

ANDREA PROTO PISANI

LEZIONI DI  
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

QUINTA EDIZIONE



JOVENE EDITORE  
NAPOLI 2006

CAPITOLO TREDICESIMO  
LA TUTELA CAUTELARE

SOMMARIO

1. Effettività della tutela giurisdizionale e tutela cautelare
  - 1.1. Premessa
  - 1.2. I rimedi agli ostacoli non ascrivibili alla durata del processo
  - 1.3. I rimedi agli ostacoli derivanti dalla durata del processo a cognizione piena
  - 1.4. I rimedi agli ostacoli derivanti dalla durata del processo esecutivo
  - 1.5. Cenni sugli ostacoli derivanti dalla lentezza patologica o dalla disfunzione dei processi a cognizione piena ed esecutivi
  - 1.6. Inquadramento della tutela cautelare nell'ambito dei rimedi diretti a neutralizzare i danni che possono derivare all'attore che ha ragione a causa (o anche a causa) della durata del processo a cognizione piena
  - 1.7. Il significato costituzionale della tutela cautelare: tutela cautelare atipica, tutela cautelare tipica e tutela sommaria non cautelare
  - 1.8. I rapporti fra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria non cautelare
2. La struttura della tutela cautelare
  - 2.1. Procedimento sommario destinato a sfociare in un provvedimento provvisorio, cioè inidoneo a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso
  - 2.2. Provvisorietà del provvedimento, non necessariamente anche degli effetti
  - 2.3. La strumentalità del provvedimento cautelare
3. Tipologia delle misure cautelari
  - 3.1. Pericolo da infruttuosità e da tardività
  - 3.2. Corrispondente distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori
  - 3.3. In particolare del *periculum in mora* che assurga agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, rendendo costituzionalmente doverosa la tutela cautelare
  - 3.4. Sistema cautelare totalmente «atipico» e sistema «tipico» temperato da una misura cautelare atipica a carattere residuale: i vantaggi della tipicità e la necessità di un margine di atipicità
  - 3.5. Ipotesi di misure cautelari tipiche nelle quali si prescinde dall'accertamento in concreto della sussistenza del requisito del *periculum in mora*
  - 3.6. Misure cautelari tipiche e tutela sommaria non cautelare
4. La pericolosità intrinseca dei provvedimenti cautelari: le cauzioni ed i possibili rimedi

5. I provvedimenti cautelari previsti dal codice di procedura
  - 5.1. Il sequestro giudiziario
    - 5.1.1. Premessa
    - 5.1.2. Presupposti
    - 5.1.3. Ambito applicativo
    - 5.1.4. Contenuto del provvedimento e sua attuazione
    - 5.1.5. Funzione dell'istituto.
  - 5.2. Il sequestro conservativo
    - 5.2.1. Funzione ed effetti
    - 5.2.2. *Fumus boni iuris*
    - 5.2.3. *Periculum in mora*
    - 5.2.4. Limiti dell'istituto.
  - 5.3. Le denunce di nuova opera e di danno temuto
    - 5.3.1. Premessa
    - 5.3.2. La denuncia di nuova opera ex art. 1171 c.c.
    - 5.3.3. La denuncia di danno temuto ex art. 1172 c.c.
    - 5.3.4. Le denunce e la tutela inibitoria.
  - 5.4. I provvedimenti di istruzione preventiva
    - 5.4.1. Premessa
    - 5.4.2. L'audizione di testi a futura memoria, la consulenza tecnica e l'ispezione preventiva
    - 5.4.3. Il sequestro giudiziario di prove
  - 5.5. I provvedimenti d'urgenza
    - 5.5.1. Struttura e funzione dei provvedimenti d'urgenza nell'ambito della tutela cautelare e della tutela giurisdizionale in genere
    - 5.5.2. Atipicità del diritto d'azione ed esigenza di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione
    - 5.5.3. L'origine dell'art. 700.
    - 5.5.4. Importanza del compito svolto dall'art. 700 e i limiti intrinseci alla sua funzione di norma di chiusura
    - 5.5.5. L'ambito applicativo dell'istituto
    - 5.5.6. Il requisito della «irreparabilità» del pregiudizio
      - 5.5.6.1. Analisi della dottrina
      - 5.5.6.2. La necessità di recuperare l'importanza della persona del titolare del diritto
    - 5.5.7. La pericolosità dell'art. 700.
    - 5.5.8. Il requisito dell'«imminenza» del pregiudizio
    - 5.5.9. Il contenuto dei provvedimenti d'urgenza
    - 5.5.10. La tutela dei c.d. diritti di libertà.
6. La disciplina dei procedimenti cautelari in generale
  - 6.1. Premessa
  - 6.2. La competenza
  - 6.3. Il procedimento
  - 6.4. Il provvedimento negativo ovvero di rigetto
  - 6.5. Il provvedimento di accoglimento di misura cautelare chiesta *ante causam*
  - 6.6. La disciplina dell'inefficacia del provvedimento e delle restituzioni
  - 6.7. La revoca e la modifica
  - 6.8. La cauzione
  - 6.9. L'attuazione
  - 6.10. Il reclamo

- 6.11. L'ambito di applicazione degli artt. 669-bis a 669-terdecies
  - 6.11.1. Premessa
  - 6.11.2. La nozione di provvedimento cautelare
  - 6.11.3. I provvedimenti sommari sottratti alla disciplina degli artt. 669-bis e seguenti
  - 6.11.4. I provvedimenti cautelari diversi dai sequestri, dalle denunce e dai provvedimenti d'urgenza soggetti alla disciplina degli artt. 669-bis e seguenti
  - 6.11.5. L'applicazione degli artt. 669-bis e seguenti ai procedimenti possessori

NOTA BIBLIOGRAFICA: G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, § 11; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936 (e in *Opere giuridiche*, IX, Napoli 1983, p. 157 ss.); F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, p. 205 ss., 332 ss.; ID., *Diritto e processo*, p. 353 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli 1955; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, p. 110 ss., III, p. 146 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento*, IV, p. 146 ss.; C. CALVOSA, *La tutela cautelare, profilo sistematico*, Torino 1963; ID., *Il processo cautelare (Sequestri e Provvedimenti d'urgenza)*, Torino 1970; G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova 1968; S. SATTA, *Commentario*, IV, 1, p. 147 ss.; M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1973, p. 1020 ss.; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza*, in *I processi speciali*, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi, Napoli 1979, p. 407 ss.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1983; A. PROTO PISANI, *Due note in tema di tutela cautelare*, in Foro it. 1983, V, 145 ss.; ID., *Chiovenda e la tutela cautelare*, in Riv. dir. proc. 1988, p. 16 ss.; ID., *Procedimenti cautelari*, voce della Enc. giur. Treccani, XXIV, 1991; ID., *Provvedimenti d'urgenza*, voce della Enc. giur. Treccani, XXV, 1991; *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, Padova 1993. V. inoltre *Les mesures provisoires en procédure civile* (Atti del colloquio internazionale, Milano 12-13 ottobre 1984), Milano 1985; *La tutela d'urgenza* (Atti del XV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bari 4-5 ottobre 1985), Rimini 1986; M. G. CIVININI, A. PROTO PISANI, *I procedimenti possessori*, in Foro it., 1994, I, 626 ss.; R. CONTE, *Il sequestro conservativo nel processo civile*, Torino 2000; R. CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile. Profilo storico sistematico*, Milano 2000; G. DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, Torino 2003; G. BASILICO, *La denuncia di danno temuto*, Riv. dir. civ., 2004 e 2005.

## 1. Effettività della tutela giurisdizionale e tutela cautelare

### 1.1. PREMessa

È notazione comune che la giurisdizione statale, e il correlato diritto o potere di azione, rappresenta la contropartita del divieto di autotutela privata.

Se così è, diviene alquanto semplice il comprendere come sia necessario che tale contropartita sia effettiva: cioè che tramite il processo l'attore che ha ragione possa ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale.

Oggi nessuno sarebbe disposto a mettere in discussione questi elementi cardine per la comprensione di ogni moderno sistema processuale.

Ciò però non significa affatto che non sussista una serie di ostacoli di varia natura che contrastano il pieno realizzarsi di questa esigenza di effettività della tutela.

#### 1.2. I RIMEDI AGLI OSTACOLI NON ASCRIVIBILI ALLA DURATA DEL PROCESSO

I primi ostacoli derivano dalla circostanza di fatto che non vi è istantaneità fra il momento del sorgere del diritto, quello della sua violazione e quello infine del ricorso alla tutela giurisdizionale. Normalmente, poi, il ricorso alla tutela giurisdizionale avviene solo dopo che la violazione del diritto sia stata già posta in essere: in tal caso il processo può impedire che la violazione continui, ma non potrà certo eliminare il fatto che la violazione vi sia stata (*quod factum infectum fieri nequit*); per quanto concerne il fatto della violazione già perpetrata il processo non potrà dare al titolare del diritto le stesse utilità che avrebbe dovuto conseguire attraverso la cooperazione doverosa dell'obbligato, ma solo utilità equivalenti, cioè, secondo il nostro ordinamento, il risarcimento del danno.

È da sottolineare che ostacoli della specie ora in esame non sono addebitabili al processo; ad essi l'ordinamento pone rimedio attraverso interventi che si pongono a livello di diritto sostanziale ovvero che sono predisposti prima ed indipendentemente dalla durata del processo.

Si pensi innanzi tutto alle norme che in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale fanno sorgere dalla violazione l'obbligazione derivata del risarcimento del danno; alle norme che sanciscono il perpetuarsi dell'obbligo di adempiere esattamente la prestazione inadempita (salvo il limite della infungibilità della prestazione stessa, limite normalmente non superabile nel nostro ordinamento stante la assenza di un sistema atipico di misure coercitive), ovvero ricollegano alla violazione di originari obblighi di non fare il sorgere di obbligazioni in senso tecnico di restituire o di distruggere; si pensi ad istituti quale la costituzione in mora ed ai suoi effetti sul rischio e sul decorso della prescrizione, o quali il pegno, l'ipoteca, i privilegi.

Ciò che accomuna tutte queste norme o tutti questi istituti è il loro agire nel senso di ridurre lo scarto tra utilità assicurate dal diritto sostanziale e utilità che saranno conseguibili tramite il processo: è l'agire nel senso di *rafforzare l'attuazione del diritto* (o degli obblighi derivati dalla sua violazione) *a prescindere dalla considerazione della durata di un eventuale processo*: si tratta cioè di norme o istituti previsti per l'ipotesi in cui vi sia comunque uno stacco temporale fra il sorgere del diritto e la sua esigibilità, ovvero tra il momento della violazione e quello del ricorso alla tutela giurisdizionale. La circostanza, poi, che taluni di questi istituti (si pensi soprattutto al pegno e all'ipoteca) siano idonei ad assicurare anche la effettività della tutela giurisdizionale contro ostacoli che potrebbero derivare dalla durata o anche a causa della durata del processo, è circostanza di fatto che non giustificherebbe la loro confusione con gli istituti indicati *infra*, 1.3, *sub c*) e 1.6 e predisposti proprio e *solo* a quest'ultimo scopo.

### 13. I RIMEDI AGLI OSTACOLI DERIVANTI DALLA DURATA DEL PROCESSO A COGNIZIONE PIENA

La seconda specie di ostacoli che può operare contro l'effettività della tutela giurisdizionale è costituita dagli ostacoli derivanti dalla durata del processo (o dei processi) a cognizione piena.

Un processo di tale specie, in quanto diretto ad assicurare in modo completo la garanzia del contraddittorio, è sempre necessariamente uno strumento sofisticato che, anche se disciplinato da forme accelerate quali ad es. quelle del rito speciale del lavoro, *ha una sua fisiologica durata*.

Di qui l'inevitabile conseguenza che durante il tempo necessario per ottenere una sentenza esecutiva l'attore possa subire un pregiudizio irreparabile o comunque grave: danno che può consistere o «nel sopraggiungere di fatti tali da porre in pericolo le concrete possibilità di attuazione della sentenza sul merito della controversia», o anche nel solo permanere del diritto in stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva nel corso del processo a cognizione piena; è il cosiddetto *periculum in mora* o, per usare la efficace terminologia di E. Finzi ripresa e diffusa da Calamandrei, il danno marginale che la durata del processo causa o concorre a causare.

La necessità di servirsi del processo a causa del divieto di autotutela privata può quindi di per sé, stante la durata nel tempo del processo, essere causa, o concausa, di danno per l'attore che abbia ragione.

Di qui l'esigenza, si può dire avvertita da sempre e in tutti i sistemi giuridici, che l'ordinamento intervenga allo scopo di neutralizzare il pregiudizio (irreparabile o comunque grave) derivante all'attore dalla durata del processo: si tratta di un intervento necessario a garanzia della effettività del diritto di azione e della tutela giurisdizionale, onde evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione (secondo il principio o tendenza di opportunità evidenziato da Chiovenda, su cui v. C. cost., 28 giugno 1985, n. 190, in Foro it., 1985, I, 1881).

Il nostro ordinamento conosce numerosi rimedi diretti a neutralizzare specificamente danni di tale specie: cioè danni che possono verificarsi a causa (o anche a causa) dello iato esistente tra momento della proposizione della domanda giudiziale e momento della emanazione di una sentenza a cognizione piena esecutiva o più in generale efficace.

Si tratta di rimedi diversi, che operano anche su piani diversi:

a) *A livello sostanziale* frequente è la previsione di obblighi o in genere di effetti ipoteticamente condizionati all'ipotesi di accoglimento della domanda attrice, allo scopo di neutralizzare in tutto o in parte il tempo del processo di cognizione: si pensi all'obbligo del possessore di buona fede di restituire i frutti (art. 1148 c.c.), all'anatocismo (art. 1283 c.c.), all'obbligo del detentore o possessore convenuto in rivendica di custodire il bene (art. 948 c.c.), all'opponibilità ai terzi aventi causa dal convenuto dei motivi di invalidità o di inefficacia del contratto del loro dante causa (artt. 2652-2653 c.c.), nonché, secondo una opinione oggi però non più pacifica, all'interruzione-sospensione della prescrizione (artt. 2943-2945 c.c.), ecc.

b) *A livello processuale* i possibili danni derivanti dalla durata o anche a causa della durata del processo a cognizione piena sono soppressi del tutto allorché il legislatore consenta, tramite la tecnica della *condanna in futuro*, che il creditore si premunisca di una sentenza esecutiva da azionare nella immediatezza dell'eventuale futura violazione; ovvero quando, tramite la tecnica dei *titoli esecutivi di formazione stragiudiziale*, consenta addirittura al creditore che ne è munito di saltare del tutto la fase della cognizione.

c) *Ancora a livello processuale*, i possibili danni derivanti dalla durata o anche a causa della durata del processo a cognizione piena sono neutralizzabili attraverso la tecnica della *tutela sommaria*, consentendo che sulla base di un accertamento sommario del diritto dell'attore (del c.d. *fumus boni iuris*) siano emanati provvedimenti sommari con cui: 1) si anticipi la acquisizione del materiale probatorio; 2) si incida sulla disponibilità giuridica o materiale dei beni oggetto di futura ed eventuale esecuzione forzata sulla base della sentenza di condanna a cognizione piena, ovvero si incida sulla efficacia di atti di cui si chiede l'annullamento (o comunque la dichiarazione di inefficacia) allo scopo di assicurare che la pronuncia di annullamento (o in genere di inefficacia) intervenga – come si suol dire – *re adhuc integra* (v. *infra* 3.1); 3) si anticipi in tutto o in parte la soddisfazione del diritto.

#### 1.4. I RIMEDI AGLI OSTACOLI DERIVANTI DALLA DURATA DEL PROCESSO ESECUTIVO

Gli ostacoli derivanti dalla durata del processo (*rectius* dei processi) di esecuzione forzata sono caratterizzati dalla circostanza secondo cui, almeno in teoria, la durata del processo esecutivo, a differenza di quella del processo a cognizione piena, non è posta (se non in ipotesi complessivamente marginali) a garanzia del contraddittorio del debitore, bensì della migliore o più puntuale esecuzione nell'interesse del creditore.

Comunque l'ordinamento conosce da sempre rimedi idonei a neutralizzare alcuni danni derivanti da tale durata: oltre che agli effetti del pignoramento si pensi agli istituti dell'autorizzazione all'esecuzione immediata ex art. 482 c.p.c., della assegnazione e vendita immediata delle cose deteriorabili ex art. 501, dei provvedimenti immediati che il pretore può emanare ex artt. 610 e 613 ove sorgano «difficoltà» nel corso della esecuzione in forma specifica, dei provvedimenti «opportuni» emanabili «nei casi di urgenza» ex art. 618.

#### 1.5. CENNI SUGLI OSTACOLI DERIVANTI DALLA LENTEZZA PATOLOGICA O DALLA DISFUNZIONE DEI PROCESSI A COGNIZIONE PIENA ED ESECUTIVI

Quanto agli ostacoli derivanti dalla lentezza patologica dei processi a cognizione piena, a livello giuridico *de iure condito* vi è ben poco da dire: essi saranno neutralizzabili tramite i rimedi indicati *supra* 1.3 solo nei limiti in cui ne ricorrano i presupposti (il che non è poi gran cosa ove si consideri che l'unico rimedio atipico, e cioè l'art. 700, è subordinato al ristretto requisito della irreparabilità del pregiudizio).

Quanto infine agli ostacoli derivanti dalla lentezza patologica o dalla disfunzione o dalle lacune del processo esecutivo, è da dire che i relativi danni (ove si prescinda dal perdurare degli effetti del pignoramento e di effetti sostanziali, quali la interruzione-sospensione della prescrizione, ricollegati anche alla durata del processo di esecuzione) non sono neutralizzabili: ma il non funzionamento del processo esecutivo equivale al fallimento del diritto, alla rinuncia esplicita da parte dello Stato a fornire la contropartita del divieto di farsi ragione da sé (non a caso infatti fenomeni preoccupanti di autotutela, tramite il ricorso alla criminalità organizzata, si verificano proprio là dove maggiore è il vuoto creato dalle disfunzioni della tutela esecutiva).

1.6. INQUADRAMENTO DELLA TUTELA CAUTELARE NELL'AMBITO DEI RIMEDI DIRETTI A NEUTRALIZZARE I DANNI CHE POSSONO DERIVARE ALL'ATTORE CHE HA RAGIONE A CAUSA (O ANCHE A CAUSA) DELLA DURATA DEL PROCESSO A COGNIZIONE PIENA

Delineato in tal modo il quadro sintetico degli ostacoli che si possono frapporre alla esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, è agevole constatare come la tutela cautelare (la tutela giurisdizionale cautelare) si è sempre storicamente collocata nell'ambito dei rimedi indicati *supra*, 1.3, *sub c*), ricoprendone un settore più o meno ampio a seconda delle scelte effettuate dal legislatore positivo in ordine ai rapporti (e ai confini) tra la tutela sommaria cautelare e la tutela sommaria non cautelare.

La funzione della tutela cautelare consiste, pertanto, nel neutralizzare i danni che possono derivare all'attore che ha ragione dalla durata del processo a cognizione piena (a causa di eventi dannosi derivanti dalla mera durata del processo di cognizione o da fatti che possono verificarsi durante la pendenza del processo di cognizione), ove tali danni non siano già neutralizzati o da istituti di diritto sostanziale diretti a rafforzare la attuazione del diritto indipendente dalla durata del processo di cognizione (si pensi al pegno, all'ipoteca ed in genere agli istituti indicati *supra*, 1.2), ovvero da specifici c.d. effetti sostanziali della domanda giudiziale - v. *supra*, 1.3, *sub a*) -, ovvero dalla esistenza di titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, ovvero non siano neutralizzabili tramite l'utilizzazione di processi sommari non cautelari.

L'inquadramento della tutela cautelare nell'ambito del più vasto settore delle c.d. provvidenze dirette ad evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione, consente di acquisire un primo grosso risultato sul piano sistematico: la tutela cautelare non si caratterizza per una sua funzione esclusiva, poiché la stessa funzione di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione è assolta anche da specifici istituti di diritto sostanziale - v. *supra*, 1.3, *sub a*) - o da specifici rimedi di carattere processuale (quali la condanna in futuro, i titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, i procedimenti sommari non cautelari) profondamente diversi quanto a struttura.

Ancora, poiché l'esigenza di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione non è altro che una *species* del più vasto *genus* costituito dalla esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, è possibile che

di fatto la prima esigenza possa essere realizzata da istituti (quali il pegno, l'ipoteca ecc.) genericamente posti a tutela della seconda esigenza (v. *supra*, 1.2).

Queste precisazioni non sono prive di valore pratico in quanto valgono *de iure* o *de facto* ad escludere la sussistenza di un requisito peculiare della tutela cautelare, il *periculum in mora*, quando i danni derivanti dalla durata del processo di cognizione sono già neutralizzati da altri istituti di carattere sostanziale o processuale. Ma queste precisazioni hanno anche il significato teorico di mettere in guardia contro i tentativi di cogliere l'essenza della tutela cautelare sulla base di analisi prevalentemente funzionali; una volta constatato, infatti, che la tutela cautelare assolve una funzione comune ad una serie svariatissima di istituti profondamente diversi sul piano strutturale, la accentuazione degli aspetti attinenti alla funzione non può che rendere sempre più vaghi, in quanto più generali ed astratti, i profili della tutela cautelare. Un approfondimento dell'indagine sulla tutela cautelare dovrà muoversi pertanto soprattutto sul piano della struttura.

#### 1.7. IL SIGNIFICATO COSTITUZIONALE DELLA TUTELA CAUTELARE: TUTELA CAUTELARE ATIPICA, TUTELA CAUTELARE TIPICA E TUTELA SOMMARIA NON CAUTELARE

Prima di proseguire (*infra*, 2 ss.) in tal senso l'analisi, le riflessioni sinora svolte in ordine alla funzione della tutela cautelare consentono di prendere posizione sul delicato tema del significato costituzionale della tutela cautelare.

Come ha evidenziato una sentenza della Corte costituzionale di chiara marca chiovendiana (C. cost., 28 giugno 1985, n. 190, in Foro it., 1985, I, 1881; nello stesso senso, v. già C. cost., 27 dicembre 1974, n. 284, *ivi*, 1975, I, 263; in senso contrario v. invece C. cost., 1 aprile 1982, n. 63, in Foro it., 1982, I, 1216), «il principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» (ovvero l'esigenza di salvaguardare l'effettività della tutela giurisdizionale contro i danni derivanti dalla durata, o anche a causa della durata, del processo a cognizione piena) impone di ritenere che la tutela giurisdizionale cautelare atipica costituisca una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale, nei limiti in cui sia necessaria per neutralizzare *pericula in mora* (cioè danni derivanti dalla durata, o anche a causa della durata, del processo a cognizione piena) che assurgano agli estremi della irreparabilità del pregiudizio.

La tutela cautelare atipica, nei limiti della irreparabilità del pregiudizio, rappresenta quindi un *minimum* che nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena la entrata in crisi dei più elementari principi cardine di ogni sistema processuale (v. *supra*, 1.1).

Sempre restando a questo medesimo livello di genericità, è però da notare che i precedenti rilievi in ordine al significato costituzionale della tutela cautelare atipica non escludono affatto che il legislatore ordinario, nella sua discrezionalità, ben possa:

a) sottrarre alla valutazione del giudice ogni indagine in ordine alla irreparabilità del pregiudizio ed al contenuto della misura cautelare da emanare, prevedendo, a favore di determinate situazioni soggettive, ipotesi di misure

cautelari tipiche per le quali il *periculum* e/o il contenuto del provvedimento siano predeterminati per legge (v. *infra*, 3.4);

b) sottrarre alla valutazione del giudice qualsiasi indagine in ordine al requisito del *periculum in mora* (irreparabile o no), prevedendo, con riferimento sempre a determinate situazioni soggettive, che la misura cautelare debba essere concessa sulla base della valutazione relativa unicamente al requisito del *fumus* (v. *infra*, 3.5);

c) prevedere ipotesi tipiche di tutela sommaria non cautelare, cioè di procedimenti destinati a sfociare in provvedimenti a cognizione sommaria idonei, se non opposti dal destinatario passivo, a dare una disciplina definitiva al rapporto controverso (v. *infra*, 3.6); ovviamente il ricorso alla tutela sommaria non cautelare qui interessa nella misura in cui sia giustificato da ragioni di urgenza (cioè di effettività della tutela giurisdizionale, come nelle ipotesi ex artt. 28 l. n. 300/1970, 15 l. n. 903/1977, o 148 c.c. nel testo novellato dalla riforma del diritto di famiglia) e non di economia dei giudizi (come nelle ipotesi di procedimento per ingiunzione o per convalida di sfratto);

d) è infine possibile che il legislatore ordinario, con riferimento a taluni specifici diritti, preveda che essi possano essere fatti valere (oltre che tramite processi a cognizione piena destinati a sfociare in provvedimenti con attitudine al giudicato, anche) in processi sommari sganciati dalla necessità di qualsiasi accertamento in concreto del requisito del *periculum*, ma destinati a sfociare in provvedimenti sommari *per un verso* privi di qualsiasi attitudine al giudicato (di qualsiasi idoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso), *per altro verso* dotati di una efficacia (meramente esecutiva, molto analoga a quella propria dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale) la quale, se potrà essere sempre rimessa in discussione in un futuro processo a cognizione piena (se del caso instaurato in via di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.), non è però destinata in modo alcuno a venire meno ove il processo a cognizione piena non sia instaurato entro un termine perentorio fissato dalla legge o dal giudice; è, questa, la categoria dei c.d. provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi, categoria (su cui v. *retro* cap. XII *sub* 1.3 e *infra* cap. XIV *sub* 2 e 9) che presenta particolari contiguità con i provvedimenti cautelari anticipatori, ma si differenzia da questi per la mancanza della caratteristica del *periculum*.

#### 1.8. I RAPPORTI FRA TUTELA SOMMARIA CAUTELARE E TUTELA SOMMARIA NON CAUTELARE

Riflettendo su queste svariate possibilità di intervento legislativo, ed anticipando i risultati dell'analisi strutturale che sarà svolta *infra*, 2 e 3, è agevole notare come, mentre le ipotesi indicate *supra* 1.7 *sub* a) si situano saldamente per struttura e funzione nell'ambito della tutela cautelare, quelle invece indicate *sub* b), *sub* c) e *sub* d) sono particolarmente contigue; esse in particolare mostrano con evidenza palmare come la stessa funzione di neutralizzare i danni derivanti all'attore che ha ragione dalla durata (o anche a causa della durata) del processo a cognizione piena e di garantire quindi la effettività della tutela giurisdizionale possa essere assicurata attraverso due tecniche procedi-

mentali strutturalmente diverse: la tecnica della tutela sommaria cautelare caratterizzata dallo sfociare in un provvedimento sommario inidoneo per definizione a dare una disciplina definitiva al rapporto controverso, la tecnica della tutela sommaria non cautelare destinata a sfociare in un provvedimento sommario dotato invece di tale idoneità, la tecnica dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi.

Ove si consideri che il ricorso alla tecnica della tutela sommaria non cautelare può derivare, oltre che da esigenze di garanzia della effettività della tutela giurisdizionale, anche da esigenze di economia processuale (evitare il costo del processo a cognizione piena in mancanza di una contestazione effettiva), il fenomeno dei rapporti tra tutela sommaria non cautelare e tutela sommaria cautelare può essere descritto graficamente come due cerchi parzialmente coincidenti laddove le due parti non coincidenti rappresentano volta a volta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente a mere esigenze di economia dei giudizi ed il settore della tutela cautelare c.d. conservativa (o anche solo parzialmente anticipatoria); mentre la parte coincidente rappresenta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente ad esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e della tutela cautelare totalmente anticipatoria.

## 2. La struttura della tutela cautelare

### 2.1. PROCEDIMENTO SOMMARIO DESTINATO A SFOCIARE IN UN PROVVEDIMENTO PROVVISORIO, CIOÈ INIDONEO A DETTARE UNA DISCIPLINA DEFINITIVA DEL RAPPORTO CONTROVERSO

La tecnica della tutela cautelare consiste nel conferire alla parte il potere di chiedere al giudice l'emanazione di un *provvedimento sommario* a termine di un procedimento (o di un subprocedimento ove il provvedimento sia chiesto non prima dell'instaurazione, ma nel corso del giudizio a cognizione piena) egualmente sommario, sulla base della valutazione: a) del *fumus boni iuris*, cioè della probabile esistenza del diritto che costituirà (o già costituisce) oggetto del processo a cognizione piena; b) del *periculum in mora*, cioè della (probabile) sussistenza di un danno che può derivare all'attore dalla durata, o anche a causa della durata, del processo a cognizione piena.

Caratteristica strutturale della tutela cautelare è la provvisorietà, cioè la sua inidoneità, a differenza dei provvedimenti sommari non cautelari (siano essi della specie del decreto ingiuntivo o della convalida di sfratto, ovvero del decreto ex art. 28 l. n. 300/1970 o ex art. 148 c.c.), a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso.

### 2.2. PROVVISORIETÀ DEL PROVVEDIMENTO, NON NECESSARIAMENTE ANCHE DEGLI EFFETTI

Sulla caratteristica della provvisorietà sono opportuni alcuni chiarimenti. Ciò che ricorre in ogni misura cautelare è la provvisorietà del provvedimento, non necessariamente anche la provvisorietà degli effetti. Il provvedi-

mento cautelare in quanto emanato sulla base di una cognizione sommaria e non di una cognizione piena è per sua natura provvisorio nel senso che non sarà mai in grado di reggere di per sé solo in modo definitivo gli effetti che ad esso si ricollegano, ancorché questi, quanto a contenuto, siano totalmente anticipatori del futuro provvedimento a cognizione piena. Infatti sia il provvedimento con cui si autorizza un sequestro, sia il provvedimento di sospensione di una nuova opera, sia il provvedimento d'urgenza totalmente anticipatorio, sia il provvedimento di istruzione preventiva sono sempre provvisori in quanto (prescindendo per il momento dalle conseguenze della mancata instaurazione (o dell'estinzione della causa di merito) sono ineluttabilmente destinati o a perdere efficacia, ove il diritto a cautela del quale siano stati concessi venga dichiarato inesistente nel giudizio a cognizione piena, o ad essere assorbiti (o, a seconda dei casi, sostituiti) dal provvedimento a cognizione piena che accerti l'esistenza del diritto a cautela del quale siano stati concessi.

Le cose cambiano notevolmente ove dal provvedimento cautelare si passi a considerare i suoi effetti. Mentre il provvedimento cautelare, come si è visto, è sempre provvisorio, gli effetti del provvedimento *non* lo sono *sempre*. Infatti: a) talvolta, se il provvedimento a cognizione piena accerta la esistenza del diritto a cautela del quale era stata concessa la misura cautelare, gli effetti del provvedimento stesso si acquisiscono definitivamente: è quanto accade nelle ipotesi di istruzione preventiva ex art. 698 c.p.c.; b) altre volte, se la sentenza a cognizione piena accerta l'esistenza del diritto a cautela del quale era stata concessa la misura cautelare, si acquisiscono definitivamente gli effetti prodotti *medio tempore* dal provvedimento cautelare: è quanto avviene plasticamente nelle ipotesi di conversione del sequestro conservativo in pignoramento ex art. 686 c.p.c., in cui la misura cautelare agisce tecnicamente come «prenotazione» di alcuni degli effetti della futura sentenza a cognizione piena; c) nelle ipotesi, poi, in cui la misura cautelare abbia contenuto totalmente anticipatorio e sia stata in concreto eseguita, la sentenza (pronunciata a termine del processo a cognizione piena) che accerti l'esistenza del diritto consoliderà gli effetti prodotti dalla misura cautelare, effetti i quali troveranno la giustificazione della loro giuridicità e della loro permanenza non più nel provvedimento sommario cautelare, ma nella sentenza a cognizione piena che ad esso si è sostituita.

### 2.3. LA STRUMENTALITÀ DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Accanto alla provvisorietà, la dottrina suole indicare come ulteriore e complementare caratteristica strutturale dei provvedimenti cautelari la *strumentalità*: con questa espressione si vuole indicare che le misure cautelari sono sempre collegate col processo a cognizione piena nel senso che esse sono sempre destinate a perdere efficacia in caso di sentenza dichiarativa della inesistenza del diritto cautelato o ad essere assorbite dalla sentenza di accoglimento (art. 669, 3° comma).

Attualmente nel nostro ordinamento si hanno due specie di strumentalità:

a) una strumentalità rigida, secondo la quale il provvedimento cautelare emanato prima dell'inizio della causa di merito diviene inefficace ove questa non sia instaurata entro un termine perentorio o successivamente si estingua;

b) una strumentalità c.d. attenuata o allentata secondo cui il provvedimento cautelare emanato prima dell'inizio della causa di merito conserva efficacia (provvisoria) anche se la causa di merito non sia instaurata o successivamente alla sua instaurazione si estingue (art. 669-octies, 6° e 7° comma). In tal caso per un verso «l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo» (art. 669-octies, ult. comma), per altro verso il provvedimento cautelare è sempre revocabile dal giudice che l'ha emanato «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» (art. 669-decies, 2° comma).

La diversità di disciplina è individuata in modo non troppo felice dall'art. 669-octies, 6° e 7° comma il quale dispone che il regime di strumentalità c.d. attenuata si applica «ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 (provvedimenti che per definizione possono avere contenuto sia anticipatorio che conservativo) e agli altri (?) provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera (i quali, in caso di sospensione si situano a mezza strada tra i provvedimenti anticipatori e conservativi, e, in caso di cauzione hanno un tipico contenuto conservativo) o di danno temuto ai sensi dell'art. 688» (artt. 1171-1172 c.c.)

Solo la prassi potrà dare certezze. In via di prima interpretazione mi sembra sia da accogliere la soluzione secondo cui il regime di strumentalità rigida si applichi solo ai sequestri, mentre tutti gli altri provvedimenti cautelari (ivi compresi quelli di sospensione dell'efficacia di atti) siano soggetti al regime di strumentalità c.d. attenuata.

### 3. Tipologia delle misure cautelari

#### 3.1. PERICOLO DA INFRUTTUSITÀ E DA TARDIVITÀ

Per comprendere i molti contenuti che i provvedimenti cautelari possono assumere, occorre distinguere due diverse specie di *pericula in mora* che la tutela cautelare può essere chiamata a neutralizzare:

- a) il c.d. pericolo da *infruttuosità* del provvedimento a cognizione piena;
- b) il c.d. pericolo da *tardività* del provvedimento a cognizione piena.

Si tratta di una distinzione, magistralmente messa in evidenza da Calamandrei e ripresa dalla stragrande maggioranza della dottrina successiva, essenziale per comprendere la tipologia della tutela cautelare.

a) Per *pericolo da infruttuosità* si intende il pericolo che, durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena, sopraggiungano dei fatti tali da rendere impossibile o molto più difficoltosa la concreta possibilità di attuazione della sentenza (o dell'ordinanza in ipotesi di istruzione preventiva) a cognizione piena.

Come tipici esempi di *pericolo da infruttuosità*, si pensi al pericolo che mirano a neutralizzare provvedimenti cautelari della specie del sequestro con-

servativo (atti di disposizione giuridica) o del sequestro giudiziario (atti di disposizione materiale e talvolta anche giuridica).

Scrivendo Calamandrei: in questi casi il provvedimento cautelare *non* mira ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma soltanto ad apprestare in anticipo i mezzi atti a far sì che l'esecuzione forzata di quel diritto (il pagamento di una somma, la consegna), quando sarà possibile, avvenga in modo fruttuoso, praticamente utile: ciò che è urgente, in altre parole, non è la soddisfazione del diritto, ma l'assicurazione preventiva (tramite il vincolo di indisponibilità nel sequestro conservativo e la custodia o la gestione temporanea nel sequestro giudiziario) dei mezzi atti a far sì che il provvedimento principale, quando verrà, sia praticamente efficace.

b) Per *pericolo da tardività* si intende il pericolo che sia la mera durata del processo, col protrarre nel tempo lo stato di insoddisfazione del diritto, ad essere causa di pregiudizio.

Come tipici esempi di pericolo di tardività si pensi al *periculum* richiesto da misure cautelari quali: l'assegno provvisorio in tema di alimenti ex art. 446 c.c., o la ordinanza di reintegra immediata nel posto di lavoro del sindacalista interno ex art. 18, 7° comma, l. n. 300/1970, o l'ordinanza provvisoria ex art. 24 l. n. 990/1969, nonché ai *pericula* che i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. normalmente (ancorché non esclusivamente) sono chiamati a neutralizzare.

Sempre nell'ambito di questa medesima specie di *pericula in mora* sono da situare i *pericula* che mirano a neutralizzare i provvedimenti cautelari di sospensione dell'esecuzione o dell'efficacia esecutiva ex art. 624 c.p.c. o ex art. 2378 c.c., ecc.

Scrivendo Calamandrei: in questi casi il provvedimento cautelare mira ad accelerare la soddisfazione in via provvisoria del diritto, poiché il *periculum in mora* è costituito non da un mutamento della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza a cognizione piena, ma proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto di cui si contende nel giudizio di merito a cognizione piena.

### 3.2. CORRISPONDENTE DISTINZIONE TRA PROVVEDIMENTI CAUTELARI CONSERVATIVI E ANTICIPATORI

Sinteticamente: mentre alla presenza di un pericolo c.d. da infruttuosità la misura cautelare deve prevenire il danno che può derivare dal verificarsi, durante le more del processo, di fatti che possano impedire la soddisfazione del diritto controverso, alla presenza di un pericolo c.d. da tardività la misura cautelare deve impedire, tramite la tecnica della anticipazione della soddisfazione, il pregiudizio che il perdurare di una situazione antigiuridica provoca al titolare del diritto (Tommaseo).

Corrispondentemente a queste due specie di *pericula in mora*, è possibile distinguere i provvedimenti cautelari in due grosse categorie: a) provvedimenti cautelari *conservativi* della situazione di fatto o di diritto su cui dovrà incidere la futura sentenza; b) provvedimenti cautelari *anticipatori* della soddisfazione del diritto.

È da notare, però, che la corrispondenza tra pericolo da infruttuosità e provvedimenti cautelari conservativi da un lato, pericolo da tardività e provvedimenti cautelari anticipatori dall'altro lato viene meno con riferimento ai provvedimenti di istruzione preventiva: queste peculiari misure cautelari, infatti, sono destinate per un verso ad anticipare la acquisizione del materiale istruttorio, per altro verso hanno lo scopo di prevenire il danno, ulteriore rispetto a quello derivante dalla mera durata del processo, che può derivare al diritto alla prova dalla perdita del mezzo di prova o dell'oggetto della prova.

3.3. IN PARTICOLARE DEL «PERICULUM IN MORA» CHE ASSURGA AGLI ESTREMI DELLA IRREPARABILITÀ DEL PREGIUDIZIO, RENDENDO COSTITUZIONALMENTE DOVEROSA LA TUTELA CAUTELARE

Riflettendo ancora sul requisito del *periculum in mora* è possibile effettuare un'altra, importantissima, distinzione a seconda che il *periculum in mora* assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio; a seconda, cioè, che il danno derivante all'attore dalla durata (o anche a causa della durata) del processo a cognizione piena consista o no in un danno irreparabile, cioè in un danno insuscettibile di essere riparato adeguatamente nella forma della tutela risarcitoria o per equivalente monetario.

Come esempi di pregiudizi irreparabili si pensi al danno che mira a neutralizzare il sequestro conservativo, al danno che mirano a neutralizzare misure cautelari quali l'assegno provvisorio di alimenti ex art. 446 c.c. o l'ordinanza provvisoria ex art. 24 l. n. 990/1969; più in generale al danno che può subire il titolare di un diritto a contenuto e/o a funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale ove il suo diritto dovesse permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva. Non è possibile in questa sede soffermarsi su questo tema delicatissimo della irreparabilità del pregiudizio, anche se sinteticamente si può dire che la irreparabilità la si coglie, la si può cogliere, da due angoli visuali diversi e fra di loro non incompatibili, a seconda che il danno consista nella distruzione (o dispersione) di una *res* materiale infungibile o nella perdita della garanzia patrimoniale, o invece consista nella lesione di un interesse non patrimoniale del titolare del diritto, cioè di un interesse non monetizzabile, insuscettibile di essere tutelato adeguatamente nella forma dell'equivalente monetario.

Questa distinzione fra pregiudizio irreparabile e no, come si è visto (*supra*, 1.7), è fondamentale, poiché consente di cogliere il limite entro cui la tutela cautelare costituisce una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale.

Nella misura in cui la tutela cautelare serve, è necessaria, a neutralizzare *pericula in mora* che assurgono agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, la predisposizione della tutela cautelare è costituzionalmente doverosa in quanto costituisce garanzia della esigenza costituzionale della effettività del diritto di azione (o della tutela giurisdizionale), pertanto è dovere dell'interprete adoperare tutti gli strumenti ermeneutici di cui dispone in un sistema di diritto scritto nel senso di favorire, e non limitare, la concessione di una tale tutela.

Nella misura in cui, invece, si sia alla presenza di *pericula in mora*, anche gravi, ma che non assurgono agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, la tutela cautelare non è costituzionalmente doverosa e la sua previsione rientra in tipiche valutazioni di discrezionalità politica del legislatore ordinario.

#### 3.4. SISTEMA CAUTELARE TOTALMENTE «ATIPICO» E SISTEMA «TIPICO» TEMPERATO DA UNA MISURA CAUTELARE ATIPICA A CARATTERE RESIDUALE: I VANTAGGI DELLA TIPICITÀ E LA NECESSITÀ DI UN MARGINE DI ATIPICITÀ

Per comprendere il sistema di tutela cautelare attualmente vigente in Italia nel processo civile (e dopo C. cost. n. 190/1985 e la l. 205/2000 estesosi anche al processo amministrativo), è opportuno notare, anche sulla base della considerazione dei modelli adottati nell'Europa continentale, che in astratto sono pensabili due sistemi: il primo totalmente atipico, il secondo tipico, ma temperato da una misura cautelare atipica a carattere residuale.

##### A) *Sistema totalmente atipico*

Esso prevede un unico procedimento cautelare a cautela di tutti i *pericula in mora* che assurgano agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, procedimento destinato a sfociare in provvedimenti cautelari il cui contenuto non è predeterminato dal legislatore, ma deve essere individuato di volta in volta dal giudice in modo funzionale al *periculum* che si vuole neutralizzare.

È il sistema del *référé* francese, ed in parte il sistema tedesco quale emerge dai 935 e 940 della ZPO.

Un sistema di questo tipo ha certamente il vantaggio *sistematico* di realizzare il «valore» della atipicità del diritto di azione non solo a livello di tutela offerta dal processo ordinario di cognizione, ma anche a livello di tutela sommaria cautelare nei limiti in cui tale tutela è costituzionalmente doverosa.

Esso presenta però non secondari difetti di carattere pratico (che poi sono gli stessi difetti che emergono dalla prassi applicativa dell'art. 700 c.p.c.); in particolare, come in qualsiasi legislazione per clausole generali, esso esalta l'ampiezza del potere discrezionale del giudice: potere discrezionale che si dovrebbe esercitare soprattutto nella individuazione di quando ricorre in concreto il requisito della irreparabilità del pregiudizio, individuazione spesso difficilissima in quanto dipendente anche dalla valutazione comparativa fra il danno che subirebbe l'istante dalla mancata concessione del provvedimento cautelare e il danno che subirebbe la controparte dalla sua concessione.

Un sistema totalmente atipico presenterebbe, conclusivamente, il rischio di far dipendere da una valutazione discrezionale del singolo giudice la stessa ammissibilità del mezzo di tutela, il che non mi sembra rischio da sottovalutare.

##### B) *Sistema tipico temperato da una misura cautelare atipica a carattere residuale*

È in gran parte il sistema accolto dal codice di procedura civile del 1942.

In un sistema di questo tipo il legislatore tipicizza attraverso norme generali ed astratte, dettate sulla base della regola dell'*id quod plerumque accidit*, singole specie di *pericula in mora* e singoli contenuti delle misure cautelari: tal-

ché il giudice dovrà concedere il provvedimento cautelare sol che accerti (oltre al *fumus boni iuris*) la sussistenza del *periculum* tipicizzato dal legislatore, indipendentemente da qualsiasi accertamento diretto a verificare se tale *periculum* assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio e da qualsiasi attività diretta ad individuare il contenuto del provvedimento.

Si pensi alle misure cautelari tipiche previste dal nostro ordinamento processuale: il giudice richiesto di un *sequestro conservativo* dovrà concederlo sol che oltre al *fumus boni iuris* accerti la sussistenza del «fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito», senza dover accertare anche se tale *periculum* assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio; il giudice richiesto di un *sequestro giudiziario* dovrà concederlo sol che reputi «opportuno provvedere alla custodia o gestione temporanea», senza alcuna indagine in ordine al se tale opportunità sia determinata dalla esigenza di prevenire un pregiudizio irreparabile o no; il giudice richiesto di un mezzo di *istruzione preventiva* o di una *ordinanza provvisoria* ex art. 24 l. n. 990/1969, ecc. dovrà concedere il provvedimento cautelare sol che, oltre al *fumus boni iuris*, accerti la sussistenza del «fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni» o dello «stato di bisogno causato da un incidente automobilistico» ecc., senza dover accertare anche se tale *periculum* assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio. In queste ipotesi, poi, il legislatore, oltre a tipicizzare il *periculum*, tipicizza anche il contenuto del provvedimento cautelare, privando, anche a tale riguardo, il giudice di qualsiasi potere discrezionale.

Le esigenze costituzionali più volte ricordate impongono che parte integrante del sistema di tutela cautelare che ora si sta esaminando sia, accanto alla predisposizione di misure cautelari tipiche, la previsione di una misura cautelare atipica diretta a neutralizzare tutti i *pericula in mora* non previsti dalle misure cautelari tipiche, i quali assurgano agli estremi del pregiudizio irreparabile.

In un sistema di questo tipo la misura cautelare atipica dovrebbe avere carattere *residuale* e la sua previsione dovrebbe assolvere soprattutto la funzione di consentire l'emersione a livello giudiziale di nuove esigenze di tutela urgente, esigenze alle quali, poi, se a carattere non episodico o marginale, il legislatore dovrebbe rispondere attraverso la predisposizione di procedimenti sommari (cautelari o anche non cautelari, v. *infra*, 3.5 e 3.6) tipici, allo scopo di limitare i rischi insiti nel subordinare l'ammissibilità stessa della tutela all'esercizio di un troppo ampio potere discrezionale del giudice.

Nel nostro ordinamento l'art. 700 assolve, o dovrebbe assolvere, la funzione propria della misura cautelare atipica a carattere residuale in un contesto di sistema cautelare caratterizzato da misure cautelari tipiche.

A mio avviso, soprattutto negli anni che vanno dalla entrata in vigore della Costituzione ad oggi, l'art. 700 c.p.c. ha assolto nel nostro ordinamento una funzione insostituibile, in quanto ha consentito al nostro ordinamento processuale, latamente inteso, di munire di tutela giurisdizionale adeguata una vasta e variegata serie di diritti (spesso a contenuto e/o a funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale) i cui bisogni di tutela cautelare, o urgente in genere, erano stati del tutto pretermessi (né poteva essere diversamente) in sede di predisposizione di misure cautelari tipiche da parte del co-

dice di procedura civile del 1942: si pensi per tutti ai diritti della personalità, alle libertà costituzionalmente protette, ai diritti del lavoratore illegittimamente licenziato (trasferito, cassaintegrato), al diritto alla fruizione di servizi pubblici essenziali gestiti in regime di concessione o di monopolio, alla stessa tutela dell'imprenditore contro atti di concorrenza sleale, ecc. Tutti questi diritti, tutte queste situazioni di vantaggio sarebbero rimaste prive di tutela giurisdizionale adeguata, effettiva, ove non fosse esistito l'art. 700 c.p.c. ed ove vasti settori della magistratura non si fossero mostrati disposti ad utilizzare tale disposizione a tutela di tali diritti. (In questo modo, però, lo scheletrico art. 700 è stato sovraccaricato, così come sono stati sovraccaricati di opzioni valutative i magistrati chiamati ad applicarlo. Intendo dire che l'art. 700 da misura cautelare atipica a *carattere residuale*, avente la funzione di fare emergere nuovi bisogni di tutela urgente, è diventato nel nostro ordinamento l'*asse portante* della tutela sommaria urgente in genere e cautelare in particolare. Di fronte ad un fenomeno di tale specie, se vanno ringraziati quei magistrati che hanno avuto il coraggio di darsi carico dei molti delicati problemi interpretativi posti dalla applicazione di tale norma, va invece duramente censurato l'atteggiamento di sostanziale disinteresse del legislatore ordinario: legislatore ordinario che avrebbe avuto il dovere di riscrivere tutto il titolo primo del quarto libro del codice di procedura civile in tema di tutela sommaria, in quanto a ciò era sollecitato non solo dalle profonde modifiche operate a livello di rango di diritti dalla Costituzione del 1948, ma anche dalla diuturna applicazione dell'art. 700 che faceva e fa emergere nuove esigenze di tutela urgente a carattere non episodico o marginale).

Col che si è individuato uno dei nodi principali del sistema di tutela cautelare oggi vigente in Italia.

### 3.5. IPOTESI DI MISURE CAUTELARI TIPICHE NELLE QUALI SI PRESCINDE DALL'ACCERTAMENTO IN CONCRETO DELLA SUSSISTENZA DEL REQUISITO DEL «PERICULUM IN MORA»

Proseguendo nella riflessione diretta a verificare le modalità tramite le quali il legislatore può, attraverso il ricorso alla tecnica della legislazione generale ed astratta sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, limitare il potere discrezionale del giudice insito in norme di chiusura quali l'art. 700, è da svolgere qualche ulteriore importantissima precisazione, già in parte anticipata *supra*, 1.7.

Dianzi si è visto come un primo modo di limitazione del potere discrezionale consista nella tipizzazione del *periculum in mora* (e del contenuto del provvedimento cautelare) e si sono fatti gli esempi dei sequestri ex artt. 671 e 670 c.p.c., dell'istruzione preventiva, dell'art. 24 l. n. 990/1969.

Muovendoci sempre nella stessa prospettiva di tipizzazione, l'analisi del nostro diritto positivo fa emergere un'altra radicale possibilità: vi sono ipotesi in cui il legislatore subordina la concessione della tutela cautelare ad una cognizione (sommaria) del giudice unicamente in tema di *fumus*; vi sono cioè ipotesi in cui il legislatore esplicitamente consente che il giudice possa (e debba) emanare un provvedimento cautelare prescindendo da qualsiasi inda-

gine sulla sussistenza del requisito del *periculum*, ciò perché è esso stesso legislatore che ha valutato a livello di legislazione generale ed astratta alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* l'esistenza di un *periculum* (o, il che è lo stesso, l'opportunità della concessione della tutela urgente).

Quali esempi rientranti in questa importantissima sottocategoria ora in esame, nella quale la concessione del provvedimento cautelare prescinde da qualsiasi indagine sulla sussistenza del *periculum*, si considerino innanzitutto le azioni di spoglio e di manutenzione: la reintegrazione o la manutenzione del possesso va concessa sol che ad un accertamento sommario risulti che vi sia stato spoglio violento o clandestino, siano state effettuate molestie, senza che alcuna indagine vada effettuata sulla sussistenza e/o sulla entità del *periculum*. (Ciò ovviamente sempre che i procedimenti possessori siano ricostruiti come processi a due fasi, la prima delle quali a struttura cautelare).

Si consideri poi l'art. 18, 4° comma, l. n. 300/1970 in tema di reintegra immediata nel posto di lavoro dei c.d. sindacalisti interni: anche qui il giudice dovrà emanare il provvedimento sommario di reintegra sulla base del solo accertamento del *fumus* («quando ritenga irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro») senza che alcuna indagine vada effettuata sulla sussistenza e/o sulla entità del *periculum*.

Si pensi infine all'ordine di pubblicazione previsto dal quinto comma dell'art. 8 della legge sulla stampa (così come modificato dall'art. 42 l. n. 416/1981) o alla descrizione e ai sequestri previsti dagli artt. 81 e 61 della legislazione speciale in tema di brevetti per invenzioni industriali o per marchi di impresa; la tecnica è sempre la stessa: il provvedimento sommario va concesso sulla base del solo *fumus* prescindendo del tutto dal requisito del *periculum*.

### 3.6. MISURE CAUTELARI TIPICHE E TUTELA SOMMARIA NON CAUTELARE

La considerazione di queste ipotesi si rivela come particolarmente interessante in quanto, in questa tendenza di progressiva tipicizzazione della tutela cautelare, il legislatore può giungere a superare la stessa soglia della tutela sommaria cautelare per entrare nel campo della tutela sommaria non cautelare.

Ed infatti, allorché il legislatore reputa opportuno, attraverso il ricorso alla tecnica della legislazione generale ed astratta sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, effettuare egli stesso la valutazione circa l'opportunità del ricorso alla tutela urgente, sottraendo al giudice qualsiasi valutazione in ordine al *periculum*, possono essere seguite due tecniche diverse:

a) Si può continuare ad attribuire al provvedimento sommario natura *cautelare*, cioè carattere *provvisorio e strumentale*, nel senso della inidoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso: è la soluzione – secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti – oggi adottata per le ipotesi precedentemente ricordate di provvedimenti sommari emanati in tema di reintegra del sindacalista interno o di sequestri brevettuali.

b) Si può invece, per così dire, saltare il fosso, e sommarizzare del tutto la tutela attribuendo al provvedimento sommario natura *non cautelare*, nel senso cioè che il provvedimento sommario è idoneo a divenire definitivo se il processo a cognizione piena non si instaura o si estingue; è quanto previsto

oggi esplicitamente per il decreto ex art. 28 l. n. 300/1970 o ex art. 15 l. n. 903/1977, per il decreto ex art. 148 c.c.: tutte ipotesi in cui la natura sommaria non cautelare del provvedimento si coglie, direi quasi plasticamente, dalla circostanza che in caso di estinzione del processo a cognizione piena si applica il principio di cui all'art. 653 e non quello opposto di cui al nuovo art. 669-novies c.p.c.

Col che (con riferimento a tutte le ipotesi in cui il ricorso alla tutela sommaria è giustificato non da esigenze di economia processuale – e/o dal carattere privilegiato delle prove –, ma da esigenze di urgenza o di effettività della tutela giurisdizionale, dalla volontà o necessità di neutralizzare il c.d. pericolo di tardività del provvedimento principale a cognizione piena ed è diretto ad evitare che il diritto vantato dall'attore permanga in uno stato di insoddisfazione durante tutto il tempo necessario per la emanazione di una sentenza esecutiva a termine di un processo a cognizione piena) si percepisce di essere ai limiti della distinzione tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria non cautelare: e la distinzione fra l'uno e l'altro schema deriva solo da analisi strutturali, non funzionali, essendo il legislatore libero, per soddisfare il bisogno di tutela urgente, di adottare l'uno o l'altro schema sulla base di considerazioni di mera opportunità (per non complicare ulteriormente il discorso, non mi soffermo sulla ulteriore possibilità costituita dalla adozione dello schema dei c.d. processi sommari-semplificati-esecutivi individuata *supra*, 1.7, *sub d*).

In quest'ottica si comprende come la funzione della misura cautelare atipica di cui all'art. 700 è una funzione residuale non solo rispetto alla possibilità di ricorso a misure cautelari tipiche, ma anche alla possibilità di utilizzazione di procedimenti sommari non cautelari. Una volta, infatti, individuata l'identità di funzione tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria non cautelare giustificata da esigenze di urgenza o di effettività della tutela, la misura cautelare atipica appare come lo strumento di tutela sommaria di chiusura utilizzabile sempre che il danno derivante dalla durata (o anche a causa della durata) del processo a cognizione piena assurga agli estremi della irreparabilità del pregiudizio e non sia neutralizzabile tramite il ricorso a procedimenti sommari tipici, siano essi cautelari o non cautelari, poco importa.

#### 4. La pericolosità intrinseca dei provvedimenti cautelari: le cauzioni ed i possibili rimedi

È osservazione comune che la tutela cautelare (come in genere ogni forma di tutela sommaria) presenti un alto grado di pericolosità in quanto è fondata non sulla cognizione piena, ma sulla probabilità: di qui la possibilità che il giudizio effettuato a livello di cognizione sommaria si ribalti a livello di cognizione piena e che la esecuzione di misure cautelari (o di provvedimenti sommari in genere) sia fonte di un danno ingiusto a carico del destinatario passivo del provvedimento cautelare.

La tutela cautelare, tutta pensata nell'ottica di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione (*rectius*: che, alla stregua di

un accertamento sommario, sembra aver ragione), rischia di ritorcersi a danno del convenuto ove questi risulti vittorioso a termine del processo a cognizione piena.

La consapevolezza di questa intrinseca ed ineliminabile pericolosità della tutela cautelare ha fatto sì che, coeva alla introduzione delle prime forme di tutela cautelare, sia stata l'introduzione dell'istituto delle cauzioni: «le quali, per temperare gli inconvenienti che potrebbero derivare da errori di previsione, danno al giudice la possibilità di apprestare in sede cautelare, accanto alla misura disposta per l'ipotesi che il provvedimento principale sia favorevole al richiedente, una contromisura destinata a funzionare nel caso che il provvedimento principale gli sia sfavorevole» (Calamandrei). Le cauzioni (oggi previste in via generale dall'art. 669-undecies c.p.c.) costituiscono un «provvedimento contro-cautelare», una controcautela a cautela del diritto al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata ex art. 96, 2° comma, c.p.c. che potrà spettare al convenuto in caso di inesistenza del diritto a cautela del quale è stata concessa ed eseguita la misura cautelare, per così dire, principale: la loro funzione è individuata con una chiarezza esemplare dal secondo comma dell'art. 1171 c.c., in tema di denuncia di nuova opera, alla cui lettura non resta che rinviare.

In tanto però lo strumento della cauzione, coordinato con la responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., è idoneo a ristabilire un'eguaglianza tra le parti entrambe minacciate da un pericolo di danno, in quanto, per un verso, l'interesse del convenuto leso dalla misura cautelare che in futuro può rivelarsi ingiustificata sia a contenuto e funzione, almeno prevalentemente, patrimoniale e, per altro verso, l'attore il quale richiede la misura cautelare abbia disponibilità economiche sufficienti per prestare l'eventuale cauzione. Ove ciò non accada, la pur raffinata tecnica delle cauzioni non sarà idonea a ristabilire l'eguaglianza tra le parti entrambe minacciate da un pericolo di danno, o perché i danni a interessi a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale non sono tutelati in modo adeguato nella forma del risarcimento del danno, o perché la subordinazione della efficacia della misura cautelare alla prestazione di una cauzione costituirà un inammissibile diniego della tutela cautelare a favore di soggetti non abbienti.

La verità è che lo strumento tecnico delle cauzioni può concretamente operare solo ove le misure cautelari siano poste a tutela di diritti a contenuto e funzione prevalentemente patrimoniali e il soggetto che chiede la misura cautelare sia un soggetto abbiente.

La profonda rivoluzione cui si è assistito nel corso dell'ultimo quarantennio del secolo scorso nel settore delle misure cautelari è data proprio dal fatto che la domanda di tutela cautelare: a) è stata indirizzata *anche* a soddisfare esigenze di tutela di diritti a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale, diritti che molto spesso, nella loro attuazione, sono destinati a comprimere interessi non patrimoniali della controparte; b) è provenuta anche da soggetti non abbienti, soggetti per i quali anche i diritti a contenuto patrimoniale (si pensi per tutti al diritto alla retribuzione) sono destinati in concreto a soddisfare interessi non patrimoniali.

In una situazione di tale specie (caratteristica della utilizzazione del diritto anche a favore di situazioni di marca non proprietaria e/o da parte di soggetti non abbienti) la pericolosità, ineliminabile ed intrinseca alla tecnica della tutela cautelare, è risultata esaltata in quanto sono quantitativamente aumentati di molto i casi in cui gli effetti del provvedimento cautelare o sono per loro natura irreversibili in quanto destinati ad incidere su interessi non patrimoniali o prevalentemente non patrimoniali della controparte, ovvero, pur essendo in astratto reversibili, non lo sono in concreto, in quanto le condizioni economiche del destinatario attivo del provvedimento non consentono di fare ricorso alla controcautela della cauzione.

È osservazione quotidiana, inoltre, che la pericolosità dei provvedimenti cautelari è esaltata dai tempi abnormi di durata del processo a cognizione piena che finiscono per incidere anche sulla possibilità di revoca nel corso del processo.

La corretta percezione della pericolosità propria della eventuale irreversibilità degli effetti prodotti dal provvedimento cautelare e del danno, talvolta irreparabile, che la concessione della misura cautelare può arrecare al convenuto, come può (o deve) influire sul giudice?

Da parte di alcuni si è detto che, per limitare i danni irreversibili che può produrre un provvedimento cautelare che poi si riveli ingiusto, il giudice dovrebbe interpretare in modo restrittivo i requisiti di ammissibilità dei singoli provvedimenti cautelari (ed in particolare dovrebbe interpretare in modo restrittivo quella vera e propria clausola generale costituita dalla irreparabilità del pregiudizio di cui parla l'art. 700) o dovrebbe comunque subordinare l'efficacia del provvedimento cautelare alla prestazione di cauzioni (secondo il modulo proprio dell'art. 1171, 2° comma, c.c.), ancorché queste siano inesigibili da chi chiede tutela stante le sue condizioni economiche.

Sarebbe, questa, a mio avviso una risposta profondamente errata che, dimentica del principio di eguaglianza sostanziale, pretermetterebbe il significato costituzionale della tutela cautelare che ho cercato più volte di evidenziare.

La corretta percezione della pericolosità propria della eventuale irreversibilità degli effetti prodotti dal provvedimento cautelare, cioè della gravità del pregiudizio che un provvedimento cautelare può arrecare al convenuto che risulti vittorioso al termine del processo a cognizione piena, può e deve influire sul giudice, ma in modo radicalmente diverso dalla proposta or ora ricordata. In particolare essa deve:

a) innanzitutto agire nel senso di stimolare il giudice a ridurre la sommarietà della cognizione in punto di *fumus*, allo scopo di limitare di fatto la possibilità di ribaltamento del giudizio nel processo a cognizione piena: di questa esigenza mi sembra che i giudici si rendano ampiamente interpreti, allorché, pur nella sommarietà ad es. del procedimento ex art. 700, svolgono una cognizione il più possibile approfondita in fatto e non solo in diritto;

b) in secondo luogo, ove sia richiesta una misura cautelare atipica, ovvero una misura cautelare in cui il legislatore non prescinda del tutto dal requisito del *periculum*, il giudice deve valutare comparativamente il danno che subirebbe l'istante dalla mancata concessione del provvedimento cautelare ed il danno che subirebbe la controparte dalla sua concessione: conseguentemente

concedere il provvedimento solo quando il pregiudizio dell'istante sia qualitativamente o quantitativamente maggiore del danno subito dalla controparte.

Trattasi di valutazioni di estrema delicatezza, ma a valutazioni di queste specie è affidata l'attuazione equilibrata della garanzia costituzionale dell'effettività del diritto di azione e del diritto di difesa. (Per altre osservazioni v. *infra* 5.5.7).

La situazione sarebbe destinata ovviamente a mutare notevolmente e, a mio avviso, in senso positivo, se il legislatore, utilizzando tecniche della specie di quelle indicate *supra*, 1.7, alla presenza di situazioni in cui è particolarmente complessa la valutazione comparativa dei due pericoli di danno contrapposti, intervenisse nel senso di effettuare, a livello di valutazione generale ed astratta sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, la valutazione, per determinate categorie di ipotesi, degli interessi in conflitto, determinando legislativamente quale sia l'interesse di rango prevalente e rimettendo al giudice o soltanto la valutazione del *fumus boni iuris* o la valutazione del *fumus boni iuris* unitamente alla sola individuazione di un *periculum in mora* (dell'attore o se del caso anche del solo convenuto) legislativamente tipicizzato.

## 5. I provvedimenti cautelari previsti dal codice di procedura

### 5.1. IL SEQUESTRO GIUDIZIARIO

#### 5.1.1. Premessa

Dopo la sezione I introdotta dalla novella del '90 e relativa alla disciplina procedurale comune a tutte le misure cautelari, sono disciplinati i singoli provvedimenti cautelari previsti dal codice di procedura civile.

La sezione II, sotto la rubrica «Del sequestro», disciplina in realtà due provvedimenti cautelari notevolmente diversi fra loro: il sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c. ed il sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c.

Sono questi tipici provvedimenti cautelari, a contenuto conservativo, diretti ad assicurare la fruttuosità pratica del provvedimento principale che sarà, rispettivamente, una sentenza di condanna alla consegna o al rilascio, oppure una sentenza di condanna al pagamento di una somma di danaro.

La disposizione dell'art. 670 relativa al sequestro giudiziario prevede due ipotesi: il sequestro giudiziario di beni (art. 670 n. 1) e il sequestro giudiziario di prove (art. 670 n. 2). In questa sede verrà trattato unicamente il sequestro di beni; per il sequestro di prove si rinvia al paragrafo relativo ai provvedimenti di istruzione preventiva (v. *infra* 5.4.3).

#### 5.1.2. Presupposti

L'art. 670 n. 1 c.p.c. dispone che «Il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso, ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea».

I presupposti a cui il legislatore ha subordinato l'emanazione del sequestro giudiziario sono:

a) in primo luogo, l'esistenza di una controversia (*rectius*: di un contrasto palese ed attuale, e non necessariamente di un processo pendente) sulla proprietà o sul possesso della cosa.

Per quanto concerne l'espressione «controversie sulla proprietà o sul possesso», sia la dottrina sia la giurisprudenza concordano nel ritenere che essa si riferisca non solo alle azioni a tutela di un diritto reale, ma anche alle azioni «a tutela della pretesa alla riconsegna di un bene, che è conseguenza dell'accoglimento di domande di nullità, di annullamento, di risoluzione, di rescissione» ecc.

Presupposto per la pronuncia della misura cautelare è l'ammissibilità giuridica della pretesa alla consegna del bene, conseguentemente non potrà pronunciarsi il sequestro giudiziario a favore dei soci di una società di persone avente ad oggetto i beni sociali, nell'ipotesi in cui il rapporto sociale si sciogla limitatamente ad un solo socio (v. art. 2289 c.c.), né a favore dei soci di una associazione non riconosciuta, finché questa resta in vita (v. art. 37 c.c.).

b) in secondo luogo, l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni controversi.

L'espressione è piuttosto equivoca in quanto non dispone alcunché su quale debba essere l'entità del *periculum in mora* per rendere opportuno che si provveda alla custodia o alla gestione temporanea; nonostante ciò, secondo un indirizzo risalente al c.p.c. del 1865, per ottenere il sequestro giudiziario la parte deve dimostrare che, nell'attesa della sentenza a cognizione piena, il bene oggetto di controversia rischi di essere soggetto a deterioramento, sottrazione o alterazione (vedi il riferimento espresso dell'art. 921 del c.p.c. del 1865) se lasciato nella disponibilità della controparte o di un terzo; la correttezza di una tale interpretazione è confermata da quanto può dedursi dall'art. 676, 1° comma, c.p.c. laddove dispone che «il giudice... stabilisce i criteri e i limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate e le particolari cautele idonee a rendere più sicura la custodia...».

Nulla si dice a proposito del *fumus boni iuris* ed anzi la disposizione dell'art. 670 n. 1 sembra lasciare ben poco spazio a quello che storicamente, insieme al *periculum in mora*, costituisce uno dei due requisiti dei provvedimenti cautelari.

Nel silenzio della legge la soluzione preferibile mi appare quella di ritenere che il requisito del *fumus*, cioè del probabile esito favorevole della causa di merito, sia presupposto dell'art. 670 n. 1 e quindi necessario ai fini della concessione del sequestro giudiziario e della sottrazione del bene a chi lo possiede.

### 5.1.3. Ambito applicativo

Il sequestro giudiziario, strumentale al provvedimento principale (sentenza), mira ad assicurare la fruttuosità pratica di una futura esecuzione per consegna e rilascio ex art. 605 ss. c.p.c.; il suo ambito di applicazione coincide,

pertanto, con quello di tale specie di esecuzione: dunque il sequestro giudiziario è ammissibile solo con riferimento a beni determinati, infungibili e suscettibili di detenzione.

L'art. 670 n. 1 prevede che il sequestro giudiziario possa avere ad oggetto «beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni».

Dubbia è la sequestrabilità dei diritti di credito, dei titoli di credito, delle quote di società a responsabilità limitata.

Quanto ai crediti, fonte di dubbio è la possibilità o meno di considerarli beni rispetto ai quali sia configurabile la proprietà o il possesso; ma anche qualora si dia a tale questione risposta positiva, è evidente che nel caso in cui sia controversa la titolarità attiva del credito l'unico interesse del creditore ricorrente è quello di evitare che il debitore paghi al suo avversario prima che sia accertato, nel processo a cognizione piena, chi sia il titolare del credito; ma tale bisogno di tutela cautelare può essere soddisfatto non tanto da un sequestro giudiziario, quanto da un provvedimento d'urgenza ex art. 700 che intimi al debitore di non adempiere fino a che non sia risolta la controversia sulla titolarità attiva del credito.

Per quanto riguarda i titoli di credito, la cambiale, essendo un documento e come tale oggetto di detenzione, è sequestrabile, ma il particolare regime di circolazione derivante dal c.c. (art. 1992 ss.) e dalla legislazione speciale che la caratterizza, induce a ritenere che la misura cautelare in esame possa essere utilizzata solo tra emittente e prenditore o tra girante e giratario, senza interferire sulla libera circolazione del titolo: pertanto l'eventuale sequestro ottenuto dal traente nei confronti del prenditore, in data successiva alla girata, sarà sempre inopponibile al giratario. Quanto alle azioni di una s.p.a., il problema è oggi risolto dall'art. 2352 c.c., il quale attribuisce, fra l'altro, il diritto di voto al custode, e si applica anche al sequestro di quote di società a responsabilità limitata (art. 2471-bis c.c.).

#### 5.1.4. *Contenuto del provvedimento e sua attuazione*

Oltre al *periculum in mora*, il legislatore tipicizza anche il contenuto del provvedimento che il giudice andrà ad emanare: l'art. 676 prevede che «Nel disporre il sequestro giudiziario, il giudice nomina il custode, stabilisce i criteri e i limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate e le particolari cautele idonee a render più sicura la custodia e a impedire la divulgazione dei segreti. Il giudice può nominare custode quello dei contendenti che offre maggiori garanzie e dà cauzione. Il custode della cosa sequestrata ha gli obblighi e i diritti previsti negli articoli 521, 522, 560».

Il sequestro giudiziario si attua, dunque, sottraendo il bene a chi lo detiene o lo possiede e dandolo in custodia; l'art. 676 prevede che il custode venga nominato con il provvedimento che autorizza il sequestro; nello stesso provvedimento dovranno poi essere fissati i limiti della custodia (ove si tratti di beni non produttivi) o della gestione (ove si tratti di beni suscettibili di produrre un reddito).

Custode può essere eventualmente anche il soggetto che detiene o possiede il bene oggetto di controversia, in tal caso avremo una interversione del

possesso: il medesimo soggetto continuerà a possedere il bene, ma in qualità di custode e come tale sottoposto a sanzioni di natura anche penale, in caso di mancata osservanza degli obblighi.

L'art. 677 dispone poi che «Il sequestro giudiziario si esegue a norma degli articoli 605 e seguenti, in quanto applicabili, omessa la notificazione del precetto per consegna o rilascio nonché la comunicazione di cui all'articolo 608, 1° comma», ove si tratti di bene immobile e sia nominato custode il detentore del bene, così da non rendersi necessario lo spossessamento materiale.

Il c.p.c. non prevede la trascrizione del sequestro giudiziario di beni immobili, tale mancata previsione è coerente alla circostanza che la cautela contro atti di disposizione (giuridica) in tema di beni immobili è assicurata non dal sequestro giudiziario, ma dal diverso istituto, a funzione cautelare, della trascrizione delle domande giudiziali ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c.

#### 5.1.5. *Funzione dell'istituto*

Problematico è il dire se il sequestro giudiziario assolve la funzione di cautelare esclusivamente contro atti di disposizione materiale del bene o, invece, abbia la funzione di cautelare anche contro atti di disposizione giuridica.

Il tema è strettamente connesso con quello relativo alla individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c., relativo alla successione a titolo particolare nel diritto controverso. Ove questa disposizione sia interpretata estensivamente, nel senso che il suo quarto comma si riferisce anche alle ipotesi di trasferimento del diritto di proprietà durante la pendenza di una azione personale di risoluzione, simulazione, annullamento, ecc., la funzione di cautelare contro atti di disposizione giuridica del bene sarà assolta dall'art. 111 e al sequestro giudiziario residuerà solo la funzione di cautelare contro atti di disposizione materiale. Ove invece, come personalmente reputo preferibile (v. *retro* cap. IX *sub* 8), l'art. 111 sia da interpretare nel senso di riferirsi alla sola ipotesi in cui vi sia coincidenza tra diritto oggetto del processo e diritto oggetto del trasferimento lite pendente, il sequestro giudiziario sarà chiamato ad assolvere anche la funzione di cautelare contro atti di disposizione giuridica.

In particolare la soluzione che mi appare più corretta sotto il profilo sistematico è la seguente:

a) ove il sequestro abbia ad oggetto beni mobili o universalità di beni mobili, il sequestro giudiziario cautela contro i danni derivanti sia da atti di disposizione materiale che da atti di disposizione giuridica; entrambe queste funzioni sono realizzate tramite la custodia (art. 676) e la responsabilità civile (art. 67 c.p.c.) e penale (artt. 388 e 388-bis c.p.) del custode;

b) ove il sequestro abbia ad oggetto beni immobili, il sequestro giudiziario mira unicamente a conservare la consistenza materiale del bene direttamente o indirettamente controverso, mentre la cautela contro atti di disposizione giuridica è assicurata dal diverso istituto della trascrizione delle domande giudiziali. Le disposizioni degli artt. 2652 e 2653 c.c. prevedono che tutte le domande giudiziali relative a controversie, personali o reali, su beni immobili, possano essere trascritte: tale trascrizione mira a neutralizzare quei danni che potrebbero derivare all'attore, risultato vittorioso al termine del processo, da

atti di disposizione giuridica del bene posti in essere dal convenuto nel corso del processo stesso; in tal modo la sentenza di accoglimento della domanda attrice diviene opponibile al terzo avente causa del convenuto in base ad un atto trascritto o iscritto successivamente alla trascrizione della domanda giudiziale. Nel nostro ordinamento, pertanto, la funzione di cautelare contro atti di disposizione giuridica, ove si tratti di controversie relative a beni immobili, è assolta non dal provvedimento cautelare del sequestro giudiziario, ma da un atto a funzione cautelare quale la trascrizione delle domande giudiziali.

Un'ultima considerazione: con il meccanismo della trascrizione delle domande giudiziali, l'effetto cautelare consegue ad un atto di parte indipendentemente da ogni valutazione giudiziale in ordine al *fumus boni iuris* della domanda proposta; in tal modo qualsiasi domanda, anche la più infondata, ove trascritta, è idonea a creare un vincolo di inopponibilità degli atti di disposizione del bene controverso. Questa circostanza esalta la pericolosità della trascrizione delle domande giudiziali, pericolosità ulteriormente alimentata dal fatto che, a seguito del mancato coordinamento con l'art. 669-novies, l'art. 2668 c.c. continua a prevedere, pur dopo l'entrata in vigore della l. 353/90, che la cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali è possibile solo a seguito di una sentenza di rigetto passata in giudicato; il che non può non fare sorgere dubbi sulla legittimità costituzionale dell'intera disciplina della trascrizione delle domande giudiziali.

## 5.2. IL SEQUESTRO CONSERVATIVO

### 5.2.1. Funzione ed effetti

La disciplina del sequestro conservativo è contenuta negli artt. 2905, 2906 del c.c. e negli artt. 671 e, per quanto riguarda l'esecuzione, 678, 679 e 686 del c.p.c.

Le disposizioni del c.c., inserite nel capo V relativo ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, consentono di individuare con estrema chiarezza la funzione della misura cautelare in esame: il sequestro conservativo, come l'azione surrogatoria e quella revocatoria, sono istituti aventi la finalità di «conservare» il patrimonio del debitore che ex art. 2740 c.c. è posto a garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni.

È comunque opportuno osservare fin da ora che, nonostante questa comune finalità, i tre istituti hanno natura e presupposti molto diversi: mentre l'azione revocatoria mira a conservare il patrimonio del debitore rendendo relativamente inefficaci *ex post* gli atti di disposizione del patrimonio posti in essere dal debitore in frode ai creditori, il sequestro conservativo mira ad assolvere la stessa funzione, ma tramite una tecnica preventiva, tendente ad impedire che tali atti vengano posti in essere. La possibilità di utilizzare questo strumento è chiaramente molto vantaggiosa in quanto consente di evitare la difficile prova della sussistenza dei requisiti richiesti per esperire l'azione revocatoria ex art. 2901, 1° comma, c.c.

Veniamo all'analisi delle singole disposizioni.

L'art. 2905, 1° comma, c.c. prevede che «Il creditore può chiedere il sequestro conservativo dei beni del debitore secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile»; l'art. 671 del c.p.c. dispone che «Il giudice, su istanza del creditore che ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, può autorizzare il sequestro conservativo di beni mobili o immobili del debitore o delle somme e cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento»: con l'espressione 'garanzia del credito' si intende, dunque, la garanzia generica prevista dall'art. 2740 c.c. che assiste tutte le obbligazioni e che trova attuazione coattiva nella forma dell'espropriazione forzata.

Le modalità con cui il sequestro realizza la conservazione della garanzia patrimoniale sono descritte dall'art. 2906, 1° comma, c.c. secondo cui «non hanno effetto in pregiudizio del creditore sequestrante le alienazioni e gli altri atti che hanno per oggetto la cosa sequestrata, in conformità delle regole stabilite per il pignoramento», cioè degli artt. 2913 ss. del c.c., relativi agli atti di alienazione e ad altri atti di disposizione aventi ad oggetto la cosa pignorata.

Il sequestro conservativo costituisce, quindi, un vincolo giuridico sui beni del debitore: si tratta di inefficacia relativa degli atti di disposizione del bene, in quanto il debitore non perde la disponibilità giuridica del bene oggetto di sequestro, e i suoi atti di disposizione, validi ed efficaci tra il debitore e il terzo, risultano inopponibili al creditore sequestrante.

Appare a questo punto chiaro che il sequestro conservativo mira ad assicurare la fruttuosità pratica di una futura espropriazione forzata: mentre il sequestro giudiziario è strumentale ad una sentenza di condanna alla consegna o al rilascio di un bene individuato e quindi mira a garantire la fruttuosità pratica dell'esecuzione per consegna e rilascio, il sequestro conservativo è strumentale ad una sentenza di condanna al pagamento di una somma di danaro, sentenza che potrà avere attuazione coattiva nella forma dell'espropriazione forzata (apprensione di beni entro il patrimonio del debitore, alienazione e quindi trasformazione in somme di danaro per il soddisfacimento dei creditori).

È da notare che l'indisponibilità creata dal sequestro conservativo, pur essendo modellata su quella del pignoramento, è diversa da questa: il pignoramento crea, come si suol dire, un vincolo a porta aperta di cui si potranno giovare non solo il creditore procedente, ma anche tutti i creditori intervenuti nel processo di espropriazione, il sequestro conservativo crea invece un vincolo a porta chiusa di cui si può giovare solo il creditore sequestrante e non anche gli altri creditori del debitore sequestrato (tanto si desume univocamente confrontando la lettera dell'art. 2906 c.c. che si riferisce al solo creditore sequestrante con la lettera degli artt. 2913 ss. c.c. che parlano di creditore pignorante e di creditori che intervengano nell'esecuzione): ne segue che, ad es., l'ipoteca concessa dal debitore sequestrato successivamente al sequestro sarà inopponibile al creditore sequestrante, ma opponibile agli altri creditori che intervengano nel processo di espropriazione avente ad oggetto il bene sequestrato.

La norma che meglio di ogni altra consente di individuare il nesso di strumentalità che sussiste tra la misura cautelare in esame e la sentenza a cognizione piena è quella dell'art. 686 c.p.c.: in base a tale disposizione, una

volta che il creditore sequestrante abbia ottenuto una sentenza di condanna esecutiva, il sequestro si converte automaticamente in pignoramento; quindi il sequestro assolve la funzione di conservazione del bene solo fino all'emanazione della sentenza, dopo questo momento sarà la sentenza di condanna a produrre gli effetti giuridici ulteriori ed in primo luogo a consentire la messa in moto e la prosecuzione del processo di espropriazione forzata.

L'ambito di applicazione del sequestro conservativo, stante la sua funzione di garantire la fruttuosità pratica della futura espropriazione forzata, coincide con l'ambito proprio di tale specie di esecuzione.

L'art. 671 fa correttamente riferimento a beni mobili, immobili, ed ai diritti di credito che il debitore vanta nei confronti del *debitor debitoris* perché anch'essi suscettibili di espropriazione forzata; non fa invece riferimento ad universalità di beni od aziende (per le quali, ove sussistano i presupposti di cui all'art. 670 n. 1, è esperibile il sequestro giudiziario) in quanto oggetto di pignoramento e di espropriazione possono essere solo i singoli beni componenti l'*universitas*; ne segue che anche il sequestro conservativo potrà avere ad oggetto solo i singoli beni mobili o immobili che costituiscono l'azienda o l'universalità.

In quanto suscettibili di espropriazione forzata, sono suscettibili di sequestro conservativo, invece, le quote di società a responsabilità limitata (art. 2471 c.c.), le azioni e i titoli di credito in genere (artt. 1997 c.c. e 517, 2° comma, c.p.c.); quanto alle quote di società di persone riterrei che l'art. 2270 c.c. ne ammette il sequestro conservativo a cautela del diritto del creditore di chiedere la liquidazione della quota del suo debitore.

### 5.2.2. *Fumus boni iuris*

Legittimati al rilascio del sequestro conservativo sono i creditori che si affermano titolari di un diritto di credito avente per oggetto una somma di denaro o una certa quantità di cose fungibili, non coloro che si affermano titolari di diritti di credito aventi per oggetto una prestazione di consegnare o rilasciare una cosa determinata.

Non è necessario che il credito vantato sia liquido, anche se deve essere comunque approssimativamente determinabile nel suo ammontare; questo per due ragioni: da una parte perché sia consentito, al momento dell'esecuzione del provvedimento, di commisurare il valore dei beni da assoggettare a sequestro; dall'altra, per rendere applicabile in concreto, anche al sequestro conservativo, il principio di cui all'art. 496 (cui fa implicito rinvio l'art. 671) della proporzione tra il valore dei beni pignorati e il valore del credito per cui si procede.

Non è necessario che il credito sia esigibile: l'art. 1356, 1° comma, c.c., consentendo il compimento di atti conservativi in pendenza della condizione sospensiva, non fa dubitare della ammissibilità, anche in questa ipotesi, del sequestro conservativo che è il tipico atto conservativo che può porre in essere il titolare di un diritto di credito; la disposizione in forza dell'argomento *a fortiori* è applicabile anche al credito sottoposto a termine (nel termine è certo il verificarsi dell'evento futuro da cui dipende l'efficacia del diritto).

Parimenti esclusa è la necessità della sussistenza del requisito della certezza laddove con tale espressione si indichi quel grado di certezza necessario perché si abbia titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c.: ciò sarebbe contrastante con la cognizione sommaria e il giudizio di probabilità dell'esistenza del diritto sufficiente per il rilascio della misura cautelare; oltretutto chiedere quel grado di certezza idoneo a mettere in moto la procedura esecutiva comporterebbe uno stravolgimento della funzione stessa dell'istituto in esame.

Si è posta inoltre la questione relativa all'ammissibilità o meno del sequestro conservativo ove il creditore disponga di un titolo esecutivo.

Nel caso in cui si tratti di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, il sequestro è inammissibile perché il creditore può sia iscrivere ipoteca giudiziale sia iniziare l'esecuzione. Per tale ragione appare difficile individuare la sussistenza di un interesse al rilascio della misura cautelare, specie ove si consideri, ai sensi del combinato disposto degli artt. 282 e 686 c.p.c., che a seguito della emanazione di una sentenza esecutiva il sequestro conservativo si converte sempre, automaticamente, in pignoramento; a chi individua tale interesse nel pericolo che la garanzia patrimoniale venga meno nel periodo intercorrente tra la notificazione del precetto e del titolo esecutivo ed il momento in cui si può procedere al pignoramento, è agevole replicare che l'art. 482 c.p.c. prevede uno strumento *ad hoc*, *lato sensu* cautelare, che consente al creditore di ottenere l'esecuzione immediata.

Il sequestro conservativo sembra invece ammissibile nel caso in cui il creditore sia munito di un titolo esecutivo di formazione stragiudiziale: ancorché munito di tale titolo, il creditore può iniziare il giudizio a cognizione piena che garantisce la certezza propria del giudicato sostanziale in ordine all'esistenza del diritto azionato e consente di ottenere una sentenza di condanna con cui poter iscrivere, tra l'altro, ipoteca ai sensi dell'art. 2818, 1° comma, c.c.; pertanto sembra non esservi ragione per negare il ricorso alla tutela cautelare.

### 5.2.3. *Periculum in mora*

Quanto al secondo requisito per il rilascio della misura cautelare, è da dire che nel sequestro conservativo il *periculum in mora* è tipicizzato dal legislatore ed è costituito dal timore di perdere la garanzia del proprio credito (art. 671).

Durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena il debitore potrebbe porre in essere atti di disposizione in danno dei creditori, in modo tale che al termine del processo il suo patrimonio risulti insufficiente alla soddisfazione dei crediti; il pregiudizio da neutralizzare è, dunque, l'insolvenza del debitore. Il termine 'insolvenza', chiave di volta della sentenza dichiarativa di fallimento, indica appunto la situazione del debitore che non ha più un patrimonio sufficiente all'adempimento corretto delle proprie obbligazioni.

Data la molteplicità di elementi da cui poter desumere l'esistenza del 'fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito', la valutazione in ordine alla sua sussistenza in concreto è rimessa al prudente apprezzamento

del giudice; nonostante ciò la giurisprudenza ha elaborato alcuni criteri di massima. Il *periculum in mora* può essere desunto da elementi oggettivi relativi alla consistenza del patrimonio del debitore in rapporto all'entità del credito, e/o da elementi soggettivi relativi al comportamento tenuto dal debitore dai quali sia dato presumere che egli, al fine di sottrarsi all'adempimento, ponga in essere atti tali da depauperare il suo patrimonio e sottrarlo all'esecuzione.

#### 5.2.4. Limiti dell'istituto

Un'ultima considerazione. Il sequestro conservativo, cautelando il titolare del diritto di credito unicamente contro il pericolo di insolvenza del debitore causato da atti di disposizione giuridica dei suoi beni, tutela il credito unicamente in quanto bene economico, in quanto entità patrimoniale astratta, e non già in quanto funzionale alla soddisfazione di particolari 'bisogni' del creditore.

In particolare, il sequestro conservativo non è idoneo a tutelare, ad es., il credito del lavoratore contro il danno derivante dal ritardato pagamento della retribuzione o della indennità di fine rapporto funzionali, ex art. 36 Cost., ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, quello dell'imprenditore contro il danno derivante dal ritardato pagamento dei suoi crediti, ove tale ritardato pagamento non gli consenta di adempiere tempestivamente le proprie obbligazioni e lo esponga pertanto al rischio del fallimento.

Il sequestro conservativo, quindi, garantisce ai creditori una adeguata tutela cautelare soltanto contro il danno da futura insolvenza del debitore, cioè contro il c.d. pericolo da infruttuosità pratica della sentenza di condanna a cognizione piena, ma non contro il danno derivante dal ritardato pagamento (c.d. pericolo da tardività).

Per neutralizzare i c.d. *pericula* da tardività della sentenza a cognizione piena, sono necessarie non misure a contenuto conservativo, ma misure che consentano di anticipare, almeno in parte, il contenuto del futuro provvedimento a cognizione piena. Esempi di provvedimenti cautelari tipici tendenti a neutralizzare il *periculum* da tardività sono quelli previsti dall'art. 446 c.c. relativo all'obbligo degli alimenti, e dall'art. 24 l. 990/69 sull'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli; negli spazi residuali non coperti da alcuna misura cautelare tipica, soccorre poi la disposizione di cui all'art. 700 c.p.c. (v. *infra* 5.5).

### 5.3. LE DENUNCE DI NUOVA OPERA E DI DANNO TEMUTO

#### 5.3.1. Premessa

Le azioni di nunciazione, istituti di origine romanistica, sono tipici provvedimenti sommari cautelari atti a dare tutela giurisdizionale urgente a situazioni sostanziali di marca tipicamente proprietaria.

Le denunce di nuova opera e di danno temuto sono disciplinate sia nell'ambito del codice di procedura civile agli artt. 688 ss., sia nell'ambito del codice civile agli artt. 1171 e 1172: per quanto attiene alla disciplina procedurale, con l'entrata in vigore della legge n. 353/90 questa è pressoché integralmente

assorbita dagli artt. 669-bis ss. (v. *infra* 6); pertanto in questa sede ci si potrà limitare all'analisi delle sole disposizioni del codice civile.

### 5.3.2. La denuncia di nuova opera ex art. 1171 c.c.

L'art. 1171 c.c., al primo comma, dispone che «Il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da una nuova opera, da altri intrapresa sul proprio come sull'altrui fondo, sia per derivare danno alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare all'autorità giudiziaria la nuova opera, purché questa non sia terminata e non sia trascorso un anno dal suo inizio».

La norma tipicizza tanto la situazione soggettiva tutelata quanto il *periculum in mora*. Legittimato attivo è il proprietario, il titolare di un diritto reale di godimento, il possessore, ma non il titolare di un diritto reale di garanzia o il mero detentore; la situazione di pericolo deve essere determinata dal ragionevole timore di un danno causato da un'attività umana *in itinere*, tipica, la costruzione di una nuova opera da altri intrapresa tanto sul fondo dell'istante quanto sul fondo altrui: tra la nuova opera e il timore ragionevole del danno si ritiene necessaria l'esistenza di una relazione di causa/effetto (nesso eziologico); il danno deve essere ingiusto (ad es. inosservanza delle distanze legali ex art. 873 c.c.), cioè incidente su interessi giuridicamente protetti, non potendo invece costituire condizione per l'esperibilità della misura cautelare il mero danno materiale.

La tutela offerta dal legislatore al diritto di proprietà e al possesso si mostra particolarmente incisiva: da una parte si prevede, oltre alla tutela offerta dal processo a cognizione piena, un procedimento sommario cautelare tipico; dall'altra, per l'emanazione della misura cautelare, non si chiede né la prova del dolo o della colpa né la prova della quantità (grave, gravissimo od irreparabile) del danno: quindi il rilascio della misura cautelare è giustificato ove sia provata l'illegittimità della costruzione e la sua potenzialità dannosa nei confronti dell'istante.

Il pregiudizio che la misura cautelare tende a neutralizzare può consistere:

nel *periculum* da infruttuosità pratica del provvedimento principale, qualora la sentenza di condanna alla distruzione dell'opera illegittimamente compiuta (ex artt. 2933, 1° comma, c.c. e 612 ss. c.p.c.) non possa trovare attuazione in quanto operante il disposto del 2° comma dell'art. 2933 c.c.;

oppure, direi soprattutto, nel *periculum* da tardività del provvedimento principale: in questo caso il provvedimento cautelare ha lo scopo di impedire che il diritto dell'istante permanga in uno stato di insoddisfazione (od aumenti lo stato di insoddisfazione) durante tutto il tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria.

Il contenuto del provvedimento cautelare che può essere emanato dal giudice è descritto dal 2° comma dell'art. 1171 c.c.: «L'autorità giudiziaria, presa sommaria cognizione del fatto, può vietare la continuazione dell'opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele: nel primo caso, per il risarcimento del danno prodotto dalla sospensione dell'opera, qualora le oppo-

sizioni al suo proseguimento risultino infondate nella decisione del merito; nel secondo caso, per la demolizione o riduzione dell'opera e per il risarcimento del danno che possa soffrirne il denunziante, se questi ottiene sentenza favorevole, nonostante la permessa continuazione».

La formulazione della norma è estremamente ampia, ma il contenuto del provvedimento cautelare risulta descritto con estrema semplicità: esso può consistere tanto nella sospensione dell'opera quanto nell'autorizzazione alla sua continuazione (tipicità del contenuto).

Nel caso in cui il giudice ordini la sospensione dell'opera il contenuto del provvedimento assume carattere di anticipazione parziale del contenuto della futura sentenza di accoglimento: la parzialità è data dal fatto che il provvedimento cautelare non può contenere l'ordine di demolizione di quanto illegittimamente costruito, ma deve limitarsi ad impedire che il diritto del proprietario o il possesso continui ad essere violato durante il tempo necessario per ottenere una sentenza di condanna.

Il legislatore, consapevole della pericolosità intrinseca ad ogni misura cautelare, ha predisposto che, sia nel caso di divieto di continuazione dell'opera sia nel caso di sua prosecuzione, il giudice disponga il versamento di una cauzione quale elemento di riequilibrio, di bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco.

La tutela cautelare, pur essendo una tecnica estremamente raffinata con cui garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, è caratterizzata da una pericolosità intrinseca immensa; questa pericolosità deriva dal carattere bilaterale del *periculum in mora*: accanto al pregiudizio dell'attore, per la cui neutralizzazione è necessaria la pronuncia del provvedimento cautelare, v'è il pregiudizio del destinatario passivo di tale provvedimento che si verifica nel momento in cui la prognosi sulla fondatezza della posizione attorea, che ha caratterizzato la fase cautelare, risulti infondata al termine del processo a cognizione piena.

La cauzione, posta a carico del beneficiario della misura cautelare, mirerà a garantire il risarcimento del danno prodotto dalla sospensione, qualora il provvedimento cautelare abbia ordinato la sospensione dell'opera e l'opposizione alla sua esecuzione risulti, al termine del processo a cognizione piena, infondata; oppure mirerà a garantire le spese necessarie per la demolizione o riduzione dell'opera ed il risarcimento del danno subito dal denunziante, nel caso in cui, dopo che con la misura cautelare si era autorizzata la prosecuzione dell'opera, il denunziante ottenga una sentenza a lui favorevole.

Questa interessante disposizione è il frutto di una esperienza millenaria: il legislatore, avendo come modello un conflitto tra proprietari, fra soggetti entrambi possidenti, da una parte ha previsto uno strumento di tutela particolarmente incisivo, dall'altra ha predisposto uno strumento con cui ridurre al massimo la pericolosità intrinseca a tale forma di tutela.

È opportuno ricordare, però, che la cauzione in tanto può funzionare in quanto l'istante sia in grado di prestarla. Infatti, una volta riconosciuto alla tutela cautelare valore di componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale, non si può discriminare l'accesso ad essa a seconda dell'abbienza del soggetto; ciò comporta che, ove chiedo cautela un soggetto non abbiente, il giudice deve concederla senza subordinarla a cauzione.

### 5.3.3. La denuncia di danno temuto ex art. 1172 c.c.

L'art. 1172, 1° comma, c.c. dispone che «Il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore, il quale ha ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo alla cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso, può denunciare il fatto all'autorità giudiziaria e ottenere, secondo le circostanze, che si provveda per ovviare al pericolo».

La situazione cautelata è ancora una volta la proprietà e il possesso; tipico è il *periculum in mora* che deve consistere nel pericolo di un danno, qualificato come «grave e prossimo», che può derivare al bene oggetto di proprietà o di possesso da un edificio, albero o altra cosa.

La particolarità della norma in esame è costituita dal fatto che è uno dei pochi esempi del nostro ordinamento in cui si mira a sanzionare non un illecito di danno (v. art. 1171 c.c.), ma un illecito di pericolo: la misura cautelare mira ad eliminare una situazione di pericolo che ancora non ha prodotto un danno; siamo di fronte ad una tutela diretta a prevenire il verificarsi del danno stesso tramite l'attuazione di obblighi di fare.

È opportuno evidenziare che il nostro ordinamento sanziona, a livello generale, esclusivamente l'illecito di danno (art. 2043 ss. c.c.), mentre sono previste soltanto ipotesi sparse in cui vengono sanzionati illeciti di pericolo. Il motivo è abbastanza semplice.

Contrariamente a quanto detto per il provvedimento ex art. 1171, qui il contenuto del provvedimento che il giudice andrà ad emettere, ove rilevi la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, è atipico: trattandosi di rimuovere un pericolo, il legislatore non ha ritenuto opportuno tipicizzare il rimedio, ma ha inteso individuarne il contenuto in funzione dello scopo di ovviare alla situazione di pericolo denunciata dall'istante.

Pertanto, spetterà al giudice determinare in concreto, «secondo le circostanze», quale sia la misura cautelare più opportuna: questa libertà nel foggare il contenuto del provvedimento è simile a quella di cui gode il giudice nei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 (vedi *infra* 5.5) e si presenta come una caratteristica peculiare rispetto agli ordinari provvedimenti cautelari.

La misura cautelare in esame è predisposta per neutralizzare non tanto un *periculum in mora* da infruttuosità pratica del provvedimento principale, cioè di infruttuosità di una futura esecuzione forzata per violazione di obblighi di fare o di non fare (in alcune ipotesi l'unica tutela possibile sarà quella per equivalente), ma soprattutto e in primo luogo un *periculum* da tardività della sentenza: si vuole, in primo luogo, impedire che a seguito della violazione o della continuazione della violazione di un obbligo di fare (originario o sorto a seguito della violazione di un obbligo di non fare) il diritto dell'attore si venga a trovare in uno stato di insoddisfazione durante lo svolgimento del processo ordinario di cognizione.

A questo proposito va comunque ricordato che non deve trattarsi necessariamente di un pregiudizio irreparabile: il legislatore, nell'esercizio di un potere discrezionale che gli è proprio, è libero di garantire cautela anche a situa-

zioni soggettive la cui violazione generi un danno che, essendo economico, può adeguatamente essere riparato per equivalente.

Mentre per la denuncia di nuova opera si è parlato di anticipazione solo parziale del provvedimento principale, nella denuncia di danno temuto l'anticipazione può essere completa e ciò in quanto, presupponendo che nessun danno si sia ancora verificato, il provvedimento cautelare contenente l'ordine di fare è idoneo a tutelare pienamente il titolare del diritto.

A questo punto sorge un problema di ordine generale: in presenza di provvedimenti sommari cautelari a contenuto totalmente anticipatorio la cui attuazione si esaurisce *uno actu* (ad es. ordine di abbattimento di un albero), la misura cautelare sembra esaurire il bisogno di tutela giurisdizionale e privare di contenuto la successiva fase a cognizione piena.

#### 5.3.4. *Le denunce e la tutela inibitoria*

Le denunce di nuova opera e danno temuto, come l'azione negatoria (v. *retro* cap. IV *sub* 1.2.2), sono tipiche azioni preventive le quali mirano a prevenire o ad impedire la continuazione dell'illecito e non (o non solo) ad eliminarne gli effetti.

Il diritto di proprietà è costituito non solo da poteri o potestà, ma anche da obblighi di fare: ciò si deduce già dagli artt. 2043, 2051, 2053, 2087 c.c., ma è reso ancora più palese dalla disposizione dell'art. 1172 c.c.

Nel caso in cui debba essere tutelata una situazione soggettiva il cui godimento è assicurato da obblighi di fare altrui, questa è garantita o tramite la tecnica della tutela repressiva del danno e della responsabilità ex art. 2043 c.c., oppure tramite la tecnica della tutela preventiva ex art. 1172, diretta ad impedire il danno e fondata sul solo pericolo.

Una tutela preventiva efficace deve necessariamente prevedere un procedimento che con una fase urgente, eventualmente a carattere cautelare, anticipi il contenuto del provvedimento principale, onde impedire che l'illecito sia continuato durante il tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria.

A tal fine, l'adozione dello schema del procedimento sommario non cautelare oppure di quello cautelare è del tutto indifferente, fermo restando che:

a) il provvedimento sia urgente e immediatamente esecutivo;

b) il diritto di difesa del destinatario passivo del provvedimento risulti solo compresso e non eliminato all'interno della fase urgente o cautelare.

Dall'analisi delle disposizioni in esame è emerso che il provvedimento cautelare nelle denunce può assolvere la funzione di assicurare la fruttuosità pratica di una futura esecuzione forzata, ex artt. 612 ss. c.p.c., solo nel caso in cui la violazione dell'obbligo di non fare o di fare sia già parzialmente avvenuta prima del ricorso all'autorità giudiziaria e la sua continuazione, durante il corso del processo, possa determinare il compimento di un'opera non suscettibile di essere distrutta ex art. 2933, 2° comma, c.c. o provocare un danno patrimoniale di cui sia impossibile determinare con esattezza la precisa entità.

La funzione preminente di tali provvedimenti è però quella di anticipare il contenuto inibitorio o di condanna ad un fare del provvedimento principale, allo scopo di prevenire od impedire la continuazione della lesione del diritto

azionato: in mancanza delle denunce, l'azione negatoria o comunque le azioni a difesa della proprietà interverrebbero quando ormai gran parte della lesione si è già verificata, con la conseguenza che in riferimento a questa parte della lesione, non potendosi eliminare il fatto che il diritto sia rimasto in stato di insoddisfazione per un certo lasso di tempo, la tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento sarebbe meramente repressiva.

Questi rilievi hanno lo scopo di prendere consapevolezza della limitatezza dell'angolo visuale che volesse vedere nella sola tutela repressiva ex art. 2043 c.c. l'unica, o la principale, forma di tutela di situazioni di vantaggio a struttura passiva costituite da obblighi di fare o non fare.

Una volta presa consapevolezza di ciò, gli artt. 1171 e 1172 c.c. possono costituire la base di diritto positivo da cui argomentare a favore dell'ammissibilità in via generale della tutela preventiva anche inibitoria, purché però vi sia un diritto in senso tecnico preesistente che sia stato violato (sia pure attraverso il mancato adempimento tempestivo di un obbligo di fare).

È invece da escludere (per i motivi di tutela della libertà personale) che la tutela inibitoria possa essere predisposta a cautela di un comportamento illecito che non integri anche gli estremi della violazione di un diritto preesistente: in tal caso sarà possibile solo la tutela risarcitoria, non anche quella inibitoria.

In conclusione mi sembra opportuno sottolineare come lo stesso bisogno di tutela urgente a carattere preventivo che il legislatore ha inteso soddisfare in relazione al diritto di proprietà con gli artt. 1171 e 1172 c.c. caratterizza, nella nostra epoca storica, i c.d. diritti di libertà: per queste situazioni soggettive la predisposizione di una tutela preventiva, anche inibitoria, si rende ancor più opportuna, considerato che è sempre per definizione irreparabile il pregiudizio derivante dalla permanenza del diritto in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria.

#### 5.4. I PROVVEDIMENTI DI ISTRUZIONE PREVENTIVA

##### 5.4.1. *Premessa*

Fino ad ora abbiamo incontrato provvedimenti cautelari diretti a tutelare situazioni giuridiche sostanziali: il diritto di credito ad un bene determinato o al pagamento di una somma di danaro, nel caso dei sequestri; il diritto di proprietà e il possesso, nel caso delle denunce di nuova opera e di danno temuto; il diritto agli alimenti, per il procedimento ex art. 446 c.c.; la rassegna sarebbe destinata a continuare di molto ove si prendessero in considerazione le misure previste dalla legislazione speciale.

Accanto a misure di questo tipo l'ordinamento prevede talune ipotesi di provvedimenti cautelari diretti a tutelare un diritto processuale, il diritto alla prova: mediante tali provvedimenti la parte che teme la perdita del mezzo di prova o del suo oggetto può fissare, in un momento antecedente rispetto alla ordinaria fase istruttoria, talune risultanze probatorie la cui utilizzazione avverrà al momento opportuno, nel futuro processo a cognizione piena.

Le ipotesi più rilevanti di provvedimenti di questo tipo sono quelle previste dagli artt. 692 ss. c.p.c. e quella dell'art. 670 n. 2 c.p.c., ma vanno menzionate anche quelle previste dall'art. 752 ss. c.p.c. per l'apposizione di sigilli nei procedimenti relativi all'apertura delle successioni; quelle degli artt. 81 l. 1127/39 sui brevetti per invenzioni industriali, 61 r.d. 929/42 sui brevetti per marchi d'impresa (v. oggi art. 128 d. leg. 30/2005), 161 l. 633/41 sul diritto d'autore che prevedono la descrizione degli oggetti prodotti in violazione, rispettivamente, del diritto di brevetto per invenzioni industriali, del diritto di brevetto per marchio e del diritto di utilizzazione economica del diritto d'autore.

#### 5.4.2. *L'audizione di testi a futura memoria, la consulenza tecnica e l'ispezione preventiva*

La sezione IV del capo III relativo ai procedimenti cautelari è rubricata «Dei procedimenti di istruzione preventiva» e concerne due distinti procedimenti, l'uno relativo all'assunzione di testimoni (art. 692), l'altro relativo all'accertamento tecnico e alla ispezione giudiziale (art. 696).

L'art. 692 dispone che «Chi ha fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni, le cui deposizioni possono essere necessarie in una causa da proporre, può chiedere che ne sia ordinata l'audizione a futura memoria»; analogamente l'art. 696 prevede che «Chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi o la qualità o la condizione di cose, può chiedere, ..., che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale».

Le disposizioni in esame non pongono alcun problema in punto di *periculum in mora*. Il provvedimento di cui all'art. 692 mira a neutralizzare il pregiudizio consistente nel rischio di perdere il mezzo di prova, cioè di non poter utilizzare la testimonianza nel futuro processo; al contrario il provvedimento di cui all'art. 696 tende a neutralizzare non tanto il rischio di perdere il mezzo di prova (tanto l'ispezione quanto la consulenza tecnica sono infatti sempre possibili), quanto piuttosto quello di perdere l'oggetto stesso della prova: è il caso di merci deperibili di cui sia necessario accertare l'avaria al momento della consegna o dello stato dei luoghi suscettibile di modificazione nel tempo.

Più delicata è l'individuazione di quale sia l'oggetto della valutazione in ordine al *fumus boni iuris*.

Il diritto cautelato dai provvedimenti in esame è il diritto alla prova: si vuole garantire che la testimonianza, la consulenza tecnica o l'ispezione giudiziale non vadano disperse, e che quindi possano essere utilizzate nel successivo ed eventuale processo che avrà ad oggetto il diritto sostanziale controverso.

Il provvedimento che il giudice andrà ad emanare non anticipa in modo alcuno – come invece accade per gli altri provvedimenti cautelari – né la decisione sul merito della controversia, né taluno dei suoi effetti; per questo motivo la valutazione del *fumus boni iuris* avrà ad oggetto non la probabilità della fondatezza del diritto sostanziale, bensì l'analisi dell'ammissibilità e rilevanza, in relazione al futuro ed eventuale giudizio di merito, dei mezzi di prova che si intendono assumere in via preventiva.

Sono preordinati, infatti, al giudizio di ammissibilità e rilevanza gli elementi di cui all'art. 693, 3° comma, c.p.c. in base al quale «Il ricorso deve contenere l'indicazione... dei fatti sui quali debbano essere interrogati i testimoni, e l'esposizione sommaria delle domande o eccezioni alle quali la prova è preordinata»: dunque il provvedimento potrà essere rilasciato se la prova testimoniale, l'ispezione, la consulenza tecnica appaiano ammissibili e rilevanti alla stregua delle domande e delle eccezioni sommariamente esposte.

È opportuno precisare che ai sensi dell'art. 699 l'istanza di istruzione preventiva può essere proposta anche in corso di causa e nelle fasi di sospensione e interruzione del processo: in tal caso risulterà inutile l'esposizione sommaria di cui all'art. 693, 3° comma, ed il giudizio di ammissibilità e rilevanza in ordine alla prova preventiva avrà alla base elementi analoghi a quelli posti a fondamento del medesimo giudizio in via ordinaria.

Come tutti i provvedimenti cautelari anche i provvedimenti ex artt. 692 e 696 sono strumentali al processo a cognizione piena: essendo finalizzati a consentire alla parte l'assolvimento dell'onere probatorio, sono strumentali all'ordinanza che, nell'ambito del giudizio, disporrà in ordine all'ammissibilità e rilevanza della prova.

Per quanto riguarda le modalità di assunzione della prova devono essere rispettate per quanto possibile le disposizioni degli artt. 191 ss. (art. 698, 1° comma): nel caso in cui non sia possibile esigere che le modalità di assunzione della prova vengano rispettate nel processo a cognizione piena, il legislatore predispone che tali modalità siano rispettate, quanto meno, nell'ambito di subprocedimenti mediante i quali acquisire le risultanze istruttorie da utilizzare, poi, nel giudizio di merito.

Una volta portata a termine l'assunzione delle prove verrà redatto processo verbale ai sensi dell'art. 207.

Quanto agli effetti dell'assunzione preventiva, questi sono disciplinati dall'art. 698, 2° e 3° comma, c.p.c.: l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica né le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza né la loro rinnovazione nel giudizio di merito, ove questa sia possibile; d'altra parte la produzione anche in copia o il semplice richiamo dei processi verbali relativi ai mezzi di prova assunti in via preventiva è possibile solo se abbia avuto esito positivo il giudizio di ammissibilità effettuato dal giudice del merito. È questa l'unica ipotesi dell'ordinamento in cui la produzione di documenti è soggetta alla valutazione preventiva di ammissibilità.

È infine da ricordare che l'art. 696-bis (introdotto dalla l. 80/2005) prevede una consulenza tecnica preventiva, anche ai fini della composizione della lite, del tutto sganciata da qualsiasi requisito di *periculum in mora*. L'istituto si presenta di grosso interesse specie sul piano pratico.

#### 5.4.3. Il sequestro giudiziario di prove

L'art. 670 n. 2 dispone che «il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario di libri, registri, documenti, modelli, campioni e di ogni altra cosa da cui si pretenda desumere elementi di prova, quando è controverso il diritto alla

esibizione o alla comunicazione; ed è opportuno provvedere alla loro custodia temporanea».

La misura cautelare in esame si differenzia dal sequestro giudiziario di beni in relazione all'oggetto, ai presupposti e alla funzione, mentre valgono anche per essa le disposizioni circa la custodia esaminate con riferimento al sequestro ex art. 670 n. 1 (v. *retro* 5.1).

Oggetto di sequestro non sono mobili, immobili, aziende o altre universalità, ma documenti modelli ecc.

I presupposti per il rilascio della misura cautelare sono i seguenti:

a) l'astratta idoneità del documento o di altro bene a fornire elementi di prova: il giudice dovrà valutare in base a cognizione sommaria se la prova che si intende assumere sia rilevante ai fini della esistenza o inesistenza del diritto che si intende far valere (o che è già stato fatto valere) nel processo a cognizione piena;

b) l'opportunità della custodia temporanea;

c) quindi la sussistenza di una controversia sul diritto all'esibizione o alla comunicazione.

L'interpretazione dell'art. 670 n. 2 ed in particolare l'esatta individuazione della funzione e collocazione sistematica del sequestro di documenti è altamente problematica.

Secondo l'interpretazione assolutamente prevalente l'ordine di esibizione (o di comunicazione) ex art. 210 non sarebbe eseguibile coattivamente né contro la parte, né contro il terzo; argomentando dall'art. 118 si ritiene che l'inottemperanza all'ordine del giudice dia luogo unicamente al formarsi di un argomento di prova, ove l'ordine ineseguito sia rivolto alla parte, e ad una esigua sanzione pecuniaria, ove l'ordine ineseguito sia rivolto al terzo.

Orbene, poiché il sequestro giudiziario di documenti ex art. 670 n. 2 è eseguibile coattivamente ai sensi dell'art. 677, si ha questa stranezza: se prima dell'inizio della causa di merito, o nel suo corso, sorge controversia in ordine al diritto all'esibizione (o alla comunicazione) e vi sia pericolo di distruzione, deterioramento o perdita dei documenti, è possibile far ricorso alla misura cautelare del sequestro giudiziario ex art. 670 n. 2 e, tramite questa, attribuire la custodia dei documenti ad un terzo, il quale, una volta risolta la controversia relativa al diritto all'esibizione, diverrà destinatario dell'ordine del giudice e, in quanto tenuto agli obblighi e alla responsabilità del custode, dovrà ottemperarvi. Nella sostanza, nella sola ipotesi in cui ricorrano gli estremi della controversia relativa al diritto all'esibizione e del *periculum in mora* della distruzione, deterioramento o perdita dei documenti, sarà assicurata l'ottemperanza a quell'ordine di esibizione della parte o del terzo; col che si crea nell'ambito dell'ordinamento una vera e propria disarmonia sistematica in quanto ove sussistano gli estremi della misura cautelare si riesce ad ottenere più di quanto in via generale sarebbe conseguibile in loro assenza.

La contraddizione non è di poco conto; per evitarla talvolta è stato sostenuto, in giurisprudenza, che la controversia relativa al diritto all'esibizione consisterebbe e sussisterebbe proprio in caso di rifiuto di ottemperare all'ordine del giudice: in questo modo la funzione del sequestro giudiziario ex art.

670 n. 2 sarebbe proprio quella di consentire l'esecuzione coattiva (tramite il terzo custode) dell'ordine giudiziale di esibizione. Ma la soluzione non è condivisibile non solo perché forza il significato dell'espressione 'controversia relativa al diritto all'esibizione', ma anche perché riuscirebbe a rendere coercibile il diritto all'esibizione nella sola ipotesi in cui vi sia pericolo di distruzione, deterioramento o perdita dei documenti.

La contraddizione denunciata è, a mio avviso, destinata a ridursi di molto e forse ad essere risolta ove:

A) Innanzi tutto si ritenga che a livello di processo a cognizione piena l'inottemperanza all'ordine di esibizione: a) ove l'ordine sia rivolto alla parte, dia luogo ad un argomento di prova idoneo (in forza della puntualità dei riferimenti di cui all'art. 94 disp. att.) a consentire al giudice di ritenere «ammessi» i fatti rappresentati dal documento non esibito (sulla falsariga di quanto dispone l'art. 232 in ipotesi di mancata risposta all'interrogatorio formale); b) ove l'ordine sia rivolto al terzo, consenta l'esecuzione coattiva *per imperium iudicis* in via di applicazione analogica dell'art. 255.

B) In secondo luogo si ritenga che, in caso di sequestro giudiziario di documenti ex art. 670 n. 2, il terzo custode cui siano stati consegnati i documenti abbia unicamente il compito di custodirli (preservandoli dal rischio di distruzione, deterioramento o perdita), ma non possa essere egli stesso destinatario diretto dell'ordine di esibizione del giudice; con la conseguenza che: a) se i documenti erano originariamente nella disponibilità della parte, l'autorizzazione di questa sia indispensabile per la loro esibizione da parte del custode (ma la mancata autorizzazione sarebbe sanzionata con la possibilità che il giudice ritenga «ammessi» i fatti rappresentati dal documento di cui non è stata autorizzata l'esibizione); b) se i documenti erano originariamente nella disponibilità del terzo, la mancata autorizzazione del terzo aprirà la strada all'esecuzione coattiva per *imperium iudicis* presso il custode alla stregua dell'art. 255.

## 5.5. I PROVVEDIMENTI D'URGENZA

### 5.5.1. *Struttura e funzione dei provvedimenti d'urgenza nell'ambito della tutela cautelare e della tutela giurisdizionale in genere*

L'art. 700, posto al termine del capo relativo ai procedimenti cautelari, così dispone: «Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

Già la lettera dell'art. 700 e la sua collocazione illuminano sulla struttura e sulla funzione dell'istituto.

Si tratta di un procedimento sommario cautelare: in presenza di condizioni quali la probabile sussistenza del diritto azionabile in via ordinaria (*fumus boni iuris*) e un *periculum in mora* «imminente ed irreparabile», causato dalla permanenza del diritto in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo

necessario per ottenere una sentenza a cognizione piena, il titolare del diritto può ottenere un provvedimento idoneo, nel contenuto, ad assicurare o ad anticipare, provvisoriamente, gli effetti della futura decisione sul merito; il provvedimento, caratterizzato da una cognizione sommaria perché superficiale, è provvisorio e strumentale rispetto al provvedimento a cognizione piena.

È provvisorio perché ontologicamente inidoneo a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso: questa sarà dettata unicamente dalla sentenza emessa al termine del processo a cognizione piena; è strumentale in quanto la sua efficacia viene meno se non è iniziato o proseguito il processo destinato a sfociare nella sentenza di merito.

La funzione dell'istituto è quella di munire di tutela sommaria urgente (sia pure attraverso la tecnica propria dei procedimenti sommari cautelari) tutti i diritti purché, oltre al requisito generalissimo del *fumus boni iuris* (requisito non previsto espressamente dall'art. 700, ma indicato nell'art. 669-sexies), il titolare abbia «fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile».

Quando abbiamo esaminato provvedimenti cautelari quali, ad esempio, il sequestro conservativo o la denuncia di nuova opera, è emerso come questi possono essere richiesti solo a tutela rispettivamente di crediti di somme di danaro o della proprietà (dei diritti reali di godimento o del possesso), per neutralizzare i *pericula in mora* costituiti rispettivamente dal fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito (art. 671 c.p.c.) ovvero dal timore che alla cosa che forma oggetto del diritto o del possesso possa derivare un danno dalla nuova opera, da altri intrapresa sul proprio come sull'altrui fondo (art. 1171 c.c.). Tali procedimenti, inoltre, mettono capo ad un provvedimento sommario cautelare il cui contenuto è predeterminato dagli artt. 671 c.p.c. e 1171 c.c.

Al contrario i provvedimenti d'urgenza sono caratterizzati da una duplice atipicità: atipico è sia il *periculum in mora* sia il contenuto del provvedimento; ne segue che tali provvedimenti possono essere richiesti (a tutela di qualsiasi diritto) per neutralizzare qualsiasi *periculum in mora*, purché esso assurga agli estremi del pregiudizio imminente ed irreparabile; quanto al contenuto del provvedimento, questo deve essere individuato dal giudice, «secondo le circostanze», sulla base del solo criterio dell'idoneità «ad assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione sul merito».

È agevole comprendere l'importanza dell'art. 700 nel sistema della tutela giurisdizionale civile: tale norma assolve la funzione di munire di tutela cautelare tutti quei diritti che, in assenza di misure cautelari tipiche, potrebbero subire un pregiudizio imminente ed irreparabile a causa della durata anche fisiologica del processo a cognizione piena.

#### 5.5.2. Atipicità del diritto d'azione ed esigenza di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione

Sul piano sistematico la misura cautelare dell'art. 700 dà luogo a due rami di grande portata sia teorica sia pratica.

Il primo è costituito dal valore della atipicità del diritto di azione: tale «valore», affermatosi nella metà del diciannovesimo secolo, mirava a garantire a tutti coloro che si pretendessero titolari di un diritto sostanziale, riconosciuto tale dall'ordinamento, la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale civile predisposta dallo Stato, indipendentemente dalla previsione di una norma che, in relazione al singolo diritto e/o a ciascuna singola violazione, attribuisse loro il diritto di agire in giudizio.

Attraverso l'art. 700 l'atipicità del diritto d'azione non si realizza solo a livello di tutela offerta dal processo ordinario di cognizione, ma anche a livello di tutela sommaria: ciò avviene secondo la tecnica che è propria dei procedimenti cautelari, subordinatamente alla sussistenza (oltre che del *fumus boni iuris*, che costituisce il merito della tutela sommaria) del requisito della imminenza ed irreparabilità del pregiudizio, requisito ovviamente non richiesto per mettere in moto un processo a cognizione piena.

Il secondo contesto sistematico in cui si inserisce la misura cautelare atipica dell'art. 700 è costituito da quel principio generale, vigente nell'ordinamento, secondo cui *la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*: tale esigenza si realizza non solo attraverso istituti specifici di diritto sostanziale (la restituzione dei frutti dal momento della domanda da parte del possessore di buona fede, l'interruzione-sospensione degli effetti della prescrizione, gli effetti della trascrizione delle domande giudiziali, l'anatocismo, ecc.) e tramite le misure cautelari tipiche, ma anche, e soprattutto, con la previsione generale atipica dell'art. 700.

Solo infatti l'esistenza di una norma quale quella in esame è idonea a far sì che l'esigenza suindicata, da aspirazione di opportunità giustificatrice di singole norme, assurga a principio generale dell'ordinamento. A questo proposito va ricordata l'importante pronuncia della Corte cost. 26/6/1985 n. 190: chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità costituzionale del sistema di giustizia amministrativa, la Corte, attraverso una tipica sentenza additiva, ha dato definitivamente copertura costituzionale alla tutela cautelare, nei limiti della irreparabilità del pregiudizio; un sistema giurisdizionale per essere conforme alla Carta costituzionale deve prevedere non solo un processo a cognizione piena a carattere atipico, ma anche una misura cautelare che abbia tale carattere, pena la violazione dell'art. 24 Cost.

### 5.5.3. L'origine dell'art. 700

L'istituto dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 costituisce una innovazione tra le più importanti del c.p.c. del 1942.

Sotto il vigore del c.p.c. del 1865 mancava, al di là delle singole misure cautelari tipiche (e dei singoli procedimenti sommari tipici), la previsione di una misura cautelare atipica alla stessa stregua di quanto invece previsto dai §§ 935 e 940 della ZPO tedesca (relativi alle c.d. einstweilige Verfügungen) e dagli artt. 806 ss. c.p.c. francese del 1806 (relativi alle c.d. ordonnances sur référé).

Tale carenza fu denunciata energicamente; per colmarla Chiovenda tentò di desumere, in via d'interpretazione sistematica, l'esistenza di un provvedimento provvisorio di cautela, a carattere generale, in cui fosse rimessa al giudice ogni valutazione in ordine alla opportunità del singolo provvedimento e in ordine alla sua natura.

Questa proposta interpretativa, pur incontrando critiche molto dure in dottrina e dissenso a livello di prassi, influenzò la riforma del codice di procedura del 1942 che, soprattutto sotto la spinta di Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti, disciplinò nell'art. 700 una misura cautelare atipica.

#### *5.5.4. Importanza del compito svolto dall'art. 700 e i limiti intrinseci alla sua funzione di norma di chiusura*

La norma in esame fu in origine pensata come una tipica norma di chiusura del sistema, dettata con la finalità di dare sbocco ad esigenze di tutela urgente che non erano state considerate meritevoli di specifici procedimenti sommari tipici (cautelari o non cautelari), in quanto tali esigenze o non erano prevedibili o erano emerse solo in modo episodico o marginale.

Le profonde modificazioni intervenute a livello di legislazione sostanziale (anche di rango costituzionale) e lo spostamento della centralità dell'ordinamento dai valori della proprietà e dell'impresa al valore della persona e del lavoro hanno determinato l'emersione di diritti nuovi.

Dal momento che a questa evoluzione (o, per meglio dire, rivoluzione) dell'ordinamento giuridico non è seguito un intervento organico di riforma della tutela sommaria, si è verificata la seguente situazione: per munire di tutela giurisdizionale adeguata (ai sensi dell'art. 24 Cost.) una vasta e variegata serie di nuovi diritti bisognosi di tutela urgente, la cui domanda di tutela sarebbe stata sostanzialmente denegata se rimessa alla sola forma del processo a cognizione piena, l'unico strumento processuale utilizzabile si è rivelato il ricorso ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700.

Di fatto, quindi, specie dagli anni '60 in poi, tale norma si è trovata a dover assolvere, entro il sistema di tutela giurisdizionale civile, una funzione quantitativamente e qualitativamente impensata, ed impensabile, per il legislatore del '42: ovvero la funzione di mettere ad unisono con la Costituzione il nostro sistema di tutela giurisdizionale civile complessivamente inteso.

D'altra parte il fatto che la norma, in origine tipica norma residuale di chiusura, abbia suo malgrado acquisito il ruolo di asse portante della costituzionalità dell'intero sistema di tutela giurisdizionale civile, pone non pochi problemi.

Il limite dell'art. 700 è costituito dalla forte discrezionalità (intrinseca alla formulazione di qualsiasi norma di chiusura) concessa al giudice non solo in ordine alla determinazione, in concreto, del contenuto del provvedimento, ma soprattutto in ordine alla possibilità di utilizzazione dell'istituto in esame: infatti l'aver subordinato l'ammissibilità dell'art. 700 alla clausola generale dell'*irreparabilità* del pregiudizio (espressione generica e pertanto equivoca), rende possibili valutazioni difformi a seconda dei vari uffici e dei singoli giu-

dici, offrendo in tal modo una giustizia *octroyée*. Di qui l'importanza di prevedere un reclamo contro i provvedimenti di accoglimento, allo scopo di facilitare una certa uniformità di giudizi, almeno nei limiti del circondario.

La norma, inoltre, pensata per dare sfogo ai bisogni di tutela urgente epistodici o marginali, non è idonea a soddisfare i medesimi ove questi abbiano assunto carattere continuativo o non marginale: in questi casi, perché siano soddisfatte esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, sarebbe opportuno che il legislatore prevedesse procedimenti sommari tipici (cautelari o meno) sulla falsariga di quanto disposto ad es. dalla tutela possessoria e nunciatoria, dagli artt. 81 e 83 della legge sui brevetti, e di quanto più recentemente previsto dagli artt. 24 l. 990/69, 18, 7° comma e 28 l. 300/70, 148 c.c., 15 l. 903/77: ciò soprattutto allo scopo di determinare, una volta per tutte, in relazione alla singola situazione giuridica soggettiva e alla singola esigenza di tutela, quali debbano essere i requisiti di ammissibilità alla tutela sommaria e quale il contenuto del provvedimento.

#### 55.5. *L'ambito applicativo dell'istituto*

Si è detto che i provvedimenti d'urgenza, a differenza delle misure cautelari tipiche, non incontrano limitazioni oggettive essendo applicabili a qualsiasi diritto: l'affermazione è valida solo in modo tendenziale.

A) Cerchiamo di chiarire alcune espressioni contenute nella disposizione in esame, prendendo le mosse dall'individuazione del significato della riserva: «Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo».

a) L'art. 700 non è applicabile ove a tutela di un diritto e dello specifico *periculum in mora* sia già prevista una misura cautelare tipica.

Il riferimento centrale è, non tanto al diritto, quanto proprio al *periculum*: di conseguenza l'art. 700 non è ammissibile ove si voglia cautelare un diritto di credito contro il pericolo di insolvenza del debitore, perché a tutela di questo diritto e pericolo vi è il sequestro conservativo; mentre è utilizzabile a tutela di diritti di credito contro *pericula* diversi. Se così non fosse il creditore di una somma di danaro, in quanto già cautelato in via tipica dal sequestro conservativo contro il pericolo che il debitore disperda il suo patrimonio durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo ordinario, non potrebbe neutralizzare, tramite il ricorso all'art. 700, il diverso pericolo consistente nel danno che gli deriverebbe «dal ritardo nella soddisfazione del diritto» (alla stessa stregua di quanto previsto dall'art. 446 c.c. o dall'art. 24 l. 990/1969); su questa interpretazione v'è ormai il consenso unanime di dottrina e giurisprudenza.

b) Nonostante la lettera dell'articolo, non sono mai sorti dubbi sulla possibilità di estendere la riserva anche alle misure cautelari tipiche disciplinate fuori del IV libro del c.p.c. e contenute nel codice civile e in leggi speciali.

Pertanto il ricorso ai provvedimenti d'urgenza non è ammissibile per ottenere in corso di causa l'inibitoria di cui agli artt. 83 r.d. n. 1127/39 o 63 r.d. n. 929/42; o per ottenere l'assegno provvisorio di alimenti ex art. 446 c.c., o l'ordinanza di immediata reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato

nell'ipotesi prevista dall'art. 18, 7° comma, l. 300/70; né per ottenere la sospensione dell'esecuzione di una delibera di società per azioni, stante la previsione tipica contenuta nell'art. 2378 c.c.

c) L'art. 700 non è applicabile ove, a favore di un diritto, sia previsto un procedimento sommario tipico non cautelare: es. artt. 148 c.c.; 28 l. 300/70; 15 l. 903/77; oppure ove sia prevista una fase sommaria urgente, tipica, entro il processo ordinario a cognizione piena: es. artt. 642, 648, 665, 708 c.p.c.

d) Non è applicabile per sospendere l'efficacia esecutiva di un provvedimento giurisdizionale o di un titolo esecutivo di formazione stragiudiziale: infatti gli artt. 283, 351, 373, 401, 407, 431, 447-bis ult. comma, 615, 624, 649, 650, 2° comma, 668, 3° comma, 830, 2° comma, ecc. c.p.c., prevedono un sistema completo di tutela cautelare diretta a neutralizzare il *periculum in mora* (talvolta richiedendo che assurga agli estremi del danno gravissimo o del danno grave ed irreparabile) derivante dalla provvisoria esecutorietà del provvedimento in pendenza del giudizio di impugnazione.

e) Stante la funzione cautelare assoluta da istituti quali la trascrizione delle domande giudiziali o l'ipoteca giudiziale, non sembra da escludere il ricorso ai provvedimenti d'urgenza per ottenerne la cancellazione prima del passaggio in giudicato della sentenza di rigetto ex art. 2668 c.c. o dei provvedimenti previsti dall'art. 2884 c.c.

B) Quanto poi all'espressione «via ordinaria», questa risente delle molte accezioni con cui nella legislazione (e talvolta anche nella dottrina) processual-civilistica è utilizzata la contrapposizione procedimento ordinario-procedimenti speciali.

In questa sede è sufficiente osservare che la funzione specifica dei provvedimenti d'urgenza, quale misura cautelare atipica diretta a neutralizzare il *periculum in mora* causato dalla durata anche fisiologica del processo a cognizione piena ed esauriente, induce a interpretare l'espressione come equivalente di «processo a cognizione piena».

Di conseguenza il ricorso all'art. 700 è ammissibile *ante causam* o in corso di causa, allorché sia chiamato a tutelare diritti la cui causa di merito debba necessariamente svolgersi nelle forme di un processo a cognizione piena innanzi al giudice ordinario, non rilevando in modo alcuno se queste forme siano quelle del c.d. rito ordinario, disciplinato dai primi tre titoli del libro II del c.p.c., oppure quelle del c.d. rito speciale del lavoro, disciplinate dal titolo quarto, libro II c.p.c., o da altro rito speciale a cognizione piena.

Parallelamente sembra pacifico che tale ricorso debba considerarsi escluso con riferimento a tutti quei diritti a favore dei quali il legislatore abbia previsto, nel libro IV o in leggi processuali civili, procedimenti sommari tipici destinati a concludersi, quantomeno in una prima fase, con un provvedimento sommario esecutivo.

Concludendo, il limite derivante dall'espressione esaminata vale ad escludere l'ammissibilità dell'art. 700 solo con riferimento a quei diritti che possono essere fatti valere o tramite un procedimento speciale sommario o comunque destinato a concludersi con un provvedimento sommario esecutivo (*ope legis*, oppure *ope iudicis* in ipotesi di pericolo nel ritardo); oppure tramite un procedimento a cognizione piena caratterizzato, però, da una fase sommaria urgente

che consente l'anticipazione di tutti, o di taluni effetti della decisione di merito: l'applicabilità dell'art. 700 quindi non è esclusa dal generico richiamo ai procedimenti speciali di cui agli artt. 633-805, ma solo a seguito di una attenta indagine analitica dei singoli procedimenti.

C) L'ambito applicativo dell'art. 700 è individuato, infine, dal riferimento al «diritto» fatto valere in via ordinaria: il significato dell'espressione si coglie agevolmente per contrapposizione con le espressioni «interesse semplice» (o di fatto, non giuridicamente protetto) e «interesse legittimo».

L'esclusione dell'interesse semplice dalla tutela cautelare ex art. 700 non pone particolari problemi, mentre assai più problematica è l'esclusione di tutte quelle situazioni soggettive, qualificabili come «interessi legittimi», rispetto alle quali la tutela cautelare ottenibile con la sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo (così come prevista dall'originario testo dell'art. 21, ult. comma, l. 1034/71) si presentava come inidonea a cautelare l'istante da un diverso *periculum in mora*, che pur assurga agli estremi dell'irreparabilità.

Si era posto, pertanto, negli anni precedenti, il problema dell'utilizzabilità dei provvedimenti d'urgenza per tutelare diritti rimessi alle giurisdizioni speciali, ed era stata tentata la scissione della giurisdizione cautelare dalla giurisdizione di merito allo scopo di consentire al pretore l'emanazione di provvedimenti d'urgenza soprattutto in materie rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il problema è stato risolto dall'importante sentenza additiva n. 190/85 Corte cost. e dalla l. 205/2000 che, modificando l'art. 21, l. 1034/71 istitutiva dei T.a.r., ha esteso al processo amministrativo la disposizione dell'art. 700.

Le conferme dell'orientamento secondo cui ove il diritto sia devoluto alla giurisdizione di un giudice speciale, costui (e non il giudice ordinario) sia competente al rilascio del provvedimento urgente ex art. 700, vengono oggi sia dall'art. 47 del decreto legislativo 31/1/92 n. 546 relativo alla sospensione dell'atto tributario sia, esplicitamente, dall'art. 669-ter e quater (v. *infra* 6.2) secondo cui in questi casi il giudice ordinario difetta sicuramente di giurisdizione.

#### 5.5.6. Il requisito della «irreparabilità» del pregiudizio

5.5.6.1. *Analisi della dottrina.* - Il requisito dell'irreparabilità del pregiudizio costituisce il nodo teorico e pratico principale posto dall'art. 700.

La misura cautelare in esame, quasi a contropartita del fatto di non aver tipizzato il *periculum in mora*, richiede che il danno verificabile durante lo svolgimento del processo ordinario assurga agli estremi della irreparabilità: la scelta appare corretta a fronte della garanzia costituzionale della effettività della tutela giurisdizionale, in base alla quale la tutela cautelare assume carattere «essenziale ed ineliminabile» se diretta a neutralizzare un *periculum* che assurga agli estremi anzidetti (va precisato che ciò non esclude affatto che il legislatore, nella sua discrezionalità, possa prevedere misure tipiche che siano dirette a cautelare contro *pericula* gravi, ma non irreparabili: si pensi in gran parte al sequestro giudiziario e alle denunce).

In dottrina sono state avanzate tre ipotesi principali relative all'individuazione di criteri idonei ad indicare quando il pregiudizio assurga al grado di irreparabilità:

A) Secondo la tesi (quantomeno apparentemente) più restrittiva sostenuta dal Satta, solo i diritti assoluti (o, secondo altra terminologia, le situazioni giuridiche finali) potrebbero subire, in caso di violazione o di minaccia di violazione, un pregiudizio irreparabile, perché solo con riferimento a diritti di tale specie il soggetto attivo può vantare un potere immediato sul bene, già costituito prima del processo.

Al contrario il requisito della irreparabilità difetterebbe, per definizione, con riferimento ai diritti di credito o alle azioni costitutive: non preesistendo al processo un potere immediato sul bene da parte del titolare, e sorgendo tale potere solo a seguito della prestazione dell'obbligato o dell'emanazione della sentenza costitutiva, con riferimento a tali diritti la durata del processo non potrebbe mai, per definizione, compromettere il godimento di un bene.

Senza entrare nel merito di questa ricostruzione che affonda le sue radici in assai discusse posizioni di teoria generale del diritto (la contrapposizione tra situazioni giuridiche finali e strumentali; la negazione che oggetto del diritto di credito sia un bene; il riconoscimento della qualifica di diritto soggettivo solo ai diritti assoluti), è sufficiente limitarsi ad osservare che la rivalutazione dei profili personalistici (art. 2 Cost.) e comunque della funzione non patrimoniale propria di molti diritti di credito (si pensi per tutti al diritto alla retribuzione ex art. 36 Cost. e ai diritti obbligatori funzionali alla tutela della salute ex art. 32 Cost.) ha limitato di molto la portata restrittiva della teoria in esame. Tale teoria oggi è utilizzata proprio allo scopo di munire di tutela giurisdizionale urgente diritti assoluti di nuova emersione quali i diritti della personalità e i diritti di libertà, in relazione ai quali, essendo caratterizzati da un potere immediato del titolare sul bene (ancorché immateriale), l'impossibilità di goderne per tutto il tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria determinerebbe un pregiudizio irreparabile.

B) Secondo la teoria sostenuta da Montesano si sarebbe in presenza di un pregiudizio irreparabile «ogni qual volta nelle inevitabili more del giudizio di merito, l'attore non possa servirsi di alcun rimedio sufficientemente efficace contro la situazione di inferiorità che gli deriva dal danno minacciato»: tale situazione non coincide affatto con la mancata risarcibilità del danno in senso assoluto (cioè non risarcibilità per equivalente monetario) o con l'impossibilità di eliminazione in senso assoluto della conseguenze della violazione.

Tale definizione di irreparabilità rende tutelabili in via cautelare ex art. 700 solo i diritti che abbiano ad oggetto o tendano a conseguire un bene infungibile, cioè reperibile solo tramite l'adempimento dell'obbligato: infatti «quando il bene è fungibile non può mai escludersi la possibilità di procurarsi un altro ed equivalente mezzo di soddisfazione dell'interesse minacciato».

Le critiche mosse a questa tesi vertono in particolar modo sul carattere storico e relativo della nozione di infungibilità che trascura completamente il fatto che beni aventi contenuto patrimoniale (es. danaro) possono assolvere anche ad una funzione non patrimoniale: i criteri di determinazione della irreparabilità ne risultano estremamente ristretti, anche perché si parte dal presupposto che il danno deve incombere sul diritto e non su altri settori dell'attività del soggetto passivo.

C) L'ultima teoria è quella sostenuta da Andrioli, che si caratterizza per il fatto di essere una ricostruzione estremamente empirica: è di grande interesse in quanto è l'unica idonea a dare una giustificazione sistematica a grossi ed indiscussi filoni giurisprudenziali che applicavano, ed applicano, l'art. 700 ai settori della concorrenza sleale, del contratto d'appalto, delle società.

In base a questa tesi, è irreparabile il pregiudizio:

qualora non sia suscettibile di reintegrazione in forma specifica né risarcibile, vuoi perché non è patrimonialmente valutabile, vuoi per la mancanza del requisito soggettivo del torto risarcibile;

ogni qual volta a causa della durata del processo si possa determinare uno scarto tra gli effetti della decisione di merito e la soddisfazione integrale sia pure per equivalente, e tale scarto (causato dalla difficile determinabilità ex artt. 1223, 1225 e 1226 c.c. del danno effettivo causato dal permanere della violazione, e quindi dello stato di insoddisfazione, durante tutto il corso del giudizio di merito) sia tale da superare il limite della normale tollerabilità con riferimento al singolo diritto;

ogni qual volta dalla stessa fattispecie costitutiva del diritto di credito derivi la funzione non patrimoniale ovvero la specifica destinazione del diritto a far fronte allo stato di bisogno del creditore (è il caso disciplinato dagli artt. 446 c.c. relativo al diritto agli alimenti e 36 Cost. relativo al diritto alla retribuzione).

5.5.6.2. *La necessità di recuperare l'importanza della persona del titolare del diritto.* - Il dibattito relativo all'individuazione dei criteri tramite i quali dare significato alla equivoca espressione «irreparabilità del pregiudizio», oggi deve necessariamente muovere dal rilievo centrale della persona, quale soggetto titolare dei singoli diritti.

L'irreparabilità deve essere individuata con riferimento alla persona e non al diritto: finché, restando ancorati alla lettera dell'art. 700, l'irreparabilità è considerata con esclusivo riferimento al diritto e non, anche e prima, alla persona titolare del diritto per il tramite della funzione che il diritto istituzionalmente, o in concreto, è destinato ad assolvere, tutti i criteri elaborati ed elaborabili saranno incapaci di porsi a quel livello di effettività in cui la misura cautelare dei provvedimenti d'urgenza per definizione si pone.

Una volta postisi in tale ottica, diviene relativamente agevole indicare delle linee ragionevoli che permettano di individuare il requisito della irreparabilità:

a) non è causa di un pregiudizio irreparabile la violazione o la minaccia di violazione di un diritto avente funzione patrimoniale; unica eccezione a quanto ora detto si ha in ipotesi di pericolo da insolvenza (v. *retro* 3.3);

b) è irreparabile il pregiudizio derivante dalla violazione o dalla minaccia di violazione di un diritto a contenuto e funzione non patrimoniale, quali i diritti della personalità (diritto al nome, alla riservatezza, al segreto epistolare, all'identità personale, all'immagine, all'onore, ecc.) e le libertà costituzionalmente protette (diritto dei genitori ad educare i figli, diritto alla libera manifestazione del pensiero e accesso alle trasmissioni radiotelevisive, diritto alla salute, ecc.);

c) è irreparabile il pregiudizio derivante dalla violazione o dalla minaccia della violazione di diritti a contenuto patrimoniale, ma a funzione non patrimoniale: anche in questo caso il permanere del diritto in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per l'emanazione di una sentenza al termine di un processo a cognizione piena è causa di un pregiudizio per definizione irreparabile in quanto il titolare non potrebbe godere della situazione di libertà o non potrebbe soddisfare bisogni primari, non altrimenti soddisfatti. Si pensi per tutti ai crediti di mantenimento, al diritto del lavoratore illegittimamente licenziato o trasferito ad essere reintegrato nel posto di lavoro, al diritto alla fruizione di un servizio pubblico essenziale gestito in regime di concessione o di monopolio, ai crediti dell'imprenditore ove questi rischi l'insolvenza, al diritto alla stipula o al ripristino del contratto di locazione in situazione di penuria di alloggi, ecc.

d) È inoltre da considerare l'ipotesi in cui, pur essendo in presenza di un diritto a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale, lo scarto tra danno subito (anche a causa del protrarsi della violazione durante il giudizio di merito) e danno risarcito sia eccessivo: questa è sostanzialmente l'ipotesi ricostruttiva proposta da Andrioli soprattutto per le ipotesi di concorrenza sleale, appalto e per la materia societaria.

e) Alle tre ipotesi di irreparabilità *sub* b) c) d), se ne aggiunge un'altra che ha giocato un ruolo tutto particolare in giurisprudenza: si tratta dell'ipotesi in cui il titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento abbia urgenza di vincere la resistenza possessoria altrui per godere di una facoltà riconosciutagli dalla legge o dal contratto, e non sussistano i presupposti per la tutela possessoria (esempi sono: il diritto ad accedere sul fondo del vicino ex art. 843 c.c.; il diritto del conduttore alla manutenzione dell'immobile locato ovvero alla attivazione dell'impianto centralizzato di riscaldamento; il diritto del locatore di far visitare l'appartamento da parte di terzi in prossimità della scadenza del contratto di locazione).

La giurisprudenza ha ritenuto applicabile in questi casi l'art. 700, per analogia con le ipotesi in cui il legislatore ha subordinato il sorgere di un diritto (di una facoltà o di un frammento del diritto) al requisito dell'urgenza: chiarissimo è il caso descritto dall'art. 1583 c.c. che subordina il diritto del locatore di effettuare riparazioni che comportino privazione del godimento di parte della cosa locata alla indifferibilità delle riparazioni stesse al termine del contratto; considerazioni analoghe valgono per l'art. 915 c.c. (qui il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris* finiscono, quanto meno parzialmente, per coincidere, e la valutazione in ordine alla ammissibilità del ricorso alla tutela urgente ex art. 700 sembra essere sottratta all'esercizio del potere discrezionale del giudice ed al contrario effettuata direttamente dal legislatore nel momento in cui subordina il sorgere del diritto al requisito dell'urgenza).

Nonostante qualche dubbio sulla irreparabilità del pregiudizio (sarebbe più esatto parlare di finzione di irreparabilità), non si può non prendere coscienza dell'opportunità che, a livello pratico, le situazioni soggettive indicate *sub* e) trovino tutela mediante le formalità semplificate dei procedimenti d'urgenza; pertanto non resta che prendere atto di questo settore in cui l'art. 700

si espande, ancorché tale fenomeno non trovi possibilità di giustificazione a livello teorico.

#### 5.5.7. *La pericolosità dell'art. 700*

Sebbene la misura cautelare atipica dell'art. 700 svolga non di rado l'importantissimo compito di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale a tutta una serie variegata di situazioni soggettive che abbisognano per definizione di tutela urgente, non può essere nascosta la pericolosità intrinseca alle ipotesi in cui l'attuazione dei provvedimenti d'urgenza determini una situazione che *di fatto* risulta irreversibile: mi riferisco a tutte quelle ipotesi in cui la modifica o la revoca del provvedimento interverrebbe quando si è realizzata una situazione di fatto per la cui eliminazione sono necessarie azioni recuperatorie di esito incerto, o azioni risarcitorie che, consistendo in una reintegrazione per equivalente, risultano inadeguate anche nel caso in cui vadano ad effetto.

Una tipica ipotesi in cui il provvedimento d'urgenza ex art. 700 è causa di un (eventuale) pregiudizio irreversibile è quella dei diritti di libertà che comprimano una libertà altrui: tale irreversibilità è aggravata qualora l'istante risulti impossidente non potendosi applicare la disposizione dell'art. 96.

A mio avviso l'esatta percezione della pericolosità propria della tutela cautelare in genere, e dei provvedimenti di urgenza con effetti di fatto irreversibili o difficilmente reversibili in specie, non può in alcun modo indurre a restringerne i requisiti di ammissibilità o a subordinarne l'efficacia alla prestazione di cauzioni inesigibili da chi chiede tutela, stante le condizioni economiche in cui il soggetto versa.

Al contrario la consapevolezza della pericolosità intrinseca all'emanazione di siffatti provvedimenti d'urgenza deve influire sul giudice nel senso:

- 1) di non imporre cauzione a danno dei non abbienti;
- 2) di ridurre la superficialità della cognizione in modo da limitare, di fatto, la possibilità di ribaltamento del giudizio nel processo a cognizione piena (oggi l'art. 669-terdecies impone un controllo maggiore);
- 3) di valutare comparativamente il danno che subirebbe l'istante dalla mancata concessione del provvedimento d'urgenza e il danno che subirebbe la controparte dalla sua concessione; ferma restando la necessità che il danno paventato dall'istante assurga agli estremi della irreparabilità, si dovrebbe concedere il provvedimento: 3a) sempre, nelle ipotesi in cui a fronte di un diritto dell'istante a contenuto esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale vi sia un diritto della controparte a contenuto esclusivamente o prevalentemente patrimoniale; 3b) solo quando il danno dell'istante sia maggiore di quello della controparte, ove entrambi siano a contenuto e/o funzione non patrimoniale o a contenuto prevalentemente patrimoniale;
- 4) ove possibile, di modellare il contenuto del provvedimento d'urgenza in modo tale da neutralizzare il pregiudizio irreparabile dell'istante limitando, però, al minimo il rischio della irreversibilità dei suoi effetti: ciò è possibile oltre che tramite il ricorso alla controcautela delle cauzioni (sempreché le condi-

zioni economiche dell'istante lo permettano) anche mediante l'anticipazione solo parziale di quanto richiesto (ad es. dei soli interessi e non del capitale);

5) utilizzare, semmai, la dichiarazione giurata dell'avvocato (v. l'istituto dell'*affidavit* di origine anglosassone).

#### 5.5.8. Il requisito dell'«imminenza» del pregiudizio

Il requisito dell'imminenza del pregiudizio, da sempre considerato di agevole qualificazione, non ha mai determinato una limitazione dell'ambito di operatività dell'istituto in esame.

In base ad esso, il provvedimento d'urgenza ex art. 700 può essere chiesto non solo quando l'evento dannoso si sia già verificato, ma anche quando esso sia solamente imminente (i limiti di individuazione di tale requisito sono rimessi alla prudente valutazione del magistrato).

Letto in quest'ottica, il riferimento a tale requisito diviene:

– da una parte, esplicita affermazione della ammissibilità dell'istituto in esame ad assicurare una tutela sommaria urgente preventiva (inibitoria), ponendo il provvedimento assolvere non solo la funzione repressiva di eliminare gli effetti dannosi della violazione già effettuata, ma assolvere anche la funzione preventiva di impedire che la violazione minacciata sia compiuta o comunque di impedirne la continuazione;

– dall'altra, esso gioca un ruolo non secondario in ordine all'ammissibilità o meno della tutela inibitoria in via generale nell'ambito del nostro ordinamento: per coerenza sistematica, infatti, tale forma di tutela oltre che a livello di tutela cautelare dovrebbe essere ammessa *a fortiori* anche a livello di cognizione piena.

Sul piano pratico, il requisito dell'imminenza ha un ruolo concreto solo nelle ipotesi in cui l'art. 700 sia stato azionato dopo che è decorso molto tempo dal momento della violazione: a rigore l'operatività della norma *de qua* dovrebbe essere esclusa per mancanza del requisito dell'imminenza; ma in senso contrario si sono pronunciati taluni giudici facendo riferimento all'esigenza di garantire la libertà di scelta del titolare circa il momento in cui agire in giudizio; il giudice non può infatti sostituirsi alla parte in questo suo potere che sembra essere espressione di quella libertà che costituisce l'essenza del diritto soggettivo.

#### 5.5.9. Il contenuto dei provvedimenti d'urgenza

Il contenuto del provvedimento ex art. 700 è individuato unicamente sulla base delle sue idoneità ad assicurare, secondo le circostanze, provvisoriamente, gli effetti della decisione sul merito: questa constatazione rende obbligata la soluzione secondo cui il contenuto del provvedimento può avere tanto carattere conservativo quanto carattere anticipatorio; il pregiudizio da neutralizzare può, infatti, consistere tanto in modificazioni della situazione di fatto su cui la decisione di merito deve manifestare i suoi effetti (*periculum* da infruttuosità pratica del provvedimento principale), quanto nel protrarsi della violazione per tutto il tempo del processo ordinario a cognizione piena (*periculum* da tardività).

È da rilevare, però, che nel nostro ordinamento il settore della tutela cautelare conservativa è coperto in modo molto ampio da misure cautelari tipiche, per cui la necessità di ottenere un provvedimento ex art. 700 si avverterà più spesso con riferimento al pericolo da tardività del provvedimento principale, essendo assai limitati, nell'ordinamento, i procedimenti cautelari tipici tendenti a neutralizzarlo.

Ci si è chiesti inoltre se oggetto di un procedimento d'urgenza potesse essere anche il mero accertamento; più precisamente se, nell'ipotesi in cui il provvedimento d'urgenza assolva una funzione anticipatoria, qualsiasi effetto della decisione di merito possa essere o no, in tutto o in parte a seconda delle circostanze, anticipato (sempreché sussista il requisito della irreparabilità del pregiudizio).

Le perplessità sono state sollevate in base alla presunta inconciliabilità dell'accertamento del diritto con la provvisorietà della misura cautelare. Di contro, da altri viene evidenziato che la 'certezza provvisoria' del provvedimento d'urgenza è fonte di una qualche utilità per il titolare del diritto, in quanto riduce il danno causato dal mero vanto o dalla contestazione altrui; e che la violazione del provvedimento d'urgenza che ha ad oggetto il mero accertamento, potendo incidere sul piano del dolo della controparte, rileva ai fini della definitiva liquidazione del danno ex art. 1225 c.c., ecc.

Diverso è invece il problema relativo all'ammissibilità o no di provvedimenti d'urgenza che abbiano come contenuto la condanna all'adempimento di obblighi di *non fare* o di *fare infungibili*. Il problema è strettamente correlato a quello relativo alle modalità di attuazione di provvedimenti di tale specie e alla ammissibilità o no di una tutela di condanna inibitoria come figura generale, entro l'ordinamento: va ricordato comunque che la prassi interpretativa ed applicativa dell'art. 700 sembra assolutamente pacifica nel senso di ammettere l'emaneazione di provvedimenti di condanna a contenuto inibitorio indipendentemente dalla possibilità o no di dar loro attuazione; e che d'altra parte l'art. 388, 2° comma, c.p., incriminando anche l'elusione di un provvedimento cautelare, può essere utilizzato come misura coercitiva tendente ad incidere sulla volontà dell'obbligato affinché adempia spontaneamente: in questo modo tramite il provvedimento cautelare ex art. 700 si può (eventualmente) ottenere una tutela più incisiva di quella assicurata dalla sentenza a cognizione piena.

Una questione particolarmente delicata è se si possa disapplicare una norma di legge ordinaria costituzionalmente illegittima in via d'urgenza, cioè prima della sentenza a cognizione piena emanata a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale: la soluzione del problema non può prescindere da esigenze di effettività della tutela giurisdizionale; dall'assolutezza del poterdovere del giudice di non applicare la legge ordinaria di sospetta costituzionalità, pena il pregiudizio della sua indipendenza; dalla compatibilità di un sistema di controllo accentrato con la possibilità di un controllo *incidenter* della questione di costituzionalità, quando l'investitura della Corte costituzionale non può aversi (ad es. perché la questione di costituzionalità concerne un provvedimento amministrativo).

A mio avviso la soluzione più equilibrata è quella che induce a ritenere:

a) che il giudice adito *ante causam* possa solo concedere i provvedimenti d'urgenza previa disapplicazione della norma ordinaria illegittima, e non invece provvedere direttamente alla rimessione alla Corte costituzionale o disporre che sia il giudice della causa di merito ad effettuare la rimessione *in limine litis*;

b) che in tale caso unico giudice competente a rimettere la questione di legittimità è il giudice innanzi al quale è instaurata la causa di merito;

c) che in caso di richiesta in corso di causa, il giudice monocratico di tribunale è competente sia ad emettere il provvedimento d'urgenza sia a sollevare la questione di costituzionalità.

#### 5.5.10. La tutela dei c.d. diritti di libertà

Con l'espressione diritti di libertà ci si riferisce a quel complesso di diritti fondamentali che hanno trovato diretto o indiretto riconoscimento soprattutto nella Costituzione, i quali:

– *quanto a struttura*, sono caratterizzati dal fatto che il loro godimento è assicurato da obblighi negativi di *non fare* gravanti su tutti o su alcuni membri della collettività (e come tali mai suscettibili di attuazione tramite la tecnica dell'esecuzione forzata stante l'infungibilità propria dell'obbligo di non fare) e il carattere preventivo-inibitorio che assume qualsiasi condanna a non fare); ovvero, ove si tratti di libertà sostanziali, dal fatto che il loro godimento è assicurato solo per il tramite di una obbligazione positiva di dare o di fare altrui, molto spesso infungibile o di difficile surrogazione da parte di un terzo, difficoltà dovuta ad ostacoli di ordine quantitativo e qualitativo;

– *quanto a funzione*, hanno carattere non patrimoniale: ciò significa che tali diritti sono, per definizione, destinati a subire un pregiudizio irreparabile, perché non suscettibile di risarcimento nella forma dell'equivalente monetario, ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena.

La tutela offerta dal processo ordinario ai diritti di libertà è per definizione inadeguata in quanto normalmente interviene solo dopo che la violazione è stata già effettuata e continuata nel tempo: quindi per i diritti di libertà la via ordinaria di tutela giurisdizionale è, o dovrebbe essere, la tutela sommaria urgente, ovvero una tecnica che prevenga la violazione minacciata o intervenga nell'immediatezza della violazione, in modo da impedirne la continuazione.

Restano da fare due rilievi conclusivi.

Proprio nel settore dei c.d. diritti di libertà la disciplina sostanziale, quanto meno a livello di fonti scritte, è spesso estremamente lacunosa: ciò comporta la rimessione all'interprete del compito assai delicato della risoluzione degli eventuali conflitti sorti tra i vari diritti di libertà e quindi la individuazione dei limiti di ciascuna libertà in ragione della esigenza di assicurare il godimento delle altre: si pensi ai conflitti tra libertà di iniziativa imprenditoriale e libertà sindacale o diritto di sciopero; tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto alla riservatezza, all'immagine, al rispetto dell'identità perso-

nale; fra diritto all'informazione e diritto ad informare; tra diritto alla soddisfazione dei bisogni primari e autonomia privata; ecc.

Il secondo rilievo consiste, poi, nella presa di coscienza della potenzialità espansiva, senza limiti, del settore dei diritti fondamentali di libertà a seguito del ruolo centrale assunto dalla persona nell'ambito del nostro ordinamento (vedi art. 2 Cost.).

Tutto ciò mette in evidenza la pericolosità della tutela giurisdizionale dei diritti di libertà in un contesto in cui la legislazione sostanziale non individua con chiarezza l'ambito effettivo di ciascuna libertà né quale sia il nucleo forte della libertà altrui, non suscettibile di compressione.

Nonostante questa presa di coscienza, non può essere esclusa o limitata l'ammissibilità del ricorso all'art. 700, poiché la pericolosità cui si accennava concerne non solo la tutela sommaria, ma anche la cognizione piena (è certo però che l'estensione applicativa dell'art. 700 renderebbe opportuno un intervento legislativo volto a tipicizzare il provvedimento a tutela dei diritti di libertà, sulla falsariga di quanto effettuato dall'art. 28 l. 300/70 riguardo alla libertà sindacale o dall'art. 44 d. lg. 286/1998 riguardo alle discriminazioni razziali, etniche ecc.).

## 6. La disciplina dei procedimenti cautelari in generale

### 6.1. PREMESSA

Sino all'emanazione della l. 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile), legge entrata per questa parte in vigore il 1° gennaio 1993, la disciplina procedurale dei procedimenti cautelari era caratterizzata da una situazione che non è eccessivo qualificare di vero e proprio caos normativo. In particolare essa era carente perché inadeguata a delineare una disciplina del procedimento cautelare che – ferma restando la sua sommarietà – fissasse poche, ma certe regole del gioco, quali soprattutto: la garanzia del giudice naturale; il principio del contraddittorio; il coordinamento della misura cautelare con la cognizione piena nel senso della costante prevalenza di quest'ultima; la garanzia del diritto di difesa del destinatario passivo della misura cautelare, cioè la possibilità di provocarne un controllo immediato da parte di un giudice diverso.

La situazione del nostro diritto positivo era caratterizzata dal proliferare di modelli procedurali diversi, quasi sempre dalla disciplina estremamente lacunosa e come tale bisognosa di difficili integrazioni a livello ermeneutico.

In attesa di una riscrittura politica dell'intero settore dei contenuti tipici e atipici dei provvedimenti sommari giustificati da ragioni di urgenza (cioè di effettività della tutela), la l. 353/1990 ha dettato una disciplina unitaria del procedimento cautelare in generale.

Seguendo la tecnica della novellazione l'art. 74 della l. n. 353/1990 – dopo aver disposto che le sezioni I, II, III e IV (relative rispettivamente ai sequestri, ai procedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto, ai pro-