627.

¹⁵⁴ Secondo M. LIPARI, *Il processo in materia di opere pubbliche*, cit., 278, la disposizione sembra formulata con esclusivo riferimento ai giudizi impugnatori, ma si tratta di un mero errore semantico del legislatore, che non impedisce di riferire la norma a tutte le ipotesi di "evidente fondatezza della domanda", ancorché non diretta all'annullamento del provvedimento impugnato.

¹⁵⁵ V. M. LIPARI, *ibidem*.

Quanto al *periculum*, ai fini dell'accelerazione del rito la norma sembra richiedere del pregiudizio grave ed irreparabile, mentre è stato evidenziato in dottrina¹⁵⁶ che non viene espressamente richiesto fra i requisiti di accesso al giudizio immediato, con la conseguenza che, stando ad un'interpretazione letterale della norma, il processo abbreviato si dovrebbe svolgere solo nei casi urgenza, mentre in quello immediato, il quale si celebra senza soluzione di continuità, potrebbe operare anche nelle ipotesi un cui non vi è alcun *periculum*.

44. La fissazione dell'udienza di discussione e la pronuncia delle "opportune misure cautelari"

Ai fini che più interessano la presente ricerca interessa notare un particolare aspetto della disciplina speciale.

Il comma 5 dell'art. 23-*bis* prevede che con l'ordinanza con cui il giudice fissa l'udienza di merito "a breve", egli possa disporre le opportune misure cautelari "in caso di estrema gravità e urgenza".

Sull'interpretazione non v'è univocità di vedute. Un primo indirizzo esegetico maggioritario, ritiene che la previsione normativa preveda un *saltum* della fase cautelare, la quale risulta assorbita da una rapida decisione sul merito della controversia. Si ritiene, infatti, che, ferma restando la possibilità di decidere il ricorso con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 26, comma 4, l. Tar, il collegio chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, qualora ravvisi che la stessa sia assistita dai requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* non possa adottare alcuna misura cautelare, ma debba soltanto fissare con ordinanza, la discussione nel merito del ricorso alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza medesima¹⁵⁷. Secondo tale interpretazione, nonostante il ricorso evidenzi l'illegittimità dell'atto impugnato e sussista un pregiudizio grave ed irreparabile, il giudice deve limitarsi a fissare la decisione in merito del ricorso, essendo la concessione della misura cautelare subordinata alla ricorrenza di una situazione di estrema gravità ed urgenza, e, dunque, di un *periculum in mora* particolarmente accentuato.

¹⁵⁶ V. sempre M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 279.

¹⁵⁷ Cfr. SAITTA, *Riti abbreviati e tutela cautelare: un passo indietro?*, in *Giustizia amministrativa*, 2001, 524 ss.; GAROFOLI-PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 249-250; SPENA, *L'art. 23-bis, comma 3, l. Tar, fra esigenza di accelerazione del processo amministrativo e tutela del diritto di difesa*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 3393 ss., spec., 3398.

L'ordinanza con cui il giudice provvede a fissare l'udienza di merito ha, quindi, la funzione di accelerazione processuale e si pone in termini alternativi e sostitutivi rispetto alla tutela cautelare. Il legislatore ha previsto che la tutela cautelare, insopprimibile per le esigenze di tutela giurisdizionali più volte menzionate, possa essere disposta solo quando la conversione del processo in rito accelerato non possa essere una misura sufficiente a mantenere *re adhuc integra*, in attesa della decisione definitiva di merito. L'oggetto del giudizio sul danno dovrà essere quindi limitato al breve spazio di tempo (cioè poco più di trenta giorni) necessario per definire il giudizio nel merito: se il giudice ritenga che in questo lasso di tempo il ricorrente possa subire un pregiudizio irreparabile, egli potrà disporre le opportune misure cautelari¹⁵⁸.

Secondo un'altra minoritaria opzione ermeneutica, invece, le conclusioni sono opposte. L'ordinanza del collegio, infatti, non ha valenza solo processuale, ma propriamente decisoria: con essa, infatti, il giudice non si limita a fissare la discussione del merito, ma dispone anche interinalmente, le misure cautelari richieste dal ricorrente¹⁵⁹: diversamente si arriverebbe alla conclusione che il giudice, pur accertando il duplice requisito del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* non accorderebbe alcuna tutela cautelare, ma solo la modesta utilità dell'accelerazione dell'udienza di discussione (...) senza alcuna garanzia che il ricorso sarà accolto.

Per certi versi, la disposizione prevede un meccanismo analogo a quello del giudizio abbreviato, nel caso in cui la competenza sulla causa spetti al giudice monocratico e quindi provveda a fissare l'udienza di merito dinanzi al collegio. È difficile pensare che questi, ritenendo sussistente *fumus boni iuris* e *periculum in mora* non provveda contestualmente a concedere il provvedimento cautelare, nonostante le intenzioni del legislatore societario¹⁶⁰.

¹⁵⁸ V. BARTOLINI, *Il rito speciale*, cit., 292.

¹⁵⁹ M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 281.

¹⁶⁰ Su tale aspetto, v. cap. III, § 64.

CAPITOLO III

INQUADRAMENTO SISTEMATICO

DEL RITO ABBREVIATO

SOCIETARIO

45. L'inquadramento sistematico del giudizio abbreviato: i percorsi

Come istituto nuovo all'interno del processo civile, il rito abbreviato necessita di un inquadramento dal punto di vista sistematico, che consenta di individuarne la natura, utilizzando le categorie dogmatiche proprie del processo civile, e di risolvere anche le eventuali incertezze applicative della disciplina.

Tale inquadramento può essere compiuto secondo un profilo meramente strutturale, con riferimento alle modalità del procedimento. Si tratta di un profilo descrittivo del fenomeno, che ha interesse poiché consente di valutare le singole peculiarità del rito abbreviato come *lex specialis*, di individuarne la *ratio* e di fornire di un'adeguata giustificazione, anche costituzionale, della particolarità delle norme in questione.

L'istituto può essere, altresì, inquadrato anche sotto un profilo funzionale, il quale coinvolge valutazioni più articolate circa le caratteristiche della cognizione esercitata e del provvedimento finale. In particolare, va poi messo in luce il meccanismo alla base

dell'abbreviazione del rito e dell'anticipata decisione di merito, in virtù del quale il giudice può soprassedere sulla pronuncia della misura cautelare ed indirizzare la causa verso l'immediata definizione di merito: esso si basa sul fenomeno cd. dell'assorbimento della misura cautelare nella sentenza di merito.

Per cogliere l'esatta natura del giudizio abbreviato occorre considerare entrambe i profili i quali risultano interdipendenti, nel senso che le forme del procedimento sono strettamente funzionali alle esigenze della cognizione.

**46. A) Inquadramento strutturale: il rito abbreviato come tutela “differenziata”.
La nozione di “tutele giurisdizionali differenziate” ricomprende sia i riti
“speciali” a cognizione piena sia le tutele sommarie non cautelari**

Dal punto di vista descrittivo, delle norme relative al procedimento, il rito abbreviato, al pari degli altri procedimenti in materia societaria previsti dal d. lgs. n. 5 del 2003, va inserito nel contesto delle “tutele differenziate”¹.

Con questa espressione si intendono particolari modelli procedimentali, previsti da disposizioni contenute nel codice di procedura civile o in leggi speciali, i quali sono, tendenzialmente “autosufficienti”², cioè regolati da un apposito *corpus* di norme, suscettibile di integrazione mediante gli eventuali richiami al sistema codicistico. Tali procedimenti costituiscono il novero delle tutele differenziate così definite proprio per indicare che essi presentano delle “differenze”, delle peculiarità, rispetto ai modelli generali previsti nel codice, e cioè, per esempio, rispetto al processo di cognizione ordinaria ovvero al rito cautelare uniforme.

Si tratta di un tema che riguarda tanto la giurisdizione civile quanto quella amministrativa, la quale, forse anche prima di quella civile, ha visto proliferare una serie di riti speciali³.

¹ Sul tema di tutele differenziate si vedano MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 921 ss.; PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536 ss., e *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 228 ss.; VOCINO, *Intorno al nuovo verbo di tutela giurisdizionale differenziata*, in *Studi in onore di T. Carnicini*, II, Milano, 1984, 761 ss.; VERDE, *Unicità e pluralità di riti nel processo di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 659 ss.; MONTESANO-ARIETA, *Tratto di diritto processuale*, cit., II, t. 1, 3 ss..

² L'espressione è di ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 15.

³ V. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3 ss., il quale, già più di venti anni fa, parlava della giustizia amministrativa come “il mondo delle tutele differenziate”. Sulle tutele differenziate nel processo amministrativo, v. cap. II, § 41.

Il ricorso alla tutela giurisdizionale differenziata, infatti, costituisce uno degli strumenti utilizzati dal legislatore per porre rimedio alla lentezza del processo e garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Occorre chiarire, però, che sotto questa denominazione, così genericamente individuata, si possono far confluire vari istituti, molto diversi fra loro.

La nozione di “tutele giurisdizionali differenziate” cominciò a circolare in dottrina in seguito dall'adozione del nuovo rito previsto per le controversie in materia di lavoro⁴: si trattava, infatti, di un processo studiato appositamente per determinate categorie di situazioni giuridiche controverse, improntato sulle note caratteristiche dell'immediatezza oralità e concentrazione del processo. Nel dibattito che si sviluppò successivamente, venne, quindi, elaborata la definizione di tutela giurisdizionale differenziata, proprio con riferimento alla predisposizione, da parte del legislatore, di procedimenti diversificati in ragione delle diverse situazioni di diritto sostanziale.

Fu subito chiaro⁵ il carattere altamente equivoco dell'espressione, tanto che un'autorevole dottrina⁶ ha, poi, considerato tale denominazione come “generica” ed “impropria”.

Infatti, è bene distinguere l'uso dell'espressione “tutela giurisdizionale differenziata”, “ove con tale termine si intenda la predisposizione di più procedimenti a cognizione piena ed esauriente taluni dei quali modellati sulla particolarità di singole categorie di situazioni sostanziali controverse”, dal ricorso alla medesima nozione, “ove con tale termine si intenda la predisposizione di forme tipiche di tutela sommaria (cautelare o sommaria tout court)”⁷.

Si tratta di due tipi di strumenti ben diversi. Infatti, accanto alle ipotesi di riti a cognizione piena caratterizzati da particolarità del procedimento rispetto al modello ordinario, vengono fatte rientrare nella categoria delle tutele differenziate anche numerose tutele sommarie che, per determinate categorie di diritti, o in rapporto a determinate situazioni di pericolo di frustrazione della definitiva tutela, hanno lo scopo di anticipare la tutela di merito o di sostituirla, e che si definiscono sommarie perché adottate in seguito a cognizione incompleta o superficiale⁸.

⁴ L'espressione venne utilizzata da PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 205 ss..

⁵ V. sempre PROTO PISANI, *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, 534 ss., e, più ampiamente, ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., 536 ss.

⁶ Cfr. FAZZALARI, voce *Processo civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 130.

⁷ V. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., 538, e, successivamente, ID., *Le tutele giurisdizionali*, cit., 233.

⁸ Cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 86.

Nel primo caso, siamo in presenza di “riti speciali”, dallo svolgimento più rapido e semplificato rispetto a quello ordinario, predisposti in ragione di determinate controversie.

Nel secondo caso, invece, si è fuori dall’ambito della cognizione piena, operando nel versante della tutela sommaria, in particolare, di quella non cautelare.

In entrambe le ipotesi, la tutela giurisdizionale si attua mediante modelli procedimentali differenziati rispetto al processo ordinario di cognizione, ma si tratta di fenomeni diversissimi tra loro, accomunabili solo sotto il profilo del controllo di costituzionalità in relazione agli artt. 24 e 3 della Costituzione: l’*eadem ratio*, sottesa alla diversificazione dei procedimenti, è quella per cui, al diritto di agire per la difesa dei propri diritti, devono corrispondere forme di tutela il più possibile idonee a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale resa⁹. Questa, pertanto, può legittimamente diversificarsi a seconda della situazione giuridica tutelanda. Si rinviene, per tale via, nella Costituzione, la trasformazione in direttiva giuridica vincolante di quanto affermato dal Chiovenda¹⁰, per il quale “... il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire”. Entrambe tali direttrici, rispondo alla necessità che a bisogni diversi di tutela corrispondano forme diverse di tutela.

La dizione di processi “speciali” è pertanto idonea ad indicare genericamente tutti quei procedimenti che si discostano dal modello ordinario, previsto per l’esercizio della giurisdizione. Proprio in quanto nozione generica, risultante dalla diversificazione rispetto al rito ordinario, essa è idonea a ricomprendere ipotesi illimitate ed assolutamente non omogenee.

Il legislatore può diversificare la tutela rispetto a quella ordinaria in un duplice senso, al fine primario di realizzare i principi costituzionali relativi all’azione e all’uguaglianza in senso sostanziale della tutela concessa.

Un primo tipo di intervento, si può attuare mediante la previsione di vari riti a cognizione piena, che si contrappongono al rito ordinario, previsto dai primi tre titoli del secondo libro del c.p.c..

L’individuazione della “specialità” di tale riti avviene sulla base del confronto rispetto al modello predisposto dal legislatore al fine di realizzare la tutela cognitiva (o

⁹ Inserendosi nel dibattito circa il fenomeno della tutela giurisdizionale differenziata, CARPI, *Flashbes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1980, 237 ss., sottolineava, da un lato, quanto alla predisposizione di riti differenziati di cognizione, il pericolo di una eccessiva atomizzazione, laddove le esigenze non fossero ricollegabili ai principi di cui all’art. 3, comma secondo, cost.; d’altro lato, quanto allo sviluppo dei provvedimenti sommari non cautelari, affermava che la rapidità della tutela giurisdizionale è elemento indispensabile per la concreta ed effettiva attuazione delle garanzie costituzionali di azione e di difesa e che al contrario la mancanza di incisività degli strumenti processuali ordinari può comportare l’accentuazione di disuguaglianze sostanziali fra le parti.

¹⁰ V. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, 41-42.

dichiarativa) sui diritti: tale modello di processo (di cognizione, appunto), il cui esito è costituito da un provvedimento destinato ad attuare la volontà di legge nel caso concreto, si definisce “ordinario” ed è l’archetipo¹¹, in quanto più complesso e meglio regolato, al quale tutti gli altri procedimenti sono improntati. Esso costituisce il modello “normale” di tutela dei diritti, in quanto è applicabile ad ogni tipo di diritto ed è caratterizzato dalla predisposizione di norme che disciplinano dettagliatamente i poteri delle parti e del giudice ed i tempi e le modalità di esercizio degli stessi.

Accanto a tale modello “ordinario”, il legislatore può predisporre dei processi forgiati in modo differente rispetto allo schema previsto per il normale esercizio della giurisdizione: essi hanno pur sempre come scopo, l’emanazione di un provvedimento definitivo e decisorio, ma rispetto a quello ordinario sono “differenziati” quanto all’aspetto procedurale.

Si tratta di riti pur sempre a cognizione piena, non caratterizzati dalla specialità del giudice, introdotti per plasmare lo strumento processo sulle particolarità del rapporto litigioso, particolarità che non necessariamente coincidono in *toto* con la sola esigenza di accelerazione del processo¹².

Esempi di riti speciali a cognizione piena, sono forniti sia dal processo del lavoro sia dal rito societario.

La predisposizione di riti speciali a cognizione piena può dipendere dalla natura della situazione giuridica controversa e dalla posizione “debole” di una delle parti del processo rispetto a quella “forte” dell’altra. È il caso tipico del lavoratore(o conduttore, affittuario, comodatario di immobili urbani), parte “debole”, contrapposto, sulla base di una valutazione tipica, formulata a priori, al datore di lavoro (o locatore, concedente o comodante), parte “forte” del rapporto¹³, che determina una disciplina processuale tendenzialmente riequilibratrice delle posizioni delle parti, ed, anzi, ispirata al *favor laboratoris*.

La specialità della tutela può derivare anche dalla conformazione degli interessi coinvolti, i quali richiedono una regolamentazione giudiziale pronta e definitiva, in tempi più rapidi rispetto alle forme ordinarie. Risponde a tale esigenza sia la normativa riguardante l’accelerazione del processo amministrativo in materia di appalti di opere

¹¹ L’espressione è di MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele differenziate*, cit., 931.

¹² V. MONTESANO, Luci ed ombre in leggi e proposte di “tutela differenziata” nel processo civile, in Riv. dir. proc., 1979, 592 ss..

¹³ Cfr. TARZIA, *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*, in Riv. trim. dir. proc., 2005, 317 ss., il quale svolge alcune considerazioni sulle principali applicazioni della tutela differenziata nelle controversie civili, ravvisando quale costante, l’individuazione tipica dei soggetti beneficiari, in relazione alle loro “condizioni personali e sociali” e il ricorso a forme speciali di tutela processuale.

pubbliche, oggetto di disamina nel capitolo precedente, sia quella che recentemente ha introdotto il rito societario.

Un secondo tipo di intervento legislativo diretto ad ampliare il novero dei procedimenti giurisdizionali, è stato realizzato mediante il ricorso a forme di tutela sommaria, principalmente non cautelari.

Anche con riferimento a tali procedimenti si può parlare di “differenziazione”, soprattutto dal momento che il provvedimento che ne deriva, non presenta le caratteristiche della sentenza, essendo, appunto, frutto, di cognizione sommaria¹⁴.

Il ricorso sempre maggiore a forme di tutela non cautelare si giustifica in ragione della sussistenza di varie condizioni¹⁵. Ad esempio, nell’ipotesi in cui non vi sia contestazione effettiva circa l’esistenza della situazione di vantaggio da parte dell’obbligato, la ragionevole considerazione che chi si trova in una determinata situazione abbia ragione, rende contrario all’economia processuale che si addossino a questo soggetto i tempi ed i costi del processo ordinario, essendo più opportuno, invece, che questi vengano, posti a carico del destinatario del provvedimento. Si giustifica, così, ad esempio, il procedimento di ingiunzione, *ex art.* 633 ss.

Le misure di tutela non cautelare hanno conosciuto, altresì, un notevole sviluppo grazie alla previsione di procedimenti incidentali, destinati a concludersi in tempi brevi con un provvedimento sommario, in tutto o in parte anticipatorio del contenuto della eventuale sentenza di merito¹⁶, suscettibili di mantenere la propria efficacia esecutiva anche in seguito all’estinzione del giudizio di merito. Si pensi, ad esempio, alle ordinanze anticipatorie in corso di causa.

¹⁴ Nel noto saggio citato, PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale differenziata, cit.*,

¹⁵ V. MENCHINI, *op. cit.*, 932 ss.; COSTANTINO, *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Le società*, 2000, 161 ss..

¹⁶ Proprio nello scritto di PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale, cit.*, si auspicava un utilizzo della tutela sommaria non cautelare mediante la pronuncia di provvedimenti anticipatori, resi all’esito di un subprocedimento, instaurato nel corso di un procedimento a cognizione piena, e caratterizzati dalla sopravvivenza della loro efficacia all’estinzione del processo di merito. L’A., cioè, affermava che la soddisfazione anticipata del diritto nel tempo necessario allo svolgimento del processo potesse essere attuata mediante il ricorso al provvedimento cautelare anticipatorio, ma anche mediante il provvedimento non cautelare. Per questo aspetto, nell’impostazione dell’A. tende a sfumare la distinzione funzionale fra provvedimenti cautelari di contenuto anticipatorio e provvedimenti non cautelari, rimanendo limitata a quella strutturale. Sempre PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 116, afferma che il fenomeno dei rapporti fra tutela cautelare e tutela non cautelare può essere rappresentato da due cerchi, la cui parte coincidente rappresenta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente ad esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e della tutela cautelare totalmente anticipatoria. La distinzione viene, invece, fermamente riaffermata da MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 945 ss., secondo il quale, in tali ipotesi, se è identico il contenuto degli effetti, ne permane pur sempre differente la qualità, nel senso che la funzione non è di accoglimento – sia pure parziale o provvisorio – della domanda di tutela ordinaria, ma di assicurazione della sua efficienza.

Ciò rende chiaro che la mera diversificazione dal rito ordinario non è sufficiente di per sé a determinare una classificazione delle numerose tutele giurisdizionali, essendo ulteriormente necessario valutare da un lato, la funzione del processo, ovvero lo scopo perseguito, il tipo di protezione che mediante il provvedimento finale si assicura alla situazione soggettiva fatta valere, e, dall'altro, le caratteristiche della cognizione esercitata nell'ambito di quel procedimento¹⁷.

L'elemento che segna senz'altro il limite fra la tutela normale, cioè a cognizione piena, e la tutela sommaria non cautelare è l'idoneità della prima a dar vita ad un provvedimento dotato degli effetti, diretti e riflessi, descritti nell'art. 2909 c.c..

La struttura del procedimento dipende, quindi, dalle esigenze che con esso si vogliono soddisfare: è stato ben evidenziato¹⁸, infatti, che nelle tutele alternative la struttura del procedimento dipende dalle esigenze che con esso si vogliono soddisfare: se l'obiettivo è la celerità della pronuncia, si ricorre a modelli semplificati, che saranno per lo più a cognizione sommaria, mentre se si persegue la realizzazione di una tutela definitiva e stabile si percorrerà la strada del processo speciale a cognizione piena, ad alta solennità formale, che preveda poteri in capo al giudice e facoltà delle parti, soprattutto quanto alla prova, diretti a realizzare la massima tutela giurisdizionale della situazione di vantaggio.

47. I parametri di legittimità costituzionale delle tutele differenziate: il principio di uguaglianza e il “dovuto processo legale”

Le controversie commerciali hanno costituito oggetto di attenzione del legislatore per alcune considerazioni che trascendono l'interesse specifico proprio dei “litiganti”. Infatti, alla base della creazione di un rito societario vi sono specifiche ragioni. Esse si possono rinvenire nei riflessi che l'efficienza e l'affidabilità di un sistema economico può avere sul sistema economico. L'incertezza sulla applicazione delle regole inerenti i rapporti societari, sconsigliando lo stabilimento di società nel nostro paese, può dar vita alla fuga verso altri ordinamenti¹⁹.

Cercando di cogliere le varie esigenze poste alla base dei diversi procedimenti speciali creati negli anni dal legislatore, si avverte come la funzione del processo sia strumentale rispetto alla tutela della situazione di diritto sostanziale: se è vero che “...il

¹⁷ Per tali considerazioni, v. MENCHINI, *op. cit.*, 925 ss..

¹⁸ V. MENCHINI, *op. cit.*, 933 ss.

¹⁹ COSTANTINO, *Contributo alla ricerca, cit.*, 162.

processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto a conseguire”, è fisiologico che questo si atteggi in forme diverse a seconda dei diritti che si intendono tutelare. La diversità delle forme di tutela corrisponde alla diversità delle situazioni tutelande.

La Corte costituzionale ha in proposito ribadito più volte che il legislatore può esercitare “la più ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali e nell’articolazione del processo”, con il limite costituito dalla ragionevolezza²⁰.

Un primo parametro di costituzionalità delle scelte del legislatore è costituito dal principio di uguaglianza, ed in particolare, di uguaglianza sostanziale, sancito dall’art. 3, comma secondo, Cost., secondo due profili: in un primo senso, serve a giustificare l’introduzione di tutele speciali di diritti quando questi rischiano di essere compromessi ove non si usino strumenti processuali più rapidi e più semplici di quelli normali. In un secondo senso, l’uguaglianza sostanziale non implica che i poteri e le facoltà di ciascuna parte vadano esercitati nei vari procedimenti secondo le stesse modalità, bensì, che per entrambe le parti la possibilità di incidere sul convincimento del giudice sia la stessa.

Collegato a questo, il legislatore incontra anche il limite insuperabile costituito dall’altro principio, oggi sancito dall’art. 111, Cost., del “dovuto processo legale”, il quale, unitamente all’art. 24, Cost., implica che non possono essere imposti termini di irragionevole brevità per l’esercizio delle azioni e che venga assicurata una difesa paritaria, impedendo posizioni delle parti differenziate in ordine alle preclusioni di attività difensive e di richiesta e uso di prove, nonché attribuzioni, da parte del giudice, di compiti propri dei difensori e, in genere, di poteri che rischiano di comprometterne la posizione di organo decidente imparziale tra le parti²¹.

Proprio con riferimento all’istituto introdotto dall’art. 19 del d.l. n. 67 del 1997 la Corte costituzionale, nella più volte citata sentenza n. 427 del 1999, ebbe ad affermare che la specialità della materia ben può conformare la disciplina legislativa del diritto di difesa alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, anche in relazione alla materia del contendere, purché non sia pregiudicato lo scopo e la funzione del processo e non sia compromessa l’effettività della tutela giurisdizionale.

²⁰ V. Corte cost. 17 luglio 1988, n. 275, in *Giur. it.*, 1998, 1779, con nota di VULLO; Corte cost. 16 aprile 1999, (ord.), n. 128, in *Giur. cost.*, 1999, 1048.

²¹ Cfr. MONTESANO, *La tutela*, cit., 84.

48. I procedimenti in materia societaria si inseriscono nel novero delle tutele “differenziate”. Il processo di cognizione ordinaria societario come esempio di “tutela normale speciale”

I procedimenti in materia societaria si inseriscono nel novero delle tutele “differenziate” per un duplice aspetto: sia in ragione delle peculiarità che presentano rispetto ai modelli contenuti nel codice, in molti casi innovando e tentando vere “sperimentazioni”, sia in ragione della materia cui sono applicabili, il cui ambito è delimitato dall’art. 1 del d. lgs. n. 5 del 2003. Ciò vale sia in riferimento ai procedimenti di cognizione sommaria (cautelare e non), sia a quelli di tutela camerale e di composizione delle controversie alternative alla giurisdizione, poiché ognuno di questi procedimenti presenta aspetti peculiari ed innovativi rispetto al modello di riferimento esperibile in via “ordinaria”.

È esatto parlare di procedimenti, al plurale, ovvero anche di (sub)procedimenti speciali²², poiché il medesimo contenitore legislativo offre un ventaglio di percorsi giurisdizionali, avendo il legislatore moltiplicato gli strumenti di tutela e gli esiti della tutela stessa, rimettendo al soggetto che agisce la scelta circa la procedura da seguire alla luce dell’obiettivo perseguito²³.

Dove senz’altro le differenze rispetto al modello codicistico emergono con maggiore evidenza è la cognizione ordinaria, il cui assetto è stato “ridisegnato” dal legislatore, mutando il sistema dei rapporti fra le parti e il giudice²⁴. Infatti, la scelta del legislatore delegato non è stata quella di intervenire su singoli segmenti del processo di cognizione ordinario, ma di costruire un modello processuale specifico, che del rito ordinario segue solo alcuni tratti, operando per il resto un radicale cambiamento di prospettiva²⁵. Si è creato, in tal modo, un rito affatto autonomo rispetto all’ordinario processo di cognizione, al quale può senza dubbio attribuirsi la natura di rito differenziato²⁶.

²² L’espressione è di LUPOI, *sub art. 24, cit.*, 2467.

²³ Cfr. SASSANI, *La riforma delle società, Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003, 9 ss., secondo il quale la riforma largheggia nel consentire a chi agisce la possibilità di scegliere il grado di utilità della tutela da domandare, ad esso commisurando gli strumenti, (...) con la possibilità di rinunciare a benefici non specificamente perseguiti ma (oggi) inderogabilmente offerti dalla preconfezione di “tutela piena” imposta dal sistema.

²⁴ Per queste considerazioni, v. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 14 ss..

²⁵ Cfr. GIORGETTI-D’ALESSANDRO, *sub art. 2, in La riforma delle società, cit.*, 34.

²⁶ Così espressamente PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 4.

Si può aggiungere altro, premettendo che ogni processo che abbia ad oggetto l'accertamento pieno di diritti soggettivi idoneo al giudicato di cui all'art. 2909 c.c. e che si svolga secondo regole in tutto o solo in parte diverse da quello ordinario, fa parte delle funzioni giurisdizionali di "tutela normale speciale"²⁷.

Perché si possa parlare di tutela normale speciale occorre che ricorrano tre condizioni. In primo luogo, il processo deve consistere in una tutela non sommaria e concludersi con una sentenza idonea ad acquisire gli effetti descritti nell'art. 2909 c.c..

In secondo luogo, le regole di svolgimento del processo devono porsi con carattere di specialità rispetto a quelle descritte negli artt. 163 e seguenti c.p.c.. La diversità fra rito ordinario di cognizione e riti speciali può essere tendenzialmente integrale, come avviene quando la legge sottopone determinate controversie al rito speciale, ovvero anche solo parziale, se la diversificazione è limitata ad alcune fasi del processo, mentre le restanti sono regolate dalle norme ordinarie.

Infine, il processo non deve rientrare fra i procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., per loro natura inidonei a produrre giudicato sostanziale.

Sulla base di questa premesse, il rito societario di ordinaria cognizione può senz'altro considerarsi una tutela normale speciale, in cui la "specialità" deve essere ravvisata nelle particolari ragioni di speditezza richieste nella definizione delle relative controversie ovvero nella posizione economica dei soggetti coinvolti, tale da porli in una condizione di tendenziale "equilibrio" con le controparti, che giustifica una fase preparatoria della controversia "esterna" alla regolazione giudiziaria²⁸.

E' pur vero che non possono riconoscersi diritti per i quali non sussistano le esigenze di celerità e di prevedibilità dei tempi e dei risultati dell'intervento del giudice che sono state alla base dell'intervento legislativo sul rito societario.

E' evidente che, laddove sia stato predisposto un rito apposito per determinate controversie, il legislatore abbia valutato altresì la sussistenza di interessi ultraindividuali, che trascendono da quelli dei titolari della controversia e che coinvolgono sfere più ampie di soggetti o enti.

²⁷ Sulla tutela normale, generale o speciale, v. MONTESANO, *La tutela, cit.*, 83 ss.; MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale, cit.*, II, t. 1, 3 ss..

²⁸ V. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 18.

49. Gli elementi di “specialità” del rito abbreviato societario: l’assenza di predeterminazione legislativa delle forme del procedimento

Quanto in particolare al rito abbreviato societario, se può esserne abbastanza immediato l’inserimento all’interno delle tutele differenziate, in quanto sicuramente caratterizzato da indubbie peculiarità rispetto al rito ordinario societario, che funge a sua volta da modello per le relative controversie, il rito speciale in questione presenta la particolarità di non essere del tutto alternativo rispetto al processo di cognizione piena delineato dagli artt. 2 ss. del decreto n. 5.

La strada alternativa del giudizio abbreviato può essere intrapresa solo nel corso di un procedimento avviato secondo il rito ordinario (societario). La causa viene, infatti, iniziata mediante la notificazione dell’atto di citazione e prosegue nelle forme del rito abbreviato nel momento, che può essere contestuale alla notificazione stessa ovvero successivo, in cui la parte presenta un’istanza cautelare.

Proprio in virtù del suo inserimento all’interno di un giudizio ordinario, secondo autorevole dottrina²⁹, il giudizio immediato *ex art. 19*, comma 2, d.l. n. 67/96, che costituisce l’antecedente normativo del rito abbreviato, nell’ambito della classificazione delle tutele differenziate, andava qualificato fra i riti speciali semplificati, di regola a cognizione sommaria, ed in particolare fra i processi incidentali abbreviati, che rappresentano lo sviluppo possibile ed eventuale dell’ordinario giudizio, il quale può convertirsi, su iniziativa delle parti o del giudice, in procedure che presentano forme agili e snelle. Si riteneva, infatti, che il processo abbreviato fosse a cognizione superficiale o sommaria, in quanto, da un lato, le forme delle fasi di trattazione e decisione non erano predeterminate dalla legge, ma rimesse alla discrezionalità del giudice, e, dall’altro, la valutazione delle questioni di merito che precedeva la pronuncia era incompleta e non approfondita come quella compiuta nel normale giudizio, dato che si basava sulle risultanze emergenti all’udienza fissata per la discussione della sospensiva, le quali sono, di regola,

²⁹ Il riferimento è sempre a MENCHINI, *op. cit.*, 934 ss., il quale distingue: A) riti speciali a cognizione piena ed esauriente, e B) riti speciali semplificati, in cui la funzione dichiarativa si svolge sulla base di una cognizione superficiale e/o incompleta. All’interno di questi, individua: a) processi incidentali sommari, in cui il procedimento nasce sommario, ma è trasformabile, su opposizione di parte, in quello normale (ad es. il decreto ingiuntivo); b) processi incidentali abbreviati, cui riconduce l’art. 19, comma 2, d. l. n. 67/97; c) processi autonomi semplificati, i quali sono del tutto alternativi al modello normale.

suscettibili di integrazione e completamento nell'esercizio dei poteri conferiti alle parti nel rito ordinario³⁰.

Tali osservazioni non sono condivisibili per vari motivi.

Come primo elemento ricostruttivo³¹, occorre interrogarsi su quali siano gli elementi di specialità del rito.

Risulta evidente, sicuramente, l'assenza di rigida predeterminazione legislativa delle modalità del procedimento. Si tratta, infatti, di una disciplina solo tratteggiata quanto alle fasi di introduzione e soprattutto trattazione della causa, che rimette al giudice il potere di autorizzare le parti a depositare memorie e repliche, ma al di fuori di schemi rigidamente stabiliti dalla legge.

Questo elemento differenzia fortemente il rito abbreviato dal rito ordinario societario che, all'opposto, prevede una fase preparatoria, che si svolge esclusivamente fra le parti, senza alcun intervento del giudice, in cui è scandita la cadenza temporale dello scambio degli atti, finalizzata al formarsi delle preclusioni, sancito dalla notificazione alle controparti dell'istanza di fissazione dell'udienza, e una fase di istruzione, discussione e decisione che viene impostata dal giudice mediante l'articolato contenuto del decreto di fissazione dell'udienza.

Nel rito abbreviato, invece, lo svolgimento del procedimento viene delineato nelle linee fondamentali dalla legge, ma concretamente attuato dal giudice, il quale può, o, secondo alcuni, deve, concedere i termini per il deposito di memorie scritte delle parti, ma, comunque, è in grado di determinare il formarsi delle preclusioni in capo alle parti.

Questa particolare elasticità del procedimento ha fatto parlare in dottrina di un modello procedimentale "concentrato"³², ovvero di "modalità abbreviata" del procedimento³³, ovvero ancora della circostanza che "lo sviluppo del processo ordinario è suscettibile di contrarsi"³⁴.

³⁰ V. ancora MENCHINI, *op. cit.*, 958 ss., il quale formulava anche forti dubbi sulla legittimità costituzionale del rito abbreviato in relazione a profili del tutto simili a quelli sollevati da una parte con riferimento al rito abbreviato societario, per i quali si veda cap. IV.

³¹ L'altro elemento ricostruttivo è costituito dai caratteri della cognizione, che saranno esaminati successivamente.

³² Così lo ha qualificato DE SANTIS, *Il rito abbreviato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1064.

³³ Così si esprime DALMOTTO, *sub art. 24, cit.*, 2943.

³⁴ Cfr. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 468.

50. Il giudizio abbreviato come processo speciale (o semplificato) a cognizione piena: la semplificazione delle forme non è sufficiente a determinare la natura degli effetti prodotti. Il giudizio abbreviato costituisce una tutela normale speciale

Ora, se normalmente la natura sommaria della tutela giurisdizionale cognitiva si determina per differenza rispetto alla tutela piena ordinaria, occorre, però, tenere presente ciò che concretamente differenzia il singolo procedimento dalla tutela normale: un conto sono le ipotesi di mera divergenza procedurale ed un conto sono le ipotesi in cui a tale divergenza si aggiunge anche una diversa intensità dell'accertamento³⁵.

Nel nostro sistema processuale coesistono, infatti, procedimenti o sub-procedimenti sommari, così detti per le divergenze che presentano rispetto al processo ordinario a cognizione piena, ma sussiste anche la possibilità di pronunciare provvedimenti fondati sulla cognizione incompleta e/o non definitiva, adottati anche nel corso o a conclusione di processi ordinari o comunque non sommari. Si possono adottare le denominazioni di provvedimenti “semplificati”, quanto ai provvedimenti adottati a seguito di procedimenti sommari in quanto divergenti dalle forme del processo ordinario, e provvedimenti “a cognizione sommaria” i secondi.

Alla semplificazione delle forme non corrisponde sempre e necessariamente la medesima natura degli effetti prodotti.

Se, infatti, le divergenze rispetto al rito ordinario, oltre ad una semplificazione del procedimento, includono anche le disposizioni sull'istruttoria e sulle prove, o nel senso che si ammettono come prove elementi che nel rito ordinario non hanno valore probatorio, o comunque hanno un valore probatorio diverso da quello riconosciuto nel processo sommario, o nel senso che la pronuncia del provvedimento si basa sulla prova incompleta dei fatti di causa, allora si tratta di provvedimenti che, oltre ad essere pronunciati all'esito di procedimenti (o sub-procedimenti) speciali, sono fondati anche su una cognizione sommaria, perché incompleta, parziale, superficiale. Proprio perché non fondati su una cognizione piena ed esauriente, a tali provvedimenti non consegue l'efficacia dichiarativa definitiva ed incontrovertibile del diritto sostanziale, ma gli effetti dichiarativi ed esecutivi che sono in grado di produrre potranno essere revocati o posti nuovamente in discussione

³⁵ Per tali considerazioni, v. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, 236 ss..

nell'ambito di un giudizio a cognizione piena, instaurato anche in seguito all'opposizione all'esecuzione intrapresa³⁶.

Se, invece, la semplificazione rispetto al rito ordinario consiste, ad esempio, solo nell'abbreviazione dei termini per l'articolazione delle diverse fasi processuali o nell'eliminazione di alcune solennità del rito ordinario, ma senza che vengano alterate le disposizioni in tema di prova, non può parlarsi in senso stretto di provvedimenti o procedimenti sommari, ma si tratta di processi speciali (o semplificati) a cognizione piena.

Tale è il caso del giudizio abbreviato, nel quale l'elemento di specialità rispetto al rito ordinario è costituito soltanto dalla diversa articolazione delle fasi processuali, rimessa alle valutazioni del giudice, sulla base di un presupposto, e, cioè, l'idoneità della causa ad essere decisa nel merito, che postula comunque la pienezza della cognizione³⁷.

Il giudizio abbreviato societario, come risulterà al termine della ricostruzione sistematica dell'istituto, costituisce, pertanto, un modello alternativo alla tutela ordinaria societaria, suscettibile di concludersi, al pari quella, con un provvedimento idoneo alla produzione degli effetti del giudicato, *ex art. 2909 c.c.*. Esso si differenzia dal rito ordinario (societario) per la semplificazione delle forme, che viene giustificata dalla idoneità della controversia ad essere decisa nel merito, senza necessità di attività istruttoria ulteriore. La specialità del rito viene, quindi, determinata in ragione della non complessità della controversia ovvero dal fatto che, pur essendo una causa complessa, può essere risolta sulla base del materiale istruttorio, prettamente documentale, già a disposizione del giudice.

Anche il giudizio abbreviato, al pari del giudizio ordinario, può considerarsi una tutela normale speciale.

³⁶ Il legislatore, per esigenza di certezza e accelerazione della tutela, spesso dispone che l'instaurazione del giudizio a cognizione piena avvenga entro termini assai ristretti, con la conseguenza che, se ciò non avviene, il diritto alla cognizione piena si intende rinunciato e, a seconda della funzione del provvedimento, questo o perde efficacia (se cautelare) o diviene incontestabile (se non cautelare). Se, invece, il legislatore stesso non abbia stabilito termini per l'instaurazione del processo ordinario, il provvedimento sommario continuerà a produrre effetti, sino alla pronuncia (eventuale) di un provvedimento a cognizione piena sullo stesso diritto.

³⁷ V. *infra* § 52 ss..

51. Un'altra possibile classificazione: il giudizio abbreviato come processo sommario indeterminato

Per cogliere l'esatta natura del giudizio abbreviato è stato fatto³⁸ appropriatamente riferimento ad una nozione che, pur presente nella dottrina processualcivile, tende a confondersi con altri elementi.

Si tratta della categoria dei processi sommari indeterminati, ove l'attributo della sommarietà non riguarda e non si estende alla cognizione, ma serve ad indicare la semplificazione del procedimento.

Il concetto di processo sommario nacque per contrapposizione a quello di processo ordinario³⁹, di modo che sommari furono tutti quei procedimenti che in vario modo si diversificavano dall'ordinario. La dottrina, in particolare tedesca⁴⁰, ebbe modo di distinguere, all'interno dell'insieme delle procedure *latu sensu* sommarie, due grossi gruppi: i processi sommari di tipo determinato e i processi sommari di tipo indeterminato. I primi sarebbero interamente disciplinati come processi speciali con una procedura espressamente regolata dalla legge, diversa dal rito ordinario, nei quali la sommarietà si intende come riduzione della cognizione del giudice, mentre quelli indeterminati sarebbero caratterizzati da una semplice semplificazione del rito ordinario, da attuarsi mediante l'attribuzione al giudice di un potere elastico e di snellimento delle attività processuali.

Tale bipartizione risulterebbe applicabile anche al nostro ordinamento⁴¹, in cui nell'ambito dei processi sommari indeterminati andrebbero ricompresi, per ragioni storiche, anche i processi speciali a cognizione piena, quali, ad esempio, il rito del lavoro. Si tratta, infatti, di processi che, pur nel rispetto dei principi costituzionali che regolano il processo civile, in vario modo apportano deroghe al modello costituito dal rito ordinario. Essi rispondono alla necessità di giungere ad uno snellimento delle lungaggini processuali,

³⁸ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 767 ss..

³⁹ Sulle origini del processo sommario, v. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., I, Napoli, 1960, 93 ss.; SCARSELLI, *La condanna con riserva di eccezioni*, Milano, 1989, 59 ss.. Esse sono da porsi nel diritto canonico ed, in particolare, nella cd. Clementina Saepe, ovvero una decretale di papa Clemente V, del 1306, che predisponesse uno schema minimo di procedimento sommario. La decretale, per talune cause cui risultasse inadeguato il comune *ordo iudiciarius*, ammetteva che si procedesse "*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*", cioè che: non fosse necessario il libello introduttivo né una formale contestazione della lite; si evitassero dilazioni, l'abbondanza nelle prove testimoniali, le sospensioni dipendenti dai termini feriali; si abbreviassero i termini e si respingessero ogni questione che avesse comportato un'indagine istruttoria, benché tutto questo sarebbe dovuto avvenire senza danno per la dimostrazione della verità. L'applicazione delle massime era rimessa al prudente e moderato apprezzamento del giudice, esaltandone il ruolo nel processo e questo procedimento fu via via applicato ad un numero sempre maggiore di controversie, anche importanti, come quelle sul matrimonio, l'usura, la censura, i benefici ecclesiastici, ecc..

⁴⁰ Per ampi riferimenti bibliografici, v. SCARSELLI, *op. cit.*, 59, nt. 171.

⁴¹ V. ancora, SCARSELLI, *op. cit.*, 600 ss.

predisponendo processi semplificati rispetto all'ordinario, ma pur sempre predeterminati dalla legge, quanto meno negli aspetti principali del procedimento.

La scelta di adottare tali forme rientra nella discrezionalità del legislatore e può dipendere da varie considerazioni, legate anche alla rilevanza socio-economica che una determinata controversia può avere o all'interesse che l'apparato pubblico può nutrire per determinate cause, e questo risulta sicuramente plausibile rispetto alla predisposizione del rito, o forse, per meglio dire, dei riti societari.

Va chiarito, quindi, che in questo contesto si può parlare di 'sommarietà' solo in senso improprio, poiché la sommarietà del procedimento è altro dalla cognizione sommaria e la prima non implica necessariamente la seconda⁴².

Ad una semplificazione del procedimento, cioè, non corrisponde necessariamente una superficialità della cognizione, e, che in sede di giudizio abbreviato si eserciti una cognizione piena, sarà oggetto di dimostrazione nei paragrafi successivi.

52. B) Inquadramento funzionale: a) il rito abbreviato costituisce un giudizio a cognizione piena. Gli indici utili ai fini della ricostruzione: il provvedimento finale è una sentenza idonea al giudicato ex art. 2909 c.c

L'equivoco circa il carattere della cognizione esercitata nell'ambito del giudizio abbreviato deriva dal fatto che la conversione del rito viene operata al termine dell'udienza fissata per la comparizione delle parti, quindi deputata all'esame della domanda cautelare.

Ciò ha fatto affermare⁴³ che attraverso il giudizio abbreviato si può arrivare alla pronuncia della sentenza, con attitudine al giudicato, sulla base di prove assunte nella forma, propria del giudizio cautelare, delle sommarie informazioni. Ne discenderebbe l'ulteriore conseguenza della coesistenza fra sommarietà ed attitudine al giudicato⁴⁴.

⁴² Anche CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, 216, puntualizzava che il nome "cognizione sommaria" non ha nulla a che fare col nome "processo sommario" (v. anche §...). Sul punto, v. CARRATTA, *op. cit.*, nt. 143, secondo il quale appare poco utile una differenziazione che prescinda dalla funzione assolta dai singoli procedimenti e che sia incentrata sulla sola diversa struttura processuale. L'A. ritiene più utile distinguere fra i provvedimenti cognitivi pronunciati all'interno di processi caratterizzati dalla sola semplificazione della struttura processuale (così come avviene ad esempio nel processo del lavoro o nel rito locatizio), semplificazione che non determina nessuna conseguenza sul piano della cognizione, ed i provvedimenti pronunciati all'interno di procedimenti semplificati e a cognizione sommaria (determinata o indeterminata) (così come avviene ad esempio, per il decreto ingiuntivo o per l'art. 28 st. lav.), e i provvedimenti a cognizione sommaria pronunciati all'interno dello stesso processo ordinario (come avviene, ad esempio, per le ordinanze anticipatorie di condanna).

⁴³ Così DALMOTTO, *sub art. 24, cit.*, 2945.

⁴⁴ Parla di "commistione fra la sommarietà e giudizio di merito" anche PEDRELLI, *Giudizio societario "abbreviato" e rapporto tra sommarietà ed attitudine al giudicato nella valutazione svolta dal giudice designato investito*

Tale conclusione è da escludere. Si può affermare con sicurezza che la decisione emessa in seguito al modello procedimentale abbreviato costituisce il frutto di una cognizione piena sui fatti di causa.

Ai fini di questa ricostruzione sono rinvenibili molteplici indici.

In primo luogo, va considerato il provvedimento che definisce il procedimento. Si tratta di una sentenza che presenta le caratteristiche proprie di quella pronunciata secondo il rito ordinario, sia sotto il profilo dell'organo sia sotto il profilo della forma con cui viene resa, con l'unica particolarità della lettura immediata del dispositivo, nel caso di difficoltà nella contestuale redazione della motivazione. Tale sentenza, inoltre, è produttiva senz'altro dell'effetto tipico per cui l'accertamento in essa contenuto è idoneo a passare in giudicato.

E' stata una scelta ben precisa del legislatore, infatti, quella di congegnare un meccanismo, pensato principalmente con riferimento alle impugnazioni di delibere assembleari, soprattutto relative a bilanci o all'esclusione di soci, in modo tale da evitare i rischi che in questo settore avrebbe comportato l'utilizzo di forme di tutela sommaria. L'effetto invalidante che si voleva ottenere, secondo i moduli della tutela costitutiva *ex art.* 2908 c. c., doveva necessariamente legarsi all'efficacia decisoria piena di accertamento costitutivo della sentenza e verosimilmente addirittura della sentenza passata in giudicato formale⁴⁵.

In secondo luogo, per dimostrare che si tratta di cognizione piena, si devono considerare i presupposti cui viene ancorata la decisione di merito e che indicano la soglia che deve raggiungere il convincimento del giudice, la quale, come si vedrà, coincide con la prova piena.

53. Non v'è limitazione ai poteri cognitivi del giudice né quanto ai fatti da accertare né quanto ai mezzi per raggiungere tale accertamento. I presupposti della conversione impongono l'idoneità della causa ad essere decisa nel merito e la completezza dell'istruttoria

La riflessione circa i presupposti di accesso al rito abbreviato è utile a dimostrare che anche per il rito abbreviato le ipotesi che giustificano la decisione immediata

dell'istanza cautelare e dal collegio in sede di udienza di discussione ex art. 24, comma 5, d. lgs. n. 5 del 2005, in Giur. mer., 2005, 876 ss..

⁴⁵ V. CONSOLO, *Le liti societarie e finanziarie, cit.*, 689, secondo il quale un provvedimento sommario-provisorio *latu sensu* cautelare può fare molte cose, ma certamente non attuare quella specifica efficacia, tipica del provvedimento giurisdizionale per antonomasia, che è prevista nell'art. 2908 c.c..

presuppongono l'idoneità della causa ad essere decisa nel merito, senza deviazione alcuna rispetto al modello ordinario, e, cioè, senza riduzione "quantitativa" degli elementi che il giudice deve valutare al fine di pronunciare un provvedimento definitivo. Le condizioni per la decisione anticipata non consistono, quindi, in una limitazione dell'oggetto di indagine del giudice né quanto ai fatti da accertare né quanto ai mezzi per raggiungere tale accertamento.

Tale affermazione è importante poiché ne discende che il provvedimento che costituisce l'esito del procedimento abbreviato in nulla differisce da una sentenza "ordinaria", ma si tratta di un'affermazione che va dimostrata.

Già da un punto di vista lessicale, quanto ai presupposti in presenza dei quali il giudice può operare la conversione, si può constatare che essi sono analoghi a quelli richiesti nel rito ordinario ai fini della rimessione anticipata della causa in decisione, *ex art.* 187, primo e secondo comma, c.p.c..

I presupposti del giudizio abbreviato⁴⁶, previsti dal comma 4 dell'art. 24, sono la "maturità della causa senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova" ovvero "che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito", mentre quelli indicati dall'art. 187 c.p.c. sono "che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di assunzione di mezzi di prova", primo comma, ovvero che la rimessione al collegio avvenga "affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio", secondo comma, e così, "analogamente se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali".

Per quanto riguarda la circostanza che il giudizio sia "comunque" in condizione di essere definito, si è concordemente ritenuto in dottrina⁴⁷ che essa si verifichi in presenza di questioni preliminari di rito o di merito aventi carattere assorbente, le quali siano tali da comportare, qualora accolte, la pronuncia di una sentenza definitiva.

Quanto alla maturità della causa, senza necessità di ulteriore istruttoria, questa si ritiene sussistente in varie circostanze⁴⁸.

Un primo ordine di ipotesi dipende dalla natura della controversia e dei fatti da provare. Per questo aspetto, si può ritenere la causa matura per la decisione quando i fatti sono pacifici, ovvero non vi è contestazione fra le parti. Nelle controversie commerciali il principio di non contestazione può ben operare, trattandosi di diritti disponibili. In base a

⁴⁶ V. Cap. I, § 10 ss..

⁴⁷ Per tutti, v. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 335.

⁴⁸ V. Cap. I, § 10.2.

questo principio, qualora la controparte ponga in essere un comportamento processuale omissivo circa i fatti affermati dall'altra, il giudice può porre quei fatti al di fuori del *thema probandum* e, cioè, ritenere che non necessitino di specifica attività istruttoria, considerandoli, perciò, esistenti⁴⁹. Sempre con riferimento alla natura della controversia, l'attività istruttoria può risultare non necessaria quando la causa sia di puro diritto. Questo è propriamente il caso della impugnazione di delibere assembleari, in cui la *questio facti*, e cioè l'accertamento relativo alla fattispecie concreta, risulta molto limitato, mentre la cognizione del giudice riguarda quasi principalmente la *questio iuris*, e cioè l'individuazione e l'interpretazione della fattispecie legale astratta sotto cui sussumere il diritto fatto valere in giudizio dall'attore. Nel caso di specie, la *questio iuris* è costituita dall'esatta ricorrenza di una ipotesi di invalidità della delibera assembleare rispetto ai presupposti di validità, formali e sostanziali, previsti dal codice.

Un secondo ordine di ipotesi in cui si realizza la maturità della causa fa riferimento all'aspetto più propriamente istruttorio della causa.

Da questo punto di vista, la causa è matura per la decisione di merito quando l'attività istruttoria si riveli non necessaria, essendo la causa prettamente documentale, e, cioè, essendo i documenti prodotti sufficienti a provare la domanda. A ben vedere, questa evenienza nei giudizi di impugnazione di delibere assembleari, si unisce alla precedente, nel senso che se, da un lato, la causa si fonda sulla interpretazione di norme, dall'altro la domanda viene sostenuta e provata mediante la completa articolazione dei profili di invalidità della delibera direttamente nell'atto introduttivo del giudizio, anche ai fini dell'interesse primario, costituito dalla sospensiva, e ciò comporta che la società convenuta predisponga altrettanto articolatamente le proprie ragioni sin dall'inizio.

Vi è anche un'ultima ipotesi di accesso al rito abbreviato collegato all'attività istruttoria, ma non unanimemente condivisa in dottrina.

Infatti, la formulazione letterale dell'art. 24, ai fini della conversione, prevede che la causa sia matura per la decisione "senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova". L'aggettivo "ulteriore" ha fatto ritenere in dottrina⁵⁰ che, affinché si possa disporre l'accesso al rito abbreviato non sia da escludere *in toto* un'attività istruttoria, ma che questa possa esservi ed abbia per oggetto i mezzi di prova forniti dalle parti con l'istanza cautelare e quelli che possono essere espletati all'udienza per effetto del richiamo all'art. 669-*sexies*⁵¹,

⁴⁹ V. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4^a ed., Napoli, 2002, 405 ss..

⁵⁰ Così FABIANI, *sub art. 24, cit.*, 430 ss.; BESSO, *sub art. 24, cit.*, 750 ss.; DE MATTEIS, *Il processo cautelare societario, cit.*, 99.

⁵¹ V. BESSO, *ibidem*, secondo la quale se le parti hanno chiesto l'assunzione di mezzi di prova costituendo spetta al giudice valutare se la formazione della prova può avvenire in tempi rapidi, come, ad es., per la

con la conseguenza che il processo abbreviato è essenzialmente, ma non esclusivamente, un processo documentale.

53.1 Le condizioni che giustificano la decisione di merito secondo modalità temporali abbreviate: il carattere “manifesto” dell’esito della causa, la natura prettamente documentale della stessa, la sostanziale coincidenza fra l’istruzione probatoria cautelare e quella di merito

Ora, ciò che accomuna le varie ipotesi di possibilità di decisione con rito abbreviato non risiede in una delimitazione dei poteri cognitivi del giudice, i quali vengono esercitati compiutamente, sia riguardo ai fatti costitutivi della domanda sia riguardo alle prove idonee a fondare il convincimento.

Il primo elemento che consente l’anticipazione della pronuncia della sentenza è costituito dall’evidenza con cui il processo risulta in condizione di essere definito. Le condizioni che legittimano l’adozione della decisione di merito e cioè, sostanzialmente, la delimitazione dei fatti oggetto di causa e la completezza dell’istruttoria, sussistono sin dalle prime battute del processo.

Per riprendere l’espressione contenuta nell’art. 26, l. n. 1034/71, quanto ai presupposti per la decisione semplificata nel giudizio amministrativo, la possibilità di decidere la causa già in sede di domanda cautelare, deve essere “manifesta”, immediatamente verificabile dal giudice, in base agli atti introduttivi.

Al pari del giudizio abbreviato nel processo amministrativo, il giudice può ravvisare immediatamente non solo la manifesta fondatezza della domanda, e, quindi, per l’ipotesi di impugnativa di delibera, una palese illegittimità della stessa, ma, altresì, la palese infondatezza ovvero anche l’inammissibilità della domanda, e, quindi, sempre con riferimento all’impugnativa, ad esempio, la mancanza per la legittimazione ad impugnare.

A tale carattere manifesto dei presupposti per la decisione della causa, si lega un secondo elemento distintivo della causa e, cioè, il carattere prettamente documentale della controversia. Proprio perché il meccanismo riesca ad operare efficacemente occorre, infatti, che la causa non necessiti di istruttoria, in quanto può essere decisa sulla base di quanto risulta dagli atti.

richiesta di sentire un testimone che si presenti all’udienza di comparizione, e così anche per i mezzi di prova esperibili d’ufficio, come, ad es., l’ispezione nei locali della società da svolgere entro pochi giorni.

Infine, il terzo elemento che deve ricorrere è la sostanziale coincidenza del materiale istruttorio valutabile in sede cautelare con quello utilizzabile ai fini della decisione di merito.

54. La semplificazione delle forme non determina necessariamente la natura sommaria della cognizione. Le contrarie impostazioni dottrinali basate sull'uso indifferenziato dei termini "procedimento sommario" e "cognizione sommaria"

La sommarietà della cognizione svolta in sede di giudizio abbreviato non può essere fatta derivare come conseguenza necessaria della semplificazione del procedimento.

La natura sommaria della tutela giurisdizionale viene normalmente colta per differenza dalla tutela piena ed ordinaria: è sommario tutto ciò che non segue le regole ordinarie.

È fondamentale, per le conclusioni che si trarranno, ribadire la distinzione, cui si è già fatto riferimento⁵², fra procedimenti, e provvedimenti, propriamente sommari, caratterizzati da semplificazione delle forme e dell'attività istruttorie, e procedimenti semplificati quanto alle norme procedurali, ma caratterizzati pur sempre dalla cognizione piena con cui viene pronunciato il provvedimento.

Per definire la sommarietà della cognizione è necessario che essa risulti distinta dalla semplificazione del procedimento volta all'emanazione del provvedimento conclusivo⁵³.

Lo stesso Chiovenda poneva tale distinzione.

“L'essere la cognizione completa o non – affermava – riguarda le *condizioni* del provvedimento del giudice e non le *forme*: altro è la cognizione *sommaria*, altro il procedimento *sommario*. La cognizione è completa quando il convenuto prima del provvedimento del giudice è ammesso a far valere *tutte* le eccezioni contro la domanda, e quando la domanda, anche se il convenuto è contumace, è esaminata in tutti i suoi elementi costitutivi. Ciò può avvenire con forme più complesse (procedimento *formale*) o *più semplici* (procedimento *sommario*). Onde abbiamo distinto già nei cenni storici (...) processo sommario *indeterminato* (con *forme* sommarie) e processi sommarii *determinati* (con *cognizione sommaria*)”⁵⁴.

⁵² V. § 50.

⁵³ V. CARRATTA, *op. cit.*, 236 ss; v. LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 464 ss., spec. 479 ss..

⁵⁴ V. CHIOVENDA, in *Istituzioni*, *cit.*, I, 93.

Anche nella dottrina chiovendiana si distingue, pertanto, nettamente fra “cognizione sommaria” e “procedimento sommario”. Alla sommarietà del procedimento, intesa come semplificazione delle forme, può corrispondere sia una cognizione piena sia una cognizione sommaria.

Infatti, il procedimento si può definire “sommario” quando si svolge secondo forme e termini semplificati rispetto a quello ordinario, sia che tale semplificazione venga posta in essere direttamente dal legislatore sia che venga rimessa alla determinazione discrezionale del giudice secondo parametri normativi più o meno precisi. Laddove, però, non vengano previste deroghe né al principio del contraddittorio né all’istruzione probatoria, la “sommarietà” del procedimento riguarderà soltanto le forme per l’acquisizione del materiale istruttorio (allegazioni fattuali e acquisizioni probatorie) sul quale dovrà formarsi la cognizione del giudice, ma non comporterà limitazioni all’estensione di tale cognizione, che resterà pur sempre una cognizione piena.

C’è da dire, però, che in dottrina risulta senz’altro diffusa l’uso indifferenziato dei termini “procedimento sommario” e “cognizione sommaria”⁵⁵.

Si delinea⁵⁶ il *proprium* della cognizione sommaria per contrapposizione con la tecnica del processo a cognizione piena.

A tal fine, la tecnica del processo a cognizione piena viene ravvisata: nella predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà processuali delle parti e del giudice⁵⁷; nella realizzazione piena del contraddittorio in forma anticipata; nell’attribuzione di autorità di cosa giudicata sostanziale, *ex art. 2909 c.c.*, alla sentenza passata in giudicato. Secondo tale impostazione, l’essenza della cognizione piena va, quindi, colta, da un lato, nella predeterminazione legislativa delle modalità di realizzazione del contraddittorio, delle forme e dei termini in cui il processo si articola, dall’altro, nella realizzazione del contraddittorio medesimo in forma piena ed anticipata, caratteristiche che consentono l’immutabilità del giudicato sostanziale. Da ciò si evince come il processo a cognizione piena miri tendenzialmente all’accertamento della verità.

⁵⁵ V. tra gli altri, PROTO PISANI, in *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 546 ss.; FAZZALARI, voce *Processo civile*, cit., 136.

⁵⁶ V. sempre, PROTO PISANI, in *L’istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, V, 17 ss..

⁵⁷ Secondo PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 17, la predeterminazione legale ha per oggetto: 1) le allegazioni in punto di domande, eccezioni e fatti che ne costituiscono il fondamento; 2) la tipicità dei mezzi di prova precostituiti o costituendi, le formalità di formazione fuori del processo delle prove precostituite e delle modalità di assunzione delle prove costituende entro il processo, e dei soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere acquisite al giudizio; 3) i termini a difesa delle parti nella fase introduttiva del giudizio, nel corso del suo svolgimento e nella fase decisoria.

Accanto a tali processi a cognizione piena vengono individuati tutta una serie di processi, definiti sommari, che presentano deviazioni rispetto allo schema procedurale ordinario o in quanto il legislatore ha derogato alla regola del contraddittorio da realizzare in via anticipata, prevedendo che possa essere eventualmente attivato solo in una fase successiva⁵⁸, ovvero in quanto la deviazione rispetto allo schema ordinario riguarda le modalità del contraddittorio, che vengono rimesse alla discrezionalità del giudice⁵⁹. Tali processi possono concludersi sia con provvedimenti idonei a dettare una disciplina immutabile al diritto controverso, assicurando utilità equivalenti a quelle di una sentenza (provvedimenti sommari non cautelari), sia con provvedimenti inidonei a dettare una disciplina immutabile, ma capaci di assicurare una tutela provvisoria (provvedimenti sommari cautelari, provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi). I processi sommari non tendono alla verità e alla certezza, ma unicamente alla verosimiglianza e alla probabilità, cioè ad un risultato inferiore.

Si nota come in tale ricostruzione i profili attinenti alla qualità della cognizione si intrecciano con quelli attinenti più specificamente al procedimento.

Diversamente, distinti i due piani, resta da dimostrare come si sviluppino in sede cautelare le condizioni cognitive che consentono al giudice la pronuncia di merito.

55. L'interferenza fra la cognizione sommaria e la cognizione piena. Lo sviluppo della cognizione cautelare: il vaglio dei presupposti e la relativa attività istruttoria

Il passaggio dalla sede cautelare alla decisione di merito viene reso possibile dalla cognizione esercitata in sede cautelare, in particolare riguardo al *fumus boni iuris*, poiché è l'elemento attinente al diritto sostanziale oggetto anche del processo di merito. Tale interferenza fra le due diverse sedi di valutazione viene favorita anche dalla intensità dell'attività istruttoria cautelare.

⁵⁸ In questo caso l'A. definisce la cognizione sommaria perché parziale, in quanto ha ad oggetto solo una parte dei fatti rilevanti, i fatti costitutivi. Gli altri potranno essere allegati al giudizio, ma soltanto in una fase successiva al provvedimento del giudice.

⁵⁹ In questa ipotesi, essendo il contraddittorio anticipato, il giudice potrà conoscere non solo dei fatti allegati dall'attore a fondamento della sua pretesa, ma anche delle difese del convenuto: la cognizione viene pertanto definita dall'A., sommaria, non perché parziale, ma perché superficiale, in quanto l'attività conoscitiva del giudice, pur avendo ad oggetto sia i fatti che fondano la domanda sia quelli che fondano le eccezioni, non avviene nelle forme e secondo le modalità previste, in funzione di garanzia, dal libro secondo.

E' un insegnamento tradizionale quello secondo il quale la cognizione alla base del provvedimento cautelare è di natura sommaria, contrapponendosi a quella tipica del processo principale, la cui cognizione è, notoriamente, a cognizione piena.

In tale sede, e, quindi, sempre con riferimento alla tematica del giudizio abbreviato, la riflessione ha come scopo limitato di individuare le condizioni in presenza delle quali la cognizione cautelare può risultare coincidente con quella necessaria ai fini della decisione di merito.

Le posizioni dottrinali circa la nozione di cognizione cautelare sono essenzialmente due, l'una opposta dell'altra, e si sono delineate nel tentativo di cogliere la distinzione rispetto ai provvedimenti non cautelari.

Da un lato, si pone chi ravvisa la sommarietà della cognizione cautelare nella possibilità che il giudice emetta il provvedimento richiesto sulla base della verosimiglianza delle allegazioni del ricorrente, in base ad una valutazione probabilistica circa l'esistenza del diritto per il quale si invoca la cautela⁶⁰. In tal senso, la cognizione cautelare sarebbe meramente ipotetica, potendo anche prescindere dalla acquisizione di risultanze probatorie, differenziandosi, così, dalla cognizione sommaria non cautelare.

Dall'altro, si pone, invece, chi ritiene che la pronuncia del provvedimento cautelare presuppone l'acquisizione di un grado minimo di certezza, e non la mera verosimiglianza o credibilità, circa la fondatezza delle allegazioni del ricorrente, da raggiungere o attraverso la cognizione sommaria a contraddittorio pieno e gli atti di istruzione "indispensabili", o attraverso le "sommarie informazioni", in caso di procedimento *inaudita altera parte*. Secondo tale impostazione, ciò che differenzia la tutela sommaria cautelare da quella non cautelare non va individuato sul terreno della qualità dell'accertamento sommario, bensì sul piano degli effetti di tale accertamento: e, cioè, alla inidoneità del provvedimento cautelare a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso⁶¹.

⁶⁰ In tal senso, TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 167 ss.; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ragiona in termini di "apparenza" del diritto, affermando che l'imminenza del *periculum in mora* impone al giudice di sacrificare l'esigenza della giustizia a quella del "far presto" e, quindi, di concedere la cautela senza che l'istruttoria gli abbia dato la certezza sull'esistenza del diritto cautelato; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2^a ed., Torino, 1994, 291 ss., e ID., *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., 309 ss., afferma che, in termini giuridici ed oggettivamente verificabili, per tali ragioni il diritto processuale oggettivo squalifica l'istruttoria cautelare, anche qualora condotta con prove modellate sulle disposizioni del II libro del c.p.c., nel senso che i suoi risultati non possono mai essere considerati, nel successivo giudizio di merito, decisivi per il convincimento in fatto del giudice.

⁶¹ In questo senso, v. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991; CARRATTA, *Profili sistematici*, cit., 306 ss.; *contra*, ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2^a ed., Padova, 1985, 53 ss., secondo il quale è addirittura impossibile che, nel giudizio cautelare, sia raggiunta la certezza circa la sussistenza della situazione giuridica sostanziale che si intende tutelare, per l'assoluta carenza di idonei strumenti cognitivi, dal momento che scopo della tutela cautelare non è quello di accertare i diritti in funzione

Delineata tale contrapposizione dottrinale, occorre affermare che le singole posizioni si differenziano in un dedalo di opinioni⁶².

V'è chi⁶³ si pone nel secondo solco dottrinale indicato nel testo, affermando che la sommarietà della cognizione, se non è incompatibile con la natura della tutela cautelare, non ne costituisce tuttavia carattere necessario e indispensabile, e, a tal fine, dimostra che il legislatore non ha consentito che il giudice emetta la misura cautelare sulla base della sola valutazione della verosimiglianza delle affermazioni fattuali della parte istante, prescrivendogli, all'opposto di acquisire la piena prova dell'esistenza dei presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) richiesti dalla legge⁶⁴. Secondo tale dottrina⁶⁵, la cognizione si può definire "piena" quando il *thema decidendum* della causa è esaminato in tutti gli elementi fattuali, nella pienezza del contraddittorio e con il rispetto di tutte le disposizioni sulle prove previste per il processo ordinario, mentre può definirsi "sommaria" quando l'esame del *thema decidendum* è limitato il qualche modo dalla non pienezza del contraddittorio e/o dalla deroga alle disposizioni sulle prove previste per il processo ordinario. Da ciò deriva, mediante una serie di dimostrazioni, come nell'ambito del procedimento cautelare si possa parlare di cognizione sommaria solo con riferimento a quello che si svolge *inaudita altera parte*, poiché solo in tale ipotesi la deroga al contraddittorio determina una limitazione delle fonti di prova utilizzabili ai fini dell'accertamento. Nel processo cautelare in contraddittorio, invece, continuano ad operare il principio di disponibilità delle prove ed il ricorso ai normali modelli di prova, che garantiscono la pienezza della cognizione.

Altra dottrina⁶⁶, sempre affermando che anche nelle forme cautelari l'attività giurisdizionale presuppone l'accertamento di fatti e la cognizione di diritti e che, quindi, la specificità del giudizio sommario (anticipatorio e cautelare) non va rilevata in uno svuotamento dei principi che regolano la cognizione piena o ordinaria, rinviene l'autonomia della tutela cautelare in un'attenuazione dei principi che governano l'indagine probatoria. Si

immediatamente soddisfatta, bensì di predisporre adeguati mezzi di cautela degli stessi che consentano l'accertamento e la successiva realizzazione definitiva in sede di tutela ordinaria.

⁶² Sulle varie ricostruzioni dottrinali, v. anche GUAGLIONE, *La prova nel procedimento cautelare*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 192 ss..

⁶³ V. LOMBARDO, *op. cit.*, spec. 498.

⁶⁴ Secondo l'A., *op. cit.*, 504, "il giudice, per poter emanare il provvedimento richiesto, deve conseguire la *prova piena dell'esistenza dei presupposti della tutela cautelare*, secondo quanto richiede la regola di giudizio posta dall'art. 2697 c.c.. Che poi i presupposti della tutela cautelare siano presupposti "di probabilità" e che la *prova piena dell'esistenza di questi presupposti sia una prova piena dell'esistenza di una probabilità* è cosa ovvia; ma ciò non vuol affatto dire che il convincimento del giudice sia minore di quello proprio dell'ordinario giudizio di merito. Il convincimento deve essere *pieno* in entrambi i giudizi; pieno, naturalmente, in rapporto ai diversi *themata probanda*: l'uno avente ad oggetto la probabilità dell'esistenza di fatti; l'altro la loro esistenza *tout court*".

⁶⁵ V. sempre LOMBARDO, *op. cit.*, 484.

⁶⁶ Cfr. CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 219 ss., spec. 224 ss..

individuano, così, tre profili di attenuazione⁶⁷: il giudizio potrà fondarsi su mezzi di prova che, alla luce delle regole ordinarie, non hanno alcuna efficacia probatoria, ma solo se il legislatore abbia reso tipici mezzi da ritenere, altrimenti, irrivalenti; fra i mezzi istruttori il giudice potrà far uso dello strumento delle “sommarie informazioni”, cioè, nella sostanza, di una testimonianza o di una consulenza tecnica deformalizzate⁶⁸; infine, la possibilità che il provvedimento di accoglimento della domanda si fondi, anziché su prove dotate di un elevato grado di certezza, anche su argomenti di prova o presunzioni semplici, del tutto inadeguati a fondare la decisione in sede di cognizione piena, con la conseguenza che la regola finale di giudizio risulta attenuata, divenendo, da regola dell’onere della prova, regola dell’onere di una prova semipiena⁶⁹.

Il tema della prova nell’ambito del giudizio sommario ed, in particolare, cautelare, riveste importanza, dal momento che, secondo la diversa impostazione dottrinale per cui il giudizio risulta fondato su una mera verosimiglianza delle allegazioni fornite dalle parti, tali giudizi si caratterizzerebbero per il sovvertimento totale delle regole strutturali della cognizione ordinaria in maniera tanto netta ed incisiva da presupporre un giudizio privo di accertamento dei fatti, libero dai vincoli posti dalla preventiva tipizzazione dei mezzi di conoscenza e dalla regola finale di giudizio, perché fondato su una valutazione di mera verosimiglianza delle allegazioni fornite dalle parti.

Dalla ricostruzione del giudizio cautelare come giudizio di probabilità e verosimiglianza viene fatto derivare un modello di giudizio, pur sempre basato su prove, benché *leviores*, in cui si attribuisce efficacia probatoria alla *pro se declaratio*⁷⁰, ovvero un giudizio senza l’esame di prove, in cui la regola finale di giudizio da regola dell’onere della prova si trasforma in regola dell’onere dell’allegazione⁷¹, ovvero l’ammissibilità di prove atipiche⁷².

⁶⁷ V. sempre CECHELLA, *op. cit.*, 226.

⁶⁸ L’A., *op. cit.*, 226, chiarisce che mediante le “sommarie informazioni” non si introducono fonti atipiche nel processo, essendo la conoscenza del terzo o l’opinione tecnica dell’esperto pur sempre strumenti tipici di conoscenza del fatto, ma una deformalizzazione di prove tipiche in coordinamento con la struttura sommaria e urgente del procedimento. Ciò fa arguire all’accesso nei giudizi sommari delle fonti di conoscenza atipica dei fatti di causa, ammettendo, perché riconosciuta dal legislatore attraverso la tipizzazione del mezzo, l’acquisizione di fonti tipiche deformalizzate.

⁶⁹ Con l’avvertenza dell’A., *ibidem*, che le fonti di tale *semiplena probatio* sono anch’esse quelle tipizzate dal legislatore: le presunzioni semplici gravi, precise e concordanti; gli argomenti di prova nei casi previsti (contegno processuale delle parti, risposte all’interrogatorio libero, rifiuto della ispezione, prove assunte in giudizio estinto); mezzi speciali, tipizzati dal legislatore, e, infine, la testimonianza e la consulenza tecnica deformalizzate nella forma della sommaria informazione.

⁷⁰ V. CALAMANDREI, in *Introduzione*, *cit.*, 45.

⁷¹ Cfr. TOMMASEO, *op. cit.*, 165-167.

⁷² Secondo PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, *cit.*, 19, “piena apertura alle prove atipiche nel senso di piena possibilità di acquisire al processo dichiarazioni di scienza delle parti e di terzi ed ispezioni senza il rispetto delle modalità e dei limiti previsti dal codice civile o di procedura civile”; LOMBARDO, *op. cit.*, 493,

Fin qui le ricostruzioni dottrinali.

Quanto alla giurisprudenza, circa l'istruttoria cautelare essa si colloca in una posizione mediana rispetto alle due differenti impostazioni dottrinali di base, enunciate all'inizio del paragrafo. Sicuramente, l'esame in ordine alla sussistenza del diritto vantato dal richiedente viene riconosciuto come sommario, riflettendosi, ciò, sul regime delle prove, che evidentemente non possono avere quei requisiti di certezza tipici delle prove, necessari nell'ambito di un giudizio di merito⁷³. La probabile esistenza del diritto fatto valere in via cautelare deve essere di immediata evidenza e non richiedere un'approfondita e complessa attività istruttoria⁷⁴. Tendenzialmente, quindi, si richiede la sussistenza di elementi di giudizio che rendano verosimile la sussistenza del diritto affermato e non la prova piena dello stesso.⁷⁵

Tuttavia, dei requisiti previsti per la concessione della misura richiesta, tipica o atipica che sia, deve essere fornita la prova, non essendo sufficiente la mera affermazione del ricorrente⁷⁶, e di fornire tale prova è onerata la parte istante⁷⁷, anche se sono rinvenibili pronunce che ammettono un'inversione dell'onere della prova⁷⁸ e pronunce che affidano l'attività probatoria alla libera iniziativa del magistrato procedente⁷⁹.

56. L'approfondimento delle prospettive decisorie di merito già in sede cautelare.

La diversa valutazione degli aspetti giuridici e fattuali del *fumus boni iuris* sulle questioni di diritto il giudice si esprime in termini di convincimento. In tali ipotesi, la cognizione è la medesima che sarebbe svolta in sede di merito

ritiene che anche nel processo cautelare, come, peraltro, secondo l'A., nel processo ordinario di cognizione, "ciò che non è "espressamente vietato" può essere utilizzato dal giudice come prova". Cfr. Trib. Parma, 27 settembre 2004, in *Giur. comm.*, 2005, I, 536, con nota di SANFILIPPO, che ha considerato utilizzabili dal giudice civile gli atti penali (verbali di interrogatorio; consulenza tecniche rese su incarico del P.M.), formati in sede di indagini preliminari.

⁷³ V. Trib. Terni, 2 dicembre 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 462.

⁷⁴ Cfr. Trib. Milano, 9 febbraio 2005, (ord.), in *Guida al dir.*, 2005, 36, 81.

⁷⁵ V. Trib. Brescia, 13 ottobre 1993, in *Foro it.*, I, 604.

⁷⁶ Quanto alla prova del *fumus boni iuris*, v. Trib. Verona, 30 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2005, 176; Trib. Trento, 3 marzo 2001, in *Società*, 2001, 1371, con nota di CARMINATI, in cui si richiede "idonea prova"; quanto alla prova del *periculum in mora*, v. Trib. Bari, sez. lav., 31 maggio 2004, in *Giurisprudenza locale-Bari*, 2004, secondo cui il pregiudizio imminente ed irreparabile va valutato esaminando gli elementi concreti che il ricorrente deve addurre in aggiunta alla mera deduzione della perdita del posto di lavoro.

⁷⁷ V. Trib. Napoli, 20 aprile 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 924.

⁷⁸ Cfr. Trib. Roma, 21 marzo 1997, in *Notiziario giur. lav.*, 1997, 287, secondo cui nel procedimento ex art. 700 ai dell'impugnazione di un licenziamento, onerato della prova della giustificazione del licenziamento rimane il datore di lavoro;

⁷⁹ V. Trib. Milano, 25 marzo 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 216, che esclude l'operatività, nella fase cautelare, del principio dispositivo delle parti in ordine alle prove argomentando dalla "diversità del disposto dell'art. 669-sexies c.p.c. rispetto alla previsione dell'art. 115 c.p.c." e dalla scelta di deformalizzazione del giudizio cautelare.

Come noto, il *thema probandum* della domanda cautelare è costituito da due elementi: il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*⁸⁰, e su di essi deve esercitarsi detta cognizione⁸¹. La carenza di una sola delle suddette condizioni impedisce la concessione della misura cautelare⁸².

Si tratta di aspetti molto diversi fra loro, che non è questa la sede per esaminare. Infatti, se, quanto al *fumus boni iuris* l'indagine istruttoria è necessariamente rivolta al passato, dovendo accertare "sommariamente" se i fatti costitutivi posti a fondamento del diritto cautelando sono verosimili o probabilmente accaduti, quanto al *periculum in mora*, invece, l'indagine istruttoria è rivolta al futuro e alla probabilità che l'evento dannoso si verifichi o si reiteri.

Si può affermare, comunque, che il giudice, circa tali presupposti, sia tenuto a svolgere un'attività istruttoria, ai sensi dell'art. 669-*sexies*, tale da consentirgli di raggiungere una semplice "opinione di credibilità" circa il diritto sottoposto a cautela. Tale limite all'attività istruttoria da svolgere in sede cautelare, concretamente, è stato spiegato come una diversa valutazione dei risultati acquisiti rispetto a quanto è richiesto nel processo di merito. In altre parole, per il giudice sarà sufficiente l'avvenuto conseguimento di risultati probatori coincidenti con l'*id quod plerumque accidit*, e, cioè, raggiunti, a partire da fatti secondari, in base ad un meccanismo presuntivo che consente di pronosticare l'esito del futuro giudizio di merito. Tale presunzione, lungi dal porre un accertamento circa il diritto, lascia sempre aperta la possibilità del contrario, accertabile nel processo di merito, dato l'ulteriore carattere della provvisorietà che riguarda la valutazione del risultato istruttorio⁸³.

Al fine di comprendere i margini di interferenza e coincidenza della cognizione cautelare con quella di merito, si devono aggiungere due ulteriori considerazioni.

⁸⁰ Sulla tradizionale distinzione fra le due diverse specie di *pericula*, quello da infruttuosità e quello da tardività del provvedimento principale, v. CALAMANDREI, *op. cit.*, 55 ss..

⁸¹ Fa notare RECCHIONI, *op. cit.*, 157, che il coacervo delle questioni di fatto e di diritto che concernono il *periculum in mora* sono oggetto di cognizione solo nel processo cautelare e non anche in quello successivo a cognizione piena, il che dimostra il diverso ambito oggettivo dei due processi. Inoltre, l'ambito oggettivo della cognizione cautelare è esteso anche al giudizio di ponderazione degli interessi contrapposti coinvolti nella lite cautelare, il che comporta un notevole arricchimento della *quaestio facti*. Per un esempio di bilancio di interessi normativamente previsto, v. art. 2378 c.c..

⁸² V. Trib. Bari, 27 luglio 2004, in *Nuovo dir.*, 2005, 603, con nota di AMENDOLAGINE.

⁸³ V. sempre RECCHIONI, *I Procedimenti sommari e speciali*, pt. II, t. 1, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, 104 ss, spec. 165 e 186, il quale ritiene che la giurisdizione cautelare mira a raggiungere "l'opinione circa la sussistenza dello stato di pericolo nel contesto o cornice dell'apparenza presuntiva dell'ipotetica esistenza del diritto c.d. cautelando".

La prima, è che il nostro legislatore, a differenza di quello tedesco⁸⁴, non ha individuato uno standard valutativo uniforme e costante circa la nozione di *fumus boni iuris*, consentendo al giudice cautelare di determinare relativisticamente il grado di approfondimento da compiere sul merito del rapporto litigioso, a seconda dei vari contesti (tipologici e di circostanze) che vengono in considerazione volta a volta⁸⁵.

La seconda, è che la valutazione del *fumus boni iuris*, implica la valutazione di due elementi ben distinti: quelli fattuali e quelli giuridici. Quelli fattuali sono costituiti dalle circostanze in base alle quali il giudice può probabilisticamente ritenere che sussistano i fatti costitutivi del diritto cautelando, mentre quelli giuridici riguardano fattispecie in cui l'esistenza di tale diritto in capo al ricorrente può essere valutata dal giudice sulla base dell'interpretazione di norme di diritto⁸⁶.

Da tali considerazioni derivano conseguenze importanti.

Quanto al potere del giudice di modulare il grado di approfondimento sul merito, occorre notare come spesso i giudici abbiano dato vita già in sede cautelare ad un esame del merito molto penetrante, specie in materia di tutela d'urgenza dei diritti di credito, nonché proprio nel campo della tutela d'urgenza societaria, avvalendosi di un'attività istruttoria che può svolgersi con mezzi più ampi di quelli ordinari⁸⁷ e, teoricamente, in grado di consentire un convincimento di fatto superiore a quello del processo a cognizione piena⁸⁸. Com'è noto in dottrina, ciò, unitamente ai lunghi tempi della giustizia, ha comportato un crescente ricorso alla domanda cautelare come sede per ottenere la tutela giurisdizionale dei propri diritti.

Quanto, poi, alla distinzione fra aspetti giuridici e aspetti fattuali della cognizione circa il *fumus boni iuris*, si può osservare che la natura essenzialmente probabilistica della prognosi cautelare riguarda più specificamente le questioni di fatto, non quelle di diritto. Queste, infatti, sono basate su soluzioni di carattere interpretativo, per le quali il

⁸⁴ A differenza di quello tedesco, che basa le richieste di cautela sul concetto di credibilità (*Glaubhaftigkeit*: §§ 920 e 936 ZPO). V. sul punto, CARRATTA, op. cit., 250 ss., con osservazioni circa questo tipo di accertamento ed il normale accertamento acquisito dal giudice ai fini della pronuncia di merito.

⁸⁵ Così CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare, Problemi e casi*, Torino, 1994, 14 ss. e ID., *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Giur. it.*, 1998, 611 ss., spec. 614.

⁸⁶ La distinzione è oggetto di discussioni anche nella dottrina tedesca relativa alla *Glaubhaftmachung*, (v. nt. precedente) ove c'è chi ritiene che essa vada riservata solo all'accertamento degli aspetti fattuali, essendo, per quelli giuridici, richiesto un accertamento identico a quello del processo ordinario, e chi, invece, nega tale distinzione. Per riferimenti, v. CARRATTA, op. cit., 250 ss..

⁸⁷ Se non vere e proprie prove atipiche, si tratta, comunque, di mezzi di prova deformalizzati e, quindi, più duttili.

⁸⁸ Secondo CONSOLO, *Il giudice civile cautelare*, cit., 412, l'approfondimento delle prospettive decisorie di merito già in sede di rilascio o meno del provvedimento d'urgenza, si spiega anche sul piano psicologico, posto che il giudice designato *ante causam*, secondo la prassi, diverrà nella più parte dei casi giudice istruttore e, quasi sempre, giudice unico con funzione di giudice unico decidente il merito.

convincimento è diverso da quello di natura probabilistica o di verosimiglianza che attiene agli aspetti fattuali della lite. Le questioni di diritto danno luogo a soluzioni ermeneutiche che, seppur soggettivamente opinabili, possono essere espresse in termini di ferma convinzione, e non già di valutazione meramente probabilistica: ciò consente che alle questioni di diritto possano essere date risposte nette in tempi solleciti⁸⁹.

Queste due componenti, e, soprattutto la seconda, consentono di affermare che in sede cautelare si può svolgere una cognizione analoga a quella che potrebbe svolgersi in sede di merito. Evidenti ragioni di economia processuale giustificano che, in presenza della medesima cognizione esercitabile in sede di merito, la decisione con sentenza possa essere anticipata.

57. L'interferenza fra cautela e merito quanto all'oggetto: la cognizione cautelare si esercita sul medesimo diritto oggetto del processo di merito, seppure la valutazione venga svolta in chiave probabilistica

La possibile interferenza dei rapporti fra la tutela cautelare e quella di merito si giustifica anche alla luce dell'oggetto della domanda cautelare, su cui si viene ad esercitarsi la relativa cognizione⁹⁰.

Secondo l'opinione maggiormente diffusa, oggetto del processo cautelare non sarebbe né il diritto (sostanziale) di cautela, né il diritto sostanziale cautelando di cui, peraltro, non si dovrebbe accertare l'esistenza, ma solo "constatarsi la verosimiglianza"⁹¹.

Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in tal senso⁹². Chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 51 c.p.c., nella parte in cui non impone l'obbligo di astensione al giudice della causa di merito il quale abbia previamente concesso un provvedimento d'urgenza *ante causam*, la Corte ha affermato che nel processo civile non vi è identità di *res iudicanda* fra il giudizio di merito ed il giudizio espresso sulla domanda cautelare, dal momento che la cognizione sul *fumus boni iuris* affidata al giudice in sede di provvedimenti cautelari, si esaurisce in un semplice giudizio di verosimiglianza. Esso si concretizza in una "valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore", che

⁸⁹ Così CONSOLO, *Processo cautelare*, cit., 19, secondo cui solo le questioni di fatto (e quelle miste) talora patiscono, per effetto dell'urgenza nel provvedere e nonostante la non minore qualità epistemologica della prova informale e concentrata, il rischio di risposte incerte o azzardate.

⁹⁰ Sull'oggetto del processo cautelare, v. RECCHIONI, *op. cit.* 81 ss..

⁹¹ V. CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 63.

⁹² Cfr. Corte costituzionale, 7 novembre 1997, n. 326, in *Giur. it.*, 1998, 410 ss, con nota di CONSOLO, *Il giudice civile cautelare non diviene in via generale incompatibile a statuire sul merito secondo la Consulta*.

“lascia assolutamente irrisolto il quesito circa l’esito finale del giudizio e non “anticipa” affatto la decisione di merito”, poiché “non porta ad esprimere una “valutazione contenutistica” su fatti che hanno rilevanza rispetto alla causa di merito”⁹³.

Da alcuni⁹⁴, si osserva, però, che affermare che ci si deve limitare alla constatazione di verosimiglianza, probabile esistenza, ecc., del diritto sostanziale cautelando, rileva sotto il profilo del *quomodo* dell’attività cognitiva del giudice, miscelando i due piani di indagine distinti dell’oggetto del giudizio e dell’ambito oggettivo della cognizione cautelare, ma non vale a distinguere il *quid* della cognizione stessa. Detta dottrina ravvisa, pertanto, come oggetto della tutela cautelare, “l’interesse materiale”⁹⁵ dell’istante. Si afferma⁹⁶ che, mentre nel processo di cognizione il diritto soggettivo è l’oggetto diretto della tutela e dell’accertamento, ed il bene della vita cui concretamente aspira colui che agisce, viene ottenuto solo in via mediata, per il tramite dell’accertamento dell’esistenza del diritto di cui costituisce oggetto, nel processo cautelare il rapporto è esattamente inverso, perché oggetto diretto del giudizio è l’interesse “materiale”, ovvero il bene della vita che è esposto a pericolo, e solo mediatamente il diritto soggettivo che lo contiene.

In tale ricostruzione il *fumus boni iuris* rileva come un antecedente logico giuridico, come un sorta di questione pregiudiziale di merito rispetto all’oggetto principale del giudizio, che è la cosa o il bene, cioè l’interesse materiale.

Occorre dar conto, altresì, che sussiste un altro orientamento secondo il quale l’oggetto del processo cautelare coincide in pieno con quello del processo di cognizione, il quale viene prima protetto in via provvisoria ed urgente, e, successivamente, tutelato nella pienezza del processo dichiarativo, escludendosi, dunque, qualunque diversità oggettiva fra i due processi⁹⁷.

⁹³ Tuttavia, la Corte chiarisce che “l’ipotizzabile coinvolgimento in concreto di quel giudice, al di là di quanto richiesto dalle esigenze della decisione cautelare, nel merito della causa (...) rappresenta un’eventualità anormale (...). In casi del genere, piuttosto, è dovere del giudice di valutare, nel concreto, se esistono “gravi ragioni di convenienza” per “richiedere al capo dell’ufficio l’autorizzazione ad astenersi”, secondo quanto già previsto dal capoverso dello stesso art. 51 c.p.c.”. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 412, la definisce una “sentenza-monito” ai giudici.

⁹⁴ V. RECCHIONI, *op. cit.*, 86.

⁹⁵ L’espressione è tratta da FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo ed interessi tutelati*, Milano, 1982, 46.

⁹⁶ V. sempre RECCHIONI, *op. cit.*, 98 ss., con riferimenti alla dottrina relativa al giudizio amministrativo, nel quale risulta nettamente la distinzione fra l’interesse legittimo all’annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo (la situazione giuridica soggettiva) e l’interesse materiale che ne costituisce il contenuto.

⁹⁷ Cfr. TOMMASEO, *op. cit.*, 90 ss.; CECHELLA, *op. cit.*, 224, secondo il quale “l’oggetto dell’accertamento è senz’altro quello stesso diritto sostanziale protetto attraverso le forme giurisdizionali ordinarie, anche se attraverso il ricorso a strumenti conoscitivi dotati di un minor grado di certezza giuridica, perché più immediati e di più rapido espletamento (“le sommarie informazioni?”). Cfr. Trib. Bari, 23 settembre 2005, in www.Giurisprudenzabarese.it, secondo cui il collegamento funzionale fra il processo di merito e quello cautelare proposto in corso di causa è la causa pretendi, ovvero i fatti dedotti quali costitutivi del diritto fatto valere; Cass., sez. I, 28 ottobre 1983, n. 6387, in Giust. Civ. Mass., 1983, per cui il giudizio di merito si

57.1 Alcuni casi giurisprudenziali di emanazione del provvedimento definitivo di merito in luogo del provvedimento d'urgenza ovvero di conversione d'ufficio del rito cautelare in rito ordinario: ipotesi di rito abbreviato *ante litteram*

Sulla base del postulato dell'identità di *petitum* e *causa petendi* della domanda cautelare rispetto a quelle di merito, in giurisprudenza sono rinvenibili, per la verità sporadiche, pronunce nelle quali i giudici hanno ritenuto di poter trasformare il processo cautelare in ordinario, con idoneità della pronuncia finale a rivestire gli attributi tipici della sentenza definitiva di merito, con piena idoneità di giudicato formale e sostanziale. Si tratta, in sostanza, di ipotesi di giudizio abbreviato, per così dire, *ante litteram*.

Si è verificato, infatti, che il giudice, adito *ante causam* con richiesta di provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* abbia unificato la fase cautelare ed il giudizio di merito, emanando in luogo del provvedimento d'urgenza un vero e proprio provvedimento definitivo di merito: questo, stante il suo carattere decisorio, avrebbe natura di sentenza e sarebbe impugnabile mediante l'appello⁹⁸

Più di recente, sulla base di un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* col quale il ricorrente lamentava di essere stato illegittimamente licenziato, il giudice, si è pronunciato con una sentenza, dopo aver provveduto d'ufficio alla conversione del rito. Il giudice, dopo aver rigettato la domanda cautelare per difetto del *periculum in mora*, aveva ritenuto la stessa idonea all'instaurazione del giudizio di merito ed aveva disposto d'ufficio il prosieguo della causa per il giudizio di merito, provvedendo a fissare l'udienza per la discussione. La Corte di Cassazione⁹⁹, chiamata a pronunciarsi su tale specifico motivo di ricorso, ha affermato "l'irritualità" della prosecuzione del giudizio per la trattazione della causa nel merito, in violazione dell'art. 99 c.p.c.. Occorre a tal fine che risulti adeguatamente la volontà della parte di chiedere, oltre alla tutela cautelare e di urgenza, anche la tutela di merito, con la proposizione del relativo giudizio. Rilevata la mancanza della domanda giudiziale avente ad oggetto il merito, non può propriamente parlarsi di mero mutamento di rito e neanche di sanatoria di una nullità, poiché la mancanza di domanda inficia più radicalmente la ritualità

riferisce all'accertamento di quello stesso diritto che il ricorrente afferma essere minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

⁹⁸ V. Cass. 23 giugno 1999, n. 6380, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1467. Il principio è stato ribadito da Cass. 21 novembre 2001, n. 14669, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1977, secondo cui, in questi casi il provvedimento definitivo di merito pronunciato, stante il suo carattere decisorio, ha natura sostanziale di sentenza ed è, pertanto impugnabile mediante l'ordinario atto di appello.

⁹⁹ V. Cass., sez. lav., 27 agosto 2003, n. 12557, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 39.

del processo, di cui la domanda di parte costituisce un presupposto essenziale, con la conseguenza che la Corte ha cassato senza rinvio la sentenza impugnata¹⁰⁰.

I giudici di legittimità, per la verità, in altre pronunce, non hanno escluso che, sebbene in quel momento l'abbiano ritenuta un'eventualità remota ed accademica, il giudice, adito in sede di richiesta di tutela urgente, manifesti poi *in itinere* il proposito di passare dalla cognizione sommaria alla cognizione piena della controversia, e pervenga a definire la lite in ogni suo aspetto, compreso quello della ripartizione dell'onere delle spese fra le parti¹⁰¹.

Tale possibilità è stata decisamente criticata in dottrina per l'evidente violazione del principio dispositivo e del necessario corollario della corrispondenza fra chiesto e pronunciato¹⁰². Giustamente, però, è stata sottolineata la differenza fra l'illegittima unificazione della fase cautelare e di merito a seconda che si verifichi nel procedimento cautelare *ante causam* ovvero in quello in corso di causa¹⁰³. Nel primo caso, nessuna domanda di merito può essere stata formulata dalle parti, con la conseguenza che la "sentenza" apparentemente pronunciata dovrebbe essere annullata dal giudice d'appello, il quale dovrebbe limitarsi ad affermare l'assenza di qualsiasi domanda, o cassata senza rinvio in quanto provvedimento abnorme.

Nel secondo caso, dal momento che la domanda di merito è stata formulata, la sentenza deve ritenersi validamente pronunciata e la mancata riproposizione, nel corso dello stesso giudizio, della domanda cautelare su cui il giudice ha omesso di pronunciare potrebbe intendersi quale tacita rinuncia della stessa.

Per ragioni analoghe si è ritenuto che la limitazione del giudizio abbreviato alla sola ipotesi di domanda cautelare proposta in corso di causa si giustifica proprio in virtù del rispetto del principio della domanda e di quello del contraddittorio¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Concorda ARIETA, *Trattato, cit.*, III, t. 1, *cit.*, 901, secondo il quale se all'udienza cautelare fissata, il giudice non ritiene, per qualsiasi ragione, di definire il processo cautelare e dispone la "prosecuzione del giudizio di merito, il relativo provvedimento, e tutti gli atti successivamente compiuti, compresa l'eventuale sentenza, sono radicalmente nulli.

¹⁰¹ Cfr. Cass., sez. I, 15 ottobre 2004, n. 20327, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 28, secondo cui a modificare la natura del provvedimento non può valere neanche la circostanza che nel caso di specie il giudice abbia fatto un esame particolarmente approfondito del *fumus*; Cass., sez. lav., 2 dicembre 1996, n. 10756, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1658.

¹⁰² V. RECCHIONI, *op. cit.*, 88, nt. 402, secondo il quale tale tesi, oltre a trasformare un processo sommario in uno a cognizione piena senza la necessaria domanda delle parti, attribuisce il massimo valore conseguibile dal processo, e, cioè, la definitività della tutela e la produzione della cosa giudicata, nella totale assenza delle forme tipiche del processo ordinario.

¹⁰³ V. ARIETA, *Trattato di diritto processuale, cit.*, vol. III, t. 1, 718.

¹⁰⁴ Cfr. OLIVIERI, *Il procedimento cautelare, cit.*, § 7.

58. Ipotesi applicative di coincidenza fra il contenuto della cognizione cautelare e quello della cognizione di merito. La cognizione piena come un a posteriori e non un a priori

Premessa questa serie di varie considerazioni, si delineano gli ambiti di operatività della conversione.

Delle ipotesi in cui è possibile che operi la conversione, una grossa percentuale è rappresentata dai casi in cui l'indagine sul *fumus boni iuris* involge l'esame quasi esclusivo di questioni di diritto. Ciò è stato già anticipato¹⁰⁵, ma, sulla base delle riflessioni svolte, si può affermare che, in queste fattispecie, il giudice, in sede cautelare, non formula un mero giudizio probabilistico, presumendo da fatti noti la probabile esistenza del diritto in capo al ricorrente, ma afferma l'interpretazione della norma da applicare al caso concreto in termini che non possono essere che di convincimento. Sostanzialmente, ciò significa che sulle questioni di diritto l'*iter* logico che si svolge in sede cautelare è il medesimo che il giudice svolgerebbe in sede di merito.

Coincidente in gran parte con tale ambito di controversie, è quello che riguarda le cause la cui istruttoria è puramente documentale. Si intende come causa documentale quella fondata, appunto, su prove documentali¹⁰⁶, nelle quali, cioè, i documenti rappresentano direttamente i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio. In tali ipotesi, l'attività istruttoria compiuta in sede cautelare o, meglio, il materiale istruttorio a sostegno della domanda cautelare è il medesimo che sarebbe esaminato ai fini della decisione di merito. Anche in questo caso, l'*iter* logico che il giudice compie su detto materiale è lo stesso che effettuerebbe in sede di merito.

Ciò non toglie che la conversione possa operare anche in presenza di una attività istruttoria svolta in sede cautelare. Tale ipotesi non è da escludere a priori, potendosi ammettere che vengano sentiti, ad esempio, gli amministratori della società. In tal caso, l'ambito di operatività della conversione continua a riguardare i casi in cui non sia ravvisabile la necessità di un'ulteriore istruttoria, essendo i mezzi acquisiti tali da consentire la formazione del convincimento sull'esito della lite.

Sicuramente, la maggiore sfera di operatività del rito abbreviato è senz'altro quella della impugnazione di delibere assembleari, e questo proprio perché queste cause si

¹⁰⁵ V. § 56.

¹⁰⁶ Secondo CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, 182 ss., il documento è "un oggetto che rappresenta un fatto". La prova documentale è piena solo quando questo rappresenti direttamente i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio e non quando rappresenti un altro fatto dal quale si possa arrivare al fatto da provare attraverso indizi, presunzioni o altri mezzi di prova.

presentano come cause di puro diritto e documentali. L'illegittimità della delibera viene valutata in base al raffronto della stessa con l'atto costitutivo. La cognizione svolta in sede cautelare è la medesima che dovrebbe essere esercitata in sede di annullamento della stessa e ciò consente di anticipare i tempi della pronuncia di merito.

Si può osservare come il presupposto della completezza dell'istruttoria, richiesto dall'art. 24, si traduca concretamente nelle fattispecie indicate, rendendo possibile l'immediata decisione della sentenza, che risulta inequivocabilmente frutto di cognizione piena.

E' implicito nel sistema, poi, che la pronuncia della sentenza in tempi anticipati rispetto a quelli ordinari presuppone che si tratti di una controversia facilmente risolvibile, che non presenti particolari complessità, poiché è ovvio che questo renderebbe necessaria l'attività istruttoria da svolgere nelle forme del processo a cognizione piena. Ecco perché si può ritenere che l'esito della causa sia "manifesto"¹⁰⁷, ma si può anche pensare a controversie di non facile risoluzione, in cui il materiale istruttorio raccolto sino all'udienza cautelare sia lo stesso utilizzabile per la decisione di merito.

La classificazione del rito abbreviato come giudizio a cognizione piena implica una netta distinzione nell'utilizzo dei termini procedimento sommario e cognizione sommaria, poiché, come si è tentato di dimostrare, ad una semplificazione delle forme non corrisponde necessariamente una superficialità della cognizione¹⁰⁸.

Si tratta sicuramente di un procedimento che non presenta le forme proprie del giudizio di cognizione, ma che ha come esito un provvedimento di merito.

Su tale innovativo modello decisionale è stato giustamente scritto che esso dimostra come l'espressione "cognizione piena ed esauriente" possa ricevere senso solo se intesa come un *aposteriori* e non un *apriori*¹⁰⁹.

59. Le condizioni per l'utilizzabilità dell'istruttoria cautelare ai fini della decisione di merito

Sulla base delle riflessioni appena svolte, quindi, può con certezza escludersi che col giudizio abbreviato si realizzi la coesistenza tra sommarietà e attitudine al giudicato¹¹⁰,

¹⁰⁷ V. sempre § 56.

¹⁰⁸ In senso contrario, v. § 54 e le tesi riportate di PROTO PISANI.

¹⁰⁹ Così SASSANI, in *La riforma delle società, Il processo*, a cura di Sassani, *cit.*, 10.

¹¹⁰ Come è stato sostenuto in dottrina da DALMOTTO, *sub art. 24, cit.*, 2945 ss.

poiché la pronuncia della sentenza in tempi anticipati presuppone sempre la pienezza della cognizione.

Ciò che può, però, verificarsi, è che la sentenza sia pronunciata a seguito di un'istruttoria svolta nelle forme proprie del giudizio cautelare, se si ammette, come parte della dottrina¹¹¹, che la formulazione dell'art. 24 non esclude tale possibilità, disponendo che la causa deve essere matura per la decisione senza bisogno di *ulteriore* assunzione di mezzi di prova. Secondo tale impostazione, l'aggettivo *ulteriore* va correlato non solo ai mezzi di prova dalle parti con l'istanza cautelare, ma anche a quelli che possono essere espletati all'udienza, per effetto del richiamo all'art. 669-*sexies*¹¹², con la conseguenza che il processo abbreviato è essenzialmente, ma non esclusivamente, un processo documentale.

Viene, quindi, in considerazione, il tema della utilizzabilità dei risultati istruttori, ottenuti in sede cautelare, ai fini della decisione di merito, con riferimento al ricorso a prove atipiche o tipicamente assunte, ovvero la possibilità di utilizzare le risultanze documentali ottenute a seguito del potere officioso del giudice, di invitare le parti a depositare i documenti che ritiene rilevanti, *ex* art. 24, comma 2, potere non previsto nel giudizio ordinario¹¹³.

Si può premettere brevemente che, con riferimento al rito cautelare uniforme, la dottrina è divisa fra chi esclude in radice l'utilizzabilità dei suddetti risultati istruttori¹¹⁴, specie per la preoccupazione che a tal fine siano stati utilizzati mezzi istruttori non consentiti nel processo di merito, e chi, d'altro canto, secondo l'opinione preferibile, ne ammette l'utilizzo quali argomenti di prova, dei quali il giudice può liberamente tenere conto ai fini della formazione del proprio convincimento, ma sempre in concorso con prove tipiche¹¹⁵. Occorre aggiungere poi, che tale tema è strettamente connesso a quello più generale dell'ammissibilità di prove atipiche nel processo cautelare, ma più in generale, in

¹¹¹ V. FABIANI, *sub* art. 24, *cit.*, 430 ss.; BESSO, *sub* art. 24, *cit.*, 750-751.

¹¹² Anche secondo ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, *cit.* 333, nella specifica fase processuale qui considerata, i mezzi di prova acquisiti possono essere soltanto documenti, ovvero risultanze di prove orali (ad esempio, dichiarazioni delle parti o di terzi resi all'udienza di trattazione della domanda cautelare) che il giudice potrebbe avere assunto in sede di istruttoria cautelare, ai sensi dell'art. 669-*sexies* c.p.c..

¹¹³ V. BUONCRISTIANI, *sub* art. 24, *cit.*, 423 ss..

¹¹⁴ Così VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, *sub* artt. 669 *bis/ quaterdecies*, 464.

¹¹⁵ Questa è l'opinione di ARIETA, in *Trattato di diritto processuale civile*, *cit.*, vol. III, t. 1, 910; OLIVIERI, in *I provvedimenti cautelari, nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 703. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Cass. 11 novembre 2004, n. 21417, secondo cui le sommarie informazioni fornite informalmente dai testi nei procedimenti possessori, pur non costituendo prova testimoniale in senso tecnico e proprio, sono idonee a fornire elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice in sede di decisione di merito; Cass. 25 settembre 1991, n. 10011, parla di "elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice in sede di decisione di merito". A tal fine, è onere della parte che vi ha interesse, provvedere a "riversare" dette risultanze istruttorie nel giudizio di merito, nel rispetto delle relative preclusioni istruttorie, essendo esclusa un'acquisizione d'ufficio del fascicolo relativo al processo cautelare, e ciò, anche con riferimento ai documenti, i quali vanno prodotti nuovamente: cfr. Trib. L'Aquila, 15 ottobre 2004.

quello ordinario, tanto che si arriva a ritenere le sicura utilizzabilità delle prove atipiche acquisite in sede cautelare, poiché per queste non si pone un problema di ritualità o informalità dell'acquisizione, come, invece, per le prove costituende¹¹⁶.

Per ciò che riguarda il giudizio abbreviato societario, il problema dell'utilizzabilità in sede di merito dei risultati dell'istruzione cautelare riguarda ipotesi diverse fra loro.

Se l'innesto di prove atipiche o tipicamente assunte non si realizza ovvero manca l'invito del giudice del giudice a produrre i documenti che ritiene rilevanti, non sorgono problemi di tutela. Si tratta, ancora una volta, di causa prettamente documentale, con produzione dei documenti effettuata dalle parti.

Se, diversamente, il giudice abbia esercitato il proprio potere officioso relativo ai documenti, si pone un problema di tutela del contraddittorio, per cui bisogna riconoscere alla parte il potere di produrre a sua volta documenti e, più in generale, di controdedurre fatti contrari a quelli risultanti dai documenti, ovvero anche solo concorrenti con la propria linea difensiva¹¹⁷.

Con riferimento, infine, alla diversa ipotesi di risultanze istruttorie raggiunte senza le formalità proprie del rito ordinario, diverse sono le soluzioni prospettate in dottrina.

Secondo alcuni¹¹⁸ tale evenienza non suscita scandalo dato il grado di affidabilità dei risultati, dal momento che, ad esempio, la sommaria informazione, grazie alla possibilità del giudice di giocare un ruolo attivo ed alla immediatezza dell'assunzione, che in genere avviene a ridosso dei fatti su cui le persone sono chiamate a riferire, appare addirittura più attendibile dei corrispondenti mezzi tipici.

Secondo altri, seppure non si pongono problemi di affidabilità, sussiste, invece, un problema di tutela del diritto di difesa nell'assunzione delle prove al fine di verificare che, oltre al rispetto del contraddittorio, venga rispettato il diritto della parte a veder decidere la causa sulla base di prove formali¹¹⁹. La soluzione prospettata vede realizzata la compatibilità fra l'istruzione svolta e la decisione in forma abbreviata solo se vi sia identità fra l'efficacia probatoria della prova deformalizzata con quella della prova formale nonché una valutazione di compatibilità delle regole seguite per raccogliere la prova.

¹¹⁶ Così la pensa RECCHIONI, *op. cit.*, 485 ss., spec. 487, secondo il quale sono sicuramente utilizzabili nel processo di merito, oltre che le prove documentali, le prove atipiche e le prove tipiche acquisite senza alcuna deviazione procedimentale rispetto al modello ordinario, mentre, laddove si sia derogato ai normali canoni di acquisizione, la causa di merito resta impermeabile ai risultati istruttori acquisiti in sede cautelare.

¹¹⁷ V. BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 424.

¹¹⁸ Cfr. DALMOTTO, *ibidem*.

¹¹⁹ V. FABIANI, *ibidem*, secondo il quale la linea di demarcazione fra minore tutela e insufficiente tutela è molto sottile, ma non per questo priva di rilievo;

Altra dottrina¹²⁰ sostiene, da un lato, l'inammissibilità di un'alterazione delle regole del giudizio di merito tale da consentire, ai fini della decisione, mezzi che le regole ordinarie non ammetterebbero (ad esempio, la deposizione di un sommario informatore avente un interesse nella causa); d'altro lato, per le ipotesi in cui non vi sia stato il rispetto delle formalità previste per il rito ordinario (ad esempio, un sommario informatore che non abbia prestato giuramento di fedeltà), si ammette che il giudice valuti quanto il rispetto delle forme previste dal codice di rito influisca sull'attendibilità delle risultanze istruttorie

Altri¹²¹, auspicano che, per fugare ogni formalistico dubbio, siano osservate le regole ordinarie di assunzione, ad esempio utilizzando come informatori soltanto i soggetti indicati dalle parti e facendo prestare impegno di rito *ex art. 251 c.p.c.* all'informatore, prima di raccogliergli la deposizione.

In tali casi, in effetti, non si vedono ostacoli all'utilizzabilità di detto materiale istruttorio.

60. B) Inquadramento funzionale: b) il meccanismo processuale su cui si fonda il giudizio abbreviato: la pronuncia della misura cautelare resta assorbita e superata dalla immediata decisione di merito

Il meccanismo alla base della conversione del rito cautelare in giudizio di merito si fonda sul particolare rapporto che intercorre fra la misura cautelare e la sentenza di merito.

Il fenomeno che regola i rapporti fra la misura cautelare concessa e la sentenza di merito è definito assorbimento¹²²: in virtù di questo automatismo, la misura cautelare concessa *ante causam* o in corso di causa, pronunciata dal giudice di prima istanza o all'esito del giudizio di reclamo, produce i suoi effetti sino alla pronuncia della sentenza di merito di primo grado: sino a quando, cioè, la tutela di merito, i cui effetti sono stati assicurati, in tutto o in parte, dalla misura cautelare, sia stata resa all'esito del relativo giudizio. L'assorbimento della misura cautelare nella sentenza di merito indica come qualsiasi effetto della prima venga inglobato nella seconda, che, una volta pronunciata, si pone come unica ed esclusiva fonte della tutela del diritto¹²³.

¹²⁰ V. BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 426.

¹²¹ V. CHIARLONI, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 6.

¹²² Circa l'assorbimento della misura cautelare nella decisione di merito sul diritto cautelato, v. ARIETA, *Trattato*, III, t. 1, *cit.*, 1200 ss.

¹²³ È giurisprudenza costante della Corte di Cassazione che l'ordinanza cautelare, al pari del provvedimento pronunciato in sede di reclamo, ha i caratteri tipici della provvisorietà e della non decisorietà, essendo entrambi destinati ad essere assorbiti e a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito,

Tale rapporto si spiega in quanto la sentenza di merito costituisce la tutela giurisdizionale di più ampio raggio che la parte possa ottenere poiché contiene l'accertamento sul diritto, suscettibile di acquisire efficacia di giudicato *ex art. 2909 c.c.*, ed è dotata della provvisoria esecutività sin dal momento della pronuncia.

Va ribadita, comunque, la completa autonomia della tutela cautelare rispetto a quella di merito, nel senso che la valutazione dei presupposti compiuta dal giudice in sede sommaria non viene sottoposta ad un nuovo giudizio in sede di giudizio di merito¹²⁴, tale da dar luogo ad una conferma o ad una revoca del provvedimento provvisorio: esso cessa di produrre effetti dal momento della pronuncia di merito, in quanto ne è cessata la funzione di provvisoria assicurazione degli effetti della tutela di merito.

Il rito abbreviato societario, in considerazione della sussistenza di determinati presupposti, sfrutta proprio la possibilità per la parte di ottenere il provvedimento di merito in sostituzione di quello cautelare ed in tempi, almeno nelle intenzioni del legislatore, sostanzialmente equivalenti a quelli di una pronuncia cautelare. Il giudice chiamato alla trattazione della domanda cautelare può pertanto soprassedere sulla relativa pronuncia, provvedendo a fissare l'udienza per il merito.

La pronuncia del provvedimento richiesto in corso di causa resta, pertanto, assorbita e superata dalla sentenza di merito.

60.1 Il fenomeno dell'assorbimento della misura cautelare nella decisione di merito: le diverse ipotesi di accertamento dell'esistenza ovvero dell'inesistenza del diritto cautelato. Tesi sulla sopravvivenza del provvedimento d'urgenza alla sentenza di merito

L'assorbimento della misura cautelare nella sentenza di merito è stato espressamente sancito dal legislatore del '90, fra le norme del c.d. rito cautelare uniforme, con la previsione del terzo comma dell'art. 669-*novies*, tuttora vigente, secondo la quale, tra le altre ipotesi, il provvedimento cautelare perde efficacia, "se con sentenza, anche se non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato

siché, mancando gli estremi della definitività e decisorietà, non sono ricorribili ai sensi dell'art. 111 Cost. *Ex multis*, v. Cass. civ., sez. lav., 14 gennaio 2003, n. 441; Cass. Civ., sez. lav., 9 maggio 2002, n. 6672; Cass. Civ., sez. lav., 17 marzo 2003, n. 3898, in *Giust. civ.*, 2003, I, 628; Cass. Civ., sez. lav., 30 luglio 1996, n. 6851; Cass. Civ., sez. un., 24 gennaio 1995, n. 824.

¹²⁴ Cfr. Trib. Messina, 7 dicembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 555.

concesso”¹²⁵. Tale norma sancisce espressamente la prevalenza della cognizione piena su quella sommaria¹²⁶. In presenza dell'accertamento negativo il provvedimento cautelare viene meno automaticamente. Si tratta di una ipotesi di perdita di efficacia *ex lege*¹²⁷ del provvedimento, dipendente dalla circostanza che, con l'accertamento dell'inesistenza del diritto già sottoposto a cautela, si è esaurita ogni funzione cautelare. Questa particolare ipotesi di inefficacia *ex lege* del provvedimento determina la caducazione automatica degli effetti della misura e proprio per tale carattere la relativa declaratoria non necessita di istanza di parte, ma rientra fra i provvedimenti “accessori” conseguenti all'accertamento dell'inesistenza. Per completezza è da aggiungere che in dottrina¹²⁸, ai fini dell'inefficacia della misura cautelare, all'ipotesi della definizione di merito del processo viene equiparata quella in rito, ad esempio, a seguito di sentenza che accerti il difetto di giurisdizione¹²⁹, dal momento che anche in queste ipotesi si realizza un'inidoneità del processo a fornire la richiesta tutela di merito.

Quanto, invece, ai rapporti fra la tutela cautelare concessa e la sentenza che accerta l'esistenza del diritto, manca un'esplicita disposizione legislativa. La legge tace sulla sorte del provvedimento cautelare e su eventuali poteri di conferma dello stesso da parte del giudice di merito.

Proprio sulla base di tale elemento, in dottrina si è sostenuto¹³⁰, contro la tesi maggioritaria, che la misura cautelare, in particolare il provvedimento d'urgenza, possa sopravvivere alla pronuncia di merito conforme. Le giustificazioni a sostegno di tale tesi sono principalmente due.

L'argomentazione più tenacemente sostenuta a favore della sopravvivenza della misura cautelare oltre la pronuncia della sentenza di merito parte dalla considerazione che,

¹²⁵ La preesistente analoga disciplina era costituita dall'art. 683, secondo comma, dettato per i sequestri, ma normalmente inteso come espressivo di un principio generale, il quale esigeva, ai fini della caducazione del sequestro, il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa dell'inesistenza del diritto. La disposizione introdotta nel '90 consente di evitare che la misura, con la sua gravissima potenzialità negativa per il sequestrato continui a mantenere effetto, indipendentemente da ogni decisione contraria dei giudici di merito, ancorché esecutiva, sino alla formazione della *res iudicata*.

¹²⁶ Cfr. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., 23.

¹²⁷ V. ARIETA, *Trattato*, cit., III, t. 1, 1004 ss..

¹²⁸ V. ARIETA, *Trattato*, cit., III, t. 1, 1006.

¹²⁹ La discordanza di opinioni riguarda una categoria di sentenze cui dall'ordinamento viene ricollegata un'attenuata idoneità definitoria del processo. In tali casi l'inidoneità del processo a fornire la tutela di merito non è assoluta, poiché è prevista per esso la possibilità della prosecuzione nello stesso grado, subordinata alla tempestiva riassunzione avanti al giudice designato. Si pensi alla sentenza declinatoria di competenza e alle sentenze cui segue la rimessione ad altro giudice, cui si applica lo stesso regime. In proposito, la maggioranza della dottrina ritiene che l'inefficacia non si determini, sempre che la riassunzione sia tempestiva. Non manca chi ritiene che, invece, la pronunzia negativa è destinata a produrre i suoi effetti travolgenti dal momento della sua emanazione, anche se non passata in giudicato: così OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, 91-92.

¹³⁰ V. MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova, 1993, 313 ss..

posto come necessario l'assorbimento della prima ad opera della seconda, il vincitore nel merito, che abbia beneficiato di una misura cautelare, sarebbe esposto al rischio di rimanere del tutto privo di tutela e cautela nel corso del giudizio di impugnazione della sentenza. Tale rischio si realizzerebbe proprio se il giudice d'appello ritenesse di far uso del potere di sospendere, in tutto o in parte, l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, in presenza di "gravi motivi", secondo quanto dispone l'art. 283 c.p.c.. In base a tali considerazioni si è affermato che sostenere l'automatica caducazione del provvedimento provvisorio produrrebbe "un'evoluzione peggiorativa" della posizione del titolare del diritto cautelato, riconosciuto come esistente dalla sentenza di primo grado. Egli non potrebbe beneficiare più nemmeno della tutela cautelare che lo aveva assistito ancor prima che un giudice, in seguito a cognizione piena, riconoscesse esistente il suo diritto. L'interessato può, a questo punto, avanzare una nuova richiesta al collegio, ma questi, avendo disposto la sospensione, difficilmente la accoglierà, con la conseguenza che il richiedente rimarrà nuovamente privo di tutela.

Il secondo ordine di argomentazioni a sostegno della sopravvivenza della misura cautelare viene ricondotto alle, pur esigue, ipotesi in cui la sentenza favorevole al destinatario attivo della misura non è dotata di immediata efficacia esecutiva. Si fa l'esempio delle sentenze di mero accertamento o costitutive, per le quali si discute sull'anticipazione degli effetti, rispetto al momento del passaggio in giudicato¹³¹.

Una tesi intermedia è quella di chi, pur sostenendo la tesi dell'assorbimento della misura cautelare nella sentenza di merito, prevede la necessaria reviviscenza di questa, nell'ipotesi di concessione dell'inibitoria processuale in sede di gravame sulla sentenza che abbia assorbito la misura¹³².

Tali tesi non possono essere accolte¹³³. Una volta emanata la sentenza, l'accertamento pieno sul diritto in essa contenuto esclude che possa sopravvivere la cautela, dal momento, poi, che la sentenza di merito potrebbe avere contenuti diversi e anche

¹³¹ V. anche VIGNERA, *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 504 ss., il quale riporta l'ipotesi in cui sia stata pronunciata misura cautelare a favore di un lavoratore illegittimamente trasferito dal datore di lavoro ad altra unità produttiva, al fine di consentire la prestazione di lavoro nel luogo originario. La tesi dell'assorbimento automatico comporterebbe che, esclusa l'immediata operatività della pronuncia costitutiva di annullamento, il lavoratore si vedrebbe costretto a dare attuazione all'originario trasferimento disposto dal datore di lavoro, salva soltanto la possibilità di chiedere una nuova misura cautelare. Cfr. App. Torino, 27 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1838, con nota di DOMINICI, secondo cui il sequestro giudiziario di beni è una misura di carattere conservativo i cui effetti non sono assorbiti nella sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva favorevole alla parte sequestrante, per cui il provvedimento è efficace anche nelle fasi di impugnazione della sentenza che accoglie la domanda di merito.

¹³² V. OBERTO, *Il nuovo processo*, cit., 94; D'AIETTI, FRASCA, FRANZI e MIELE, *I provvedimenti cautelari. La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 92 ss..

¹³³ Per tali osservazioni, v. ARIETA, *Trattato*, cit., III, t. 1, 1202 ss..

contrastanti con quelli della cautela (ad esempio, contenere la condanna al pagamento di un importo minore di quello previsto dal provvedimento cautelare). In seguito alla pronuncia della sentenza, gli effetti oggetto di anticipazione da parte del provvedimento cautelare, continuano a prodursi come effetti della tutela che li ha assorbiti. Si ha, quindi, un mutamento nella fonte produttiva degli effetti, che non è più la cautela, bensì la sentenza di merito e di tale mutamento si ha conferma nei poteri del giudice d'appello di sospenderne, in tutto o in parte, gli effetti mediante l'inibitoria.

61. Assorbimento e ultrattività delle misure cautelari

Il fenomeno dell'assorbimento della misura cautelare nella sentenza di merito si produce nonostante le modificazioni legislative che, negli ultimi tempi, hanno riguardato il procedimento cautelare.

Tra le innovazioni più importanti in materia, il legislatore ha, infatti, previsto un allentamento della strumentalità c.d. strutturale, sollevando, così, la parte dall'onere della tempestiva instaurazione del giudizio di merito, con esclusione delle misure a contenuto conservativo, in relazione alle quali tale adempimento permane, a pena d'inefficacia della misura stessa. Tale importante novità è stata introdotta, dapprima, relativamente all'ambito delle controversie societarie, dall'art. 23 d. lgs. n. 5 del 2003 e, poi, in via generale, dalla l. n. 80 del 2005, che ha modificato i commi 6, 7 e 8 dell'art. 669-*octies*, eliminando la necessaria instaurazione del giudizio, sempre limitatamente ai provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 e agli altri idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito¹³⁴. Conseguentemente alla facoltatività del giudizio di merito, si parla di ultrattività¹³⁵ della misura cautelare, intendendo, con tale espressione, che il regolamento introdotto dalla cautela *ante causam* o in corso di causa continua a produrre i suoi effetti, nonostante la mancata instaurazione del giudizio di merito ovvero la sua estinzione.

La nuova configurazione del provvedimento cautelare non è, però, idonea ad incidere sulla strumentalità c.d. funzionale, che lega la misura cautelare alla pronuncia di merito sullo stesso diritto, in qualsiasi momento essa venga ad esistere¹³⁶: ogni qualvolta il

¹³⁴ Per maggiori approfondimenti, v. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 781 ss.; ARIETA, *Trattato, cit.*, III, t. 1, spec. 965 ss.; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (l. 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it*; BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2006, 563 ss..

¹³⁵ Sulla nozione di ultrattività, v. ARIETA, *Trattato, cit.*, III, t. 1, 37 ss.

¹³⁶ Rimane illuminante la spiegazione di CALAMANDREI, *Introduzione, cit.*, 31 ss., il quale definisce "qualificata" tale strumentalità. Secondo l'A., se, infatti, tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno

giudizio venga definito con la sentenza, è da escludere qualsiasi fenomeno di sopravvivenza del provvedimento cautelare, la cui caratteristica intrinseca è la provvisorietà. Il nesso funzionale che lega la misura cautelare alla pronuncia di merito non viene meno, pur essendo la seconda solo eventuale e rimessa all'iniziativa delle parti, le quali, possono astenersi dall'iniziare il giudizio di merito, qualora ritengano che la regolamentazione provvisoria del rapporto litigioso introdotta con la misura cautelare sia idonea a soddisfare, in via di fatto, i propri interessi¹³⁷.

La permanenza del legame funzionale fra la misura provvisoria e l'eventuale sentenza di merito deriva dalla provvisorietà del provvedimento cautelare ed implica che nel momento in cui il giudizio di merito venga definito, la relativa sentenza si ponga quale unica fonte regolatrice del rapporto, anche prima del passaggio in giudicato, con esclusione di qualsiasi sopravvivenza degli effetti della misura cautelare, nemmeno in funzione rafforzativa o integrativa.

62. Le condizioni per l'alternatività della pronuncia di merito rispetto alla concessione del provvedimento cautelare. La sentenza è idonea ad assorbire la pronuncia del provvedimento cautelare purché sussista l'immediatezza della pronuncia di merito

Nel rito abbreviato societario, la possibilità della pronuncia di merito in luogo di quella cautelare, fondata sul meccanismo descritto dell'assorbimento, realizza l'alternatività della sentenza rispetto alla pronuncia cautelare: la prima viene pronunciata in luogo della seconda. Ciò è anche coerente con l'impianto della riforma del processo societario, improntato sull'offerta di una pluralità di riti, alternativi fra loro, suscettibili di procurare utilità differenti a seconda dello scopo perseguito. Nell'ipotesi del giudizio abbreviato è il giudice ad optare per la immediata decisione di merito, ma solo nell'ipotesi in cui la domanda cautelare sia stata proposta in corso di causa e, cioè, la domanda di merito sia stata formulata dalla parte, mantenendosi così pur sempre la corrispondenza fra il chiesto

strumento del diritto sostanziale, che attraverso loro si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità di secondo grado, elevata, per così dire, al quadrato: essi sono dei mezzi predisposti alla miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l'attuazione del diritto. In base a tale constatazione si possono definire "strumento dello strumento".

¹³⁷ Mantiene comunque la distinzione tra tutele sommarie cautelari e non cautelari, ARIETA, *Trattato, cit.*, III, t. 1, 39 ss., sulla base della diversa natura dell'anticipazione (che solo per le seconde è satisfattiva e mira alla formazione di un titolo esecutivo anche provvisorio) che consente di far acquisire solo ai provvedimenti sommarie non cautelari, un regime di definitività degli effetti, pur non corrispondente al giudicato, che le misure cautelari, nonostante le novità da ultimo introdotte non sono in grado di conseguire.

ed il pronunciato. La parte istante per la cautela, quindi, non ottiene il provvedimento provvisorio, ma la sentenza definitiva di merito, che assorbe la cautela, poiché fornisce all'istante la tutela esecutiva, frutto di cognizione piena sul diritto.

Il sistema dell'alternatività della pronuncia di merito rispetto al provvedimento cautelare è stato oggetto di valutazione anche in sede di legittimità costituzionale. La Corte, infatti, è stata chiamata a pronunciarsi in più di un'occasione con riferimento agli analoghi istituti succedutisi nel tempo nel ramo del processo amministrativo¹³⁸. Una prima importante pronuncia¹³⁹ aveva ad oggetto l'art. 31-*bis* della l. n. 104 del 1994, il quale prevedeva un sistema di accelerazione del giudizio e di fissazione dell'udienza di merito in tempi ristretti, qualora, essendo stata presentata domanda di provvedimento d'urgenza, i controinteressati o l'amministrazione resistente avessero chiesto che la questione venisse decisa nel merito. La questione venne sollevata da più tribunali che rilevavano l'illegittimità della norma proprio in relazione al fatto che la richiesta di trattazione del merito precludesse al giudice la possibilità di sospendere gli effetti del provvedimento impugnato, comportando il blocco dell'azione cautelare. La seconda pronuncia in tema di alternatività della sentenza di merito rispetto a quella cautelare è la sentenza n. 427 del 1999¹⁴⁰ sulla legittimità costituzionale dell'art. 19 del d. l. n. 67 del 1997, convertito nella l. n. 135 del 1997. Come ribadito in più occasioni, la norma costituisce il modello normativo cui si è ispirato il legislatore societario nella predisposizione del rito abbreviato e la sentenza con cui la Corte ne dichiarò la legittimità costituzionale fornisce ancora oggi all'interprete i valori processuali cui deve conformarsi ciascun sistema processuale improntato all'abbreviazione dei termini. Si tratta di due fenomeni diversi poiché un conto è l'accelerazione del giudizio, impressa con una fissazione "a breve" dell'udienza di merito, un conto, invece, la definizione immediata con sentenza di merito. Entrambe le pronunce forniscono utili elementi di riflessione.

Sulla base di queste pronunce e di ulteriori considerazioni, si possono delineare le condizioni che nel rito abbreviato societario legittimano la immediata decisione di merito, sostitutiva della tutela cautelare.

In primo luogo, l'alternatività della decisione di merito si giustifica proprio per il fenomeno dell'assorbimento descritto nei paragrafi precedenti: la concessione di una tutela a cognizione piena e con effetti immediatamente esecutivi fornisce all'istante utilità

¹³⁸ Si rimanda al cap. II.

¹³⁹ È la sentenza della Corte costituzionale, 16 luglio 1996, n. 249. Per i richiami bibliografici, v. cap. II, nt. 10; per il commento, v. cap. II, § 25.

¹⁴⁰ V. cap. III, § 29, 29.1, 30, 30.1, 30.2.

senz'altro maggiori di quelle ottenibili con il solo provvedimento cautelare. Sotto questo profilo non può parlarsi di limitazione o soppressione del diritto delle parti di chiedere ed ottenere un provvedimento cautelare: dal momento che esse ricevono un'immediata pronuncia che definisce la lite, si rende superflua ed irrilevante la specifica tutela cautelare¹⁴¹. Che il giudizio abbreviato sia un procedimento a cognizione piena, è stato oggetto di dimostrazione nei paragrafi precedenti: il provvedimento finale è una sentenza, idonea al giudicato ex art. 2909 c.c. e, pertanto, idonea ad assorbire, rendendola superflua, la pronuncia di un provvedimento cautelare.

In secondo luogo, la sentenza è idonea ad assorbire la pronuncia del provvedimento cautelare purché sussista l'immediatezza della pronuncia di merito, ovvero che questa intervenga "in tempi sostanzialmente equivalenti"¹⁴² ad un intervento cautelare. La sentenza di merito è effettivamente alternativa alla provvedimento cautelare solo se perviene al ricorrente in tempi analogamente rapidi, in modo tale da fronteggiare il *periculum in mora* che l'istante voleva evitare. Nelle intenzioni del legislatore societario, il passaggio della causa verso la decisione di merito, stante la maturità della causa e la sua idoneità ad essere decisa nel merito, si caratterizza proprio per l'immediatezza della fissazione di merito, presupponendo che questa intervenga in tempi rapidi.

Non sussistendo tali presupposti, oltre a quelli che normalmente sovrintendono la cognizione ordinaria (quali l'integrità del contraddittorio e la pienezza istruttoria), non può ritenersi sussistente l'alternatività o l'equivalenza delle pronunce. Ne è riprova l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale¹⁴³ di una normativa, l'art. 31-*bis*, che prevedeva uno iato temporale fra la sede cautelare e la sede di merito. La Corte ha escluso il venir meno del potere cautelare del giudice ed ha invece ribadito il carattere essenziale della procedura cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il processo di merito.

Poste queste premesse, resta da verificare se nel rito abbreviato societario tale condizione di immediatezza della pronuncia si realizzi ovvero, viceversa, se possa giustificarsi l'omessa pronuncia sulla misura cautelare.

¹⁴¹ Così si legge nella citata sent. n. 427 del 1999.

¹⁴² Cfr. ancora la sent. n. 427 del 1999.

¹⁴³ V. nt. 139.

63. Verifica circa l'immediatezza della pronuncia di merito nel rito abbreviato societario. Il problema della mancata concessione della tutela cautelare nel tempo intercorrente ad ottenere la pronuncia di merito ed il vuoto di tutela giurisdizionale

Nella ricostruzione della disciplina del rito abbreviato societario¹⁴⁴ sono stati evidenziati i meccanismi che consentono il passaggio della causa dalla sede cautelare, svolta dinanzi a giudice in composizione monocratica, alla sede di merito, che per la maggior parte delle controversie societarie richiede la decisione collegiale. Il meccanismo congegnato dal legislatore e mutuato dal processo amministrativo, in tanto può funzionare, in quanto la fissazione dell'udienza per la trattazione di merito avvenga in tempi brevi. Nel giudizio "immediato"¹⁴⁵, di portata generale nel processo amministrativo, in seguito all'innovazione della l. n. 205 del 2000, la decisione avviene contestualmente alla Camera di consiglio¹⁴⁶ fissata per la trattazione della domanda cautelare, essendo il collegio il medesimo organo chiamato sia a concedere la misura cautelare sia a decidere la controversia. Tale contestualità consente che si realizzi l'immediatezza della decisione di merito. In tali ipotesi, non si pone la necessità di garantire comunque la pronuncia del provvedimento provvisorio, visto che la tutela di merito viene fornita in tempi analoghi a quelli della misura cautelare.

Nel rito societario, invece, si realizza necessariamente uno iato temporale fra l'udienza deputata alla trattazione della domanda cautelare e quella per la trattazione di merito, inevitabile anche data la diversità degli organi chiamati a pronunciarsi. Come chiarito¹⁴⁷, il giudice che provvede sulla domanda cautelare è, come regola generale, un giudice monocratico, individuato dall'art. 24, comma 1, nel "giudice già designato a norma dell'art. 12, comma 2, ovvero dell'art. 18, comma 2", qualora sia stato già designato il giudice relatore o il magistrato, nelle cause attribuite alla decisione rispettivamente del collegio e del giudice monocratico, ovvero nel "magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento", designato dal presidente del tribunale, nell'ipotesi in cui la domanda cautelare venga presentata quando ancora non sia stata depositata l'istanza di fissazione dell'udienza. Il giudice, così individuato, è competente sulla domanda cautelare, ma è anche il giudice chiamato a valutare l'idoneità della causa ad essere decisa col rito abbreviato e a

¹⁴⁴ V. cap. I, in particolare § 14 e 15.

¹⁴⁵ V. cap. II, § 32.

¹⁴⁶ Sulla nozione di "camera di consiglio", v. cap. III, nt. 78.

¹⁴⁷ V. cap. II, § 5.

fissare l'udienza di merito. Nell'ipotesi di competenza di merito riservata a giudice in composizione monocratica, una volta che il giudice designato abbia comunicato alle parti l'intenzione di procedere col rito abbreviato, la discussione può svolgersi nella medesima udienza, al termine della quale può essere pronunciata la sentenza. Il modello elaborato dal legislatore qui si realizza compiutamente: la parti vengono invitate a precisare le rispettive conclusioni, per poi in quella stessa sede, sentir pronunciare la sentenza. L'eventualità che l'udienza di discussione sul cautelare si trasformi in udienza di decisione sul merito deve essere sempre preventivata dalle parti nel caso di proposizione di una domanda cautelare in corso di causa. Le parti sono preavvertite di tale possibilità dalla stessa previsione di legge. L'immediatezza e la contestualità della decisione di merito eliminano qualsiasi problema relativo all'omessa pronuncia sulla tutela cautelare richiesta. La parte non rimane sfornita di tutela, ma ottiene la pronuncia della sentenza di merito.

Nella diversa ipotesi di decisione riservata al giudice in composizione collegiale, che ricomprende la maggioranza delle controversie in materia societaria, la fase della decisione è rinviata per forza di cose ad un'udienza successiva, che, tendenzialmente, dovrebbe essere fissata in tempi ravvicinati. Se in questa ipotesi si ammette, come sembra nelle intenzioni del legislatore, che il giudice designato non si pronunci sulla misura cautelare, ma provveda unicamente a fissare l'udienza di merito, si crea un vuoto di tutela giurisdizionale in capo alla parte ricorrente difficilmente giustificabile. Il sistema ideato dal legislatore può astrattamente ammettersi nell'ipotesi in cui l'udienza di merito sia fissata in tempi ravvicinati, tali da non aggravare notevolmente il *periculum in mora* che si intende scongiurare, ma la norma, in sede di applicazione pratica deve fare i conti con i tempi della giustizia civile, che sappiamo bene non essere propriamente rapidi. Nel caso in cui l'urgenza che caratterizza la situazione sia tale da essere incompatibile con un differimento al momento della decisione del collegio, non sussistono ostacoli alla decisione immediata sulla domanda cautelare da parte del giudice. Quindi, salvo a non voler privare illegittimamente la parte della tutela cautelare per cui ha agito, il giudice difficilmente potrà omettere di pronunciarsi sulla misura richiesta, avviando la causa, comunque, verso la decisione di merito¹⁴⁸. Con ciò si vuole evidenziare come il sistema delineato dal legislatore non possa funzionare fino in fondo e molto spesso si risolve in una, almeno tendenziale, accelerazione dei tempi del giudizio.

¹⁴⁸ Concorda su tale tesi DE MATTEIS, *I procedimenti*, cit., 112, secondo cui, nel caso di competenza collegiale della causa, il meccanismo processuale, diversamente dall'ipotesi di decisione monocratica, resa subito dopo la precisazione delle conclusioni, favorisce soltanto l'accelerazione della decisione di merito, senza per questo consentire di soprassedere sull'istanza cautelare, con la conseguenza che, per esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, una pronuncia, sia pure negativa, vada comunque emessa.

64. L'alterazione del modello astratto predisposto dal legislatore. Ipotesi applicative di coesistenza fra la misura cautelare e il rito abbreviato. Il rinvio dell'udienza cautelare

In via di ricostruzione si possono già illustrare una serie di ipotesi in cui il giudice provvederà alla pronuncia cautelare.

In primo luogo, in tutti i casi in cui il rinvio non possa essere disposto a breve, ma l'udienza di merito venga fissata a distanza di mesi, eventualità che si presenta tutt'altro che infrequente, dati i tempi lunghi della giustizia¹⁴⁹. È facile ritenere che a fronte di un rinvio ad un anno, ma anche solo a sei mesi, il giudice potrà ritenere più adeguato disporre comunque la misura cautelare richiesta¹⁵⁰. Alla concessione della misura cautelare, in presenza dell'improrogabile necessità di provvedere, non osta nemmeno la formulazione della norma.

Ci sono, poi, da considerare tutte le ipotesi di rinvio¹⁵¹ ad un'ulteriore udienza cautelare, disposte per le più varie ragioni e riferibili tanto alle cause rimesse alla decisione monocratica quanto a quelle riservate al collegio. In dottrina è stato configurato il caso in cui l'accesso al rito abbreviato sia avvenuto in seguito al rilievo d'ufficio di una questione assorbente, di merito o di rito, che non fosse stata in precedenza rilevata dalle parti: la necessità di garantire il diritto di difesa delle parti imporrebbe un rinvio per l'esame della questione e la preparazione della discussione orale¹⁵². Si è discusso anche della necessità del rinvio nel caso in cui le parti intendano depositare memorie scritte in vista (o in sostituzione) della discussione orale¹⁵³, ritenendo, alcuni autori, che non possa essere negata alle parti la facoltà di chiedere un rinvio¹⁵⁴. Appare coerente con la *ratio* del sistema ritenere che la necessità della concessione di un termine per le appendici scritte possa essere valutata dal giudice caso per caso. La giurisprudenza sembra essere orientata in tal senso¹⁵⁵.

¹⁴⁹ A norma del comma 3, lett. a), dell'art. 12, la fissazione dell'udienza collegiale deve tenersi non prima di dieci e non oltre trenta giorni dalla comunicazione del decreto stesso, ma si tratta di un termine dilatorio.

¹⁵⁰ Infatti, v. Trib. Sulmona, 24 marzo 2004, *cit.*, in cui il giudice non ha provveduto sull'istanza cautelare, ma ha fissato la discussione dinanzi al collegio all'udienza del 6 maggio 2004, cioè meno di un mese e mezzo dopo.

¹⁵¹ Sulle varie ipotesi di rinvio e sulla concessione della misura cautelare, v. anche cap. II, § 14.1, 15.2.

¹⁵² Cfr. LUPOI, *sub art. 24, cit.*, 2469.

¹⁵³ V. BUONCRISTIANI, *sub art. 24, cit.*, 428.

¹⁵⁴ V. RUBINO, *sub art. 24, cit.*, 279.

¹⁵⁵ Per una valutazione delle scelte giurisprudenziali, v. *Il nuovo processo societario alla prova dei fatti*, Atti del Convegno organizzato a Milano il 28 ottobre 2005, dal titolo "Il nuovo processo societario alla prova dei fatti – Analisi delle risposte ai questionari distribuiti nei Tribunali", in *Le Società*, 2006, 59 ss., in particolare, su

Un'ulteriore ipotesi di rinvio, formulata in dottrina, fa riferimento al caso in cui vi siano mezzi istruttori da assumere, quali l'audizione di un elevato numero di testimoni o l'acquisizione di una elaborata consulenza tecnica¹⁵⁶

In tutte le ipotesi di rinvio descritte, la concessione della misura interinale viene dalla dottrina ancorata al dato testuale del comma 7 dell'art. 24, il quale dispone che “quando la discussione viene rinviata, il giudice può sempre adottare le misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito”. Tale previsione secondo la maggioranza della dottrina è formulata in modo così ampio da essere riferibile ad ogni ipotesi di rinvio dell'udienza, e non solo al rinvio dell'udienza di discussione, come, invece, la lettera della disposizione potrebbe far ritenere.

È evidente come ne risulta alterato il meccanismo astrattamente previsto dal legislatore, dimostrando in concreto l'inidoneità a funzionare fino in fondo, risolvendosi in un'accelerazione del giudizio di merito.

65. Un'ulteriore ipotesi di necessaria pronuncia della misura cautelare. La concessione della misura cautelare con decreto. Il caso tipico della sospensione delle delibere assembleari ex art. 2378 c.c.. Il giudice competente

Un'ulteriore ed importante ipotesi di concessione necessaria della misura cautelare si realizza quando la misura cautelare venga concessa con decreto *inaudita altera parte*. Il richiamo integrale all'art. 669-*sexies*, contenuto nel comma 3 dell'art. 24, rende possibile la pronuncia della misura con decreto, quando la convocazione dell'altra parte sia in grado di pregiudicare l'attuazione del provvedimento¹⁵⁷. Tale decreto deve sempre contenere la fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, essendo obbligo del giudice, una volta costituito il contraddittorio, “sostituire” il decreto stesso con un'ordinanza di conferma, modifica o revoca. All'udienza disposta per la comparizione delle parti, sarà possibile

Cautelare e abbreviato, 96 ss.. La metà dei tribunali che hanno risposto (15 su 30) hanno dichiarato di provvedere direttamente alla fissazione di udienza collegiale, mentre i restanti tribunali (8 su 30) che hanno avuto modo di procedere alla trasformazione invitano all'interlocuzione, sia pure con varie modalità (a – scritta e con rinvio ad altra udienza fissata ad hoc: 6/30; b – solo orale e con rinvio d'udienza: 1/30; c – solo orale senza alcun rinvio: 1/30). Un significativo campione (7/30) ha dichiarato di non aver mai disposto il passaggio all'abbreviato.

¹⁵⁶ V. BESSO, *sub* art. 24, *cit.*, 748.

¹⁵⁷ Per un esempio di rigetto con decreto, v. Trib. Milano, 14 giugno 2005, (decr.), con cui contestualmente il giudice ha fissato l'udienza di comparizione delle parti, preavvertendole della possibilità di conversione del rito e invitando le stesse al deposito dei documenti rilevanti.

disporre l'accesso al rito abbreviato, ferma restando la pronuncia del provvedimento di conferma, modifica o revoca del decreto, che costituisce l'esito necessario di tale udienza. Anche in tale evenienza, si realizzerà, quindi, la coesistenza fra la misura cautelare e lo sviluppo del processo secondo il rito abbreviato.

Un esempio di misura cautelare, concessa con decreto, tipizzato dal legislatore è costituito dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione assembleare¹⁵⁸, prevista dall'art. 2378, terzo comma, c.c., il quale dispone in primo luogo, che questa può essere richiesta con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione e, in secondo luogo, che "in caso di eccezionale e motivata urgenza, il presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull'istanza con decreto motivato, che deve altresì contenere la designazione del giudice per la trattazione della causa di merito e la fissazione, davanti al giudice designato, entro quindici giorni, dell'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati con il decreto, nonché la fissazione del termine per la notificazione alla controparte del ricorso e del decreto". La disciplina in esame, per gli aspetti espressamente considerati, costituisce legge speciale¹⁵⁹ sia rispetto alla normativa generale contenuta nel rito cautelare uniforme sia anche rispetto alla disciplina contenuta nel d. lgs. n. 5 del 2003, il cui art. 24 estende l'applicabilità delle norme in esso contenute all'istanza di sospensione¹⁶⁰.

Il comma 8 dell'art. 24, infatti, estende le previsioni in esso contenute all'istanza di sospensione, ex art. 2378 c.c.. Ciò serve espressamente a chiarire da un lato, che agli aspetti processuali di tali misure, per quanto non disposto dall'art. 2378 stesso, si applica l'articolo 24, e, dall'altro, che è sicuramente percorribile la via del giudizio abbreviato per le istanze di sospensione di una delibera sociale impugnata. Si tratta delle controversie, come si è ribadito in più occasioni, per le quali il meccanismo del giudizio abbreviato si presta ad essere più congeniale, trattandosi di cause di natura prettamente documentale, basate fondamentalmente sulla risoluzione questioni di diritto e soprattutto in relazione alle quali l'articolazione dei motivi di richiesta di tutela viene effettuata dalle parte *in limine litis*, determinando la completezza del materiale istruttorio sin dagli atti introduttivi. Per la verità,

¹⁵⁸ Sull'impugnazione di delibere assembleari dal punto di vista processuale, V. FERRI, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2005, 51 ss.; BOCCHINI, *La sospensione delle delibere assembleari nel nuovo processo societario*, in AA. VV., *La nuova giurisprudenza sul processo societario*, cit. 119 ss..

¹⁵⁹ Così ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., 427.

¹⁶⁰ Dalla previsione del comma 8, che estende l'applicabilità delle disposizioni dell'art. 24 all'istanza di sospensione ex art. 2378, la dottrina ricava argomenti a favore della natura cautelare del provvedimento di sospensione, facendo derivare da questo, una serie di conseguenze, tra cui, *in primis*, l'applicabilità del reclamo. V. SALETTI, *sub art. 24, cit.*, 242. Nella vigenza del vecchio testo dell'art. 2378 c.c. non si dubitava della natura cautelare del provvedimento: v. Cass. 14 ottobre 1993, n. 10172 e 14 novembre 1992, n. 12238, che escludeva anche la loro ricorribilità per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost..

le disposizioni sul giudizio abbreviato sarebbero risultate comunque applicabili al giudizio di impugnazione delle delibere, anche in mancanza della specifica disposizione del comma 8, in ragione della natura di tali controversie e delle caratteristiche che esse presentano.

Le due normative presentano un difetto di coordinamento quanto al profilo della competenza e non sembrano essere perfettamente armonizzate proprio per l'ipotesi in cui la sospensione venga richiesta mediante la pronuncia con decreto, venendosi a creare problemi di individuazione quanto al giudice competente alla conferma, modifica o revoca del decreto. Quanto alla competenza sulla domanda proposta in corso di causa si è visto¹⁶¹ come, dalla lettera dell'art. 24, in sintonia con i principi generali del rito cautelare uniforme, anche il sistema della tutela cautelare societaria in corso di causa risulti improntato alla normale monocraticità del giudice chiamato a trattare l'istanza. Il comma 3 dell'art. 2378, invece, stabilisce che sull'istanza di sospensione dell'esecuzione della delibera provvede con decreto il presidente, il quale designa "il giudice per la trattazione della causa di merito", che, ai sensi dell'art. 1, è un giudice collegiale, e stabilisce, inoltre, che "davanti al giudice designato" si tiene l'udienza per la conferma, modifica o revoca del provvedimento. Il comma 4, poi, dispone che "il giudice designato per la trattazione della causa di merito", e cioè, sempre il giudice collegiale, provvede "sentiti gli amministratori e i sindaci" e valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della delibera. Tali dati normativi testuali sembrano, già indicare la competenza del collegio.

Il contrasto va risolto tenendo conto, anche, che le norme poste dall'art. 24 vengono derogate dal comma terzo dell'art. 2378, che ha introdotto una disciplina *ad hoc*, in considerazione della specificità della cautela in esame e, quindi, per quanto non sia stato disposto dall'art. 2378, si applicano le regole sul procedimento cautelare in corso di causa in materia societaria¹⁶². Ricostruendo la disciplina, quindi, il decreto verrà concesso dal Presidente del tribunale, o anche da un magistrato da lui delegato per la trattazione della fase cautelare, che sarà pur sempre un giudice monocratico¹⁶³. Quanto al giudice chiamato alla conferma, modifica o revoca, questo sarà il collegio, investito della trattazione della causa di merito e della titolarità del potere cautelare di sospensione. Tale opzione

¹⁶¹ V. cap. I § 5.

¹⁶² V. ARIETA, *Trattato, cit.* III, t. 1, 772 ss.; SALETTI, *sub art. 24, cit.*, 242, secondo cui la disposizione del comma 8 dell'art. 24 non incide sull'individuazione del giudice competente a conoscere della sospensione della delibera, espressamente riservata dall'art. 2378, comma 4, al "giudice designato per la trattazione della causa di merito".

¹⁶³ V. Trib. Rimini, 27 ottobre 2004, (ord.), in www.altalex.it.

ermeneutica risulta anche più funzionale alla trattazione col rito abbreviato, consentendo di evitare l'ulteriore passaggio dal giudice relatore al collegio.

Parte della dottrina¹⁶⁴ giunge a conclusioni diverse, interpretando la designazione operata dal presidente, contestualmente al decreto, riferita, non al “giudice per la trattazione della causa di merito”, ma al “giudice incaricato del procedimento cautelare¹⁶⁵”. Si ritiene, quindi, che si tratti di un giudice singolo, nel presupposto che la disciplina generale richiamata dall’art. 24, comma 8, si debba ritenere prevalente sul disposto dell’art. 2378 c.c..

66. La concessione con decreto, la successiva udienza per la conferma, modifica o revoca, e l’accesso al rito abbreviato: la necessaria pronuncia sulla misura cautelare

Quel che preme sottolineare, ai fini della presente riflessione, è che l’esito dell’udienza per la modifica, conferma o revoca della sospensione concessa con decreto non può che essere un ulteriore provvedimento cautelare, che continua a sussistere anche qualora venga disposto il giudizio abbreviato. Tale ipotesi ribadisce la possibile coesistenza della misura cautelare con il rito abbreviato, tra l’altro, proprio nelle controversie in cui la trasformazione appare più probabile, ridimensionando l’utilità pratica dell’istituto così congegnato.

Un caso di sospensione concessa con decreto, rinvenibile in giurisprudenza, è stato affrontato dal Tribunale di Latina¹⁶⁶. L’impugnazione aveva ad oggetto delle delibere di cui il ricorrente asseriva l’invalidità per il difetto di legittimazione alla convocazione dell’assemblea da parte del Presidente del Consiglio di amministrazione, stante la previsione dell’atto costitutivo¹⁶⁷ della s.r.l. per cui la convocazione andava effettuata “a cura dell’organo amministrativo”, che veniva, dallo stesso atto costitutivo, identificato o in un amministratore unico, o in un Cda composto da tre a sette membri. Sull’istanza si è pronunciato il “giudice designato” ai sensi dell’art. 24, comma 3, avendo ritenuto i giudici applicabile questa norma, il quale ha concesso la cautela con decreto (in data 11 maggio 2005), fissando a breve (20 maggio 2004) l’udienza di comparizione delle parti e per i

¹⁶⁴ Così COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 672; RUBINO, sub art. 24, cit., 286.

¹⁶⁶ V. Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1900, con nota di BESSO. Sullo stesso caso, v. anche le considerazioni svolte nel cap. II, § 10.

¹⁶⁷ L’art. 2479-bis c.c. rimette all’atto costitutivo “i modi di convocazione dell’assemblea dei soci”.

provvedimenti di conferma, modifica o revoca, disponendo, altresì, la convocazione di amministratori e sindaci perché fossero sentiti. Lo stesso giudice designato ha, quindi, confermato la sospensione in precedenza concessa in presenza del *periculum in mora* che sarebbe potuto derivare al ricorrente dall'esecuzione delle delibere stesse. Si trattava, infatti, di una serie di delibere con cui erano stati conclusi accordi negoziali dal peso assai rilevante per la società oltre ad una serie di trasformazioni societarie.

Contestualmente, il giudice designato ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'accesso all'abbreviato, avendo la causa contenuto di mero diritto, essendo documentale e potendo essere decisa sulla base del medesimo materiale istruttorio utilizzato per il giudizio cautelare, ed ha, pertanto, fissato l'udienza collegiale per la discussione della causa.

Questo è un caso esemplare di coesistenza della misura cautelare anche in caso di rito abbreviato, che dimostra l'impossibilità per il giudice, in presenza di un concreto *periculum in mora*, di soprassedere sulla pronuncia cautelare.

67. L'utilità del rito abbreviato nell'ipotesi di infondatezza della domanda: il giudice, anziché rigettare la domanda cautelare, dispone immediatamente per il merito

Resta da verificare se permangano ambiti di fruttuosa utilità pratica del nuovo rito, così come elaborato dal legislatore e, cioè, prescindendo dalla concessione di un provvedimento interinale.

Si può pensare forse più propriamente alle ipotesi di palese infondatezza della domanda di merito in relazione alla quale venga formulata l'istanza cautelare. Così come il giudice è in grado di valutare la coincidenza del materiale sottoposto alla sua cognizione con quello utile ai fini della decisione di merito, così egli stesso, sulla base dello stesso materiale, sarà in grado di valutare l'infondatezza della domanda, ad esempio perché già dagli atti introduttivi risulta la carenza della legittimazione ad impugnare la delibera. In queste ipotesi si può legittimamente ritenere che il giudice, anziché pronunciare sulla misura cautelare, disponendone evidentemente il rigetto, disponga immediatamente per il merito.

In questo caso, la funzione di abbreviazione del giudizio e di anticipazione della sentenza di merito rispetto ai tempi normali del processo è senz'altro realizzata e la mancata pronuncia del provvedimento cautelare di rigetto potrebbe ritenersi legittima,

salvo a non voler ritenere che in capo alle parti sussista sempre e comunque un diritto al provvedimento cautelare¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Per un'ipotesi di accesso al rito abbreviato in seguito al rigetto dell'istanza cautelare di sospensione, v. Trib. Tivoli, 23 giugno 2004 (ord.), in *Giur. merito*, 2004, 2475 ss. e in *Giur. It.*, 2005, 1485 ss.. La causa si prestava ad essere decisa con il rito abbreviato per l'incompetenza del tribunale adito, risultante dalla clausola compromissoria contenuta nello statuto. Il giudice designato alla trattazione della domanda cautelare ha provveduto comunque sull'istanza di sospensione, rigettandola, e ha fatto precisare le conclusioni delle parti dinanzi a sé, preannunciando l'intenzione di procedere col rito abbreviato e le ragioni, fissando la data dell'udienza collegiale ad un mese esatto dall'ordinanza di rigetto.

CAPITOLO IV

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

68. I dubbi di legittimità costituzionale formulati in dottrina

Nel corso delle riflessioni svolte nei capitoli precedenti si è cercato di fornire un quadro il più possibile completo sulla disciplina del rito abbreviato, quale risulta dal limitato dato testuale dell'art. 24, comma 4, e dalla ricostruzione della disciplina effettuata in dottrina ed in giurisprudenza. Alcuni spunti di riflessione sono stati anche tratti dalla disciplina dell'analogo istituto del processo amministrativo, introdotto dal d.l. n. 67 con riferimento alle sole controversie in materia di opere pubbliche, ed oggi esteso alla generalità dei processi dalla l. n. 205 del 2000.

Una valutazione finale dell'istituto non può prescindere dai vari profili di illegittimità costituzionale della disciplina rilevati in dottrina e dalla verifica circa la fondatezza degli stessi.

69. L'eccesso di delega e la posizione del Tribunale di Tivoli

Un primo profilo di illegittimità costituzionale dell'istituto del giudizio abbreviato è stato rinvenuto nell'eccesso di delega¹. La legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, infatti, non conteneva alcuna espressa previsione in ordine al giudizio abbreviato, quale possibile sbocco del procedimento cautelare. Essa, al punto d) del secondo comma, si limitava a

¹ Cfr. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 15; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, 145, nt. 24; DIDONE, *Il processo societario di cognizione*, Milano, 2005, 192 ss.. Di eccesso di delega parla anche il parere del Csm sul d.d.l., con riferimento principalmente al modello di giudizio a cognizione piena.

prevedere un giudizio “sommario non cautelare, improntato a particolare celerità, ma con il rispetto del principio del contraddittorio” volto “all’emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato”. Secondo la Relazione governativa di accompagnamento al decreto, il giudizio di cui all’art. 24, comma 4, costituisce una delle due varianti con cui si è realizzata la previsione della legge delega: da un lato, mediante il procedimento sommario disciplinato dall’art. 19, “come forma di semplificazione estrema” delle controversie che abbiano ad oggetto esclusivamente il pagamento di una somma di denaro o la consegna di una cosa mobile determinata; dall’altro, proprio mediante il giudizio abbreviato, “come svolgimento del procedimento cautelare promosso in corso di causa (...) in conseguenza dell’evoluzione, impressa al giudice, della decisione cautelare in decisione di merito definitiva”. A questi fini, l’inciso “anche se privo dell’efficacia di giudicato” sarebbe stato inteso dal legislatore non in senso precettivo, ma in senso facoltativo.

Il richiamo della Relazione al punto d) del secondo comma della legge delega non è, però, pertinente². Il legislatore delegante, infatti, ha inteso far riferimento alla predisposizione di un procedimento ascrivibile, secondo la terminologia di Chiovenda, agli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, e, cioè idoneo a dar vita ad un provvedimento frutto di cognizione sommaria, perché incompleta o superficiale, ma dotato di efficacia esecutiva, sì da consentire l’esecuzione forzata in tempi anticipati rispetto alla sentenza di merito, pur essendo inidoneo ad acquisire efficacia di giudicato. Il rito abbreviato societario, come si è cercato di dimostrare, costituisce un procedimento in cui il giudice esercita la cognizione piena sulla domanda e fornisce come provvedimento finale, una sentenza, idonea al giudicato *ex art. 2909 c.c.*

È da escludere, quindi, che il legislatore fosse delegato alla creazione del nuovo rito dalla norma richiamata, ma è più probabile che si sia colta la possibilità di recepire istanze di semplificazione fortemente avvertite, soprattutto con riferimento a determinate controversie³.

Si è, pertanto, proposto di ancorare la previsione del rito abbreviato alla previsione contenuta nella lettera a) dell’art. 12 della l. n. 366 del 2001, che reca la generica direttiva di “concentrazione del procedimento e riduzione dei termini processuali”, alla quale il

² Cfr. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 770.

³ Cfr. DE SANTIS, *Il giudizio abbreviato nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1067; conf. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, il quale, valuta “opportuna” la possibilità di giudizio abbreviato in quanto “per un verso, non viola in modo alcuno il principio della domanda ed avviene nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, per altro verso risponde ad indubbe esigenze di economia dei giudizi. Spiace solo che tale innovazione sia viziata da eccesso di delega”.

legislatore ha ancorato l'intera costruzione del processo di cognizione ordinaria di primo grado⁴.

La questione di costituzionalità dell'art. 24 sotto il profilo dell'eccesso di delega è stata sollevata dal Tribunale di Tivoli⁵ ed è tuttora pendente dinanzi alla Corte costituzionale⁶. In particolare, il Collegio, trovandosi a decidere la causa in sede di giudizio abbreviato, ha motivato ampiamente sia la rilevanza sia la non manifesta infondatezza. Quanto al primo profilo, i giudici hanno motivato l'applicazione del rito abbreviato al caso di specie, essendo la controversia documentale e di pronta risoluzione. Si tratta di un giudizio di impugnazione di due delibere assembleari per le quali è stata formulata istanza di sospensione: il giudice designato per la trattazione della domanda cautelare ha pronunciato ordinanza di rigetto, sussistendo un articolo dello statuto contenente clausola compromissoria. Dopo aver fatto precisare le conclusioni dinanzi a sé e dopo aver esposto alle parti l'intenzione di procedere col rito abbreviato, motivandola, lo stesso giudice designato ha provveduto a fissare l'udienza collegiale. Quanto al profilo di più stretto interesse, attinente alla fondatezza della questione di costituzionalità, i giudici, in primo luogo, hanno escluso che la normativa in questione sia riconducibile alla lett. d), del secondo comma dell'art. 12, per le medesime ragioni già esposte, e, in secondo luogo, hanno ritenuto la lett. a) del secondo comma dell'art. 12, inidonea a giustificare l'introduzione nel settore civile di "un istituto rivoluzionario quale il giudizio abbreviato". A parere del collegio rimettente, la disposizione, che prevede la "concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali", contiene solo indicazioni di massima di risultato, che non giustificano la trasformazione di un procedimento cautelare in un giudizio a cognizione piena, rimettendo di fatto al mero arbitrio del legislatore delegato non solo la disciplina di dettaglio dell'istituto, ma addirittura il suo ambito applicativo.

70. La tutela del diritto di difesa delle parti: la formazione anticipata del *thema decidendum* e del *thema probandum*

⁴ Tale è la soluzione proposta da DE SANTIS, *ibidem*, cui ha successivamente aderito la maggioranza della dottrina: v. DALMOTTO, *sub art. 24, cit.*, 2947; BESSO, *sub art. 24, cit.*, 770; CONSOLO, *Le prefigurabili inanià, cit.*, 1523;

⁵ V. Trib. Tivoli, 23 giugno 2004 (ord.), in *Giur. merito*, 2004, 2475 ss., con nota di DIDONE, *Note sulla legittimità costituzionale del nuovo giudizio abbreviato nella materia societaria*, e in *Giur. It.*, 2005, 1485 ss, con nota di DIDONE, *Il D. Lgs. n. 5 del 2003 sul rito societario al vaglio della Corte costituzionale*. La norma è ritenuta illegittima nei commi 2, 4, 5, 6, 7 ed 8.

⁶ L'udienza è stata fissata per il 10 gennaio 2007.

Uno dei punti su cui maggiormente si sono soffermate le critiche della dottrina riguarda il momento in cui il giudice pone in essere la scelta di procedere con il rito abbreviato e gli effetti di questa scelta, con particolare riferimento all'anticipato formarsi delle preclusioni in capo alle parti sia quanto al *thema decidendum* sia quanto al *thema probandum*⁷. Il problema si pone legittimamente, dal momento che la domanda cautelare può essere invocata, e lo sarà frequentemente, prima della presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza, ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo, e, cioè, prima che le parti abbiano compiutamente definito il *thema decidendum* ed il *thema probandum* mediante la articolazione e lo scambio della serie prevista di atti difensivi (citazione, comparsa di risposta, memoria di replica, seconda memoria difensiva, ulteriore replica, memoria di controreplica, ulteriori memorie difensive e la stessa istanza di fissazione dell'udienza).

La formulazione letterale dell'art. 24, comma 4, inoltre, esclude che “nel caso di domanda cautelare introdotta precedentemente all'istanza di fissazione dell'udienza” che le parti possano modificare domande, eccezioni e conclusioni, come, diversamente, è consentito dal quinto comma dell'art. 183, dal momento che l'udienza in cui il giudice assume la determinazione di accedere al rito abbreviato è quella destinata alla trattazione della domanda cautelare e che le parti stesse, in seguito alla “comunicazione” del giudice di procedere con rito abbreviato possono soltanto “precisare” le conclusioni di merito senza mai svolgere attività intese all'allargamento del *thema*, nei limiti consentiti dalla *emendatio libelli*⁸.

Gli sforzi della dottrina sono tesi, pertanto, a garantire che non si realizzi un'illegitima compressione del diritto di difesa delle parti. Una soluzione prospettata⁹ è quella per cui se la fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti a cura del giudice designato e l'eventuale successiva udienza davanti al collegio per la celebrazione del rito abbreviato si sovrappongono ad un termine difensivo, relativo agli atti di parte in cui possono ancora essere svolte domande ed eccezioni nonché richieste istruttorie, non possono troncarlo¹⁰. Si fa l'esempio del termine, non eccedente i trenta giorni, concesso all'attore con la comparsa di risposta, al fine di consentire a questi la notifica della memoria di replica di cui all'art. 6: se prima dello spirare del termine il convenuto presenta un ricorso

⁷ V. FABIANI, *sub art. 24, cit.*, 423.

⁸ Queste osservazioni sono svolte da ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario, cit.*, 332 ss, i quali definiscono “asistemica” la previsione del rito societario se confrontata con quella di rimessione anticipata della causa in decisione, ai sensi del primo comma dell'art. 187 c.p.c., constatando come nell'ipotesi regolata dal codice la rimessione non possa avvenire se non dopo che siano già maturate le preclusioni di merito e sia stato definito il *thema decidendum*.

⁹ V. FABIANI, *ibidem*.

¹⁰ V. Trib. Avezzano, 18 giugno 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1685, secondo cui durante il procedimento cautelare rimangono intatti i termini per lo scambio di atti difensivi della fase di merito.

cautelare, all'attore va conservato il termine concesso originariamente per esplicitare il proprio diritto di replica, o, tutt'al più, va concesso doverosamente un altro termine, compatibile con la definizione del processo. Sulla stessa linea si pone chi¹¹ ritiene che, a parte i giudizi di impugnazione, che non richiedono l'assunzione di prove costituende o lo svolgimento di una consulenza tecnica e per i quali il *thema decidendum* può ritenersi definito, in ogni altra ipotesi, fino alla presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza, possono essere proposte nuove domande ed eccezioni.

Altra parte della dottrina ridimensiona la sussistenza del problema, fornendo una lettura *in bonam partem* della nuova disciplina¹². Se è vero che la proposizione dell'istanza cautelare, seguita dalla decisione del giudice di accedere al rito abbreviato anticipa il formarsi di preclusioni ad un momento sicuramente precedente a quello che avrebbe determinato l'iter normale, bisogna considerare, in primo luogo, che la possibilità per le parti di formulare le rispettive conclusioni implica anche la possibilità di definitivamente delineare le rispettive domande, allegazioni e richieste istruttorie, sicché non si configura una perdita di potere, ma solo un'anticipazione temporale. In secondo luogo, è implicito nel sistema congegnato che se il giudice ritiene la causa matura per la decisione, questa possa presumersi già formata in tema di domande ed allegazioni, con la conseguenza che i termini preclusivi, se ancora non sono scaduti, sono pur sempre inutilizzabili. Altrimenti, non potrebbe neanche parlarsi di decisione immediata.

Il problema può essere affrontato tenendo conto che il tema dell'anticipata formazione delle preclusioni si lega a quello di più ampio raggio circa l'esistenza del diritto delle parti di interloquire sulla scelta del giudice¹³: se si ammette, come sembra preferibile in ossequio al principio del contraddittorio, che le parti possano discutere sull'esistenza dei presupposti per la decisione immediata, nulla impedisce alle parti di svolgere le attività ancora ad esse consentite nel giudizio di merito, al fine di spingere il giudice a valutare meglio la conversione del rito. Una soluzione può essere, pertanto, quella di disporre il rinvio della discussione ad altra udienza, prevedendo, altresì, l'eventuale scambio di memorie difensive prima dell'udienza.

Si può anche sostenere che, nelle ipotesi in cui le parti manifestino la volontà di esercitare ulteriori mezzi difensivi, sia rimessa al giudice la valutazione circa la necessità delle stesse. Questa è stata l'interpretazione resa dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 19, d.l. n. 67 del 1997, con la più volte citata sentenza n. 427 del 1999. La Consulta

¹¹ Cfr. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 673.

¹² V. TISCINI, *I nova*, cit., 2214.

¹³ BUOCRISTIANI, *sub* art. 24, cit., 429.

afferma che “le parti costituite che vogliono avvalersi di strumenti difensivi rientranti nel loro potere dispositivo e comportanti termini, sia pure abbreviati, che eccedono dalla sequenza di immediatezza scandita dall’art. 19, avranno l’onere di esternare nella stessa camera di consiglio il loro intento, proponendo apposita e motivata istanza di rinvio”. “Tale istanza, peraltro, non produce un effetto di automatica e vincolante paralisi della facoltà di definizione immediata del giudizio demandata al giudice, il quale, anche in questo caso, è tenuto, nell’esercizio dei suoi poteri valutativi, all’osservanza dei principi generali del processo amministrativo”, con la conseguenza che “l’istanza di rinvio potrà essere disattesa solo quando risulti irrilevante, ai fini della decisione da adottare, ovvero sia processualmente inammissibile la specifica attività difensiva annunciata dalla parte”. L’eventuale decisione con cui il giudice disattenda l’esplicita richiesta di differimento della parte “è suscettibile di essere sindacata nell’eventuale secondo grado di giudizio, essendo sempre salva la facoltà della parte di dedurre quale specifico motivo di gravame il non corretto esercizio dei poteri del giudice di primo grado”.

71. Rito abbreviato societario e giusto processo regolato dalla legge

Un secondo profilo di illegittimità costituzionale prospettato in dottrina attiene al rispetto del principio del “giusto processo regolato dalla legge”, sancito dal primo comma dell’art. 111 della Costituzione. Si dubita, cioè, la direttiva costituzionale venga rispettata dalle previsioni sul rito abbreviato, essendo affidato all’esercizio dei poteri discrezionali del giudice, l’effettivo rispetto dei diritti fondamentali delle parti¹⁴.

Ad avviso di alcuni interpreti¹⁵, secondo una lettura rigorosa della norma, l’espressione “regolato dalla legge” impone al legislatore la predeterminazione delle forme e dei termini del procedimento e dell’attribuzione di poteri, doveri o facoltà all’interno dello stesso, tanto da rendere costituzionalmente illegittimo un processo nel quale le forme e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa scritta o orale, fossero tutti rimessi, quanto alla modalità ed ai tempi, alla discrezionalità del giudice.

È possibile, però, aderire ad un’altra lettura della norma, che consideri il richiamo alla legge intesa quale fonte del diritto, imponendo una riserva di legge in materia

¹⁴ Espongono tali dubbi COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale*, cit., 671; RUBINO, *sub art. 24*, cit., 280.

¹⁵ V. PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 265 ss, il quale però, con riferimento al giudizio abbreviato, v. *Note a prima lettura*, cit., 15, rileva un profilo di illegittimità solo quanto all’eccesso di delega.

processuale, che escluda che la disciplina del processo possa essere prevista da fonti di rango secondario, quali i regolamenti¹⁶. Interpretata in tal senso la disposizione costituzionale, non si pongono ostacoli a che il legislatore ordinario preveda riti che lasciano margini di elasticità e discrezionalità al giudice nell'organizzazione delle scansioni endo-processuali¹⁷. D'altro canto, visto che una "dose" di attribuzione di poteri discrezionali al giudice rimane ineliminabile, oltre ad essere fisiologica nel funzionamento di un processo, diverrebbe ben difficile tracciare una linea di confine netta fra poteri assegnabili dal legislatore senza violare il primo comma dell'art. 111 e poteri discrezionali che invece violino il suddetto precetto.

Resta fermo¹⁸ che l'operato del giudice sarà sempre soggetto alla possibile censura della parte, la quale avrà l'onere di far valere attraverso specifici motivi di gravame, il non corretto esercizio dei poteri dell'organo giudicante quanto al rispetto del diritto di difesa delle parti stesse. Pertanto, qualora il giudice abbia ritenuto matura la causa per la decisione e abbia disposto la decisione immediata della causa, valutando inammissibile o irrilevante l'assunzione di mezzi di prova richiesti dalla parte, questa non potrà in appello limitarsi a denunciare la violazione del proprio diritto alla prova, ma dovrà dimostrare che si trattava di mezzi di prova ammissibili e rilevanti.

72. L'accesso al rito abbreviato societario ed il diritto ad ottenere una misura cautelare

Si è già evidenziato¹⁹ come il meccanismo del rito abbreviato sia stato ideato nel presupposto che il giudice designato non si pronunci sulla misura cautelare, ma disponga le condizioni per l'immediata trattazione di merito, fissando l'udienza per la discussione, dinanzi a se stesso o al collegio. Si è anche ricondotto questo particolare rapporto fra tutela cautelare e sentenza di merito al fenomeno dell'assorbimento della prima nella seconda, in grado di fornire al ricorrente utilità quantomeno non minori di quelle ottenibili in sede cautelare, in quanto contenente un accertamento idoneo al giudicato *ex art. 2909 c.c.* e dotata di provvisoria esecutività.

¹⁶ V. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2000, 381 ss., secondo il quale il richiamo in questione va considerato come una "decisa rivendicazione delle prerogative parlamentari; come espressione della volontà del legislatore di riprendere la sua funzione di regolazione del processo".

¹⁷ Così CONSOLO, *Le liti societarie e finanziarie*, cit., 687.

¹⁸ V. BESSO, *sub art. 24, cit.*, 772.

¹⁹ V. cap. III, § 60 ss.

L'essenzialità della tutela cautelare è stata ribadita in più occasioni dalla Corte costituzionale²⁰, come strumento a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale. Con riferimento alla disciplina del rito abbreviato può sorgere, quindi, il fondato sospetto che esso realizzi una soppressione di un diritto costituzionalmente garantito.

Il dubbio circa l'illegittimità della norma sotto questo profilo può essere fugato considerando che, in astratto, l'alternatività della tutela di merito a quella cautelare è pienamente rispettosa delle esigenze di tutela giurisdizionale delle parti in quanto "assicuri con la definizione della lite la immediata ed effettiva tutela definitiva, in tempi sostanzialmente equivalenti ad un intervento cautelare ed interinale", "superando, dal punto di vista temporale e degli effetti, l'adozione di provvedimenti provvisori e cautelari"²¹. La disciplina dell'art. 24, commi 4 e 5, risulta legittima dal momento che il legislatore ha predisposto un meccanismo di decisione o contestuale, in caso di controversia rimessa al giudice monocratico, ovvero di fissazione "a breve" dell'udienza, nei successivi trenta giorni, in caso di decisione collegiale. Inoltre, l'art. 24, comma 7, prevede che, qualora si imponga la necessità di un rinvio, il giudice possa sempre adottare le misure idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito.

Altro è poi considerare che, in concreto, spetterà al giudice fare i conti con i tempi della giustizia ordinaria e valutare la tempestività della tutela di merito, stante anche la natura ordinatoria del termine di fissazione dell'udienza collegiale: a fronte di un'udienza fissata a distanza di mesi ed in presenza di un reale *periculum in mora*, questi, contestualmente alla fissazione della data per l'udienza di merito, non potrà che concedere la misura cautelare, con la conseguenza di alterare il modello astrattamente previsto dal legislatore. Questa è, però, una considerazione che esula da una valutazione di legittimità dell'istituto e che ne riguarda, piuttosto, l'utilità pratica²².

73. La complessità della controversia e l'elasticità del rito. Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario

Dal quadro formulato circa il rito abbreviato societario risulta come l'intenzione del legislatore sia stata quella di fornire un nuovo strumento di accelerazione del processo.

²⁰ V. cap. II, § 29.

²¹ Cfr. ancora la sentenza n. 427 del 1999.

²² V. cap. III, § 64 ss..

Nel contesto della *ratio* che ha ispirato il processo societario è stato evidenziato come la tecnica sottesa al rito abbreviato si presenti incongrua con il complesso del nuovo rito²³. Mentre, infatti, il rito ordinario societario risulta improntato ad una riduzione delle attività del giudice a favore di una estrema valorizzazione del principio di disponibilità delle parti, in modo particolare nella fase preparatoria della causa, in cui esse sono in grado di determinare modalità ed tempi, nel rito abbreviato, invece, il ruolo del giudice risulta fondamentale nel disporre la conversione del rito e conseguentemente l'articolazione delle successive fasi processuali. Si è evidenziato in più occasioni come sia rimesso al giudice il ruolo di garante dell'equilibrio fra le norme che consentono l'accelerazione del processo e quelle sancite a garanzia del diritto di difesa delle parti.

Alla luce delle considerazioni svolte nel presente lavoro, si può esprimere una valutazione positiva dell'intento espresso dal legislatore, tanto da chiedersi perché un'analogha previsione non sia stata riprodotta fra le numerose innovazioni apportate al rito cautelare uniforme dalla legge n. 80 del 2005, adottate sulla falsariga di quello societario. Tra l'altro, nelle controversie comuni, la tendenziale coincidenza del giudice cautelare con l'organo monocratico chiamato a decidere la causa avrebbe consentito la piena esplicazione dell'effetto anticipatorio della sentenza²⁴. Per completezza, si deve dire che, in forza dell'art. 70 *ter* disp. att. c.p.c., le parti potranno convenire lo svolgimento del processo secondo le forme societarie e che, pertanto, in seguito alla proposizione di una domanda cautelare in corso di causa, si potrà aprire comunque la via del giudizio abbreviato.

La vera novità del rito consiste in un nuovo approccio alla realizzazione della semplificazione e dell'accelerazione del giudizio. La predisposizione del nuovo modello procedimentale non realizza un vero e proprio rito speciale, alternativo a quello ordinario, ma deriva da una diversificazione dello stesso rito ordinario. La via al rito abbreviato si apre, infatti, nell'ambito di un giudizio instaurato secondo le regole del rito ordinario. La differenziazione dal modello viene occasionata dalla constatazione che la controversia non presenta particolari complessità e la relativa valutazione non può che essere effettuata dal giudice, naturalmente, solo dopo che il processo sia stato regolarmente instaurato.

È recente la proposta, formulata da autorevole dottrina²⁵, di rivedere la tendenza legislativa alla differenziazione dei processi a cognizione piena, basata sulla peculiarità delle situazioni sostanziali controverse (rapporti di lavoro, rapporti societari, contestazione di ordinanze irrogatrici di sanzioni amministrative, rapporti di locazione, ecc.), senza, invece,

²³ Cfr. RUBINO, *sub* art. 24, *cit.*, 280.

²⁴ Cfr. cap. I, § 14.

²⁵ V. PROTO PISANI, *Dai riti speciali alla differenziazione dei riti*, in *Foro it.*, 2006, V, 85 ss..

provvedere alla differenziazione di un (tendenzialmente) unico rito, a seconda della complessità o no della controversia accertata dal giudice in contraddittorio a termine della prima udienza di trattazione.

L'introduzione del rito abbreviato si pone in questa direzione ed è una norma che valorizza il principio di elasticità²⁶, consistente nell'aderenza del rito alle peculiarità delle singole controversie e ai tipi di tutela ricercata. È questo il principio che ha ispirato il legislatore nella predisposizione dei vari tipi di procedimenti percorribili per le controversie commerciali e che, per certi versi, trova ulteriore espressione nella facoltà, concessa alle parti dall'art. 70 *ter* disp. att. c.p.c., di scegliere convenzionalmente il rito da seguire. Valorizzare l'elasticità delle forme processuali è sicuramente opportuno e funzionale alla giustizia civile, oltre che perfettamente compatibile con il quadro costituzionale.

²⁶ Di principio di *elasticità* parla CONSOLO, *Le liti societarie e finanziarie, cit.*, 687 e 689, affermando che esso consente un processo "che è lungo o che è corto a seconda dell'importanza del contendere, non che è lungo o che è articolato solo perché così è scritto in qualche tipo di "grida", in qualche tipo di "spartito" che viene imposto ai giudici, avvocati e soprattutto parti, dal legislatore. Che proclama (non solo con l'art. 111 Cost., ma oggi anche con la legge Pinto) la centralità della ragionevole durata, mentre con le sue procedure certosine la rende assai difficilmente conseguibile anche nei casi più ripetitivi". Anche con riferimento al processo presso gli organi di giustizia comunitari si parla di principio di elasticità come capacità prevista dalle norme di adattare il rito alla diversità di esigenze che la trattazione delle cause richiede: v. BIAVATI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2006, 169.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Il nuovo processo societario alla prova dei fatti*, Convegno Milano, 28 ottobre 2005, in *Le società*, 2006, 59 ss.;

AMADEI-SOLDATI, *sub art. 24 in Il processo societario. Prima lettura sistematica delle novità introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Milano, 2003, 111 ss.;

ARIETA, *Cautela in corso di causa e monocraticità e collegialità del giudice*, in *Studi in onore di Tarzia*;

ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2^a ed. Padova, 1985, 53 ss.;

ARIETA, *Le tutele sommarie, Il rito cautelare uniforme, I procedimenti possessori*, in MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2005;

ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Torino, 2004, 414 ss.;

AYTANO, *Sull'accesso al giudizio abbreviato nel cautelare societario*, in www.judicium.it;

BARBAGALLO, *La decisione in forma semplificata*, in *Nuove autonomie*, 2004, 737 ss.;

BARTOLINI, *Il rito speciale per i "settori sensibili"*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani-Villata, 2^a ed., Torino, 2004, 251 ss.;

BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1288 ss.;

BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1288 ss.;

BESSO, *Il giudizio abbreviato: le prime esperienze applicative*, in *Giur. It.* 2005, 1904 ss.;

BESSO, *sub art. 24, in Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna 2004, 738 ss.;

BIAVATI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2006, 169;

BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2006, 563 ss.;

BOCCHINI, *La sospensione delle delibere assembleari nel nuovo processo societario*, in AA.VV., *La nuova giurisprudenza sul processo societario*, Milano, 2006, 119 ss.;

BOSCOLO, *Tutela cautelare ed opere pubbliche: un nuovo intervento della Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 1997, 31 ss.;

BUCCI, *Il processo societario, commento al D.Lgs. n. 5 del 2003, integrato con gli aggiornamenti del D.Lgs. n. 310/2004 e della Legge 14 maggio 2005 n. 80*, Padova 2005, 163 ss.;

- BUONCRISTIANI, *Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Luiso, Torino, 2006, 411 ss.;
- CAIANELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003;
- CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936;
- CANALE, *Procedimento sommario e procedimento abbreviato: problemi e prospettive*, *Giur. it.*, 2004, 1550;
- CANAVESE, *sub art. 24*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 723 ss.;
- CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, 145, nt. 24;
- CARANTA, *La nuova disciplina dei ricorsi giurisdizionali in materia di appalti di lavori pubblici al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 36 ss.;
- CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 983 ss.;
- CARINGELLA, *Rito delle opere pubbliche e diritto di difesa*, in *Urb. app.*, 2000, 407 ss.;
- CARINGELLA-DELLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, Milano, 1999, 1 ss.;
- CARINGELLA-PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, 798 ss.;
- CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915;
- CARPI, *Flashbes sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 237 ss.;
- CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997;
- CARRATTA, *Rito speciale per le società, in arrivo l'inedito (processo senza giudice)*, in *Dir. giust.*, 2003, 7 ss.;
- CARULLO, *La nuova riforma del processo amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 327 ss.;
- CASABURI, *Il rito cautelare nel procedimento speciale commerciale*, in *Le società*, 2005, 1286 ss.;
- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 6^a ed., Torino, 2004;
- CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 219 e ss.;
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, I, 1960;
- CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Foro it.*, 1923, I, 206 ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 271 ss.;

- COMOGLIO-DELLA VEDOVA, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Milano, 2006;
- CONSOLO, *Il giudice civile cautelare non diviene in via generale incompatibile a statuire sul merito secondo la Consulta*, in *Giur. it.*, 1998, 410 ss;
- CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare, Problemi e casi*, Torino, 1994;
- CONSOLO, *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutela al di là del “favoloso” art. 11*, in *Corr. giur.*, 2002, 688 ss.;
- CONSOLO, *Le prefigurabili inattività dei nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1522 ss.;
- CONSOLO, *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Giur. It.*, 1998, 611 ss.;
- CONSOLO, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.*, 2000, 566 ss.;
- COSTANTINI, *Sospensiva e anticipazione nel merito nei giudizi in materia di lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 3, 253 ss.;
- COSTANTINO, *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Le società*, 2000, 1621 ss.;
- COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 663 ss.;
- COSTANTINO, *Note sulle proposte di accelerazione dei giudizi di impugnazione delle deliberazioni degli organi societari*, in *Le società*, 2000, 520 ss.;
- CRISTIANO, *I nuovi procedimenti in materia di diritto societario*, *Giur. merito*, 2004, 1614 ss.;
- CUTUGNO-DE GIOIA, *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006;
- D’AIETTI, FRASCA, FRANZI e MIELE, *I provvedimenti cautelari. La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 92 ss.;
- DALMOTTO, *sub art. 23-24*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO E MONTALENTI, Bologna, 2004, 2915 ss.;
- DE MARZO-MISSERINI, *La tutela cautelare e sommaria dinanzi ai giudici amministrativi*, Padova 2004, 108 ss.;
- DE MATTEIS, *Il processo cautelare societario*, in AA.VV., *La nuova giurisprudenza sul processo societario*, Milano, 2006, 83 ss.;
- DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela cautelare nei giudizi relativi ad opere pubbliche*, in *Urb. app.*, 1997, 51 ss.;
- DE PAOLIS, *Giudizio cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di De Paolis, 3^a ed., 2006, 150;
- DE SANTIS, *Il giudizio abbreviato nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1067 ss.;

- DEL RE, *Il nuovo processo societario*, in *Il foro toscano 2004*, 261 ss.;
- D'EVOLI, *Il tempo e il processo amministrativo: il caso del rito speciale dell'appalto di opere pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 244 ss.;
- DIDONE, *Giudizio societario "abbreviato", cautela in corso di causa e processi pendenti. Ambito di applicazione del nuovo rito* in *Giur. merito*, 2004, 2249 ss.;
- DIDONE, *Il D.Lgs. n. 5 del 2003 sul rito societario al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 2005, 1485 ss.;
- DIDONE, *Il processo societario di cognizione*, Milano, 2005, 192 ss.;
- DIDONE, *Note sulla legittimità costituzionale del nuovo giudizio abbreviato nella materia societaria*, in *Giur. merito*, 2004, 2475 ss.;
- FABIANI, *Il nuovo rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1181 ss.;
- FABIANI, *sub art. 24*, in *La riforma del diritto societario, I procedimenti*, a cura di Lo Cascio, 2^a ed., Milano, 2006, 356 ss.;
- FALASCHI, *Nuovo rito societario e tutela cautelare in corso di causa*, in *Giur. merito*, 2004, 1689 ss.;
- FAZZALARI, voce *Processo civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVI, Milano, 1987.;
- FENUCCI, *Riti abbreviati, termini dimezzati e diritto di difesa nel processo amministrativo*, in *Giur.it.*, 2000, 1039 ss.;
- FERRI, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2005, 51 ss.;
- FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo ed interessi tutelati*, Milano, 1982, 46 ss.;
- FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 518.;
- FRANCO, *Processo amministrativo ordinario e riti particolari (dopo la legge n. 205 del 1990)*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 77 ss.;
- GAGGIA, *Il procedimento cautelare nella disciplina del nuovo processo societario*, in *Il dir. fall. soc. comm.*, 2005, 669 ss.;
- GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, 234 ss.;
- GAROFOLI-PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2002, 239.;
- GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 781 ss.;

- GIORGETTI, ZUMPANO, D'ALESSANDRO, SANTAGADA, *Il nuovo processo societario, i decreti di correzione e il primo anno di applicazione*, in *Dir. e giust.*, suppl. al n. 3 del 2005;
- GIORGETTI-D'ALESSANDRO, *sub art. 2*, in *La riforma delle società, il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003, 33 e ss.;
- GIOVAGNOLI-IEVA-PESCE, *Il processo amministrativo di primo grado*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di Caringella e Garofoli, Torino, 2005, 1086;
- GUAGLIONE, *La prova nel procedimento cautelare*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 192 ss.;
- LIEBMAN, *Unità del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, spec. 249 ss.;
- LIPARI, *Il giudizio immediato in materia di opere pubbliche: prime decisioni dei Tar e del Consiglio di Stato*, in *Urb. app.*, 1997, 895 ss.;
- LIPARI, *Il processo speciale in materia di opere pubbliche delineato dall'articolo 4 della legge n. 205/2000 ed il nuovo articolo 23-bis della legge n. 1034/1971*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- LIPARI, *Il rito in materia di opere pubbliche (art. 19 d.l. n. 67/1997 e art 23-bis legge n. 1034/1971)*, in CARINGELLA, DE NICTOLIS, LIPARI, MATASSA, *Il processo in materia di opere pubbliche*, Milano, 2001;
- LIPARI, *La mini-riforma del processo amministrativo nella legge n. 135/1997*, in *Urb. app.*, 1997, 740 ss.;
- LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 464 ss.;
- LONGO, *L'accesso al rito abbreviato societario e la tutela delle parti*, in *Le società*, 2004, 1559 ss.;
- LONGO, *sub art. 24*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, 453 ss.;
- MASSARO, *sub art. 3, l. n. 205 del 2000*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, n. 3-4, 594;
- LUMETTI, *I mezzi per accelerare il processo amministrativo*, in www.giustamm.it;
- LUPOI, *sub art. 24*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2006, 180 ss.;
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 17^a ed., Torino, 2005;
- MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 1252;
- MENCHINI, *Processo amministrativo e tutela giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 921 ss.;
- MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 952 ss. e 990 ss.;

- MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova, 1993, 215 ss.;
- MONTEFUSCO, *Le decisioni in forma semplificata*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, 2^a ed., Torino, 2004, 345 ss.;
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985;
- MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss.;
- MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 945 ss.;
- MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001;
- MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, Padova, 2005;
- MORLACCHI, *sub art. 4, l. n. 205 del 2000*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, n. 3-4, 620 ss.;
- NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1980, 3 ss.;
- NORI, *Concorrenza e pluralismo nella cessione di azioni nelle società televisive*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1653 ss.;
- OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992;
- OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (l. 14 maggio 2005, n. 80)*, in www.judicium.it;
- OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it;
- PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo* a cura di Sassani-Villata, 2^a ed., Torino, 2004, 59 ss.;
- PAOLANTONIO, *Il rito differenziato nel processo amministrativo*, in AA. VV., *Il nuovo processo amministrativo*, con il coordinamento di De Paolis, 2^a ed., Padova, 2003, 194;
- PASANISI, *La realizzazione del risultato nel giudizio amministrativo: la sentenza breve in sede cautelare*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- PASANISI, *La sentenza breve in sede cautelare come modo ordinario di definizione del giudizio amministrativo*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, 3515 ss.;
- PATRONI GRIFFI, *Istituti di semplificazione nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it;

- PEDRELLI, *Giudizio societario "abbreviato" e rapporto tra sommarietà e attitudine al giudicato nella valutazione svolta dal giudice designato investito dell'istanza cautelare e dal collegio in sede di udienza di discussione ex art. 24, comma 5 d.lg. n. 5 del 2003*, in *Giur. merito*, 2005, 876 ss.;
- PERINI, *Il rito breve in materia di opere pubbliche: primi appunti sull'art. 19 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2000, 874 ss.;
- PICOZZA-FERRONI, *Il giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2000, 166 ss.;
- PROTO PISANI, *Ancora sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1980, 751 ss.;
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 116 ss.;
- PROTO PISANI, *Dai riti speciali alla differenziazione dei riti*, in *Foro it.*, 2006, V, 85 ss.;
- PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. cin.*, 2002, 265 ss.;
- PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, V, 17 ss.;
- PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro It.*, V, 14.;
- PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003.;
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002.;
- PROTO PISANI, *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, 534 ss.;
- PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991.;
- PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536 ss.;
- PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 205 ss.;
- PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991.;
- PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, V, 53 ss.;
- RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali*, pt. II, t. 1, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005.;
- ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1173 ss.;
- RUBINO, *sub art. 24*, in *La riforma del diritto societario, I procedimenti*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 273 ss.;
- SAITTA, *Riti abbreviati e tutela cautelare: un passo indietro?*, in *Giustizia amministrativa*, 2001, 524 ss.;

- SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1064 ss.;
- SALETTI, *sub art. 24*, in *La riforma delle società, Il Processo*, a cura di Sassani, Torino 2003, 241 ss.;
- SANCHINI, *La tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, Milano, 2003, 4491 ss.;
- SANINO, *Il processo cautelare*, in *Verso il nuovo processo amministrativo - Commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, 275;
- SANTAGADA, *Il procedimento cautelare*, in *Il nuovo processo societario, i decreti di correzione e la prima fase applicativa*, Milano, 2006, 197 ss.;
- SCARSELLI, *La condanna con riserva di eccezioni*, Milano, 1989;
- SENINI-VEDANA, *sub art. 24* in *Il nuovo processo societario, bancario e finanziario*, Torino, 2004, 233 ss.;
- SPENA, *L'art. 23-bis, comma 3, l. Tar, fra esigenza di accelerazione del processo amministrativo e tutela del diritto di difesa*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 3393 ss.;
- SPUNTARELLI, *Perenzione e procedimento monocratico in Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 841 ss.;
- TARZIA, *La durata del processo civile e la tutela dei deboli*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2005, 317 ss.;
- TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2004, 2209 ss.;
- TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983;
- TRAVI, *Dubbi sulla legittimità del giudizio abbreviato in materia di opere pubbliche*, e sinteticamente, in *Osservatorio costituzionale*, in *Urb. app.*, 1998, 626;
- TRAVI, *Verso una pluralità di termini per il ricorso al giudice amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.* 197, 658 ss.;
- TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2000, 381 ss.;
- TROTTA, *Processo cautelare: decisione in forma semplificata e sospensione dei termini processuali in periodo feriale*, in *Foro amm. Tar*, 2002, 3851 ss.;
- TUCCARI, *Decisioni semplificate e ascolto delle parti*, in *Urb. app.*, 2003, 808 ss.;
- TUCCARI, *Decisioni in forma semplificata e ruolo delle parti*, in *Urb. app.*, 2003, 340 ss.;
- VAIANO, *L'accelerazione dei tempi processuali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1080 ss.;

VERDE, *Unicità e pluralità di riti nel processo di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 659 ss.;

VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993;

VIGNERA, *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 504 ss.;

VIRGA, *Primi orientamenti sul giudizio abbreviato previsto dall'art. 19 del d.l. 67/1997*, in www.lexitalia.it;