

IL GIUSTO PROCESSO CAUTELARE

ANALISI DELLA COGNIZIONE CAUTELARE

PAOLO DELLA VEDOVA

PAOLO DELLA VEDOVA

**IL GIUSTO PROCESSO CAUTELARE**  
ANALISI DELLA COGNIZIONE CAUTELARE

A.D.I.  
ASSOCIAZIONE PER IL DIRITTO INCLUSIVO

Ad esempio nel modo di trattazione delle cause in udienza, che in Italia – come tutti sanno – somiglia ben poco a quanto descritto negli articoli del codice di procedura civile...

(Claudio Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) ed il rapporto giuridico processuale*), Torino, 2017, pag.10

**2016 -PAOLO DELLA VEDOVA.**  
**EDIZIONE DIGITALE DELL'AUTORE**

ISBN 979-12-200-3127-1



9 791220 031271

**IL GIUSTO PROCESSO CAUTELARE**  
**ANALISI DELLA COGNIZIONE CAUTELARE**

**1) LA TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA DEL PROCESSO CIVILE**

- 1.1) L'AMBITO NORMATIVO PRECEDENTE LE RIFORME*
- 1.2) LA TUTELA CAUTELARE DOPO LE RIFORME*
- 1.3) LA CAUTELA ANTICIPATORIA*
- 1.4) I PROVVEDIMENTI ANTICIPATORI*
- 1.5) DENUNZIA DI NUOVA OPERA O DANNO TEMUTO. LA STRUMENTALITÀ DIFFERENZIATA*
  - 1.6) L'ART. 700 C.P.C.*
  - 1.7) LA TUTELA CAUTELARE ALTERNATIVA*

**2) IL PROCEDIMENTO CAUTELARE**

L'INTRODUZIONE

- 2.1) L'INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO CAUTELARE*
- 2.2) LA STRUTTURA DELLA DOMANDA CAUTELARE*
- 2.3) LE PATOLOGIE DELLA DOMANDA DI CAUTELA*

LA COMPETENZA

- 2.4) LA DISCIPLINA*
- 2.5) ULTERIORI QUESTIONI*
- 2.6) LA COMPETENZA IN CORSO DI CAUSA*
- 2.7) L'INCOMPETENZA DEL MERITO*
- 2.8) COMPETENZA CAUTELARE ED ARBITRATO*

IL GIUDIZIO

- 2.9) IL PROCEDIMENTO*
- 2.10) LA COGNIZIONE*
- 2.11) IL RITO CAUTELARE MULTIPARTI. L'INTERVENTO DEL TERZO*
  - IL PROVVEDIMENTO NEGATIVO
  - 2.12) EFFETTI DEL PROVVEDIMENTO NEGATIVO*
  - IL PROVVEDIMENTO DI ACCOGLIMENTO
  - 2.13) LA DISCIPLINA DEI PROVVEDIMENTI AFFERMATIVI*
    - L'INEFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO
    - 2.14) LA DISCIPLINA DELL'INEFFICACIA*
  - 2.15) LA MANCATA INSTAURAZIONE DEL GIUDIZIO DI MERITO*
  - 2.16) CAUTELA ED INSTAURAZIONE DEL GIUDIZIO ARBITRALE*
- 2.17) LE VICENDE ANOMALE. COGNIZIONE INCIDENTALI. IL TRASFERIMENTO DELL'AZIONE CIVILE IN SEDE PENALE*
  - 2.18) ALTRE VICENDE DELL'INEFFICACIA*
  - 2.19) LA DECLARATORIA DI INESISTENZA DEL DIRITTO CAUTELATO*
  - 2.20) LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA*
  - 2.21) LE DISPOSIZIONI DI RIPRISTINO*
- 2.22) LA REVOCA E LA MODIFICA NEL PROCEDIMENTO DI INEFFICACIA*
  - I RIMEDI
  - 2.23) LA REVOCA E LA MODIFICA DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE*
  - 2.24) CONCORSO TRA I RIMEDI*
  - 2.25) IL RECLAMO CAUTELARE*
  - 2.26) I MOTIVI ED IL PROCEDIMENTO*
  - L'AMBITO APPLICATIVO
  - 2.27) L'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA COMUNE*

**3) L'ATTUAZIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI**

- 3.1) LA DISCIPLINA GENERALE*



## 1) LA TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA DEL PROCESSO CIVILE

### 1.1) L'ambito normativo precedente le riforme

La previsione dell'insieme delle norme, costituenti il c.d. "procedimento cautelare uniforme", conseguenti alla promulgazione della novella del 1990 ed entrate in vigore effettivamente dopo cinque anni, ha rappresentato uno degli elementi di maggiore novità, all'interno del panorama assai vasto della novellazione processuale civile.<sup>1</sup>

Nel regime normativo precedente, molti erano gli aspetti di criticità del sistema cautelare, dovuti proprio all'assenza di elementi essenziali minimi, che contribuivano a raffigurarlo alla stregua di un sistema procedimentale coerente, quali, per un lato, la mancanza di regole certe, concernenti l'individuazione del giudice competente a conoscere della domanda di cautela o, per altro lato, l'incertezza e le lacune nella costituzione della effettività del contraddittorio *inter partes* od, infine, l'assenza di rimedi

---

<sup>1</sup> Sul procedimento cautelare uniforme e sulle cautele in generale, si vedano : L. P. Comoglio - C. Ferri, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, IV, pp. 963 - 981 ; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, III, pp. 57 - 108 ; A. Giusti, *La disciplina del procedimento cautelare nella riforma del processo civile*, in *Giust. civ.*, 1991, VII - VIII, pp. 379 - 400 ; E. Dalmotto, *Sul contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, in *Giur. it.*, 1993, XII, I, pp. 775 - 785 ; S. Chiarloni, *Postilla: Contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, in *Giur. it.*, 1993 XII, I, pp. 785 - 786 ; G. Frus, *Prime estensioni del procedimento cautelare uniforme e provvedimenti cautelari disciplinati dal codice civile*, in *Giur. it.*, 1994, II, I, pp. 139 - 144 ; C. Consolo, *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1994, I, pp. 309 - 337 ; Id., *Il processo cautelare: profili generali*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1996, I, pp. 345 - 358 ; F.P. Luiso, *La tutela cautelare nelle controversie agrarie secondo il nuovo procedimento cautelare uniforme*, in *Rivista di Diritto Agrario*, 1995, II, pp. 99 - 104 ; F. Cipriani, *Procedimento cautelare, regolamento di giurisdizione e riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, VIII - IX, I, pp. 1389 - 1394 ; G. Finocchiaro, *Sul nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, III, pp. 855 - 893 ; E. Merlin, *procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez.civ.*, XIV, Torino, 1996, pp. 393 - 434 ; G. Grasso, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*, in *Foro it.*, 1996, I, I, pp. 53 - 71 ; E. Vullo, *L'ambito di applicazione del nuovo procedimento cautelare uniforme*, in *Studium iuris*, 1999, I, pp. 19 - 23 ; R. Frasca, *Questioni in tema di procedimento nel processo cautelare uniforme*, in *Giur. it.*, 1999, II, pp. 446 - 460 ; D. Amadei, *Note in tema di descrizione, procedimento cautelare uniforme e violazione delle regole di distribuzione della competenza sull'istanza cautelare*, in *Giur. it.*, 1999, XII, pp. 2293 - 2296 ; A. Carrato, *Lineamenti del nuovo procedimento cautelare uniforme*, in *Rass. locazioni e condominio*, 2001, II, pp. 161 - 181 ; L. Guaglione, *La prova nel procedimento cautelare*, in *Rassegna di diritto civile*, 2002, I - II, pp. 193 - 232 ; G. Tarzia - A. Saletti, *Voce "Processo cautelare"*, in *Enc. dir.*, Appendice di Aggiornamento, 2002, pp. 840 e ss. ; G. Arieta, *Le Tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in L. Montesano - G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, III/I, Padova, 2005, pp. 5 - 44, pp. 348 e ss. ; S. Izzo, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *Dir. e giur.*, 2011, III, pp. 463 - 474 ; A. Ronco, *Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 2014, XII, pp. 2739 - 2744.

sovraordinati e concreti, avverso il provvedimento pronunciato tra le parti stesse.<sup>2</sup>

I cennati elementi di criticità apparvero ancor più evidenti, quando posti in relazione con l'impianto dei diritti fondamentali, come delineato dalla Costituzione ed, in particolare, dalla previsione del suo articolo 24, norma di fondamentale vigore espansivo.<sup>3</sup>

Tale ultima previsione, infatti, rendeva urgente la necessità di regolamentare la correlazione, di natura strumentale, tra la cautela ed il giudizio a cognizione piena, così da ricondurre la prima nell'alvo dei procedimenti di natura ancillare e diretti ad assicurare l'effettività della sentenza di carattere definitivo.<sup>4</sup>

In tale ambito, dunque, era necessario riconsiderare la materia delle cautele, riconducendola necessariamente ad una disciplina unitaria, di

---

<sup>2</sup> Su tale aspetto si vedano : A Scarpa – R- Giordano, *I procedimenti cautelari*, Padova, 2015, pp. 4 – 5; A. Saletti, *Il processo cautelare, oggi*, in *Riv.dir.proc.*, 2014, III, pp. 541 – 542 . D'altro canto, l'esigenza di una tutela cautelare uniforme, proprio è risalente, come testualmente affermava Chiovenda “Manca nella nostra legge, all'infuori dei casi specialmente regolati, una disciplina generale delle misure cautelari.....Esiste dunque anche nella nostra legge la figura generale del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso completamente al giudice di stabilirne l'opportunità e la natura”, G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, rist. anastatica della II ed., Roma, 1935, pag. 242. Sulle cautele, si veda inoltre : G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, pp. 224 – 234. All'origine della tutela cautelare, si possono richiamare, tra gli altri : A. Diana, *Le misure conservative interinali*, in *Studi , senesi*, XXVI, 1909, pp. 210 – 213, con riguardo alla “sussidiarietà” ; P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Padova, 1936, in riferimento al concetto di periculum in mora, ovvero “esistenza di un pericolo di danno giuridico, derivante dal ritardo di un provvedimento giurisdizionale definitivo”, pp. 15 – 18

<sup>3</sup> Sull'art. 24 e sulla sua vis espansiva e sulla giurisprudenza della Corte si vedano, tra gli altri : S. Satta, *Limiti di estensione dell' art. 24 della costituzione*, in *Giur. cost.*, 1971, II, pp. 577 – 582 ; AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, in N. Occhiocupo, (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1978 ; L.P. Comoglio, *Rapporti civili, Art. 24*, in G. Branca ( a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, pp. 1 – 81. Numerose le pronunce della Corte Costituzionale sul rito cautelare : Corte cost., 28/06/1985, n. 190, in *Giur. It.*, 1985, I,1, 1297, con nota di M. Nigro, *L' art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, XI, I, pp. 1297 – 1302 ed anche in *Foro it.*, 1985, I, 1881, con nota di A. Proto Pisani, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell' attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, VII - VIII, pp. 1881 – 1885 ; Corte cost., 23/06/1994, n. 253, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 659 con nota di G. Mammone, *Incostituzionalità dell' art. 669 terdecies c.p.c. e parità delle parti nel processo cautelare*, in *Giust. civ.*, 1995, III, pp. 659 – 662 ed anche in *Foro it.*, 1994, I, 2001, con nota di B. Capponi, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, in *Foro italiano*, 1994, VII - VIII, pp. 2005 – 2015 ed anche in *Giur. cost.*, 1994, 2033, con nota di G. Arieta, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. cost.*, 1994, III, pp. 2041 – 2060.

<sup>4</sup> Sul concetto di strumentalità, si vedano : E. Marinucci, *La stabilità dei provvedimenti cautelari in materia di proprietà intellettuale ed industriale alla luce del d.lgs. N. 140/2006*, in *Riv.dir. proc.*, 2007, I, pp. 101 – 122 ; E. Raimondi, *I provvedimenti cautelari e il principio di strumentalità attenuata*, in *Riv. giur. lav. e prev. Soc.* 2007, III, II, pp. 512 - 518 ; M. Pacilli, *Il vincolo di strumentalità "a doppio binario" tra tutela anticipatoria e tutela di merito nella novellazione del 2005*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2007, IV, pp. 1365 - 1380 ; U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv.dir.proc.*, 2006, IV, pp. pp. 1251 – 1272 ; L. Montesano, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv dir.proc.*, 1999, II, pp. 309 – 316.

carattere generale, che potesse concretamente applicarsi non solo ai provvedimenti cautelari, che si trovavano disciplinati all'interno del Capo III, del Titolo I del Libro IV del codice di rito civile ma anche ad ogni forma di tutela cautelare, prevista dal codice sostanziale ed anche riferibile alle cautele previste da leggi speciali.

Tale previsione generale, infatti, si sarebbe logicamente sovrapposta, sostituendola, alla precedente disciplina procedimentale che, sostanzialmente s'incentrava sulla struttura del sequestro, dei provvedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto e del provvedimento innominato, previsto dall'art. 700 c.p.c.<sup>5</sup>

Seppur in estrema sintesi, pare opportuno richiamare la disciplina di questi istituti, precedente la riforma, al fine di uno sguardo di insieme coerente e completo.

### *Sequestro*

La struttura del procedimento di sequestro appariva caratterizzarsi per uno svolgimento tripartito, ovvero attraverso una prima fase, che potremmo definire di "merito cautelare", diretta all'ottenimento dell'autorizzazione, fase da iniziarsi con lo strumento del ricorso.

A tale primo snodo ne seguiva uno successivo, caratterizzato dalla esecuzione della cautela ed, infine un terzo, avente ad oggetto il giudizio di convalida.

Per quanto atteneva all'individuazione del giudice competente a pronunciarsi sulla richiesta di sequestro, si trattava di distinguere tra la fattispecie della richiesta, formulata in pendenza della causa per il merito, da un lato, da quella della cautela richiesta *ante causam*, dall'altro.

---

<sup>5</sup> Su tali istituti, prima della riforma, si vedano, sul sequestro : A. Cerino Canova, *Convalida del sequestro anticipata rispetto al merito e disciplina dell'impugnazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1973, I, pp. 318 - 342 ; L. Manfellotto, *Conversione del sequestro conservativo immobiliare in pignoramento e nomina del giudice dell'esecuzione*, in *Temi romana*, 1975, IV - IX, pp. 285 - 295; G. Laserra, *Il sequestro conservativo come vincolo a porta aperta*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, I, pp. 76 - 116 ; A. Finocchiaro, *Il termine per instaurare il giudizio di merito di competenza di giudice diverso da quello civile ordinario come condizione dell'azione del giudizio di convalida del sequestro*, in *Giust. civ.*, 1980, I, pp. 200 - 202 ; G. Trisorio Liuzzi, *Inefficacia del sequestro e ordine di dissequestro*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, III, pp. 530 - 551 ; G. Samorì, *Sulla dichiarazione di inefficacia del sequestro*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1983, II, pp. 746 - 755 ; G. Verde, *L'istanza di sequestro in corso di causa è domanda nuova?*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, I, pp. 197 - 200.

Sulla denuncia di nuova opera : G. Franchi, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968 ; A. Nasi, *Autonomia ed unità del processo nella denuncia di danno temuto*, in *Giur. it.*, 1970, X, pp. 833 - 842 ; M. Dini, *La denuncia di danno temuto nel diritto sostanziale e processuale*, Milano, 1972, ; F. Ferina, *Denuncia di nuova opera e tempestività della domanda riconvenzionale*, in *Giur. merito*, 1983, VI, pp. 1139 - 1144 . Sul provvedimento d'urgenza : S. Satta, *Provvedimento di urgenza e rapporto di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1971, IV - V, pp. 455 - 456 ; E. Favara, *Ammissibilità del provvedimento cautelare di urgenza del pretore ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile ed assicurazione obbligatoria degli autoveicoli contro la responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 1977, I-II, II, pp. 42 - 48 ; S. La China, *Pregiudizio bilaterale e crisi del provvedimento d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, I, pp. 218 - 239 ; R. Esposito, *Revocabilità del provvedimento d'urgenza emesso ante causam*, in *Giust. civ.*, 1984, VII - VIII, pp. 2248 - 2255 ; A. Pugliese, *Modificazione e revoca del provvedimento d'urgenza*, in *Giur. merito*, 1984, VI, pp. 1064 - 1069.

Nella prima ipotesi la competenza era riconosciuta esclusivamente in capo al giudice competente per il giudizio di merito, mentre nella diversa fattispecie della cautela precedente l'instaurazione di tale ultimo giudizio, il giudice veniva individuato sulla scorta delle indicazioni di cui all'art. 672 c.p.c.<sup>6</sup>

La parte che avesse ottenuto un sequestro *ante causam* si trovava nella necessità di introdurre, nei quindici giorni dalla pronuncia del provvedimento autorizzativo, sia il giudizio di convalida, che il giudizio di merito, e ciò, come detto, in ossequio alla tripartizione procedimentale che caratterizzava tale giudizio.

E' opportuno porre in rilievo come il carattere della strumentalità permeasse profondamente il procedimento stesso, al punto che, seppur verificata l'esistenza delle condizioni per la pronuncia della cautela nella fase preliminare, tali condizioni avrebbero dovuto permanere nel giudizio di convalida ed in tale fase venirne riscontrata l'esistenza.

A mente dell'art. 680 c.p.c., dunque, il sequestrante era onerato dell'instaurazione del giudizio di convalida, unitamente a quello per il merito, avanti al giudice competente per quest'ultimo giudizio, benché il successivo art. 682 consentisse al giudice di decidere prima le questioni relative alla convalida, qualora la trattazione del merito richiedesse una "lunga istruzione".<sup>7</sup>

Tale possibilità di esame separato, nondimeno, aveva sostanzialmente ad oggetto l'esistenza delle condizioni per la pronuncia del sequestro, e ciò normalmente attraverso un'attività deliberativa del diritto, integrante la domanda di merito, per quanto il successivo giudizio di merito consentisse egualmente una sorta di riesame e di verifica di ciò che si era accertato e stabilito nella fase sommaria, consentendo alla parte una eventuale e più approfondita attività di stimolo alla cognizione del giudice.

Vi è da aggiungere, infine, che il codice di rito civile prevedeva una disciplina particolare per i casi d'inefficacia del sequestro, laddove si elencavano le fattispecie che avrebbero determinato tale rilevante effetto.

---

<sup>6</sup> Il testo della norma era il seguente : "L'istanza di sequestro si propone con ricorso al pretore o al presidente del tribunale competente a conoscere del merito, oppure al pretore o al presidente del tribunale competente per valore del luogo in cui il sequestro deve essere eseguito.

Se competente per la causa di merito è il conciliatore, l'istanza si propone al pretore.

Se competente a conoscere del merito per ragione di materia non è il giudice civile ordinario, l'istanza di sequestro si propone al pretore o al presidente del tribunale competente per valore del luogo in cui il sequestro deve essere eseguito, salvo le diverse disposizioni della legge.

Il giudice, assunte, quando occorre sommarie informazioni, provvede con decreto motivato se trattasi di sequestro conservativo, ovvero di sequestro giudiziario che abbia per oggetto cose mobili; se trattasi invece di sequestro giudiziario avente per oggetto cose immobili, ovvero aziende o altre universalità di beni, provvede con ordinanza, dopo aver sentite le parti, salvi i casi di eccezionale urgenza o di pericolo nel ritardo nei quali può provvedere con decreto motivato". La norma *de qua* venne abrogata a partire dal 1° gennaio 1993, secondo quanto disposto dall'art. 89, L. 353/1990.

<sup>7</sup> Entrambe le norme, ovvero gli artt. 680 e 682, sono stati abrogate con effetto dal 1 Gennaio 1993

In particolare, il sequestro perdeva efficacia a) se il sequestrante non osservava le disposizioni in materia di convalida del sequestro precedente la causa del merito od in corso di causa, b) qualora l'istanza di convalida fosse rigettata con sentenza passata in giudicato o c) se il giudizio di merito si fosse estinto per qualunque causa.

Non solo, ma si riteneva che il sequestro perdesse la sua efficacia, qualora con sentenza passata in giudicato, fosse stato dichiarato inesistente il diritto cautelato, con ciò giungendo il legislatore, una volta di più, a porre l'accento ed a ritenere prevalente la **strumentalità**, tipica delle misure cautelari, quali appunto il sequestro.

### *Denuncia di nuova opera o danno temuto. Art. 700 c.p.c.*

Atteso che abbiamo richiamato, poco sopra, anche altri procedimenti cautelari, ovvero le denunce di nuova opera e di danno temuto - i cosiddetti procedimenti nunciatori - ed i provvedimenti d'urgenza varrà, la pena soffermarsi, seppur brevemente, sulla loro disciplina, precedente a quella che caratterizza il giudizio cautelare uniforme.

La struttura procedimentale di tali giudizi era speculare e diversa da quella che abbiamo esaminato per il provvedimento di sequestro.

Sia per ciò che riguardava la denuncia di nuova opera, di cui all'art. 1171 c.c., che per quella di danno temuto, di cui al successivo articolo 1172 c.c., la fase strettamente cautelare, conseguente all'iniziativa del denunciante, si palesava scollegata ed autonoma, rispetto alla successiva fase di merito, la quale ultima era concretamente diretta all'accertamento del diritto che la parte assumeva minacciato.

Lo stesso si può dire del procedimento di cui all'art. 700 c.p.c., così che il giudizio strettamente cautelare, sia nell'una fattispecie che nell'altra, si concludeva con la pronuncia di una ordinanza, sostanzialmente non rimediabile né impugnabile, residuando l'unica possibilità di *revisio* nella revoca o nella modifica, la cui pronuncia era riservata al giudice della emessa cautela.

Alla base di tale disciplina si situava, ovviamente, il principio per il quale, trattandosi di provvedimenti inidonei al giudicato, certo non potevano, questi ultimi, formare l'oggetto di alcuna impugnazione.<sup>8</sup>

Appare evidente, dunque, dall'esame seppur conciso della struttura dei procedimenti cautelari precedenti l'introduzione del procedimento cautelare uniforme, come, sebbene con differenti modalità attuative, la stretta relazione intercorrente tra fase cautelare, strettamente intesa, e successivo giudizio di merito (peraltro mutata certo nel procedimento uniforme ma non in modo così radicale) consentisse di attribuire alla cautela una funzione in sé accertativa del diritto, come successivamente, sebbene in parte e con riguardo alle cautele cosiddette "anticipatorie", si sarebbe poi verificato.

#### *1.2) La tutela cautelare dopo le riforme*

E' giocoforza richiamare le riforme che si sono susseguite nell'ambito dei procedimenti cautelari, con uno sguardo particolare, da un lato, al procedimento uniforme, come delineato con la novellazione, peraltro di assai vasto respiro, contenuta nella L.353 del 1990 e, dall'altro, sui caratteri salienti di tale tipo di tutela, che sono venuti a contrassegnare il giudizio cautelare e riconducibili alle nozioni di strumentalità e provvisorietà, per un verso e, per altro, alla *distinctio* tra cautela anticipatoria e cautela conservativa.

---

<sup>8</sup> Sulla nozione di giudicato, la sua evoluzione e sugli aspetti relativi alla "inidoneità" al giudicato, si vedano : A. Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, pag. 10, maggiormente in relazione ai procedimenti di volontaria giurisdizione; S. Menchini, *Regiudicata civile*, in *Digesto Disc.Priv., sez.civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 404 e ss., sp. 416 - 428.



## *Strumentalità e provvisorietà*

Dunque, la strumentalità della cautela è apparsa il dato più rilevante e caratterizzante l'intera costruzione del rito cautelare uniforme e ciò risultava indubbio, attesa la sanzione della inefficacia del provvedimento cautelare, nell'ipotesi di omessa attivazione della causa per il merito, da parte del ricorrente, nel termine fissato dal giudice od, anche, nella fattispecie dell'estinzione del giudizio od, ancora, in quella della declaratoria di inesistenza del diritto cautelato.

L'analisi attenta di questi meccanismi sanzionatori mostrava necessariamente il rapporto, diremmo imprescindibile, tra la cautela pronunciata e le situazioni di fatto e processuale che ne costituivano la base.

Identiche considerazioni si possono formulare, con riguardo alla disciplina della revocabilità del provvedimento cautelare o della sua modificabilità, in costanza di variazioni e modificazioni delle condizioni che ne avevano consentito la pronuncia.

È di tutta evidenza che tali previsioni normative rappresentavano la necessità che il provvedimento cautelare fosse strettamente aderente alla realtà di fatto e di diritto che intendeva cristallizzare, e ciò proprio in quanto quella sorta di cristallizzazione si giustificava, come in parte si giustifica a seguito delle riforme successive, proprio con la considerazione della strumentalità come elemento predominante, all'interno della tutela cautelare e diretto a consentire una compiuta efficacia della tutela di merito.

Del pari, è evidente che il carattere della strumentalità, così come descritto, contiene in sé un altro elemento caratterizzante, rappresentato dalla necessaria e, diremmo, conseguente **provvisorietà**<sup>9</sup> del provvedimento cautelare.

Atteso l'inestricabile legame che univa la cautela alla successiva attuazione della tutela nel merito, la provvisorietà rappresentava la logica conseguenza di tale profondo legame, così che il provvedimento cautelare necessariamente avrebbe dovuto essere sostituito da un provvedimento successivo, di carattere definitivo, che avrebbe concluso ed, in effetti, concludeva il giudizio di merito.

Potremmo, quindi, affermare che la provvisorietà del provvedimento cautelare, pur non rappresentando un elemento costitutivo di natura autonoma, ne integrava, tuttavia, un aspetto essenziale, logicamente conseguente alla funzione assegnata alla strumentalità della cautela.

Sotto questo profilo, pertanto, la strumentalità dall'atto influiva anche - come influisce in effetti - sull'ambito sostanziale del diritto, oggetto della cautela, nel senso che il provvedimento strumentale ed in sé provvisorio si caratterizzava - e nelle ipotesi in cui la strumentalità è prevalente si caratterizza ancora - per una sostanziale inidoneità a modificare in senso

---

<sup>9</sup> Descrive il concetto di "provvisorietà" P. Leanza, *Il processo cautelare uniforme*, in C. Grillo - P. Leanza, *Procedimenti possessori e cautelari*, Torino, 2009, pag. 2, delineando la provvisorietà alla stregua della "inidoneità a produrre effetti definitivi e l'inevitabile perdita di ogni effetto in seguito alla pronuncia della sentenza di merito, essendo lo stesso (il provvedimento) sempre destinato ad essere "assorbito" da questa".

definitivo i diritti, oggetto della cautela, così che la situazione di fatto e di diritto che ne stava alla base, non poteva essere regolata e disciplinata esclusivamente dalla cautela, quest'ultima necessariamente dovendosi sostituire con una pronuncia di merito, nel a) senso dell'accoglimento della domanda o, a seconda dei casi, b) caducata per il verificarsi del mancato accoglimento, c) per l'essersi determinate le situazioni rappresentate dalla mancata proposizione del giudizio di merito o d) dalla conclusione anomala di quest'ultimo.

Il carattere della strumentalità prevalente, tuttavia, non ha impedito alla dottrina di porne in risalto i limiti, soprattutto considerando il risvolto peculiare delle fattispecie cautelari, nelle quali apparivano evidenti anche aspetti nei quali minore era l'intensità del carattere strumentale e provvisorio del provvedimento.<sup>10</sup>

### 1.3) La cautela anticipatoria

La costruzione sopra cennata, caratterizzata, dunque, dalla prevalente strumentalità del provvedimento cautelare e dalla conseguente sua provvisorietà, si è modificata, seppur in parte, a seguito della introduzione, nell'ambito della tutela cautelare, della nozione di provvedimento cautelare anticipatorio.<sup>11</sup>

Si tratta di un insieme di misure e provvedimenti di natura cautelare, i quali, tuttavia, anticipano sostanzialmente il contenuto precettivo della sentenza di merito, con la conseguenza che appare del tutto eventuale la

---

<sup>10</sup> Su tale aspetto ed anche sulla "strumentalità attenuata", si vedano, tra gli altri : E. Marinucci, *La stabilità dei provvedimenti cautelari in materia di proprietà intellettuale ed industriale alla luce del d.lgs. N. 140/2006*, in *Riv.dir.proc.*, I, 2007, pp. 102 - 122 ; U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, *op. cit.*, IV, 2006, pp. 1251 -1272 ; E. Raimondi, *I provvedimenti cautelari e il principio di strumentalità attenuata*, in *Riv. giur. lavoro e prev. Soc.*, 2007, III, 2, pp. 512 - 518 ; R. Giordano, *Riflessioni sulla c.d. strumentalità attenuata nel "nuovo" procedimento cautelare uniforme*, in *Giur. merito*, 2006, IX, pp. 1946 - 1954 ; S. Recchioni, *I nuovi artt. 616 e 624 c.p.c. fra strumentalità cautelare «attenuata» ed estinzione del «pignoramento»*, in *Riv.dir.proc.*, 2006, II, pp. 644 - 668 ; R. Tiscini, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2004, XI, pp. 2209 - 2215 ; Id., *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino 2009; L. Montesano, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare op.cit.*, pp. 309 - 316.

<sup>11</sup> Sulla nozione di tutela anticipatoria, si vedano : F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983 ; G. Arieta, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, III, pp. 585 - 607 ; P. Frisina, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, II - III, pp. 364 - 391 ; L. Dittrich, *Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, III, pp. 672 - 705 ; E. F. Ricci, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in G. Tarzia ( a cura di) *Il progetto di riforma organica del processo civile, Atti del convegno Camera Civile Milano, 18-19 aprile 1997*, Milano, 1998, pp. 61 e ss. ; Id., *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2003, pp. 211 - 226 ; U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, *op.cit.* IV, 2006, pp. 1251 - 1272 ; M. F. Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv.dir.proc.*, III, 2005, pp. 781 - 826 ; L. Querzola, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di 'provvedimento anticipatorio'*, in *Riv.trim. di dir. e proc. civ.*, 2006, III, pp. 787 - 819 ; M. Pacilli, *Il vincolo di strumentalità a doppio binario tra tutela anticipatoria e tutela di merito nella novellazione del 2005*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, IV, pp. 1365 - 1380.

successiva fase, a cognizione piena, diretta alla pronuncia di una decisione che disciplini, con efficacia di giudicato, i rapporti tra le parti.

La natura peculiare di tale tutela determina un diverso angolo visuale, con riguardo proprio alla disciplina dei diritti, oggetto dell'istanza cautelare, atteso che, pur non essendo idonei a produrre il giudicato, tuttavia i provvedimenti anticipatori appaiono perfettamente in grado di fornire un regolamento di situazioni soggettive che può risolvere, seppur nei limiti su indicati, la controversia tra le parti ed assicurare protezione ed effettività ai diritti oggetto della controversia.<sup>12</sup>

A tale conclusione si è giunti non solo attraverso l'elaborazione dottrinale ma anche per mezzo del legislatore, con la novellazione contenuta nella Legge 12 Maggio 2005, n. 80.<sup>13</sup>

Come è noto, infatti, il legislatore ha inserito, all'interno della norma contenuta nell'art. 669<sup>octies</sup> c.p.c., la cui rubrica è intitolata al "Provvedimento di accoglimento", un comma sesto, il quale dispone che le previsioni della norma cennata, che hanno ad oggetto l'inizio del giudizio di merito o la sua eventuale estinzione, nonché la disciplina conseguente, relativa alla inefficacia delle misure cautelari, non si applicano né ai provvedimenti di urgenza, né agli altri provvedimenti cautelari che siano idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, nonché ai provvedimenti pronunciati in conseguenza di una denuncia nuova opera o di danno temuto.

E' di tutta evidenza, dunque, che attraverso tale previsione normativa si mutano alcuni degli elementi caratteristici della cautela, che si possono identificare, da un lato, nella necessità dell'instaurazione successiva del giudizio di merito, così da ottenere un provvedimento idoneo ad acquisire stabilità ed in grado di assicurare una disciplina compiuta ai diritti controversi e, dall'altro e conseguentemente, l'inidoneità del provvedimento, pronunciato in sede cautelare, di dispiegare i suoi effetti anche oltre il venir meno del giudizio o la sua mancata instaurazione.

Ci si può fondatamente domandare quali siano state le correnti di pensiero che hanno in qualche modo ispirato il legislatore verso tale decisa innovazione, legislatore che, come noto, ebbe ad attuare una sorta di progressione normativa, atteso che tale mutamento si manifestò, dapprima con l'introduzione del rito societario e la previsione di cui all'art. 23 del

---

<sup>12</sup> Tale *distinctio* è ovviamente risalente in Dottrina. Si richiama, ad esempio, P. Calamandrei *op.cit.*, pp. 21 e ss.

<sup>13</sup> Su tale argomento si vedano : R. Caponi, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge n. 80 del 2005. Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, VI, V, pp. 135 - 140 ; Id., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, II, I, pp. 69 - 77 ; C. Consolo, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80/2005)*, in *Corr. Giur.*, 2005, VII, pp. 893 - 896 ; G. Scarselli, *Brevi note sulle modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, IX, V, pp. 171 - 175 ; L. Guaglione, *Riforma del processo civile. Art. 669 quinquies: Competenza in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale. Art. 669 octies: Provvedimento di accoglimento. Art. 669 decies: Revoca e modifica. Art. 669 terdecies*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2006, IV - V, pp. 1187 - 1228.

Dlgs. 5/2003<sup>14</sup> e, successivamente con la modifica attuata all'interno del rito ordinario.

La risposta potrebbe ritrovarsi nella necessità di conseguire alcuni obiettivi di natura deflativa, posto che, nei limiti visti, veniva effettivamente meno l'esigenza di proseguire con la fase di giudizio a cognizione piena e completa e, tuttavia, ci sembrerebbe riduttivo ritenere tale esigenza, per quanto condivisibile, quale motivo determinante l'innovazione *de qua*.

Ci sembra che sia opportuno porre in rilievo, in realtà, la particolare *vis* espansiva che la strumentalità attenuata possiede, consentendo di affiancare alla tradizionale tutela, conseguente alla cosa giudicata<sup>15</sup>, una forma diversa di tutela, destinata a disciplinare e regolare i rapporti tra diritti in modo più snello, sebbene non dotato, almeno apparentemente, di definitività dichiarativa.

Si può affermare, in effetti, che i provvedimenti di natura anticipatoria posseggono una loro specifica autonomia che consegue e sorge al termine di un procedimento, di natura giurisdizionale e strutturato secondo le linee del "giusto processo", di tal ch , limitatamente a tali provvedimenti, la concreta disciplina e la diretta efficacia sui rapporti, oggetto della cautela, contenuti al loro interno, pur trattandosi di pronunce prive di attitudine al giudicato, possono regolarli in modo potenzialmente definitivo.

E' del pari evidente che a tale conclusione si giunge riflettendo adeguatamente proprio sulla natura anticipatoria che caratterizza tali provvedimenti e che determina la loro peculiare natura e funzione, ovvero quella di anticipare il contenuto della decisione sul merito, cos  che la successiva fase a cognizione piena si giustifica unicamente nella ipotesi di reale interesse per la parte istante, di dotare il proprio diritto e la relativa pretesa, dell'efficacia tipica che consegue all'ottenimento del giudicato, ai sensi e per effetti dell'art. 2909 del codice sostanziale.

#### 1.4) I provvedimenti anticipatori

---

<sup>14</sup> Sul rito societario la letteratura   vasta. Si vedano : A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, I, V pp. 1 - 18 ; B. Sassani - R. Tiscini, *La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario. Il nuovo processo societario. Prima lettura del d. lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II-III, II, pp. 49 - 74 ; G. Tarzia, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, *Riv. dir. proc.*, 2003, III, pp. 641 - 650 ; S. Chiarloni, *Riflessioni minime sul nuovo processo societario*, in *Giur. it.*, 2004, III, pp. 680 - 684; A. Dondi, *Complessit  e adeguatezza nella riforma del processo societario - Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2004, I, pp. 137 - 155 ; P. Comoglio - P. Della Vedova, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Milano, 2006 ed, in particolare, per ci  che attiene al rito cautelare pp. 431 - 468. Sempre per quanto attiene al rito cautelare si vedano : A. A. Romano, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, IV, pp. 1172 - 1202 ; A. Gaggia, *Il procedimento cautelare nella disciplina del nuovo processo societario*, in *Diritto fallimentare e delle societ  commerciali*, 2005, III - IV, I, pp. 669 - 689 ; G. Casaburi, *Il rito cautelare nel procedimento speciale commerciale*, in *Le Societ *, 2005, X, pp. 1277 - 1289 ; E. Dalmotto, *Il termine per il reclamo cautelare nel processo societario (dopo la legge n. 80 del 2005)*, in *Giur. it.*, 2006, VII, pp. 1472 - 1475.

<sup>15</sup> Sul giudicato civile si vedano : E. T. Liebman, *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, in *Riv. di dir. proc.*, 1979, I, pp. 1 - 10 ; P. F. Luiso, *Sui limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1989, I, pp. 204 - 205 ; G. Tomei, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1994, III, pp. 827 - 861 ;

Atteso, dunque, quanto sopra, pare opportuno e necessario tentare di identificare ed acclarare, nel modo più compiuto possibile, quali siano i provvedimenti cautelari che sono caratterizzati dalla natura e dalla efficacia anticipatoria di cui si è detto, in relazione al provvedimento finale, poiché l'art. 669<sup>octies</sup> cennato fa esplicito riferimento unicamente all'art. 700 del codice di rito civile, sul quale ci soffermeremo in seguito, limitandoci, per il resto, a richiamare i provvedimenti "idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito".<sup>16</sup>

Ci sembra che, all'interno del novero degli strumenti cautelari che vantano tale efficacia cautelare eventualmente stabile, si debbano collocare sicuramente le domande di inibitoria, disciplinate dall'art. 140, comma ottavo, del Dlgs. 206/2005, meglio conosciuto come Codice del Consumo, le quali hanno ad oggetto gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti e sono dirette ad adottare le misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, nonché di disporre la pubblicazione del provvedimento inibitorio, su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale, nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere od eliminare gli effetti delle violazioni accertate.<sup>17</sup>

La norma *de qua*, infatti, nel suo comma ottavo, prevede che, nelle fattispecie caratterizzate da "giusti motivi d'urgenza", l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli da 669<sup>bis</sup> a 669<sup>quaterdecies</sup> del codice di procedura civile, così testualmente caratterizzando tali domande

---

<sup>16</sup> Sul provvedimento d'urgenza, si vedano, tra gli altri : S. Satta, *Provvedimento di urgenza e rapporto di lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1971, IV - V, pp. 455 - 456 ; S. La China, *Pregiudizio bilaterale e crisi del provvedimento d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, I, pp. 218 - 239 ; G. Verde, *Ennesima variazione giurisprudenziale in tema di provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv.dir.proc.*, 1980, III, pp. 581 - 585; Id., *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir.proc.*, 1985, IV, pp. 725 - 757 ; M. Finocchiaro, *Usi ed abuso dell' art. 700 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1981, IX, pp. 2117 - 2118 ; G. Tarzia, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv.dir.proc.*, 1986, I, pp. 35 - 69 ; A. Proto Pisani, *<Provvedimenti d'urgenza>*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, pp.1 - 29 ; G. Vignera, *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito (alla ricerca di una soluzione ragionevole)*, in *Riv.dir.proc.*, 1993, II, pp. 504 - 519 ; R. Conte, *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv.dir.proc.*, 1995, I, pp. 213 - 248 ; C. E. Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Digesto, disc.priv.*, Torino, 1997, pp. 73 - 126

<sup>17</sup> Sul Codice del Consumo in generale, si vedano : L. Delogu, *Anche in Italia un Codice del Consumo*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, II, pp. 1349 - 1356 ; G. Alpa, *Il codice del consumo*, in *I Contratti*, 2005, XI, pp. 1047 - 1060 ; Id., *I diritti dei consumatori e il "codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Rassegna Forense*, 2006, I, I, pp. 57 - 94 ; C. Necchi, *Una prima lettura del codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, in *I Contratti*, 2006, II, pp. 208 - 212 ; F. Camilletti, *L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *I Contratti*, 2007, X, pp. 907 - 917 ; S. Pagliantini, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *I Contratti*, 2014, VIII - IX, pp. 796 - 821 ; C. Granelli, *"Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del consumo*, in *I Contratti*, 2015, I, pp. 59 - 69. In particolare, sull'inibitoria, si vedano : I. Pagni, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2008, I, pp. 127 - 142 ; F. Toschi Vespasiani, *L'azione inibitoria ex art. 140 Codice del consumo ed i contratti con operatori di telefonia, reti televisive e comunicazione elettronica*, in *Resp.civ.*, 2009, III, pp. 214 - 220 ; R. Grisafi, *La tutela cautelare ex art. 140 Codice del consumo nei contratti di pay tv*, in *Resp. civ.*, 2009, X, pp. 792 - 805.

dall'efficacia, eventualmente stabile, del provvedimento e dalla conseguente "eventualità" del giudizio di merito.

La conservazione dell'efficacia del provvedimento inibitorio, per ciò che attiene ai diritti dei consumatori, bene si giustifica e trova, crediamo, in questo contesto normativo, una delle sue più opportune collocazioni.

Accanto, dunque, all'inibitoria, in materia di tutela del consumo, si ritiene possa rientrare nel novero della cautele di natura anticipatoria della decisione finale, la cautela prevista dall'art. 129 del Dlgs. 30/2005, in materia di brevetti e marchi.<sup>18</sup>

Il quarto comma della norma cennata, infatti, disciplina il procedimento di "descrizione", accanto al più generale sequestro, prevedendo che il titolare di un diritto di proprietà industriale possa chiedere la descrizione di alcuni o tutti gli oggetti che violano tale diritto, in tal caso dovendosi applicare le norme del codice di procedura civile, concernenti i procedimenti cautelari, in quanto compatibili e non derogate dal codice della proprietà industriale.<sup>19</sup>

La struttura della norma suggerisce una certa cautela nell'assegnare a tale istituto una prevalente natura anticipatoria.

In effetti, se è ben vero che il secondo comma, seconda parte, prevede sostanzialmente la pronuncia di un decreto motivato, senza la previa costituzione del contraddittorio tra le parti, quando lo richieda la speciale urgenza o quando eventuali ritardi potrebbero causare un danno irreparabile al titolare dei diritti o quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento di descrizione o di sequestro, tuttavia, l'ultimo comma dell'art. 129 dispone che il giudice, ai fini della conferma, modifica o revoca della descrizione e

---

<sup>18</sup> Sostengono tale posizione A Scarpa – R. Giordano, *op.cit.*, pag. 22

<sup>19</sup> Sulla descrizione si vedano : M Fazzini, *La descrizione in materia di diritto d' autore dopo la riforma dei procedimenti cautelari*, in *Riv. di dir. ind.*, 1993, II, pp. 199 – 200 ; A. Carrato, *Natura e competenza in tema di provvedimenti di descrizione, accertamento e perizia in materia di protezione del diritto d' autore*, in *Giur. merito*, 1994, II, pp. 264 – 266 ; R. Rinaldi, *Descrizione, sequestro ed inibitoria nel diritto dei marchi*, in *Riv. di dir. ind.*, 1995, IV - V, II, pp. 272 – 288 ; S. Peron, *Sulla descrizione del brevetto per modello industriale*, in *Riv. di dir. ind.*, 1999, IV - V, II, pp. 339 – 343 ; D. Amadei, *Note in tema di descrizione, procedimento cautelare uniforme e violazione delle regole di distribuzione della competenza sull'istanza cautelare*, in *Giur. it.*, 1999, XII, pp. 2293 – 2296 ; P. Cavallaro, *L'inammissibilità del reclamo contro il provvedimento di descrizione*, in *Il Diritto industriale*, 2000, II, pp. 105 – 106 ; G. Pescatore, *La funzione della descrizione e della rivendicazione ai fini della tutela dell'oggetto del brevetto*, in *Riv. di dir. ind.*, 2000, IV – V, II, pp. 312 – 323 ; F. Ferrari, *Descrizione e reclamo*, in *Il Diritto industriale*, 2002, II, pp. 197 – 202 ; G. Guardavaccaro, *Note sulla descrizione in materia di brevetti per modelli industriali*, in *Giur. comm.*, 2003, VI, II, pp. 815 – 827 ; G. Casaburi, *Il procedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale*, in *Foro it.*, 2005, X, I, pp. 2883 – 2892 ; A. Saraceno, *Brevi note in tema di descrizione di opere del disegno industriale*, in *Il Diritto di autore*, 2006, IV, pp. 571 – 579 ; G. Sena, *Note sul procedimento di descrizione*, in *Riv. di dir. ind.*, 2008, II, II, pp. 88 – 91 ; I.M Prado, *Il requisito del pericolo nel ritardo nel procedimento di descrizione*, in *Il Diritto industriale*, 2008, VI, pp. 506 – 507 ; C. Bacchini, *La descrizione secondo il nuovo art. 129 c.p.i.*, in *Il Diritto industriale*, 2010, VI, pp. 505 – 507 ; S. Corona, *La riforma del codice della proprietà industriale. Tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale. Disposizioni processuali Art. 129 Descrizione e sequestro*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2011, IV, pp. 973 – 979 ; S. Giudici, *Questioni processualistiche relative al procedimento di descrizione*, in *Riv. di dir. ind.*, 2011, IV - V, I, pp. 272 – 274 ; M. Barbieri, *La procedura applicabile al provvedimento di descrizione nel diritto d'autore: istruzione preventiva o cautelare uniforme?*, in *Riv. di dir. ind.*, 2015, IV - V, pp. 299 – 306.

dell'eventuale concessione delle misure cautelari, richieste unitamente o subordinatamente alla descrizione, fissi l'udienza di discussione, tenendo conto della descrizione allo scopo di valutarne il risultato.

Il passaggio testuale alla fase di discussione, come si è visto, sembra non assegnare alla cautela in oggetto una funzione ultrattiva e finale.

Del resto, il successivo articolo 132, che reca la rubrica "Anticipazione della tutela cautelare e rapporti tra il giudizio cautelare e il giudizio di merito", dispone, nel suo secondo comma che qualora il giudice, nel pronunciare il provvedimento cautelare, non stabilisca il termine entro il quale le parti devono iniziare il giudizio di merito, quest'ultimo – ovvero il giudizio di merito - deve essere iniziato entro il termine di venti giorni lavorativi o di trentuno giorni di calendario, qualora questi rappresentino un periodo più lungo.

Il terzo comma prevede che, qualora il giudizio di merito non sia iniziato nel termine perentorio di cui al comma precedente o qualora, successivamente al suo inizio, il giudizio di merito si estingua, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia.

Infine, il quarto comma dell'articolo 132 afferma che le disposizioni di cui al comma terzo, ovvero l'inefficacia successiva alla mancata proposizione del giudizio di merito od alla sua estinzione, non si applicano ai provvedimenti di urgenza, emessi ai sensi dell'articolo 700, del codice di procedura civile ed agli altri provvedimenti cautelari, idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. In tali casi ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.

Ci pare, dunque, che solo quest'ultima disposizione normativa consenta di riguardare questa particolare misura cautelare, alla stregua di cautela di natura anticipatoria a giudizio di merito eventuale, confermandosi la cautela iniziale.

### 1.5) Denuncia di nuova opera o danno temuto. La strumentalità differenziata

Come già si è detto, richiamando la lettera dell'art. 669<sup>octies</sup>, al novero delle cautele anticipatorie ad eventuale instaurazione del giudizio di merito, appartengono anche le denunce di danno temuto e nuova opera,<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Sulla denuncia di nuova opera e danno temuto si vedano : A. Jannuzzi, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (dir.vig.)*, in *Enc. dir.*, XII, pp. 168 – 189 ; G. Franchi, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968 ; A. Nasi, *Autonomia ed unità del processo nella denuncia di danno temuto*, in *Giur. it.*, 1970, X, pp. 833 – 842 ; M. Dini, Mario Dini, *La denuncia di danno temuto nel diritto sostanziale e processuale*, III ed., Milano, 1972 ; Id., *I provvedimenti di urgenza nel diritto processuale civile*, IV ed., Milano, 1973 ; G. Franchi, *Danno temuto, fase di merito e situazione giuridica del denunciato*, in *Giur. it.*, 1977, IV, I, pp. 762 – 764 ; M. Lipari, *I diversi presupposti sostanziali e processuali della denuncia di nuova opera e della denuncia di danno temuto*, in *Giurisprudenza agraria italiana*, 1986, IV, I, pp. 230 – 234 ; L. Cabella Pisu, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Digesto, disc.priv.*, Torino, 1989, pp. 192 – 204 ; G. Covuccia – A. Mannelta, *Fase cautelare e giudizio di merito nella denuncia di nuova opera*, in *Giur. merito*, 1994, III, pp. 468 – 469; E. Jaccheri, *Un caso peculiare in tema di denuncia di nuova opera*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, IV, pp. 1475 - 1480 ; G. Basilio, *La denuncia di danno temuto: il procedimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, III, II, pp. 297 – 320 ; F. Auletta, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto dopo la l. 80/05*, in *Il Foro it.*, 2006, VI, I, pp. 224 – 228 ; G. Gliatta, *Denuncia di danno temuto e oggetto della tutela*, in *Corr. Giur.*, 2008, XII, pp. 1742 – 1746.

atteso che anche per queste ultime la norma richiama il concetto di idoneità ad anticipare gli effetti della sentenza di merito.

Nondimeno, ci sembra che, in prima battuta, si debba riflettere sul dato testuale della previsione normativa.

Vi è, in effetti, una distinzione evidente, all'interno del comma sesto dell'art. 669<sup>octies</sup>, tra l'art. 700 e gli altri provvedimenti cautelari, idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, da un lato e, dall'altro, le azioni di nunciazione, alle quali non si applicano le disposizioni dello stesso articolo ed il primo comma dell'art. 669<sup>nonies</sup>, purtuttavia non essendoci, a nostro parere, un'indicazione specifica ed inclusiva, quanto alla caratteristica della natura anticipatoria.

Ci pare che la natura stessa di tali strumenti peculiari militi per una riconsiderazione della loro eventuale capacità anticipatoria, atteso che la struttura del procedimento che li caratterizza mostra specificità difficilmente compatibili con il principio della eventualità del giudizio di merito.<sup>21</sup>

Poiché il nesso che si determina, all'interno dell'ambito della strumentalità attenuata, tra la cautela, da un lato e l'instaurazione del giudizio di merito, dall'altro, è decisivo nell'attribuire la propria particolare efficacia alla cautela anticipatoria, è opportuno esaminarne la dinamica proprio con riguardo alle azioni nunciative.

Con riferimento alla denuncia di nuova opera, come è noto, l'art. 1171 del codice civile sostanziale, nel secondo comma prevede che l'autorità giudiziaria, presa sommaria cognizione del fatto, possa vietare la continuazione dell'opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele.

L'aspetto maggiormente rilevante, tuttavia, riguarda le concrete misure che caratterizzano in modo specifico questo istituto, atteso che la norma prosegue consentendo al giudice di vietare la continuazione dell'opera, attraverso la pronuncia di un ordine di sospensione dei lavori od anche, disponendo le opportune cautele per la demolizione o riduzione dell'opera. La struttura e l'oggetto di tali provvedimenti, più che la sommarietà della cognizione, suggeriscono estrema prudenza nel ritenere possibile che assumano una efficacia anticipatoria conclusiva, rispetto alla decisione sul merito che ne appare il corollario indefettibile.<sup>22</sup>

Identico discorso, ovviamente, si dovrà fare relativamente alle misure di cui all'art. 1172 del codice civile, ovvero per quanto attiene alla denuncia di danno temuto.

Come è noto, per il tramite di tale istituto, il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento od il possessore si vedono assicurata la protezione di tali diritti, qualora il bene, oggetto degli stessi diritti, appaia sostanzialmente minacciato da un pericolo, procedente da qualsiasi edificio, albero od altra cosa, ed in virtù della natura di questi ultimi.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Si veda A. Scarpa - R. Giordano, *op.cit.*, pag. 24

<sup>22</sup> Si veda, circa lo stretto legame tra la fase cautelare ed il merito : Cass. civ. Sez. II, 15/10/2001, n. 12511, in *Mass. Giur. It.*, 2001 ; Cass. civ. Sez. II, 09/12/1999, n. 13746 in *Foro It.*, 2000, I, 2887.

<sup>23</sup> Cfr., A. Jannuzzi, *op.cit.*, pp. 171 e ss. ; A. Giusti, *Le azioni possessorie e di nunciazione*, in *Codice civile Comm. Schlesinger*, Milano, 1990, pp. 268 e ss. ; F. Roselli, *Il possesso e le azioni*

L'esito della cognizione sommaria e l'eventuale necessità di provvedere, per ovviare al pericolo cennato, per quanto in parte si discosti dai provvedimenti relativi alla denuncia di nuova opera, non potrà sempre anticipare gli effetti della pronuncia di merito, rendendo il relativo giudizio meramente eventuale.

Possiamo, dunque, concludere per una collocazione della azioni nunciative in un ambito che solo parzialmente coincide con quello delle cautele a strumentalità attenuata e di natura anticipatoria, trattandosi concretamente di cautele che potremmo definire a **strumentalità differenziata**, alle quali non si applica necessariamente la disciplina che prevede l'instaurazione del giudizio di merito e la conseguente inefficacia, in caso di mancata instaurazione e, tuttavia, non coincidono con gli altri provvedimenti cautelari, idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito.

---

*di nunciazione*, in *Giur. sist. di dir. civ. e e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1993, pp. 646 e ss.

### 1.6) L'art. 700 c.p.c.

A questo punto della disamina, occorre analizzare l'istituto previsto dall'art. 700 c.p.c., che la norma, contenuta nell'art. 669octies c.p.c. descrive alla stregua di provvedimento cautelare, idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito.<sup>24</sup>

In prima battuta, ci sembra di condividere quanto sostenuto in Dottrina, allorché si è individuata, nella giurisdizione cautelare ed, in particolare, nella cautela innominata, una sorta di modalità alternativa – per quanto sostanzialmente parallela alla giurisdizione ordinaria - teleologicamente orientata a sopperire alla eccessiva durata del giudizio e, così, integrante una forma peculiare e più rapida di amministrazione della giustizia nel caso concreto.<sup>25</sup>

E' opportuno rammentare, nondimeno, che l'art. 700 del codice di rito civile rappresenta un aspetto della tutela cautelare, di natura atipica e caratterizzato dalla urgenza, per quanto si può comunque affermare che il richiamo alla atipicità - in realtà conseguente all'endiadi "Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo" – non si può affermare abbia introdotto, all'interno del nostro sistema del processo civile, una sorta di potere cautelare indistinto, di natura generale, essendo, quindi, sempre necessaria, da parte del giudicante, un prognosi da effettuarsi caso per caso.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Sul provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c., si vedano, oltre a quanto già richiamato in nota 16 : D. Signorino, *Revoca del sequestro e applicabilità dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 1972, IV - V, pp. 47 - 54; G. Nicòtina, *Ammissibilità di provvedimenti ex art. 700 c.p.c. in caso di arbitrato irrituale*, in *Giur. merito*, 1973, III, pp. 348 - 354 ; F. Bucolo, *Appunti sull'impugnazione, la revoca e la durata del provvedimento di cui all' art. 700 codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1974, I, I, pp. 75 - 86 ; E. Alvino, *I provvedimenti di urgenza di cui all' art. 700 c.p.c. e la instaurazione della causa di merito*, in *Giust. civ.*, 1974, X, pp. 1356 - 1362 ; L. Montesano, *Funzione dei provvedimenti di urgenza e misure cautelari durante il regolamento di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1974, V, I, pp. 369 - 370 ; G. Verde, *Ennesima variazione giurisprudenziale in tema di provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, III, pp. 581 - 585 ; D. Fiori, *Art. 700 c.p.c.: utilità e incertezze*, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 226 - 230 ; N. Picardi, *L' art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, pp. 324 - 326 ; C. Rapisarda, *Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inibitoria finale*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, I, pp. 138 - 149 ; U. Ferrante, *L' art. 700 c.p.c. di fronte all' art. 21 Cost.*, in *Giur. merito*, 1993, VI, pp. 1286 - 1287 ; A. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, in *Foro it.*, 2012, V, V, pp. 169 - 172.

<sup>25</sup> Si veda : L.P. Comoglio, *Il procedimento cautelare in generale - Le singole misure cautelari*, in L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Bologna, 2005, pp. 40 e ss.

<sup>26</sup> Si vedano : V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, pp. 246 e ss. ; C. Calvosa, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Noviss. dig.it.*, XIV, Torino, 1968, pp. 450 e ss. La Dottrina, in particolare, ha fatto riferimento, come vedremo, al concetto di sussidiarietà del provvedimento innominato. Si vedano, al proposito : G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, pp 74 e ss. ed anche pp. 318 e ss. ; L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza*, in G. Tarzia ( a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, pp. 182 e ss. ; R. Conte, *Tutela del diritto alla restituzione dell'azienda tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza*, in *Giur. It.*, 2004, I, pp. 81 - 85. Sulla natura "integratrice" della cautela di cui all'art. 700 c.p.c., si veda : F. Tommaseo, *provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 866 e ss.

Occorre, dunque, partire dalla lettera della norma contenuta nell'art. 700 cennato, per il quale, come si è visto, fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni del Capo III, Titolo I, Libro IV del codice di rito civile, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, quest'ultimo sia minacciato da un pregiudizio di natura imminente ed 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.<sup>27</sup>

Non pare si possa revocare in dubbio la natura cautelare di carattere **residuale**, attribuita ai provvedimenti d'urgenza, in uno evidentemente, con la prevalente caratteristica della strumentalità, con riguardo alla decisione di merito, seppur divenuta eventuale.

La particolare struttura di tale istituto, coincidente con la sua prevalente atipicità, peraltro, bene si attaglia alla esigenza, particolarmente sentita dal legislatore, di una maggiore celerità del giudizio ordinario, così che, nella sua evoluzione, la conseguente potestà cautelare si è viepiù estesa, quasi ritagliandosi un ruolo autonomo, all'interno della funzione giurisdizionale.<sup>28</sup>

L'estensione della potestà cautelare in senso generale, peraltro, discende proprio dalla peculiare caratteristica cennata, ovvero quella della atipicità, la quale caratterizza di sé l'istituto ed è integrata dalle condizioni stesse che il legislatore ha posto alla base del provvedimento.

La lettera della norma, infatti, appare necessariamente generica, sotto l'aspetto del contenuto della cautela innominata, solo che si pensi al riferimento, che la norma del codice di rito contiene, ai provvedimenti che appaiono più idonei ad assicurare gli effetti della decisione del merito, tale idoneità dovendosi valutare a seconda delle circostanze, che stanno alla base della domanda cautelare.

Appare, quindi, una conseguenza ovvia, di natura concreta ed applicativa, il fatto di aver assunto, il giudizio cautelare innominato, una funzione suppletiva che ha travalicato, nella realtà, l'indubbia caratteristica di norma di chiusura, che l'articolo 700 del codice di procedura civile possiede, spingendosi così a tutelare fattispecie, relativamente alle quali il legislatore non aveva previsto forme adeguate di tutela o ne aveva previste di parziali od, anche giungendo, il giudizio innominato, a disciplinare e regolare, seppur nella tradizionale forma del provvedimento cautelare, esigenze di

---

<sup>27</sup> L'evoluzione storica dell'istituto in esame è complessa e risalente. Generalmente, nel vigore del precedente codice, ovvero il Codice del 1865, non si avvertiva, da parte della Dottrina, la necessità di discostarsi dalla necessità di procedere con l'esecuzione se non a fronte di un titolo esecutivo di natura assoluta, così che non si poteva ammettere alcuna funzione anticipatoria. Si vedano, nel vigore del codice precedente: F. Ricci, *Commento al Codice di procedura civile italiano, Della esecuzione forzata e dei diversi procedimenti speciali*, III, Firenze, 1880 ; G. Guidi, *Esecuzione Forzata*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, diretta da P.S. Mancini, Vol. V, II, Milano, 1906, pp. 646 – 715 ; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, IV ed., Milano, 1923, pp. 546 e ss. La posizione di Chiovenda era differenziata, atteso che il Maestro riteneva possibile, a certe condizioni e per determinate fattispecie, una anticipazione degli effetti del giudicato, relativamente agli accertamenti con prevalente funzione esecutiva. Si veda : G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, rist. an., pp. 196 -224.

<sup>28</sup> Sottolinea tale caratteristica funzionale L. P. Comoglio, *op.ult. cit.*, pag. 40

tutela nuove ed insorgenti dallo sviluppo e dalla evoluzione del sistema dei diritti.

Nondimeno, atteso che le condizioni tipiche, che caratterizzano la cautela, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, dovevano necessariamente caratterizzare la prognosi preventiva, alla quale avrebbe fatto seguito la pronuncia del provvedimento, la cennata espansione, diremmo suppletiva, del procedimento innominato necessariamente ha, seppure in parte, modificato l'applicazione delle condizioni per la sua pronuncia.

Intendiamo dire che, delle due condizioni di accoglimento dell'istanza su indicate, il *periculum in mora*, all'interno del procedimento disciplinato dall'art. 700 c.p.c., ha progressivamente perduto la sua peculiare e specifica rilevanza di condizione per la pronuncia, residuando quasi ad elemento ancillare del *fumus*, che è andato sempre più ad integrare l'elemento cardine della decisione di accoglimento.<sup>29</sup>

### 1.7) La tutela cautelare alternativa

Per quanto, come detto, non vi sia effettivamente una sorta di potere generale di naturale cautelare, nondimeno, il giudizio cautelare innominato possiede una indubbia forza espansiva, nell'ambito del giudizio civile, soprattutto alla luce delle recenti riforme introdotte nell'ordinamento e degli scopi, generalmente di ordine deflativo, che lo stesso legislatore si è prefissato.

Questo aspetto appare evidente, anche qualora ci si soffermi a valutarne l'uso, tutto sommato innovativo, soprattutto per quanto attiene alla interpretazione concreta della lettera dell'art. 700, da parte della giurisprudenza.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Si veda sul punto : U Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria op. ult.cit.*, pp. 1264 - 1269. Sulle condizioni per la pronuncia della cautela, in generale, si vedano : C. Consolo, *Periculum in mora ed inammissibilità della domanda principale nella istruzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1979, X, I, pp. 535 - 547 ; B. Ravenna, *Il "periculum in mora" nel sequestro giudiziario*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1995, I, pp. 104 - 106 ; E. Vullo, *In tema di provvedimenti d'urgenza, domanda riconvenzionale e valutazione del periculum in mora*, in *Giur. it.*, 1999, VIII - IX, pp. 1617 - 1620 ; S. Recchioni, *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare : il pericolo come relazione fra eventi*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, pp. 1431-1475 ; Id., *Periculum in mora (processo cautelare civile)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III agg., II, Torino, 2007, pp. 892-912 ; G. Zagra, *Il "periculum in mora" e il sequestro conservativo*, in *Le Società*, 2014, XII, pp. 1408 - 1414 ; R. Tarantino, *Il "periculum in mora" nel sequestro giudiziario e la "sussidiarietà" della tutela cautelare atipica (nota a Trib. Catania 22 dicembre 2014)*, in *Il giusto processo civile*, 2015, II, pp. 493 - 509.

<sup>30</sup> Per una analisi di alcune pronunce di particolare rilievo, si vedano : S. A. Villata, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv.dir.proc.*, 2014, III, pp. 601 - 623. In particolare, l'Autore pone in rilievo "per assicurare il conseguimento in via anticipata di quanto (almeno sotto il profilo pratico) spetterebbe attraverso la pronuncia di merito non vi è strumento più duttile del provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. il cui contenuto può essere plasmato, adattandolo alla tutela di qualsiasi situazione sostanziale: ed anzi, giova subito osservare, il provvedimento d'urgenza viene, come si vedrà, nella prassi modellato con contenuti che addirittura eccedono la sostanza del diritto dedotto in giudizio, in una singolare disarticolazione del rapporto di strumentalità tra cautelare e merito", richiamando, al proposito : E. Vullo, *I provvedimenti d'urgenza ex art.*

Nondimeno, non sembra che si debba necessariamente intendere in senso negativo la possibilità, riconosciuta alla *vis* espansiva del provvedimento cautelare atipico, di risolvere in modo rapido o, se vogliamo, all'interno di un tempo ragionevole, le controversie civili, proprio in virtù del paradigma del "giusto processo", cristallizzato dall'art. 111 della Costituzione.<sup>31</sup>

Del resto, sebbene il ruolo del giudizio di merito, in tale visione applicativa, venga considerato alla stregua di un tramite processuale futuro ed eventuale, quantomeno nel solco della tradizione dispositiva del processo civile, non si intende come non consentire alle parti il potere di rinunciare all'ottenimento della sentenza, nel caso in cui il provvedimento cautelare sia in grado di risolvere la controversia e disciplinare la materia del contendere e gli "interessi in gioco".<sup>32</sup>

---

700 c.p.c., in S. Chiarloni - C. Consolo (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari*, Torino 2005, pp. 1249 e ss., spec. 1260; C. Mandrioli, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *La tutela d'urgenza. Atti del XV Convegno nazionale dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Rimini 1986, pp. 5 ss., spec. 19 e ss.; E. Picozza, *Sull'ammissibilità di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che disponga la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.*, nota a Trib. Roma, Ordinanza del 19.9.1995, in *Riv.dir.proc.*, IV, 1997, pp. 1240 - 1256.

<sup>31</sup> Sul c.d. "giusto processo", si vedano, tra gli altri: V. Gaeta, *Del giusto processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2001, V, pp. 917 - 928; A. Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, II, I, pp. 265 - 280; Id., *Giusto processo e giustizia civile*, in *Rassegna tributaria*, 2013, II, I, pp. 349 - 356; F. Tommaseo, *Giustizia civile e principi del «giusto processo»*, in *Studium iuris*, 2002, V, pp. 600 - 607; M. Bove, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, II, pp. 479 - 522; L.P. Comoglio, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, III, pp. 702 - 758; Id., *Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti latinoamericani*, in *Roma e America - Diritto romano comune*, 2004, XVII, pp. 213 - 227; Id., *"Terza via" e processo "giusto"*, in *Riv.dir.proc.*, 2006, II, pp. 755 - 762; Id., *La grande illusione (La ricerca "incompiuta" di un processo "giusto") - [The Great Illusion (The "unfinished" search of a "fair" process)]* in *Jus*, 2012, III, pp. 453 - 459; Id., *"Requiem" per il processo "giusto"*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, I, II, pp. 47 - 66; Id., *Rigore sistematico ed etica "interna" del processo "giusto" - [Systematic rigor and "internal" ethics of "due" process]*, in *Jus*, 2013, I, pp. 19 - 45; E. Fazzalari, *Il giusto processo e i "procedimenti speciali" civili*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2003, I, pp. 1 - 6; G. Vignera, *Il "giusto processo" nell'art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *Informazione previdenziale*, 2003, IV, pp. 979 - 988; S. La China, *Giusto processo, laboriosa utopia*, in *Riv.dir.proc.*, 2005, IV, pp. 1111 - 1126; P. Vincenti, *Poteri istruttori e discrezionalità del giudice nell'ambito garantistico del "giusto processo"*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, II, I, pp. 144 - 148; N. Trocker, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Parte prima*, in *Riv. trim. di dir.e proc. civ.*, 2007, I, I, pp. 35 - 65; Id., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Parte seconda*, in *Riv. trim. di dir.e proc. civ.*, 2007, II, pp. 439 - 460; S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2008, I, pp. 129 - 152; V. Colesanti, *Il giusto processo (art. 111 Cost.) civile: la garanzia dei diritti, la durata e i tempi del processo*, in *Iustitia*, 2009, I, I, pp. 41 - 53.

<sup>32</sup> Sul principio dispositivo, tra gli altri, si vedano: E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 551 e ss.; G. Verde, *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; R. Falcone, *In materia di principio dispositivo nel processo civile*, in *Rivista del cancelliere*, 1971, IV, pp. 185 - 197; N. Trocker, *Intervento per ordine del giudice e principio dispositivo*, in *Riv.dir.proc.*, 1983, III, pp. 412 - 463; C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1991, I, pp. 215 - 290; Id., *Oggetto del giudicato e principio*

D'altro lato, la valutazione delle condizioni per la pronuncia della cautela, ovvero il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris*, possono consentire al giudice di acclarare con ragionevole sicurezza l'esistenza degli elementi, soggettivi ed oggettivi, che possono agevolmente porsi alla base del provvedimento, che può assicurare gli effetti della decisione sul merito.

Ci sembra opportuno aggiungere, del resto, che, attraverso l'analisi delle condizioni che consentono la pronuncia della cautela, come detto poco sopra, il giudice potrebbe, proprio in relazione a quella determinata fattispecie, individuare adeguatamente quali siano e che estensione e fondatezza abbiano i diritti ed i corrispondenti interessi delle parti ed, in questo modo, procedere con la pronuncia di un provvedimento cautelare il quale, proprio nell'ambito di ciò che abbiamo visto circa il principio della strumentalità attenuata, possa assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza di merito, regolando la fattispecie concreta sottoposta all'esame del giudice e, così, disponendo per un assetto diverso che la sentenza di merito, eventualmente pronunciata, potrebbe confermare, in linea generale con l'attitudine al giudicato.

Ci sembra che questo aspetto si possa ricondurre allo schema generale di processo civile maggiormente snello e deformalizzato, anche alla luce di recenti esperienze innovative che da taluni sono state segnalate proprio con riguardo alla particolare funzione svolta dal procedimento cautelare innominato.<sup>33</sup>

D'altro lato, un ulteriore elemento che conferma la perfetta adattabilità alle nuove forme di risoluzione delle controversie che, come detto, richiamano tale tipo di processo, è quello rappresentato dalla **residualità** dei provvedimenti d'urgenza.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il richiamo testuale, operato dal legislatore all'interno dell'articolo 700, del codice di procedura civile, proprio al principio di residualità, disponendo che la cautela innominata operi "Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni del presente Capo", consente un'applicabilità generalizzata di questo tipo di cautela, limitandone l'utilizzabilità unicamente in relazione alle fattispecie nelle quali, attraverso la tutela innominata cautelare appunto, si volesse rispondere ad un'esigenza di pericolo, specifica e già prevista dalla disciplina di una misura cautelare "tipica".

Questo aspetto non deve sembrare secondario ma, anzi, rappresenta un elemento determinante delle possibilità applicative dell'istituto della cautela innominata, poiché, all'interno dell'ambito di efficacia e di effettività della tutela cautelare, di cui all'articolo 700, possono ben rientrare, da un lato, diritti assoluti o, per usare un termine prettamente correlato al diritto processuale, "situazioni finali", quali il diritto di proprietà ma, dall'altro

---

*dispositivo. Parte II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento, in Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1991, II, pp. 569 – 605 ; A. Chizzini, *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile - [Cross-examination, principle of devise and powers of the judge in the transformation of civil procedure]*, in *Jus*, 2012, III, pp. 461 – 482.

<sup>33</sup> Ci riferiamo a A. Scarpa – R. Giordano, *I procedimenti cautelari op.cit.*, laddove, a pagina 29 si richiama il processo sommario, previsto dagli articoli 702bis e ss. del c.p.c.

lato, possono bene rientrarvi anche diritti o situazioni “relative”, di natura negoziale, che determinino a loro volta diritti di credito.

Non dobbiamo, per altro verso, dimenticare che, nell’ambito della atipicità, strutturale che caratterizza il procedimento cautelare innominato, ritroviamo proprio il concetto di “atipicità” della tutela, che opera in stretta relazione con l’indubbio potere discrezionale, riconosciuto al giudice proprio nel momento della identificazione del provvedimento più idoneo ad assicurare gli effetti della decisione sul merito, a seconda dell’oggetto della domanda cautelare assoggettata alla cognizione del giudice.

Nell’ambito di quanto si è detto, dunque, circa il processo civile semplificato, è opportuno, nondimeno, sottolineare gli elementi costitutivi di questa tutela di natura anticipatoria, che ben può rappresentare lo strumento definitivo di risoluzione di una determinata controversia.

A nostro modo di vedere, nulla potrebbe impedire alla tutela cautelare innominata, infatti, di regolare situazioni, di diritto e di fatto, che le stesse parti potrebbero rinunciare a vedere confermate o modificate dall’accertamento del diritto che caratterizza la decisione di merito.

Allo stesso modo, ci pare assolutamente praticabile la soluzione della pronuncia di un provvedimento di cautela innominato, esistendone le condizioni specifiche, nel caso in cui una situazione di fatto - e la contestuale situazione di diritto - richiedano una pronuncia di natura **meramente accertativa**, la cui efficacia sostanzialmente si esaurisce in sé, per il solo fatto di essere pronunciata e di accertare gli elementi costitutivi della richiamata situazione in fatto e diritto.<sup>34</sup>

Proseguendo nell’analisi della possibile applicazione ed efficacia della cautela innominata, in relazione al provvedimento i cui effetti si prestano ad essere anticipati e, per quanto ci riguarda, senza il necessario passaggio al successivo giudizio di merito, è opportuno, dopo aver richiamato il contenuto di mero accertamento, fare riferimento anche alle sentenze aventi **natura costitutiva**.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Su tale aspetto, si vedano : A. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 393 e ss. ; G.- Arieta, *I provvedimenti cit.*, pp.141 e ss. ; P. Frisina, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, in *Riv.dir.proc.*, 1988, III, pp. 885 – 908 ; E. Vullo, *I provvedimenti d’urgenza ex art.700 op.cit.*, pp. 1324 e ss. ; L.Dittrich, *I provvedimenti d’urgenza*, in G. Tarzia ( a cura di ) *Il nuovo processo cautelare*, IV ed., Padova, 2011, pp. 281 e ss. ; C. Cariglia, *Quale spazio per la tutela cautelare atipica di mero accertamento?*, in *Le Società*, 2012, 12, pp. 1229 – 1239. In senso pienamente difforme C. Petrillo, *Riconosciuta infine a chiare lettere la inconciliabilità tra tutela ex art. 700 c.p.c. ed efficacia di accertamento*, in *Corr. giur.*, 2005, III, pp. 411 – 417. In senso negativo anche S. Menchini, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in C. Consolo, F. P. Luiso, S. Menchini, L. Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, I, 2006, pp. 71 – 108 ; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, le tutele ( di merito, sommarie ed esecutive ) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2015, pp. 220 – 228.

<sup>35</sup> Richiamate le posizioni della Dottrina di parere opposto, in nota precedente, sulla tutela costitutiva si vedano, sul punto specifico : E. Merlin, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella l. 353/1990*, in *Riv.dir.proc.*, 1992, III, pp. 945 – 970; A. Carrato, *Brevi note sul problema dell’ammissibilità della tutela cautelare atipica in funzione dell’azione costitutiva di merito*, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2005, IV, pp. 444 – 445. Sulla tutela costitutiva in generale, si vedano : C. Ferri, *Profili dell’accertamento costitutivo*, Padova, 1970; A. Bonsignori, *Effetti della*

La questione, che riguarda la possibilità di anticipare il contenuto della sentenza di natura costitutiva ed i suoi effetti, è oltremodo complicata, poiché la particolare natura delle controversie riferite alla tutela costitutiva può rappresentare un ostacolo ad una applicazione, quale quella richiamata nell'ambito della strumentalità attenuata.

È di tutta evidenza, infatti, che gli effetti di natura costitutiva, che dispiegano in sé, per il solo fatto della pronuncia, la propria efficacia modificativa della situazione diritto che ne è posta alla base, apparentemente non si conciliano con una pronuncia cautelare, avente contenuto anticipatorio ma che, proprio per questo motivo, non può o non potrebbe determinare i tipici effetti della tutela costitutiva richiamata, non foss'altro poiché, come è noto, l'efficacia della pronuncia costitutiva è condizionata dalla sua incontrovertibilità, essendo strettamente correlata al passaggio in giudicato della decisione.

Nondimeno, in un ambito di applicazione della cennata strumentalità attenuata ed in linea con alcuni elementi che caratterizzano il processo deformalizzato, si può certo pensare ad una fattispecie nella quale il provvedimento cautelare anticipatorio consenta alla parte che se ne giova di esercitare il diritto e le facoltà ed i poteri che ne sono conseguenza, così da dare prevalente rilevanza all'aspetto applicativo concreto della pronuncia che disciplina la fattispecie, nell'attesa eventuale della successiva instaurazione del giudizio di merito, che tali facoltà e poteri potrebbe confermare, sotto l'aspetto della loro definitività e, ancora una volta, tale ulteriore passaggio sarebbe comunque riservato alla concreta volontà delle parti.

La considerazione, infatti, degli interessi in gioco, soprattutto con riguardo alle concrete aspirazioni ed ai concreti bisogni delle parti, le quali, in occasione dell'insorgere di una controversia, richiedono una sua risoluzione rapida ed efficace, ci spinge così a considerare le condizioni per la pronuncia del provvedimento cautelare innominato, alla stregua di condizioni che segnalano una crisi effettiva della norma generale ed astratta e tendono a risolvere quella situazione patologica in un modo rapido - che anticipi il contenuto di una decisione destinata a divenire stabile - e che, tuttavia, possa disciplinare lo stato di fatto e di diritto senza che, per fare questo, sia necessario instaurare il successivo giudizio di merito ed attenderne gli snodi processuali ed i tempi di risoluzione.

Tutto ciò, ovviamente, sarà riservato alla concreta volontà delle parti le quali, come detto, potranno acquietarsi alla soluzione anticipatoria,

---

*sentenza costitutiva passata in giudicato sulla compravendita non ancora eseguita*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1975 fasc. 5, pp. 656 e ss. : A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, II, Torino, 1980, pp. 146 ss., sp. 158 . 172 ; E. F. Ricci, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 16 - 27 ; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv.dir.proc.*, 1991, I, pp. 60 - 100 ; C. Consolo, *Oggetto del giudicato, tutela costitutiva e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ., Parte I, Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, 1991, pp. 215 - 290 ; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile fondato da F. Vassalli*, XIV, 4, Torino, 1994, pp. 143 - 165 ; L.D. Gardani, *Sentenza*, in *Riv.dir.civ.*, 1997, II, II, pp. 187 - 195 ; G. Impagnatiello, *Sentenza costitutiva ed esecutorietà provvisoria*, in *Foro it.*, 2010, VII - VIII, I, pp. 2094 - 2095.

escogitata dal giudice della cautela, esercitando, quanto a questo aspetto, una delle funzioni fondamentali che caratterizzano il processo deformalizzato e semplificato, ovvero il principio dispositivo.

## 2) IL PROCEDIMENTO CAUTELARE

Acclarati alcuni degli elementi sostanziali, a nostro giudizio, più rilevanti che caratterizzano l'istituto della cautela, nel nostro ordinamento, è opportuno e necessario approfondire la disciplina del procedimento e le sue concrete modalità applicative.

### 2).1 L'introduzione del giudizio cautelare

La norma da prendere in considerazione, al fine di trattare della fase introduttiva del giudizio cautelare e la forma della domanda è rappresentata dall'articolo 669bis del codice di rito civile, il quale è effettivamente intitolato alla forma della domanda di cautela.

La previsione contenuta nella norma cennata, nondimeno, appare estremamente semplice e lineare, atteso che prevede che la domanda cautelare si proponga con ricorso, limitandosi sostanzialmente ad indicare il tipo di forma che deve caratterizzare l'atto introduttivo.

La forma del ricorso, quale atto introduttivo del giudizio, peraltro tipica dei procedimenti speciali in generale, caratterizza anche le cautele specifiche, quali il sequestro anteriore alla causa, come dispone l'art 672 del codice di procedura civile o la fattispecie prevista dall'art. 688, con riguardo alla denuncia di nuova opera o di danno temuto od, infine, i procedimenti di istruzione preventiva, come dispone l'art. 693 c.p.c. ed il già richiamato provvedimento d'urgenza.<sup>36</sup>

L'esame dell'introduzione del giudizio cautelare e della forma della relativa domanda non può non tenere conto della peculiare caratteristica del rito cautelare, atteso che l'istanza può essere proposta, come è noto, anche in corso di causa, così che diviene opportuno verificarne la concreta modalità applicativa in tale fattispecie.<sup>37</sup>

La questione assume rilevanza con riguardo alla possibilità di proporre la domanda di cautela, dunque, in corso di causa, attraverso l'inserzione diretta dell'istanza nel verbale di causa, atteso che, in tale ipotesi non sembra secondario il problema di consentire alla od alle altre parti di poter esercitare il proprio diritto di difesa, che si sostanzia, in questo caso, nell'applicazione concreta del principio del contraddittorio e nella conseguente e necessaria previsione di un termine, entro il quale la o le

---

<sup>36</sup> Sulla forma del ricorso, tipica dei procedimenti speciali, si vedano : G. Trisorio Liuzzi, *La pendenza dei processi da ricorso*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1979, II, pp. 262 - 283 ; F. Cordopatri, *Ricorso (dir.proc.civ.)*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 731 - 748 ; C. Consolo, *Domanda giudiziale*, in *Dig., disc.priv., sez.civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 106 - 107 ; P. Della Vedova, *Cognizione speciale e struttura del procedimento*, Milano, 2007, pp. 103 - 110 ; Id., *Il Giusto processo sommario*, Padova, 2013, pp. 43 - 44.

<sup>37</sup> Sul punto si vedano : G. Verde, *L'istanza di sequestro in corso di causa è domanda nuova?*, in *Riv.dir.proc.*, 1988, I, pp. 197 - 200 ; F. Levoni, *Sequestro in corso di causa e rito applicabile dopo la riforma*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1994, II, pp. 637 - 643 ; T. Martucci, *Competenza cautelare in corso di causa e vizio di costituzione del giudice*, in *Giur. merito*, 2000, I, I, pp. 61 - 62 ; L. Iannicelli, *Domanda cautelare in corso di causa ed incompetenza del giudice di merito*, in *Riv trim. di dir. e proc.civ.*, 2000, III, pp. 745 - 803 ; S. Izzo, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2011, III, pp. 463 - 474.

altre parti possano allegare e dedurre a difesa, in relazione alla istanza di cautela proposta.<sup>38</sup>

La questione sembra possa risolversi, da un lato, contemperando le esigenze tipiche della cautela che, generalmente, si riportano ai presupposti dell'urgenza, con le esigenze, parimenti rilevanti, dell'esercizio del diritto di difesa, come detto, cosicché in tali ipotesi, nelle quali dunque apparentemente l'istanza di cautela non è proposta con la forma del ricorso, sarà ben possibile ed anzi, per certi aspetti doveroso, concedere alle altre parti un termine per poter adeguatamente replicare, soprattutto in relazione alla esistenza dei presupposti tipici della domanda cautelare.

Dall'altro lato, il riferimento, che la norma contenuta nell'articolo 669**bis** c.p.c. opera in favore della forma del ricorso, necessariamente si riferisce ad una istanza generale, che prescinde, almeno nel suo aspetto descrittivo, dal momento della sua concreta proposizione ma, soprattutto, richiama una forma della domanda che si caratterizza per una maggior celerità che risponda alle tipiche esigenze sottese al giudizio cautelare e che, quindi, a maggior ragione, trova una compiuta formulazione anche soprattutto all'interno del verbale di causa.

Mette conto porre in rilievo come in tale caso, inoltre, almeno nei confronti delle parti costituite, certo non occorrerebbe alcun altro adempimento, poiché le stesse potranno adeguatamente formulare le proprie difese nel termine che verrà concesso dal giudice, restando da risolvere, semmai, la questione del **rappporto** tra la domanda cautelare, formulata nel verbale di causa, e l'eventuale rapporto con la parte contumace ed il suo diritto di difesa, sia pur solo potenziale.

---

<sup>38</sup> Sul principio del contraddittorio, in generale, e sulla sua applicazione concreta, si vedano : F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1959, pp. 99 - 100 ; A. Nasi, *Contraddittorio (principio del) (dir.proc.civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 720 - 728 ; L. P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, sp., pp. 17 e ss. ; Id., *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv.dir.proc.*, 1997, III, pp. 719 - 766 ; Id., *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*, Lima (Perù), 2016, pp. 297 - 334 ; F. Mazzarella, *Processo, contraddittorio, norma processuale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1975, I, pp. 62 - 92 ; V. Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv.dir.proc.*, 1975, IV, pp. 577 - 619 ; G. Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv.dir.proc.*, 1978, II, pp. 193 - 248 ; Id., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv.dir.proc.*, 1984, IV, pp. 634 - 658 ; F.P. Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981 ; C. Ferri, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi urbinati*, 1982, XXXII - XXXIV, pp. 13 - 132 ; Id., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv.trim. di dir. e proc. civ.*, 1988, III, pp. 780 - 795 ; N. Trocker, *Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà*, in *Foro it.*, 1989 fasc. 3, pp. 668 - 677 ; N. Picardi, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv.dir.proc.*, 1998, III, pp. 673 - 681 ; L. Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv.dir.proc.*, 2000, IV, pp. 929 - 947 ; N. Picardi, *"Audiatur et altera pars". Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. di dir. e proc.civ.*, 2003, I, pp. 7 - 22 ; A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, pp. 1087 e ss. ; Id., *Appunti su questioni rilevabili d'ufficio e principio del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2010, XI, V, pp. 301 - 302 ; D. Buoncristiani, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, II, pp. 399 - 415 ; P. Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, pp. 99 - 95.

Tale fattispecie è disciplinata, per ciò che attiene alla parte contumace, dall'articolo 292 del codice di rito civile, il quale dispone circa la notificazione e la comunicazione di atti alla parte contumace.

La norma, nel suo primo comma, prevede, tra l'altro, che le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali, da chiunque proposte, siano notificate personalmente al contumace nei termini che il giudice fissa con la sua ordinanza.<sup>39</sup>

Il problema risiede nell'opportunità di identificare la domanda cautelare, promossa nel corso del giudizio, alla stregua di domanda nuova.

Quest'ultima si intende quale domanda, formulata nel corso del giudizio e che ne ampli l'oggetto, sì da rendere necessario l'adempimento della notifica della domanda nuova alla parte contumace, come visto.

E' di tutta evidenza che la soluzione del problema non appare per nulla agevole, soprattutto sulla scorta della previsione contenuta nell'art. 669sexies c.p.c., il quale dispone che il provvedimento sia pronunciato nel contraddittorio delle parti eventualmente destinatarie della cautela.

Ancorché non si volesse intendere la cautela quale domanda nuova, contenente, dunque, elementi di "novità", rispetto all'ambito originario della domanda - aspetto questo, peraltro da valutarsi a seconda dei casi -, il riferimento al contraddittorio, contenuto nella norma cennata, ci sembra non possa consentire alcuna interpretazione di natura restrittiva, in merito alla necessaria notifica al contumace.<sup>40</sup>

Benché in dottrina si ritenga, da alcuni Autori, che l'istanza di cautela non introdurrebbe una pretesa di natura sostanziale ma unicamente strumentale alla domanda di merito, non determinando, quindi, un ampliamento dell'oggetto del giudizio, riteniamo, al contrario, che la notifica della istanza di cautela in corso di causa sia da annoverare tra gli atti che debbano essere notificati al contumace.<sup>41</sup>

Ulteriore questione, che si affianca a quella che abbiamo visto, è quella che attiene alla proposizione *uno actu* della domanda di merito e della istanza cautelare, da un lato o, dall'altro, alla necessaria formulazione di due atti distinti, posto che le modalità di radicamento della domanda del giudizio

---

<sup>39</sup> Sull'istituto della contumacia, si vedano : F. Carnelutti, *Diritto e processo op.cit.*, pp. 181 - 183 ; P. Brandi, *Contumacia (dir.proc.civ.)*, in *Enc. del dir.*, X, Milano 1962, pp. 458 - 472 ; G. Giannozzi, *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963 ; S. Costa, *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig.*, IV, Torino, 1968, pp. 772 ss. ; O. Lo Cigno, *La contumacia nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1986, III, I, pp. 93 - 108 ; O.G. Carbonari, *Contumacia (procedimento in)*, I) *diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988 ; B. Giaccia Cavallari, *Contumacia*, in *Dig. it., sez.civ.*, IV, Torino 1989, pp. 320 - 335.

<sup>40</sup> Sulla questione si vedano : G. Verde, *L'istanza di sequestro in corso di causa è domanda nuova?*, in *Riv.dir.proc.*, 1988, I, pp. 197 - 200 ; G. Tota, *Omessa notificazione al contumace dell'istanza cautelare proposta lite pendente, invalidità del provvedimento emesso inaudita altera parte e poteri del giudice del reclamo*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, IV, pp. 1284 - 1298

<sup>41</sup> Opinione contraria è espressa da A. Scarpa - R. Giordano, *op. cit.*, pag.44, i quali richiamano la sentenza della Suprema Corte : Cass., civ. Sez. II, 13/05/1998, n. 4814, in *Mass. Giur. It.*, 1998, in cui si afferma che "Il ricorso in corso di causa ex art. 700 c.p.c., essendo diretto ad ottenere un provvedimento strumentale e temporaneo, volto ed assicurare con funzione cautelare gli effetti della successiva decisione di merito, non integra una domanda nuova rispetto a quella contenuta nell'atto di citazione. Conseguentemente detto ricorso non deve essere notificato al contumace ai sensi dell'art. 292 c.p.c."

ordinario, presso l'Autorità giudiziaria, sono diverse e diverse le conseguenze, in particolare, sulla designazione del giudice, titolare della controversia.

La questione, dal punto di vista delle norme applicabili, richiama, dapprima il contenuto dell'art. 669<sup>ter</sup> c.p.c., che disciplina la competenza anteriore alla causa e, successivamente, l'art. 669<sup>sexies</sup> c.p.c., il quale regola il procedimento.

L'art.669<sup>ter</sup>, nel primo comma, prevede che, prima dell'inizio della causa di merito, la domanda si proponga al giudice competente a conoscere del merito.

Questa previsione, dunque, apparentemente non pone soverchi problemi di individuazione della competenza poiché, nell'ipotesi, che abbiamo richiamato poco sopra, di proposizione contemporanea della domanda di merito e della domanda cautelare, il giudice competente a decidere è sostanzialmente lo stesso.

L'articolo 669<sup>sexies</sup> c.p.c., che disciplina il procedimento cautelare, identifica le ipotesi dell'istruzione cautelare in contraddittorio, omessa ogni formalità che a quest'ultimo non sia essenziale ed, anche, prevede la pronuncia *inaudita altera parte*, laddove la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento.

Come vedremo, l'applicazione concreta di questa norma non ci sembra impedisca o si ponga d'ostacolo alla proposizione della domanda di merito e della cautela, all'interno di un unico atto.

Il problema potrebbe porsi semmai, da un lato, per la diversa struttura e per le diverse componenti essenziali degli atti introduttivi, atteso che, mentre la cautela ed il relativo procedimento sono caratterizzati dalla introduzione del giudizio con ricorso, la domanda di merito è generalmente introdotta con atto di citazione, che rappresenta il tipo generale di modalità di proposizione della domanda, nell'ambito del giudizio ordinario di cognizione.

Per la verità, la questione della contemporanea proposizione del giudizio di merito e dell'istanza di cautela potrebbe porsi anche con riguardo, ad esempio, al Procedimento sommario di cognizione, disciplinato all'interno del Capo III<sup>bis</sup>, Titolo I, del Libro IV, intitolato ai Procedimenti speciali.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Sul rito sommario di cognizione, si vedano : S. Menchini, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, VIII, pp. 1025 - 1034 ; Id., *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Il giusto processo civile*, 2009, II, pp. 367 - 389 ; G.P. Macagno, *Il processo sommario di cognizione. Brevi note*, in *Giur. merito*, 2009, XII, pp. 3047 - 3058 ; R. Tiscini, *Commento agli artt. 702-bis, ter e quater*, in A. Saletti e B. Sassani (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Torino, 2009, pp. e 227 ss. ; P.P. Lanni, *Commento agli artt. 702-bis, ter e quater*, in C. Consolo M. De Cristofaro (a cura di), *Codice di procedura civile commentato, La riforma del 2009*, Milano, 2009, pp 356 ss. ; R. Caponi, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, IX, V, pp. 334 - 338 ; Id., *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, IV, pp. 1115 - 1124 ; M. Bove, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010; B. Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010 ; M.L. Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010; I. Ambrosi, *La riforma del processo civile: il procedimento sommario di cognizione*, in *Famiglia, Persone e Successioni*,

Qualora, infatti, nelle cause di competenza del Tribunale in composizione monocratica, la parte proponente la domanda intendesse seguire le forme semplificate, che caratterizzano questo tipo di giudizio e, contestualmente, sorgesse, per la stessa parte ricorrente, l'esigenza di ottenere un provvedimento di natura cautelare, a fronte di un preteso imminente pregiudizio, la questione che stiamo esaminando, con riguardo all'atto introduttivo, si porrebbe negli stessi termini, identici peraltro, se confrontati anche con la proposizione della istanza di cautela che sia contestuale alla proposizione della domanda di merito, proposta nell'ambito del rito del lavoro, così come prevista e disciplinata dall'articolo 414 del codice di rito civile.

In dottrina si è sostenuto che, quanto meno, con riguardo al giudizio ordinario di cognizione, la formulazione di un unico atto che contenga in sé, sia la domanda di merito che l'istanza cautelare, colliderebbe con la disciplina che individua il giudice al quale è affidata la cognizione del giudizio di merito, da un lato, ed il giudice, al quale è affidata la trattazione del procedimento cautelare, dall'altro.<sup>43</sup>

Altri Autori hanno sostenuto che la proposizione contestuale della domanda di merito e dell'istanza di cautela potrebbe vanificare l'eventuale pronuncia del provvedimento cautelare nella modalità *inaudita altera parte*.<sup>44</sup>

Come abbiamo già specificato, riferendoci ai parametri del processo deformalizzato, ci pare che la questione debba essere risolta alla luce del principio di effettività<sup>45</sup> della tutela, ovvero sulla scorta della verifica delle

---

2010, I, pp. 77 - 79 ; A.A. Romano, *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010 I, pp. 165 - 202 ; P. Biavati, *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, in *Giur. merito*, 2010, IX, pp. 2168 - 2174 ; G. Basilico, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010, III, pp. 737 - 770 ; E. Benanti, *Pretese limitazioni all'applicabilità del procedimento speciale sommario introdotto con il nuovo art. 702-bis c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2011, II, pp. 505 - 512 ; M. Cea Costanzo, *L'appello nel processo sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2011, I, pp. 135 - 163 ; P. Porreca, *L'appellabilità dell'ordinanza di rigetto nel procedimento sommario di cognizione: deformalizzazione, giudicato e giusto processo*, in *Giur. merito*, 2011, XI, pp. 2676 - 2688 ; R. Martino, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, IV - V, pp. 916 - 941 ; G. Scarselli, *Abolizione del processo civile? (Contro il progetto che fa del rito sommario la regola generale di cognizione dei diritti civili) - Abolishing civil proceedings?*, in *Foro it.*, 2016, IX, V, pp. 314 - 317.

<sup>43</sup> Sul punto si veda, in particolare : L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in G. Tarzia ( a cura di) *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, pp. 237 e ss., sp. 253 ; A. Giusti, *La disciplina del procedimento cautelare nella riforma del processo civile*, in *Giust. civ.*, 1991, VII - VIII, pp. 379 - 400, sp. pag. 384. In senso parzialmente favorevole, seppur con molta cautela, si veda : F. Lapertosa, *In tema di competenza e procedimento cautelare (casi e questioni)*, in *Riv.dir.proc.*, 1995, II, pp. 413 - 432, sp. pp. 426 - 428 ; G. Navarrini, *Autonomia del processo cautelare e forma della domanda: rilievi problematici*, in *Giust. civ.*, 1996, XI, I, pp. 2426 - 2431.

<sup>44</sup> Sul punto si veda : G. Verde, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, XI, pp. 432 - 444, sp. pag. 438.

<sup>45</sup> Sul principio di effettività e sull'effettività della tutela in generale, si vedano : F. Roselli, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, II, pp. 23 - 32 ; L.P.Comoglio, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001, VI, II, pp. 471 - 482 ; Id., *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in

eventuali e concrete ricadute negative sulla struttura indefettibile del processo, la quale richiama e si integra nel principio del contraddittorio e nel più ampio principio di difesa.

Alla luce di tali richiami, mentre per i processi a cognizione speciale, introdotti da ricorso, non sembra vi siano difficoltà sostanziali - proprio per la particolare natura dell'atto introduttivo di quel tipo di giudizi - a proporre, all'interno di un unico atto, la domanda di merito e quella cautelare, il problema potrebbe porsi, come detto, relativamente alla domanda di merito, introdotta con atto di citazione.

Nondimeno, se la questione, come appare, si limitasse alle concrete modalità di designazione del giudice ed alla conseguente formazione di due distinti fascicoli processuali, essa andrebbe valutata alla stregua di quanto abbiamo richiamato, ovvero andrebbe posta la domanda circa l'esistenza di un effettivo pregiudizio dei diritti di difesa, da un lato, e della completezza degli elementi cognitivi che debbano consentire al giudice la pronuncia del provvedimento cautelare, dall'altro.

Ciò posto, ci pare che nulla impedisca di designare, con uno stesso provvedimento, il giudice del merito, che sarà contemporaneamente giudice della cautela e che avrà ogni elemento, in fatto e in diritto, all'interno del proprio fascicolo, per decidere, con il compiuto rispetto del contraddittorio e delle possibilità di difesa per le parti in lite, potendosi benissimo ottenere la pronuncia sull'istanza cautelare, a seguito di apposita udienza, nel caso del giudizio ordinario di cognizione, anche prima dell'udienza di prima comparizione e, nelle ipotesi di procedimenti sommari introdotti dal ricorso, nella stessa udienza fissata dal giudice.

## 2.2) La struttura della domanda cautelare

Come abbiamo già visto, l'articolo 669<sup>bis</sup> del codice di rito civile, il quale disciplina la forma della domanda, si limita a prevedere che la domanda cautelare si propone con ricorso, depositato nella cancelleria del giudice competente.

L'esame della laconica previsione, tuttavia, fornisce, da un lato, una indicazione di massima, relativa alla struttura della forma dell'atto

---

*Riv.dir.proc.*, 2010, III, pp. 521 - 543, sp. 540 - 543; A. Didone, *Le priorità nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, IV, pp. 1158 - 1186 ; G. Biagioni, *Norme processuali e principio di effettività: ulteriori sviluppi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, I, pp. 201 - 212 ; R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Politica del diritto*, 2007, III, pp. 377 - 412 ; D. Dalfino, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro italiano*, 2009, IV, V, pp. 180 - 184 ; Id., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2014, III, pp. 907 - 941 ; M. de Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, II, pp. 282 - 305 ; A. Proto Pisani, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, I, V, pp. 1 - 6 ; A. Renzi, *Equivalenza delle forme per l'atto di riassunzione del processo ex art. 50 c.p.c. e principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2013, IV, pp. 899 - 907 ; A. Proto Pisani, *Il principio di effettività nel processo civile italiano - [The principle of effectiveness in the Italian civil trial]*, in *Il giusto processo civile*, 2014, III, pp. 825 - 836 ; A. Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv.dir.proc.*, 2015, III, pp. 680 - 696, sp. 684 - 688

introduttivo, ovvero il ricorso e, dall'altro, richiama l'individuazione del giudice competente.

Il richiamo alla forma del ricorso, nondimeno, consente di ritenere applicabile la disciplina generale degli elementi costitutivi degli atti di parte, la quale, generalmente, si ritrova descritta e precisata dall'articolo 125 del codice di procedura civile, il quale, in effetti, ha ad oggetto il contenuto e la sottoscrizione degli atti di parte.<sup>46</sup>

In effetti, la lettera della norma prevede che, tra gli altri, il ricorso debba indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o l'istanza, richiedendo ovviamente la sottoscrizione della parte, qualora stia in giudizio personalmente oppure del difensore.

È di tutta evidenza, quindi, che l'atto introduttivo della domanda di cautela, ovvero il ricorso, dovrà necessariamente contenere, quale struttura minimale, gli elementi che il cennato articolo 125 prevede.

L'aspetto più rilevante, nondimeno, di tale snodo processuale appare essere rappresentato, da un lato, dalle ragioni della domanda, che necessariamente dovranno richiamare le condizioni per la pronuncia della cautela, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Tuttavia e per altro lato, accanto a tale indicazione, soprattutto con riguardo alle cautele di natura anticipatoria, si pone la questione della necessaria specificazione ed indicazione di come la parte ricorrente intenda che il rapporto di fatto e di diritto sia disciplinato nel futuro, cosicché, sostanzialmente, lo stesso ricorrente dovrà concludere, sia in tal senso, che con riguardo all'eventuale giudizio di merito.

Mette conto aggiungere, che il richiamo alle ragioni della domanda, sotto questo aspetto, non potrà limitarsi certo ed esclusivamente ad affermare l'esistenza delle condizioni per la pronuncia della cautela ma, nondimeno, dovrà indicare gli elementi in fatto e gli aspetti in diritto che si trovano posti alla base del diritto che si intende assoggettare a cautela.

Dunque, la domanda cautelare, anche e soprattutto nell'ipotesi di cautela innominata di cui all'articolo 700, del codice di rito civile, deve necessariamente contenere tutti gli elementi che possono consentirne l'accoglimento, in virtù del pericolo e dell'apparenza del buon diritto ma, anche, che consentano, proprio nei casi in cui la cautela non ripercorra strumenti cautelari predeterminati, di individuare il diritto, i suoi aspetti essenziali ed il tipo di provvedimento innominato richiesto o che, quanto meno, di quest'ultimo se ne dia una indicazione generale.

Queste conclusioni ed il richiamo all'articolo 125 del codice di procedura civile, anche alla luce delle considerazioni relative al processo civile deformalizzato, rendono urgente la questione relativa alle conseguenze di una domanda cautelare incompleta o, per altro verso, indistinta e generica,

---

<sup>46</sup> Sull'art. 125 c.p.c., in generale si vedano : E. Redenti, *Atti processuali civili*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano 1959, pp. 105 - 140 ; B. Cormio, *Degli atti in generale*, in *Comm. al c.p.c. diretto da Enrico Allorio*, I, Torino, 1973, pp. 202 e ss. ; E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di V. Colesanti - E. Merlin - F.E. Ricci, Milano, 2007, pp. 202 e ss. ; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, XX ed., Torino, 2009, pp. 454 e ss. ; P. Pellegrinelli, *Art. 125 c.p.c.*, in L.P.Comoglio - C. Consolo - B. Sassani - R. Vaccarella, ( diretto da ) *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2012, pp. 558 - 571 ; N. Picardi, *Manuale del processo civile*, III ed., Milano, 2013, pp. 245 - 248.

tale, quindi, da non rientrare nel tipo di "ricorso", richiamato e descritto, seppur sommariamente, dalle norme alle quali si è fatto cenno.

### 2.3) *Le patologie della domanda di cautela*

Le eventuali patologie formali e le invalidità che possono riguardare la domanda di cautela che, come abbiamo detto, è caratterizzata dalla forma del ricorso, non si discostano, a nostro sommo parere, da quelle che possono, in linea generale, interessare gli atti del processo e così, quanto a questo aspetto, le patologie cennate saranno di natura tale da ritenersi applicabile ad esse la disciplina generale delle nullità degli atti del processo.<sup>47</sup>

Questo aspetto, peraltro, consente di richiamare quanto abbiamo affermato in tema di diritto processuale semplificato, poiché, come rilevato anche in dottrina<sup>48</sup>, le previsioni normative alle quali fare riferimento, al fine di risolvere i problemi collegati e conseguenti alla patologia eventuale della forma introduttiva della domanda di cautela, richiamano, tra le altre, l'articolo 175 del codice di rito civile<sup>49</sup>, in tema di potere di direzione del procedimento, unitamente all'articolo 156,<sup>50</sup> con particolare riguardo al secondo comma, norme tutte che consentono di recuperare, laddove possibile, la natura e la funzione dell'atto introduttivo, in presenza di alcuni

---

<sup>47</sup> Sulla nullità degli atti, si vedano : C. Furno, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, Milano, 1951, pp. 408 e ss. ; G. Conso, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali*, in *Riv trim di dir e proc.civ.*, 1965, pp. 110 e ss. ; V. Denti, *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 467 e ss. ; C. Mandrioli, *In tema di vizi c.d. non formali degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, pp. 320 e ss. ; G. Martinetto, *Della nullità degli atti*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, pp. 1579 e ss. ; R. Oriani, *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, pp. 4 e ss. ; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, 1999, Padova, pp. 426 - 439 ; A. A. Romano, *Nullità degli atti, ricorso introduttivo delle controversie di lavoro e art. 164 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, IV, pp. 1140 - 1157 ; W.M. Ruosi, *Della nullità degli atti*, in L.P.Comoglio - C. Consolo - B. Sassani - R. Vaccarella, (diretto da) *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2012, pp. 1063 - 1233 ; N. Picardi, *Manuale cit.*, pp. 266 - 277 ; C. Consolo, *Spiegazioni cit.*, pp. 653 - 670 ; R. Poli, *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, II, pp. 352 - 376 ; P. Biavati, *Argomenti cit.*, pp. 233 - 238.

<sup>48</sup> A. Scarpa - R. Giordano, *op.cit.*, pp. 60 - 63.

<sup>49</sup> Sul principio di direzione del procedimento, si vedano, tra gli altri : E. Fazzalari, *La funzione del giudice civile nella direzione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 64 e ss. ; V. Denti, *Poteri del giudice*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 489 e ss. ; P. Pajardi, *Dei poteri del giudice istruttore in generale - Art.175*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino, 1980, pp. 480 - 501 ; L.P. Comoglio, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, I, pp. 14 - 56 ; Id., *"Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei*, in *Riv. dir.proc.*, 2015, I, pp. 131 - 157 ed in replica a quest'ultimo saggio B. Cavallone, *Postilla a Luigi Comoglio*, in *Riv dir. proc.*, I, 2015, pp. 158 - 162.

<sup>50</sup> Sulla nullità in relazione allo scopo dell'atto, si vedano : A. Finocchiaro, *Lo scopo della notificazione della sentenza e la sanatoria della nullità*, in *Gius. Civ.*, 1982, VI, pp. 1605 - 1606 ; C. A. Giovanardi, *Sullo scopo dell'atto processuale in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, pp. 267 e ss., sp. pag. 282 ; R. Poli, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, II, pp. 472 - 506 ; C. Asprella, *Ancora un'applicazione del principio del raggiungimento dello scopo come sanatoria della nullità: è valida la notifica del reclamo cautelare effettuata alle parti personalmente e non ai difensori costituiti*, in *Giust. civ.*, 1999, VII - VIII, pt. 1, pp. 2161 - 2163.

elementi fondamentali ed indefettibili, sostanzialmente correlati al principio generale del contraddittorio - del quale si è già detto - ed a quello identificato nel "giusto processo", delineato dall'articolo 111 della Costituzione.

Intendiamo dire che, a fronte della proposizione di una domanda di cautela incompleta, è compito del giudice, nel rispetto del principio del contraddittorio - che, come recita l'articolo 669*sexies* del codice di procedura civile, rappresenta il criterio operativo "essenziale" per il giudice della cautela - individuarne il fondamento e lo scopo ultimo, che il ricorrente si è ripromesso con la proposizione della domanda.

Il giudice, infatti, sicuramente nel contraddittorio delle parti, proprio in applicazione, in particolare, del potere di direzione del processo, potrà provvedere ad integrare gli elementi costitutivi mancanti, applicando, come detto, il "principio dello scopo dell'atto", richiamato dall'articolo 156, comma secondo cennato, tuttavia, nei limiti di una doverosa verifica delle condizioni, che non possono mai mancare, quanto meno sotto l'aspetto assertivo, del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

A fronte, dunque, di una domanda di cautela, come detto, incompleta, il giudice, acclarato lo scopo cautelare che la parte deve, comunque, aver esplicitato nel suo atto e, rispettato il contraddittorio, potrà disporre ogni integrazione necessaria affinché la domanda stessa possa essere esaminata ed, ovviamente, contrastata dalle parti che ne contestano il fondamento.

La dottrina richiamata, tuttavia, pur individuando correttamente le cennate modalità di comportamento del giudice, dirette a recuperare la volontà e la richiesta di giustizia, contenuti nella domanda cautelare seppur incompleta, non si spinge a delineare un ulteriore elemento del processo deformalizzato che, a nostro sommo parere, si situa alla base del recupero al processo ed alla giustizia, degli atti incompleti che comunque abbiano raggiunto lo scopo, ovvero il principio di economia processuale<sup>51</sup>, il quale, proprio nella attuale tendenza innovativa del legislatore, diretta a ricercare soluzioni che comprimano i tempi del giudizio e ne consentano un utilizzo finalmente in linea con i precetti costituzionali e con quelli contenuti nelle convenzioni internazionali, mostri tutta la sua attualità e potenzialità applicative.

Il richiamo all'obbligo dell'autorità giudiziaria, del resto, a procedere in tale direzione, pur in assenza della costituzione del convenuto, ritagliandosi, quanto a questo aspetto il giudice, una evidente attività officiosa, appare, comunque, strettamente conseguente ad una corretta e, diremmo, attiva applicazione del principio di direzione il processo.

---

<sup>51</sup> Sul principio di economia processuale, si vedano : L. P. Comoglio, *Premesse ad uno studio sul principio di economia processuale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1978, II, pp. 548 - 637 ; Id., *Il principio di economia processuale* I, Padova, 1980 e II, Padova, 1982, con particolare riguardo alla direzione del processo ed alla sanatoria delle nullità, vol. II, pp. 167 - 214 ; F. Buffa, *La "non contestazione" nel processo del lavoro, tra principio dispositivo e principio di economia processuale*, in *Giust. civ.*, 2008, XII, I, pp. 2958 - 2962.

## LA COMPETENZA

### 2.4) La disciplina

I criteri individuativi della competenza, nel giudizio cautelare, sono contenuti nelle previsioni normative di cui agli articoli 669<sup>ter</sup> del codice di rito civile, che disciplina la competenza anteriore alla causa ed al successivo articolo 669<sup>quater</sup>, che regola la competenza del giudice della cautela, in corso di causa.

A tali norme, è opportuno affiancare anche l'art. 669<sup>quinquies</sup>, il quale disciplina la competenza cautelare nelle fattispecie nelle quali la lite è prevista da clausola compromissoria od è oggetto di compromesso in arbitri.

Per quanto attiene alla prima previsione richiamata, ovvero quella relativa alla competenza *ante causam*, la norma prevede la fattispecie nella quale la domanda cautelare sia formulata precedentemente all'inizio del giudizio di merito.

Si può fondatamente ritenere che il criterio di competenza anteriore alla causa di merito, individuato nel giudice competente a conoscere del merito, abbia, alla sua base, l'intento di agevolare la parte che intende proporre la domanda cautelare, semplificando, dunque, l'attività preliminare alla proposizione della domanda cautelare ed anche fungendo da raccordo tra le due forme di *cognitio*.<sup>52</sup>

Quanto a tale aspetto, ovvero alla coincidenza tra la competenza cautelare e quella di merito e relativamente alla competenza *ante causam* in sé, vi sono alcune questioni da approfondire.

E' acclarato che, nelle ipotesi nelle quali il giudizio di merito rientri nell'ambito della cognizione del Giudice di Pace, la competenza alla pronuncia della cautela è comunque riservata al Tribunale.

Evidentemente il legislatore ha ritenuto che l'ambito di conoscenza e decisione riservato al Giudice di Pace non fosse tale da consentire a quest'ultimo l'adeguato apprezzamento dell'esistenza delle condizioni, poste tipicamente alla base della pronuncia cautelare.

Per molti aspetti, questo limite non si intende, atteso che la competenza residuale del Giudice di Pace, per quanto limitata, soprattutto per ciò che attiene al criterio del valore, potrebbe egualmente rispondere in modo soddisfacente alla necessità di accertare sia il *fumus* che il *periculum*, i quali, evidentemente, non soffrono limiti quantitativi né condizionamenti qualitativi.

Riteniamo, pertanto, che la particolare natura del provvedimento cautelare ed i suoi recenti cambiamenti, soprattutto con riguardo al principio di strumentalità attenuata, potrebbero suggerire una revisione dei limiti riservati alla competenza del Giudice di Pace, quanto alla cognizione cautelare.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Su questo aspetto si veda : A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pp. 61 e ss.

<sup>53</sup> Si veda, sulla materia, la pronuncia della Corte Costituzionale n. 63 del 14.3.1997, in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 662 e ss. che ha confermato l'inconciliabilità dell'accertamento delle condizioni di pronuncia della cautela con la natura della competenza del Giudice di Pace. In

Ulteriore e sostanziale deroga al criterio della competenza generale per la cautela, prima della proposizione del giudizio di merito, si ritrova all'interno dell'articolo 688 del codice di rito civile, in materia di denuncia di nuova opera e di danno temuto, laddove il primo comma prevede che la relativa istanza si proponga, con ricorso, avanti al giudice competente, a norma dell'articolo 21 del codice di procedura civile.

Atteso che quest'ultima norma, nel suo secondo comma, disciplina il foro per le cause relative ad azioni possessorie ed alla denuncia di nuova opera o di danno temuto, individuandolo nel luogo ove è avvenuto il fatto denunciato, tale ultima indicazione - sostanzialmente concretandosi nel luogo ove è situato l'immobile - rappresenta, dunque, il criterio generale di individuazione della competenza, nell'ipotesi di proposizione anteriore alla causa di merito, di tale tipo di istanza cautelare.

Il terzo comma dell'art.669<sup>ter</sup> prevede, infine, che, qualora il giudice italiano non sia competente a conoscere della causa di merito, la domanda si proponga al giudice, competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare.<sup>54</sup>

Il successivo articolo 669<sup>quater</sup> disciplina la competenza in corso di causa, sulla quale torneremo, individuandola, in linea generale, nel giudice competente per il giudizio di merito.

Se, apparentemente, tale previsione non sembra generare problemi interpretativi, il secondo comma, nondimeno, specifica che, in caso di sospensione od interruzione del giudizio, la domanda cautelare si propone al Presidente del Tribunale, il quale provvederà ai sensi dell'art. 669<sup>ter</sup> c.p.c., già esaminato.

Secondo la Dottrina, in questo caso, dovrebbe essere investito del giudizio cautelare il giudice, titolare della causa precedente all'evento anomalo, che sulla stessa ha determinato i propri effetti tipici.<sup>55</sup>

---

generale, sulla questione, si veda : V. Violante, *Il giudice di pace e la tutela cautelare*, in *Giust. civ.*, 1996, II, II, pp. 89 - 102.

<sup>54</sup> Sulla cautela spettante ad una giurisdizione straniera, relativamente alla quale è opportuno richiamare il diritto internazionale convenzionale, in modo specifico l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles ed ora l'art. 31 del Reg. CE n. 44/01, meglio noto come Buxelles I, si vedano : G. Raiti, *Competenza cautelare italiana e giudizio civile straniero dopo la legge 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, III, pp. 762 - 792 ; L. Querzola, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2000, III, pp. 805 - 844 ; A. Gardella, *Sviluppi in tema di misure cautelari nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Il Diritto marittimo*, 2000, IV, II, pp. 1304 - 1314 ; G. Biagioni, *Interferenze tra provvedimenti provvisori o cautelari e decisione di merito nella Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2002, III, pp. 711 - 722 ; C. Bonaduce, *L'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 alla luce del regolamento n. 44/2001 nelle pronunce della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2003, III, pp. 746 - 758 ; L. Salvadego, *I provvedimenti conservativi in funzione dell'esecuzione di una sentenza straniera secondo il regolamento "Bruxelles I"*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, XI, I, pp. 931 - 938.

<sup>55</sup> Sul punto, si vedano : M. Bove, *Sospensione del processo e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, IV, pp. 977 - 1004 ; A. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, pp. 232 e ss. ; T. Salvioni, *Sulla competenza a revocare o modificare il provvedimento cautelare in ipotesi di interruzione del giudizio di merito*, in *Giur. it.*, 2012, IV, pp. 883 - 886.

## 2.5) Ulteriori questioni

### *La coincidenza della competenza cautelare e quella di merito*

Per tornare a quanto abbiamo adombrato poco sopra, ovvero per tornare alla sostanziale coincidenza tra i due tipi di competenza, non vi è dubbio che l'adozione di tale modalità di individuazione del giudice, competente per la pronuncia della cautela, appare una conseguenza del principio di strumentalità del giudizio cautelare, che appariva necessariamente correlato alla successiva fase di merito.

La questione si è posta successivamente, ovvero a seguito dell'introduzione, nel nostro sistema, come si è visto, dell'attenuazione della strumentalità, così da dubitarsi dell'opportunità di mantenere il criterio della competenza coincidente, atteso che, quanto meno all'interno del novero delle cautele anticipatorie, il provvedimento cautelare assume una sua propria autonomia.<sup>56</sup>

Alla luce delle considerazioni sul processo deformalizzato, non si può negare che una *revisio* del sistema della competenza coincidente, a favore della introduzione di regole più specifiche, quanto meno con riguardo alle cautele anticipatorie, da individuarsi nel giudice del luogo ove si teme possa verificarsi l'evento pregiudizievole, senza necessariamente richiamare la eventualmente diversa competenza per il merito, potrebbe rappresentare una soluzione preferibile.<sup>57</sup>

La struttura della competenza coincidente, che abbiamo visto, determina ulteriori aspetti che meritano una riflessione.

In particolare, la dottrina e la giurisprudenza hanno sottolineato come, nel giudizio cautelare *ante causam*, non sarebbe applicabile il sistema preclusivo delle eccezioni, come previsto dall'art. 38 c.p.c., sistema apparentemente riservato al solo giudizio caratterizzato dalla cognizione ordinaria.

---

<sup>56</sup> Sulla questione della competenza cautelare in generale, anche prima della riforma e sullo specifico argomento trattato, si vedano : F. Lapertosa, *In tema di competenza e procedimento cautelare (casi e questioni)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, II, pp. 413 - 432 ; M.F. Ghirga, *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*, in *Riv.dir.proc.*, 1995, III pp. 922 - 955 ; S. Capiorusso, *Sulla competenza e sul rito per la dichiarazione d'inefficacia del provvedimento cautelare*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, II, pp. 443 - 461 ; E. Odorisio, *Competenza cautelare ante causam e deroga convenzionale alla competenza territoriale*, in *Giur. merito*, 1999, IV-V, pt. 1, pp. 785 - 790 ; T. Martucci, *Competenza cautelare in corso di causa e vizio di costituzione del giudice*, in *Giur.merito*, 2000, I, I, pp. 61 - 62 ; A. Carrato, *Le principali questioni sulla determinazione della competenza in materia cautelare*, in *Arch. Civ.*, 2003, II, pp. 117 - 123 ; V. Amendolagine, *La competenza cautelare ante causam in presenza di una clausola contrattuale derogativa degli ordinari criteri di competenza: spostamento della competenza territoriale nel giudizio cautelare ante causam per vis attrattiva a favore del giudice del merito?*, in *Temì romana*, 2004, I-III, pp. 215 - 224 ; R. Canal, *Brevi osservazioni in tema di competenza cautelare ante causam*, in *Giur. merito*, 2006, I, pp. 76 - 81 ; S. Petrella, *Brevi osservazioni sulle recenti oscillazioni della giurisprudenza di legittimità, in ordine al rilievo della competenza cautelare nei confronti della competenza per il merito*, in *Giur. it.*, 2010, X, pp. 2125 - 2129 ; R. Maruffi, *Sulla competenza per il giudizio di merito conseguente alla concessione di un provvedimento cautelare ante causam*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, V, pp. 1282 - 1290.

<sup>57</sup> Di questo avviso sono A. Scarpa - R. Giordano, *I procedimenti cautelari cit.*, pag. 68.

Tale approccio interpretativo diviene rilevante, per quanto riguarda le conseguenze dirette sul giudizio di merito, che sia instaurato successivamente alla pronuncia della cautela, nelle ipotesi nelle quali il giudice, a fronte della proposizione dell'istanza d'urgenza avanti ad un giudice incompetente, non rilevi tale difetto di competenza od anche nelle diverse ipotesi nelle quali la parte cautelanda non sollevi essa stessa la relativa eccezione.

Si tratta, in pratica, della questione relativa all'impossibilità di modificare la competenza nel successivo giudizio di merito, attesa la sua individuazione definitiva, proprio in conseguenza del mancato rilievo del giudice o della mancata eccezione di parte.

E' di tutta evidenza, infatti, che, qualora si acceda all'opinione che ritiene non applicabile, *in subiecta materia*, il sistema delle preclusioni, come delineato dall'art. 38 cennato, la successiva individuazione del giudice del merito potrebbe utilizzare criteri diversi e, quindi, comportare, quale conseguenza, che tale ultimo giudice potrebbe essere diverso da quello che ha pronunciato il provvedimento cautelare.<sup>58</sup>

Il problema, dunque e come detto, si appalesa assai complesso.

Per quanto non sia pacifico che il sistema delineato dall'art. 38, soprattutto per il sistema delle preclusioni, si debba applicare esclusivamente al giudizio a cognizione piena<sup>59</sup>, è di tutta evidenza che occorre distinguere,

---

<sup>58</sup> Sulla questione preme richiamare le seguenti sentenza della Suprema Corte : Cass. civ., 03/02/2010, n. 2505, in *Giur. it.*, 2010, X, 2123 con nota di Petrella, *cit.* ed anche in R. Maruffi, *Sulla competenza per il giudizio di merito conseguente alla concessione di un provvedimento cautelare ante causam*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, V, pp. 1282 - 1290. La Suprema Corte ha, infatti, stabilito che "L'omessa rilevazione dell'incompetenza (derogabile od inderogabile) da parte del giudice o l'omessa proposizione della relativa eccezione ad opera delle parti nel procedimento cautelare "ante causam" non determina il definitivo consolidamento della competenza in capo all'ufficio adito anche ai fini del successivo giudizio di merito, non operando nel giudizio cautelare il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 cod. proc. civ., in quanto applicabile esclusivamente al giudizio a cognizione piena. Ne consegue che il giudizio proposto ai sensi degli artt. 669-octies e novies cod. proc. civ., all'esito della fase cautelare "ante causam", può essere validamente instaurato davanti al giudice competente, ancorché diverso da quello della cautela". La questione, che mostra una certa complessità, ha visto la Dottrina non univoca sul punto. Si vedano a favore, : G. Verde, *Appunti cit.*, pp. 433 e ss.; G. Guarnieri, *Legge 26 novembre 1990, . 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile). Commento all' art. 74 (Procedimenti cautelari - Competenza anteriore alla causa)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1992, I-II, pp. 298 - 302. Di parere opposto, seppur con distinzioni, E.F. Ricci, *Il provvedimento cautelare ante causam come lampada di Aladino*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, I, pp. 238 - 240, in commento a Cass. civ., Sez. Lav., 09/02/2009, n. 3119; U. Corea, *L'esperimento del giudizio cautelare modifica la disciplina della competenza per il giudizio di merito (e cancella l'art. 39, ult. comma, c.p.c.): una inaccettabile conclusione della Corte Suprema*, in *Riv.dir.proc.*, 2008, III, pp. 850 - 863 ; E. Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, pp. 393 - 434, sp. 394 - 395. V'è da notare, tuttavia, la posizione rigorosamente contraria di G. Tarzia - A. Saletti, *Processo cautelare cit.*, pag. 837, laddove si fa riferimento alla "competenza concorrente".

<sup>59</sup> Ci pare interessante la pronuncia della Suprema Corte, Cass. civ. Sez. I, n. 13055 del 24/11/1999, in *Mass. Giur. it.*, 1999, la cui massima recita : " La disposizione di cui all'art. 38 c.p.c., nel nuovo testo di cui all'art. 4 della l. n. 353 del 1990 (in vigore dal 30 aprile 1995), laddove ha introdotto una generale barriera temporale preclusiva ai fini della possibilità di rilevare tutti i tipi di incompetenza, fissandola nella prima udienza di trattazione, deve ritenersi applicabile non soltanto ai processi di cognizione ordinaria, ma

anche in questo caso, tra i provvedimenti aventi natura eminentemente conservativa ed i provvedimenti caratterizzati dalla strumentalità attenuata.

Orbene, per la seconda specie di cautele, a strumentalità attenuata, sembra ragionevole considerare, anche alla luce delle categorie del processo deformalizzato, che sia possibile considerare definitivamente radicata la competenza del successivo giudizio di merito, sulla scorta del criterio individuato per la pronuncia *ante causam*, attesa proprio la patente attenuazione del legame con il giudizio di merito stesso.

Diversa opinione si potrebbe formulare con la prima specie di cautele, ovvero quelle caratterizzate da una prevalente funzione conservativa.

Tuttavia, anche in questo caso sarebbe opportuno porsi il quesito sulle concrete ricadute negative che l'eventuale definitivo radicamento della competenza del giudice della cautela preventiva potrebbe determinare.

A nostro sommo avviso, nondimeno, l'esigenza cautelare e l'esistenza delle relative condizioni di ammissibilità del provvedimento, da un lato, oltretutto la "tendenziale identificazione" tra il giudice della cautela e quello del merito<sup>60</sup>, dall'altro, consentono di concludere per la definitiva indicazione della competenza del giudice del merito, sulla scorta della preventiva individuazione del giudice della cautela, a condizione che tale radicamento competenziale non incida sul diritto di difesa della parte cautelata e sulla compiuta instaurazione del contraddittorio.

### *Il regolamento di competenza*

La risoluzione del problema dell'inammissibilità del regolamento di competenza<sup>61</sup> avverso i provvedimenti cautelari, in realtà, discende anche

---

anche ai processi di tipo camerale, almeno allorchè questi siano utilizzati dal legislatore per la tutela giurisdizionale di diritti ". Nondimeno, sull'art. 38 c.p.c. e sulla rilevanza e preclusione si vedano : A. Finocchiaro, *La disciplina dell' incompetenza sulla base del novellato art. 38 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1991, IV, pp. 213 - 221 ; G. Monteleone, *Il nuovo art. 38 c.p.c. Norma ambigua di difficile applicazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, III, pp. 714 - 726 ; B. Capponi, *Note in tema di rapporti fra competenza e merito, Contributo allo studio dell'art. 38 c.p.c.*, Torino, 1997 ; A. Scala, *L'eccezione d'incompetenza territoriale tra gli articoli 38 e 180 c.p.c.*, in *Il Foro it.*, 1998, II, I, pp. 605 - 610 ; G. Costantino, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge n. 80 del 2005. Modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Foro it.*, 2005, VI, V, pp. 100 - 104 ; G. Impagnatiello, *Art. 38. - Incompetenza*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2010, IV - V, pp. 733 - 737 ; G. Tota, *Sulla rilevanza ex officio dell'incompetenza territoriale nel rito monitorio*, in *Giust. civ.*, 2002, XII, pt. 1, pp. 2948 - 2956 ; M. Cesaretti, *Eccezione di incompetenza territoriale inderogabile e foro erariale. Il nuovo art. 38 c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2012, I, pp. 56 - 62.

<sup>60</sup> Sul punto specifico si veda : G. Tarzia - A. Saletti, *Processo cautelare cit.*, pag. 837.

<sup>61</sup> Sul regolamento di competenza, in generale, si vedano : G. Moreno, *Competenza civile (regolamento di)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 82 -98 ; G. Bongiorno, *Il regolamento di competenza*, Milano 1970 ; A. Massari, *Regolamento di giurisdizione e di competenza*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, pp. 274 e ss. ; Id., *Del regolamento di giurisdizione e di competenza*, in *Commentario codice di procedura civile, diretto da E. Allorio*, I, Torino 1973, pp. 424 ss. ; E. Protetti, *L' inammissibilità del regolamento di competenza in tema di sequestro giudiziario*, in *Il Nuovo Diritto*, 1970, VII, pp. 473 - 475 ; F. Tommaseo, *Provvedimenti sommari e regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 1971, II, pp. 311 - 322 ; A. Attardi, *Sulla legittimazione a proporre regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 1975, VII, pp. 1355 - 1362 ; F. Cipriani, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir.proc.*,

da quanto si è visto poco sopra, con riguardo alla questione della individuazione della competenza del giudice del successivo ed eventuale giudizio di merito.

Occorre partire dalla giurisprudenza della Suprema Corte, la quale ha sostanzialmente ritenuto inammissibile la proposizione del regolamento di competenza, per quanto varrebbe la pena distinguere le singole fattispecie che si possono determinare.<sup>62</sup>

In primo luogo, non sembra si possa porre in discussione la proponibilità del regolamento di competenza, nell'ipotesi di una coppia di pronunce negative, qualora, dopo che il primo giudice abbia declinato la propria competenza, anche il giudice adito successivamente, si ponga sulla stessa posizione declinatoria della propria competenza.

In tale ipotesi, infatti, si verrebbe a determinare una situazione pregiudizievole per la parte che si troverebbe sostanzialmente impedito il ricorso alla tutela cautelare.<sup>63</sup>

Oltre a ciò – e richiamando quanto argomentato poco sopra – nel caso di istanza cautelare di natura anticipatoria, non sembra vi possano essere ostacoli alla possibile proposizione del regolamento di competenza, posto che, in tali fattispecie, come si è visto, non vi è una correlazione automatica con il successivo giudizio di merito, del tutto eventuale, così che

---

1976 III, pp. 488 – 522 ; G. Taranto, *La impugnabilità con regolamento di competenza dei provvedimenti di urgenza*, in *Giur. it.*, 1977, III, pt. 1, pp. 425 – 428 ; M. F. Maresca, *Il regolamento di competenza e i provvedimenti d'urgenza*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1978, III, pp. 500 – 508 ; G. Arieta, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990 ; M. Ricolfi, *Note minime in tema di concorrenza sleale, provvedimenti d'urgenza e regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 1992, IV, I, pp. 697 – 700 ; H. Massari, *Note sull'esperibilità del regolamento di competenza d'ufficio nel procedimento cautelare urgente*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, IV, pp. 1223 – 1248 ; E. Cannada – Bartoli, *In tema di regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 1993, III, III, pp. 181 – 184 ; M. Acone, *Il regolamento di competenza e le responsabilità degli interpreti (A proposito della decorrenza del termine per la proposizione dell'istanza)*, in *Riv.dir.proc.*, 1995, I, pp. 101 – 143; C. Consolo, *Rigetto per incompetenza, reclamo cautelare (e l'ombra del regolamento di competenza)*, in *Giur. it.*, 1995, VII, pp. 369 – 371 ; G. Grasso, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*, in *Foro it.*, 1996, I, pt. 1, pp. 53 – 71 ; Id., *Processo cautelare e regolamento di competenza fra art. 42 ed art. 45 c.p.c. (ossia "in seconda battuta")*, in *Giur. it.*, 1998, I, pp. 13 – 14 ; A. Levoni, *Regolamento di competenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, pp. 481 – 501, E. Dalmotto, *Sul conflitto di competenza in sede cautelare: esperibilità del regolamento e rimedi esperibili*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, V, I, pp. 733 – 738 ; C. Besso, *Regolamento di competenza e reclamo contro il provvedimento di istruzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1999, IV, pp. 694 – 699 ; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, pp. 288 – 300 ; C. Spaccapelo, *Regolamento di competenza*, in *Studium iuris*, 2001, XI, pp. 1359 – 1360 ; G. Travaglino, *Regolamento di competenza e procedimento cautelare*, in *Il Corriere del Merito*, 2010, I, pp. 51 – 54 ; M. Vialardi, *In tema di reclamo cautelare e regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 2010, V, pp. 1145 – 1149 ; R. Frasca, *Il regolamento di competenza*, Torino, 2012 ; N. Picardi, *Manuale cit.*, pp. 107 – 113.

<sup>62</sup> Si vedano le seguenti pronunce : *Cass. civ., sez. un.*, n. 27187 del 28-12-2007, in *Giur. it.*, 2008, VII-IX, pp. 2055 e ss.; *Cass. civ. sez. un.*, n. 16091 del 09-07-2009, in *Corriere merito*, 2010, I, con nota di G. Travaglino, *op.cit.*, pp. 51 – 54 ed anche in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, IV, con nota di G. Guarnieri, *Reclamo cautelare in controversia del lavoro e doppio rigetto per incompetenza*, pp. 934 – 940 ed anche in *Mass. Giur. it.*, 2009, VII – VIII, pp. 1068 e ss.

<sup>63</sup> Si vedano : *Cass. civ. sez. II*, 12-06-1997, n. 5264, in *Nuova Giur. Civ.*, 1998, I, 732 con nota di E. Dalmotto, *Sul conflitto cit.*, pp. 733 -738 ed anche in *Giur. it.*, 1998, con nota di C. Consolo, *Processo cautelare cit.*, pp. 13 – 14; *Cass. civ. sez. lav.*, ord., 25-06-2008, n. 17299, in *Mass. giur. it.*, 2008, VI, pp. 1023.

l'indicazione della competenza potrebbe limitarsi unicamente alla individuazione del giudice competente per la pronuncia della cautela. Non è chi non veda come, in tali casi, l'eventuale statuizione, di carattere definitivo, potrebbe ben pregiudicare la parte, nell'ipotesi di pronuncia che affermi o neghi la competenza, in capo al giudice adito.

## 2.6) La competenza in corso di causa

Proseguendo l'analisi della disciplina della competenza, mette conto approfondire la fattispecie della competenza in corso di causa, come detto prevista dalla norma contenuta nell'art. 669*quater* del codice di rito civile.

Quest'ultimo articolo dispone, come noto, che nell'ipotesi di pendenza della lite nel merito, la domanda cautelare debba essere proposta avanti al "giudice della stessa".

Il riferimento alla "pendenza della lite" necessariamente rimanda alla disciplina che ne delinea la natura, nonché alle relative modalità di proposizione della domanda stessa.<sup>64</sup>

Quanto a questo aspetto, appare del tutto evidente che l'istanza di cautela, nel caso di giudizio di merito introdotto con atto di citazione, debba essere formulata successivamente alla notificazione di quest'ultimo, posto che è con la notificazione dell'atto introduttivo che, nel caso di giudizio ordinario di cognizione, si può fondatamente considerare pendente la lite.

Certamente, proprio a causa della particolare modalità della proposizione del giudizio cautelare in corso di causa, *ex art. 669quater*, andrebbe approfondito il rapporto tra la notificazione della citazione e la costituzione in giudizio della parte.

Ciò soprattutto nel caso in cui l'istanza cautelare sia promossa successivamente alla proposizione della domanda di merito, a seguito della notifica dell'atto di citazione e, tuttavia, venga assegnata ad un giudice diverso da quello al quale è stata affidata la cognizione del merito.

Si tratta di una questione che riguarda la c.d. "competenza interna", che, sostanzialmente, si applica ai criteri di distribuzione degli affari, all'interno dei singoli uffici giudiziari.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Sulla nozione di pendenza della lite, al proposito, si vedano : G. Franchi, *La litispendenza*, Padova, 1963 ; V. Colesanti, *Litispendenza*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, pp. 976 e ss. ; Id., *Mutamenti giurisprudenziali in materia processuale : la litispendenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 365 - 386 ; S. Sorace, *Litispendenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 840 - 897 ; G. Monteleone, *Litispendenza*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990 ; G. F. Ricci, *Litispendenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, pp. 65 - 87 ; G. Frus, *Pendenza della lite, tutela cautelare e procedimento monitorio*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1995, II, pp. 557 - 589 ; Id., *Sul possibile curioso fenomeno di litispendenza secundum eventum litis nei rapporti tra procedimento cautelare e procedimento di merito*, in *Giur. it.*, 2008, X, pp. 2269 - 2272 ; C. Consolo, *Ricorsi cautelari ante causam, pluralità di competenze e impedimento da litispendenza*, in *Giur. it.*, 1999, X, pp. 1857 - 1858 ; G. Trisorio Luzzi, *Le novità in tema di competenza, litispendenza, continenza e connessione*, in *Foro it.*, 2009, IX, V, pp. 253 - 257 ; Id., *Art. 39 - Litispendenza e continenza di cause*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2010, IV - V, pp. 740 - 743.

<sup>65</sup> Sulla questione si veda : A. Scarpa - R. Giordano, *op. cit.*, pag. 81. In generale, sull'argomento si vedano : T. Segré, *Difesa della competenza interna*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, IV, pp. 668 - 676 ; Id., *Ufficio giudiziario e competenza interna*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, II, pp. 370 - 379 ; G. Finocchiaro, *Sulla competenza "interna" nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, III, pp. 930 - 946 ; G. Campanelli, *La disciplina dell'assegnazione dei magistrati in applicazione nell'ambito del sistema tabellare*, in *Foro it.*, 2009, II, V, pp. 130 - 135 ; A. Proto Pisani, *Ancora su giudice naturale e sistema tabellare - Again on natural judge and tabular system*, in *Foro it.*, 2014, I, V, pp. 24 - 28 ; I. M. Prado, *Ancora su competenza/distribuzione interna. Due decisioni estive di segno opposto*, in *Il Diritto industriale*, 2015, V, pp. 507 - 510.

La risoluzione del problema, dunque, non coinvolge una questione di competenza e, pertanto, dovrà essere risolta con la pronuncia di un provvedimento interno all'Ufficio giudiziario, certamente stimolato dalla parte interessata, che riconduca la cognizione dell'istanza cautelare al giudice titolare del giudizio di merito.

Pare opportuno sottolineare, per ovvia completezza, che il dato della proposizione dell'istanza cautelare in corso di causa deve tenere conto delle fattispecie, nelle quali il giudizio di merito sia introdotto da ricorso e non da citazione.<sup>66</sup>

In questo caso, la pendenza della lite è determinata dal deposito del ricorso e dalla conseguente costituzione della parte avanti all'Ufficio giudiziario, che avviene sostanzialmente *uno actu*, così che l'istanza in corso di causa sarà quella depositata successivamente al cennato deposito.

La norma di cui all'art. 669*quater*, nel suo quarto comma, disciplina inoltre l'ipotesi nella quale la necessità cautelare si presenti in pendenza del termine per proporre l'impugnazione.

La soluzione adottata dal legislatore è quella per la quale l'istanza si propone avanti al giudice che ha pronunciato la sentenza di merito.

Vi sono state, in Dottrina, critiche a tale impostazione, sulla scorta della necessaria, se non logica, difficoltà, per il giudice di prime cure, di modificare l'impianto della decisione che ha pronunciato.<sup>67</sup>

In effetti, posto che l'esigenza dell'adozione di una misura cautelare potrebbe presentarsi in un momento successivo, rispetto alla pronuncia definitiva nel merito e non porsi necessariamente in contrasto con quest'ultima decisione, l'individuazione del giudice *a quo*, quale giudice competente alla pronuncia della cautela, pare condivisibile.

Nondimeno, poiché la lettera della norma fa riferimento alla "impugnazione" in generale, è opportuno verificare l'applicabilità di tale disciplina all'intero novero delle *revisiones* contenute nel codice di rito civile.

Quanto a questo aspetto, dunque, mette conto, in primo luogo, fare riferimento al giudizio di cassazione, in relazione al quale la competenza per la pronuncia della cautela *pendente lite*, è da ascrivere al Tribunale od alla Corte, che si siano pronunciati sul merito della controversia.<sup>68</sup>

Oltre a ciò, un ulteriore aspetto da approfondire è quello rappresentato dalla proposizione della istanza cautelare nella pendenza del termine per la proposizione della revocazione, di cui all'art. 391*bis*, che disciplina la

---

<sup>66</sup> Sui procedimenti introdotti da ricorso e sulla loro peculiarità, quanto alla prevenzione, si veda : P. Della Vedova, *Il Giusto processo sommario cit.*, pp. 43 - 46.

<sup>67</sup> Si veda, al proposito : A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, pag. 335. Parte della Dottrina ritiene che la disciplina *de qua*, debba avere alla sua base, l'allegazione di fatti nuovi, rispetto a quelli che sono stati già conosciuti nella decisione. Si veda : E. Merlin, *Procedimenti cautelari cit.*, pp. 398 - 399. Tale impostazione, tuttavia, dovrebbe essere rivista alla luce della natura dei fatti che stanno alla base del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

<sup>68</sup> Sul punto si veda : G. Frus, in S. Chiarloni (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, pag. 641.

fattispecie della correzione degli errori materiali e della revocazione delle sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione.<sup>69</sup>

Per tale fattispecie, infatti, la competenza alla pronuncia della cautela riposa in capo al giudice, nei confronti della cui decisione era stato formulato ricorso in Cassazione, nell'ipotesi di rigetto o spetta al giudice del rinvio, nel caso opposto.

### 2.7) *L'incompetenza del merito*

Come si è visto, la norma contenuta nell'art.669*quater*, prevede un automatismo nell'individuazione del giudice competente per la cautela *ante causam*, identificandolo nel giudice della causa pendente per il merito, così che, proprio per la lettera della previsione contenuta nella norma richiamata, non appare assumere rilevanza alcuna la questione della competenza od incompetenza del giudice di merito.

In pratica, in tali fattispecie, il criterio di attribuzione della competenza a conoscere della cautela è rappresentato dalla "pendenza della lite", nei limiti che abbiamo visto poco sopra e nell'ambito della rispettiva disciplina degli atti introduttivi del giudizio.

Nondimeno, l'adozione di tale criterio parrebbe comportare, quale conseguenza, la sostanziale indifferenza, relativamente alla istanza di cautela, dell'accertamento preliminare della competenza in capo al giudice del merito.

Non solo ma tale irrilevanza, quanto agli effetti sul giudizio cautelare, parrebbe estendersi anche all'ipotesi nella quale fosse stata eccepita l'incompetenza del giudice adito per il merito.

Non vi è dubbio che tale conclusione possa determinare dubbi, quanto alla sua fondatezza ed alla possibile maliziosa preordinazione del giudice del merito, ancorché incompetente e tuttavia finalizzata ad ottenere il radicamento, avanti a tale giudice, della cautela *pendente lite*.<sup>70</sup>

Tuttavia, ci pare che la tesi orientata a ritenere irrilevante la questione della competenza del giudice del merito presenti, per un verso, il vantaggio di rispondere alla esigenza principale, che caratterizza la cautela, ovvero quella di accertare l'esistenza delle condizioni per la pronuncia della

---

<sup>69</sup> Su tale norma si vedano : A. Proto Pisani, *La Corte Costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione*, in *Foro it.*, 1986, I, pp. 313 e ss.; C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989; Id., *La revocazione delle decisioni della Cassazione: profili storico-comparativi*, in *Giur. it.*, 1988, VI, I, pp. 161 - 203; Id., *Si slaccia il nodo scorsoio alla revocazione delle decisioni della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2004, VI, pp. 1159 - 1160; E. Procaccini, *Correzione degli errori materiali e revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1992, I, pp. 41 - 43; E. Silvestri, *La revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione: aspetti procedurali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1999, V, I, pp. 680 - 685; G. Impagnatiello, *La revocazione delle decisioni della Cassazione tra Corte costituzionale e legislatore delegato*, in *Foro it.*, 2005, IX, I, pp. 2326 - 2330; A. A. Romano, *L'ordinanza che dichiara l'inammissibilità del ricorso per cassazione è soggetta a revocazione per errore di fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, IV, pp. 954 - 957; A. Parisi, *Nuove (ma ancora insufficienti) aperture alla rimediabilità dei vizi delle decisioni della Corte di Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, II, pp. 184 - 189.

<sup>70</sup> Si veda : B. Capponi, *Note in tema di rapporti cit.*, pp. 213 e ss.; C. Cecchella, *Il processo cautelare. Commentario* Torino, 1996, pp. 18 e ss.

misura, ovvero il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris* e procedervi laddove tali condizioni siano effettivamente acclamate.

D'altro lato, la disciplina generale della competenza<sup>71</sup> che sembra rispondere, a nostro giudizio, alla esigenza di determinare una prossimità tra la più completa cognizione del giudice, sui fatti della causa e l'instaurazione del contraddittorio tra le parti, così da consentire un adeguato contemperamento tra i diritti dell'attore e quelli del convenuto, non può pregiudicare le esigenze di tutela cautelare, le quali ultime, proprio nella considerazione del processo deformatizzato, opportunamente richiedono una più pronta e rapida decisione.

## 2.8) Competenza cautelare ed arbitrato

La norma che, come abbiamo visto, disciplina la competenza cautelare in caso di clausola compromissoria, di compromesso o nel caso di pendenza del giudizio arbitrale è l'art. 669*quinquies*, il quale dispone che, qualora la controversia sia oggetto di clausola compromissoria od è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si proponga al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> E' evidente che sarebbe necessario operare una *distinctio* tra le varie forme di competenza previste dal rito civile. Sulla competenza in generale, si vedano : G. Gionfrida, *Competenza civile*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 39 - 82 ; T. Segré, *Saggio critico sulla competenza civile nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 375 e ss. ; Id., *Premesse sulla competenza, Della competenza per materia e valore e Della competenza per territorio*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino 1973, pp. 96 ss. ; G. Franchi, *Difetto di giurisdizione, incompetenza, litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, pp. 363 e ss. ; G. Costantino, *I nuovi criteri di competenza civile*, in *Foro it.*, 1985, V, pp. 44 e ss. ; A. Levoni, *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino 1988, pp. 99 - 138 ; G. Arieta, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990 ; M. Finocchiaro, *Giudici, giurisdizione e competenza, nella riforma del codice di procedura civile*, in *Vita notarile*, 1992, I - II, pp. 17 - 48; S. Moro, *L'incompetenza tra forma e sostanza*, Padova, 2008 ; N. Picardi, *Manuale cit.*, pp. 85 - 118.

<sup>72</sup> La norma è stata oggetto di numerose modifiche, tra le quali, la più rilevante è la Legge 14.5.2005, n. 80, la quale ha convertito, con modificazioni, il D.L. 14.3.2005, n. 35. Sull'argomento si vedano, oltre a L. Guaglione, *Riforma cit.*, : G. Arieta, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, III, pp. 744 - 761 ; G. Grasso, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale*, in *Giur. it.*, 1997, V, IV, pp. 179 - 192 ; S. Chiarloni, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?*, in *Giur. it.*, 1997, X, I, pp. 555 - 562 ; R. Muroli, *Sul contrasto giurisprudenziale relativo all'ammissibilità di misure cautelari in presenza di arbitrato irrituale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999 III, pp. 788 - 793 ; F. Corsini, *Considerazioni sui rapporti tra arbitrato libero e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, IV, pp. 1163 - 1178 ; Id., *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: much ado about nothing?*, in *Giur. it.*, 2004, VIII - IX, pp. 1628 - 1631 ; B. Sassani, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 2002, III, pp. 505 - 509 ; V. Amendolagine, *Individuazione del giudice designato alla trattazione del ricorso cautelare durante la pendenza del termine per proporre opposizione a decreto ingiuntivo ed ammissibilità della cautela in presenza di una clausola compromissoria ad arbitrato libero*, in *Il Nuovo Diritto*, 2005, X - XI, II, pp. 873 - 883 ; P. Sandulli, *Tutela cautelare ed arbitrato*, in *Temi romana*, 2007, III, pp. 32 - 40.

E' evidente che il legislatore ha inteso, innanzitutto, proseguire nella linea prescrittiva della inibizione agli arbitri, del potere di pronunciare provvedimenti cautelari ed, a tal fine, prescindendo dalla natura particolare del giudizio arbitrale.

Nondimeno, è opportuno porre in rilievo come l'attuale testo della norma richiamata, a seguito delle modifiche apportate dal legislatore, seppur nell'ambito della riserva di competenza alla pronuncia della cautela riconosciuta al giudice ordinario, tuttavia ha, seppure in parte, consentito di superare il contrasto che era sorto in merito alla differente natura dei due istituti arbitrali, ovvero l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale<sup>73</sup>, proprio relativamente alla potestà cautelare, che parte della dottrina negava all'autorità giudiziaria ordinaria qualora, appunto, si fosse trattato di pronuncia correlata all'arbitrato di natura irrituale.

La riforma introdotta dal legislatore, come si è visto, ha esteso la disciplina alle ipotesi di arbitrato "anche non rituale", endiadi quest'ultima, tuttavia, non certo risolutiva di ogni questione collegata alla potestà cautelare nei giudizi arbitrali.

La questione si pone, ad esempio, con riguardo a quanto stabilito dall'articolo 669<sup>octies</sup> del codice di rito civile, laddove si prevede, nel quinto comma, che nel caso in cui la controversia, in relazione alla quale è stata pronunciata la cautela, sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, il beneficiario della cautela, nei termini fissati dal giudice e disciplinati dai commi da uno a tre, deve notificare all'altra parte un atto,

---

<sup>73</sup> Sulla *distinctio* tra arbitrato rituale ed irrituale, si vedano, tra gli altri : L. Biamonti, *Arbitrato (dir. proc. civ. : rituale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 899 - 934 ; Id., *Arbitrato (dir. proc. civ. : irrituale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 934 - 958 ; A. Palatiello, *Appunti in tema di arbitrato rituale e irrituale*, in *Arbitrati e appalti*, 1970, III, pp. 216 - 224 ; G. Schizzerotto, *Arbitrato rituale e arbitrato irrituale, regolamento di competenza e la "vis attractiva"*, in *Giur. ita.*, 1975, I, pt. 1, pp. 137 - 144 ; L. Montesano, *Aspetti problematici dell' arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1991 II, pp. 441 - 450 ; F. Carpi, *Il procedimento nell' arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1991, II, pp. 389 - 399 ; L. Rovelli, *Arbitrato e figure affini (sulla natura dell' arbitrato irrituale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, I, pp. 220 - 237 ; E. Fazzalari, *La distinzione fra arbitrato "rituale" ed "irrituale": qualcosa si muove?*, in *Riv. arbitrato*, 1999, II, pp. 256 - 258 ; Id., *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto, disc. priv.*, I, Torino, 1987, pp. 391 - 407 ; F. Benatti, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1999 fasc. 1, pp. 131 - 141 ; A. Chizzini, *Arbitrato irrituale e forma del compromesso*, in *Riv. arbitrato*, 1999, II, pp. 261 - 267 ; R. Marengo, *Ancora sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale: derogabilità, da parte degli arbitri della espressa previsione delle parti?*, in *Riv. arbitrato*, 1999, III, pp. 529 - 532 ; G. Monteleone, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro - ovvero - esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2001, I, pp. 43 - 64 ; Id., *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. "arbitrato rituale".*, in *Giust. civ.*, 2001, III, pt. I, pp. 764 - 766 ; E. F. Ricci, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, I, pp. 259 - 281 ; L.P. Comoglio, *Rappresentanza processuale e difesa tecnica nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arbitrato*, 2001, II, pp. 210 - 220 ; G. Ruffini, *Sulla distinzione tra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, in *Riv. arbitrato*, 2002, IV, pp. 750 - 757 ; M. Rubino Sammartano, *Arbitrato irrituale. Mandato a transigere e non ad accertare*, in *Foro padano*, 1988, fasc. 3-4, pp. 406 - 410 ; Id., *Fondamentale chiarimento della Corte regolatrice sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, in *Foro padano*, 2013, II, I, pp. 162 - 163 ; P. Biavati, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2007, IV, pp. 1159 - 1189 ; G. Alpa, *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter c.p.c.*, in *Contratto e impresa*, 2011, II, pp. 320 - 338.

con il quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, proponendo la domanda e procedendo alla nomina degli arbitri. Tuttavia, nelle fattispecie specificamente contemplate dal sesto comma della stessa norma, ovvero caratterizzate dalla natura anticipatoria, è di tutta evidenza che l'instaurazione successiva del procedimento arbitrale appare del tutto facoltativa ed eventuale, il che comporterebbe, in capo al giudice ordinario, la necessità di pronunciare una ordinanza cautelare che rifletta non solo le questioni sottese all'esistenza delle condizioni di pronuncia della cautela stessa ma, soprattutto nel caso dell'arbitrato irrituale, rappresenti una sorta di regolamento negoziale che in qualche modo possa anticipare la volontà delle parti.<sup>74</sup>

In pratica, la questione della distinta natura dell'istituto arbitrale, apparentemente risolta dal legislatore della riforma, comporterebbe una radicale **diversa potestà cautelare**, con riguardo all'arbitrato irrituale, tale da determinare ulteriori complessità, soprattutto con riguardo alla inefficacia del provvedimento cautelare conservativo, nell'ipotesi di mancata proposizione ed impulso all'arbitrato irrituale.

La questione, sicuramente di difficile risoluzione, riteniamo possa e debba ricondursi, da un lato, alla particolare caratteristica e natura dei provvedimenti cautelari anticipatori, di talché, anche con riguardo ad un arbitrato irrituale, non pare vi siano motivi per non ritenere che tali provvedimenti possano tranquillamente regolare e disciplinare i rapporti tra le parti, senza soffrire di alcuna inefficacia.

Nondimeno, i criteri della visione deformalizzata e semplificata del processo civile possono condurre comunque a ritenere che la relazione tra l'arbitrato irrituale e la domanda cautelare non sia tale da impedire che gli interessi, sottesi alla domanda cautelare - e che le parti avrebbero inteso risolvere, attraverso l'adozione di uno schema sostanzialmente negoziale, - possano ricevere adeguata risposta e tutela, con attenzione soprattutto all'autonomia della giurisdizione cautelare, in relazione ai presupposti ed alla natura dei provvedimenti stessi.

D'altro lato, è opportuno rammentare quanto previsto dall'articolo 35, del Decreto Legislativo 5/2003 - meglio noto come "Processo Societario"<sup>75</sup> - nel quale si prevede, proprio all'interno del quinto comma della norma cennata, che la devoluzione della controversia ad arbitri, anche non "rituali", non preclude la possibilità di ricorrere alla tutela cautelare, a norma dell'articolo 669*quinquies* del codice di rito civile ma, nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria consenta la devoluzione in arbitrato, di controversie che abbiano ad oggetto ad oggetto la validità di delibere

---

<sup>74</sup> In tal senso A. Scarpa - R. Giordano, *op.cit.*, pp.89 - 90.

<sup>75</sup> Sul "Processo societario" si vedano : A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, I, pt. 5, pp. 1 - 18 ; Id., *I lineamenti del nuovo processo societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, V, I, pp. 547 - 558 ; R. Vaccarella, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.*, 2003, II, pp. 262 - 263 ; G. Tarzia, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, III, pp. 641 - 650 ; P. Comoglio - P. Della Vedova, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Milano, 2006 ; S. Chiarloni, *Riflessioni minime sul nuovo processo societario*, in *Giur. it.*, 2004, III, pp. 680 - 684 ; A. Dondi, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario - Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2004, I, pp. 137 - 155

assembleari, agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.

La norma, in concreto, pare consentire agli arbitri un potere di natura cautelare, sebbene strettamente delimitato per ciò che concerne il contenuto e l'oggetto del provvedimento, che richiama quello generale, di cui all'articolo 2378 del codice sostanziale civile.

Si tratta di una previsione, a nostro parere, tipicamente caratterizzata dall'approccio deformalizzato del processo, che si realizza proprio laddove la necessità di risposta alle esigenze di governo delle società "commerciali" si fa maggiore e travalica, seppur in tali limiti, l'ambito tipico della giurisdizione privata di natura arbitrale.

## 2.9) Il procedimento

La norma che disciplina il procedimento cautelare, è contenuta nell'art. 669sexies c.p.c., che si struttura lungo due diverse direttive, rispettivamente contenute nel primo e nel secondo comma.

Il primo comma prevede che il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità che non sia essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione, indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento od al rigetto della domanda.

Il secondo comma disciplina la fattispecie nella quale diviene elemento rilevante, ai fini della decisione, il pregiudizio all'attuazione del provvedimento, che potrebbe generarsi qualora si convocasse, avanti al Tribunale, la controparte.

In questo caso, dunque, il giudice provvede *inaudita altera parte*, con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni.

Nondimeno, poiché il rispetto del contraddittorio ed il contraddittorio stesso qualificano e sostanziano il processo, in tal caso fissa, con lo stesso decreto, con il quale ha provveduto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé, entro un termine assai compresso, ovvero non superiore a quindici giorni, assegnando al ricorrente un termine perentorio, ancor più ristretto, ovvero non superiore ad otto giorni, per la notificazione del ricorso e del decreto al resistente.

A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti pronunciati con il decreto.

La struttura del procedimento cautelare, come descritta nella norma cennata, pertanto, è caratterizzata, per un lato, da una cognizione sommaria, che si svolge nel contraddittorio delle parti e rappresenta lo schema procedimentale generale e tipico della cautela e, per altro lato, ed in via residuale, tale struttura è comunque caratterizzata anche da una cognizione di natura sommaria, tuttavia *inaudita altera parte*, che si distingue, a sua volta, per una prima fase, nella quale il giudice dovrà valutare il pregiudizio alla attuazione del provvedimento ed, ovviamente, le condizioni per la pronuncia del provvedimento, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, utilizzando a tale scopo "sommarie informazioni".

Ad essa segue una seconda fase, diretta alla costituzione del contraddittorio e finalizzata alla conferma od alla modifica e revoca eventuali della cautela, ripristinandosi, in tale fase, la cognizione sommaria tipica della pronuncia cautelare, prevista dal primo comma.

Si tratta di una fase necessaria, all'interno della quale il giudice dovrà sottoporre ad un esame approfondito la misura richiesta e pronunciata ed i suoi presupposti, soprattutto alla luce delle difese del cautelato, il quale avrà la possibilità di sollevare ogni eccezione, in rito ed in merito e, soprattutto, di allegare e dedurre, in relazione alla eventuale assenza delle condizioni per la pronuncia della misura cautelare, anche con riguardo alla opportunità della pronuncia in assenza di contraddittorio.

A questo proposito, si pone la questione del provvedimento che revoca o sostituisce la misura pronunciata *inaudita altera parte* e la sua efficacia.<sup>76</sup>

Si tratta di chiarire il rapporto tra le due pronunce, atteso che, nell'ipotesi di conferma, è di tutta evidenza che il provvedimento mantiene inalterata la propria efficacia *ex tunc*.

Non così si può dire nel caso in cui il provvedimento originario sia modificato, atteso che, in tale fattispecie, saremmo di fronte ad un provvedimento cautelare diverso che, pertanto, dispiegherebbe la propria efficacia *ex nunc*.

Oltre a ciò, il meccanismo predisposto dalla norma contenuta nell'art. 669sexies, in relazione alla costituzione del contraddittorio, impone al ricorrente di procedere alla notifica del ricorso e del decreto, nel termine di otto giorni, come si è visto, termine che si considera perentorio, di tal ch   è evidente come la notifica intempestiva, ovvero oltre il termine, comporti l'inefficacia del provvedimento pronunciato, attesa la sostanziale violazione del contraddittorio.<sup>77</sup>

Fattispecie diversa appare essere quella della notifica intempestiva del ricorso e del relativo decreto, qualora il giudice non abbia pronunciato alcun provvedimento *inaudita altera parte*.

In tal caso, apparentemente, non vi sarebbero ostacoli a consentire alla parte che ha omesso di procedere alla notifica nel termine fissato dal giudice, di richiedere a quest'ultimo la fissazione di un nuovo termine, diretto a consentire la comparizione delle parti.

Tale soluzione, che necessariamente presuppone di considerare il termine fissato dal giudice per la comparizione delle parti, alla stregua di un termine di natura ordinatoria, sebbene rifletta alcuni dei meccanismi del processo semplificato e consenta di superare alcuni formalismi, che potrebbero apparire inappropriati, tuttavia va posto in relazione, da un lato, alla natura dispositiva del processo civile, la quale sostanzialmente impone alla parte di rispettare le scadenze del processo, relativamente alle quali, in capo ad essa, insiste l'onere di impulso del processo e, dall'altro, al principio di economia processuale, il quale, proprio per la concretezza che

---

<sup>76</sup> Sul punto, interessanti le considerazioni di A. Scarpa – R. Giordano, *op.cit.*, pp. 99 – 100. Sulla tutela *inaudita altera parte*, si vedano : F. Lepri, *Forma del (e rimedi al) rigetto inaudita altera parte del provvedimento cautelare*, in *Giust. civ.*, 1999, XI, I, pp. 3146 – 3150 ; U. Scotti, *La concessione di provvedimenti cautelari "inaudita altera parte" ai sensi dell'art. 669 sexies comma 2 c.p.c.*, in *Riv. di dir. ind.*, 2000, IV-V, I, pp. 151 – 163 ; M. C. Giorgetti, *L'improrogabilit   delle cautele inaudita altera parte*, in *Giust. civ.*, 2001, V, I, pp. 1371 – 1377 ; M. Tatarelli, *Reclamabilit   del decreto di rigetto. Inaudita altera parte della domanda cautelare*, in *Il Nuovo Diritto*, 2002, VI, II, pp. 533 – 536 ; A. Ronco, *Urgenza e solerzia: dove ci si domanda se la pronuncia cautelare inaudita altera parte sia interdetta al ricorrente che avrebbe potuto attivare il procedimento con un anticipo sufficiente a consentire la convocazione della controparte*, in *Giur. it.*, 2002, XII, pp. 2302 – 2304 ; A. F. Ferri, *Decreto cautelare inaudita altera parte in corso di causa e mancata fissazione dell'udienza per la conferma, modifica o revoca. Un piccolo rebus interpretativo*, in *Giur. merito*, 2003, XII, I, pp. 2395 – 2406

<sup>77</sup> Sulla intempestivit   della notifica, si vedano : G. Frus, *Sull' omessa o intempestiva notifica del decreto concessivo della misura cautelare*, in *Giur. it.*, 1995, II, I, pp. 105 – 112 ; G. Toti, *Omessa notificazione al contumace dell'istanza cautelare proposta lite pendente, invalidit   del provvedimento emesso inaudita altera parte e poteri del giudice del reclamo*, in *Riv.dir.proc.*, 2004, IV, pp. 1284 – 1298.

lo contraddistingue, non può consentire di giungere ad una sostanziale disapplicazione di una indicazione temporale fissata dal giudice.

### 2.10) La cognizione

Nell'ambito dello studio che stiamo svolgendo, in relazione agli elementi costitutivi ed essenziali del rito cautelare, occorre richiamare nuovamente l'articolo 669sexies del codice di procedura civile, con riguardo, in particolare, alle modalità che caratterizzano la **cognizione** del giudice della cautela, intendendosi con tale termine l'insieme degli atti che, all'interno dell'istruzione di natura sommaria, consentono al giudice di procedere con l'accoglimento o con il rigetto della domanda proposta.

Come è noto, la forma della cognizione che caratterizza il rito cautelare è quella della cognizione sommaria, termine, quest'ultimo, che generalmente si suole contrapporre a quello di cognizione piena e completa.<sup>78</sup>

Nell'ambito della cognizione sommaria cautelare, ci sembra opportuno porre in rilievo i caratteri essenziali che, a nostro modo di vedere, gravitano intorno alla figura del contraddittorio.

In effetti, è solo successivamente alla rituale – per quanto informale – instaurazione del contraddittorio tra le parti, che il giudice potrà procedere con l'eventuale attività di istruzione, che sarà caratterizzata dal criterio della **indispensabilità** dell'atto istruttorio, criterio di che dovrà essere valutato alla luce dei presupposti e dei fini del provvedimento cautelare richiesto.<sup>79</sup>

Accanto al criterio della indispensabilità il legislatore ha affiancato quello dell'**opportunità** che, in linea generale, laddove è utilizzato, ci sembra che rappresenti una sorta di criterio residuale, soprattutto posto in relazione alle modalità di assunzione della prova, tipiche, del resto, della cognizione speciale ed, in particolare, del tipo semplificato.

---

<sup>78</sup> Sulla nozione di cognizione sommaria, oltre a quanto già riportato nelle note precedenti, si vedano : G. Chioyenda, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, pp. 121 – 148 ; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, in AA.VV., *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, pp. 309 e ss., 311 ss., sp. pp. 313 ss. e pp. 340 ss ; C. Cecchella, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, pp. 218 – 227 ; R. Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, IV, pp. 1115 – 1124 ; Id., *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria nel processo civile in Giur. cost.*, 2013, I, pp. 249 – 253 ; C. Consolo, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, III, pp. 593 – 628 ; A. Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv.trim. di dir. e proc. civ.*, 2009, I, pp. 137 – 174 ; M. Bove, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi - [Summary proceeding and ordinary process: the differences]*, in *Il giusto processo civile*, 2014, I, pp. 55 – 95.

<sup>79</sup> Sul criterio della indispensabilità, si vedano : F. Ferroni, *Un concetto difficile: l'indispensabilità del mezzo di prova*, in *Giust. civ.*, 1987, VI, pp. 1525 – 1527 ; G. Giancotti, *Appello e nuovi documenti. Brevi riflessioni sui limiti di ammissibilità tra preclusioni di primo grado e cosiddetta indispensabilità del mezzo di prova*, in *Giur. it.*, 2002, IV, pp. 719 – 724 ; G. Vidiri, *L'indispensabilità delle prove nel rito del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, VI, pp. 1464 – 1483.

La cognizione che caratterizza il procedimento cautelare, tuttavia, dovrà necessariamente prendere in considerazione le ragioni di urgenza e necessità, le quali sono poste alla base non solo della pronuncia di accoglimento, che ne accerti l'esistenza ma che, anche, influenzano necessariamente le decisioni, di carattere istruttorio, dirette alla selezione dei mezzi di prova ed alla loro assunzione.

Non si può certo affermare che la cognizione descritta dalla norma richiamata delinei, in capo al giudice, una sorta di potere officioso, riservato a quest'ultimo, in tema di diritto alla prova, quanto, semmai, individua ed amplia un potere di valutazione delle prove proposte dalle parti – non potendosi certo ritenere superato il principio dispositivo del rito civile, nel suo angolo visuale istruttorio – che va al di là di quello previsto per la cognizione ordinaria, tradizionalmente ancorato ai canoni dell'ammissibilità e della rilevanza del mezzo di prova.

La specificità della cognizione nel rito cautelare, peraltro, si coglie appieno quando ci si sofferma ad esaminare il secondo comma dell'articolo 669sexies, che, come abbiamo visto, disciplina la fattispecie della pronuncia della cautela *inaudita altera parte*.

In questo caso, infatti, il riferimento è alle **sommario informazioni**, da assumere solo ove occorra, volendosi intendere, con questa endiadi, l'attuazione di una cognizione maggiormente deformalizzata, caratterizzata principalmente da una sorta di vaglio del materiale probatorio prodotto e dei fatti allegati, che consenta giudice unicamente di apprezzare l'incombente pregiudizio, salvo successivamente, nella fase a contraddittorio instaurato, modificare o revocare i provvedimenti urgenti già pronunciati, ricollegandosi, il giudicante, ai criteri di selezione ed assunzione probatoria, individuati nel primo comma della norma cennata.

### 2.11) *Il rito cautelare multiparti. L'intervento del terzo*

Una questione interessante, che attiene al procedimento cautelare, pare essere quella dell'ammissibilità dell'intervento del terzo nel giudizio cautelare.<sup>80</sup>

La dottrina non ha assunto una posizione univoca sulla questione, ritenendo generalmente ammissibile l'intervento, a condizione che, da un lato, rispetti le forme tipiche della tutela cautelare e, dall'altro, non incida negativamente sulla natura stessa del rito, risultando pregiudizievole ad una celere pronuncia della cautela.

E' di tutta evidenza, inoltre, che in relazione alla valutazione dell'intervento del terzo nel giudizio cautelare, si dovrà richiamare la disciplina generale

---

<sup>80</sup> Sull'intervento del terzo nel procedimento cautelare, si vedano : L. Laudisa, *Tutela del destinatario del provvedimento cautelare e del terzo*, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 99 e ss. ; C. Consolo, *Intervento del terzo nel giudizio cautelare, reclamo del terzo e pregiudizio di mera attuazione scorretta (da farsi valere in altro modo)*, in *Giur. it.*, 1996, III, I, pp. 187 – 194 ; R. Abbate, *Brevi osservazioni sulla tutela del terzo nel nuovo procedimento cautelare*, in *Il Diritto marittimo*, 1997, I, pp. 119 – 125 ; D. Gennari, *Ancora sulla tutela del terzo nel procedimento cautelare: la possibilità di esperire il rimedio del reclamo al Collegio ex art. 669 terdecies c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2001, XII, pp. 2295 – 2297 ; R. Lombardi, *Sulla tutela del terzo in sede di reclamo cautelare*, in *Giust. civ.*, 2001, XI, I, pp. 2797 – 2802 ; F. Ungaretti Dell'Immagine, *Processo cautelare e tutela dei terzi*, in *Giur. merito*, 2006, I, pp. 83 – 89.

dell'intervento, nelle sue peculiari caratteristiche sostanziali e di funzione.<sup>81</sup>

Ci sembra di poter escludere che si possano ritenere applicabili, alla fattispecie in esame, sia l'intervento su istanza di parte, previsto dall'art. 106, c.p.c., che il successivo articolo 107 c.p.c., che disciplina l'intervento per ordine del giudice e ciò non tanto per la natura di tali tipi di intervento, soprattutto se poniamo mente al concetto di "comunanza di causa", quanto per la concreta opportunità che si possa dare l'eventualità di una istanza della parte o di un ordine del giudice, in costanza della pronuncia di un provvedimento cautelare.

Pertanto, l'ambito di verifica della questione rimane confinato nei limiti della previsione di cui all'art. 105, del codice di rito civile, che disciplina l'intervento volontario.<sup>82</sup>

Quest'ultima norma contiene, al suo interno, due tipi di intervento, regolati nel primo comma, ovvero l'intervento principale e l'intervento litisconsortile od adesivo autonomo ed un terzo di tipo di intervento, previsto dal secondo comma della norma *de qua*, denominato intervento adesivo dipendente.

Dunque, in relazione alla questione rappresentata dall'intervento volontario nel giudizio cautelare, da parte di un soggetto terzo, riteniamo che l'approccio corretto sia quello partire non solo e non tanto dalla concreta disciplina formale e sostanziale, che caratterizza questo tipo di intervento, quanto, semmai, di porla in relazione con la specifica natura del giudizio cautelare.

Riteniamo, pertanto, che, al fine di consentire l'intervento del terzo e per ritenerlo ammissibile, il terzo debba dimostrare, al giudice della cautela, l'esistenza di un concreto pregiudizio, che discenderebbe nei suoi confronti

---

<sup>81</sup> Sull'intervento del terzo, in generale, si vedano, tra gli altri : S. Satta, *L'intervento volontario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 542 ss. ; A. Segni, *Intervento in causa*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1962, pp. 946 e ss. ; G. Fabbrini, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1963 ; S. Costa, *L'intervento in causa*, Torino 1953 ; Id., *Intervento in causa (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 461 - 481 ; A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario op.cit.*, pp. 1150 e ss.; G. Monteleone, *Intervento in causa*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino 1983, pp. 345 e ss. ; G. Costantino, *Intervento nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma 1989 ; A. Chizzini, *L'intervento adesivo*, Padova, 1992; Id., *Intervento in causa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993 pp. 112 - 152.

<sup>82</sup> Sull'intervento volontario, oltre a quanto richiamato nella nota precedente, si vedano : G. Monteleone, *Intervento adesivo e limiti soggettivi del giudicato*, in *Giur. it.*, 1979, XI, pt. 1, pp. 1645 - 1648 ; E. T. Liebman, *Intervento principale in funzione revocatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, IV, pp. 783 - 789 ; A. D'Alessio, *Brevi osservazioni su una particolare ipotesi di intervento adesivo dipendente*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, III, pp. 719 - 734 ; F. Marenza Adriani, *Su un' ipotesi d' inammissibilità d'intervento adesivo dipendente per mancanza di interesse*, in *Giur. merito*, 1990, IV - V, pp. 757 - 762; S. Menchini, *Pretendenti (lite tra)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, pp. 306 - 328 ; C. Cavallini, *I poteri dell'interventore principale nel processo di cognizione*, Padova 1998 ; Alberto A. Romano, *Terzo interventore litisconsortile e preclusioni processuali*, in *Corr. giur.*, 2000, II, pp. 228 - 231 ; A. Gili, *Sui poteri del terzo che interviene volontariamente nel processo di cognizione*, in *Giur. it.*, 2004, I, pp. 70 - 71 ; G. Fabbrizzi, *Intervento volontario di un terzo nel processo civile*, in *Foro it.*, 2006, VI, I, pp. 1844 - 1845; D. Simeoli, *L'intervento volontario del terzo nel sistema delle preclusioni del processo ordinario*, in *Giur. merito*, 2006, IX, pp. 1905 - 1906.

dell'eventuale accoglimento dell'istanza d'urgenza e dalla pronuncia del provvedimento.

E' opportuno aggiungere, del resto, che, seppur in astratto, il terzo potrebbe lamentare un potenziale pregiudizio non solo dall'accoglimento dell'istanza d'urgenza, come detto ma anche dal suo rigetto, in questo caso confermandosi l'esistenza di una relazione diretta tra la posizione del ricorrente, in ordine al diritto cautelando e quella del terzo interveniente.

Nondimeno, oltre al pregiudizio che potrebbe soffrire, a nostro avviso il terzo interveniente dovrà dimostrare di essere titolare di un diritto, relativo all'oggetto della lite cautelare o dipendente dal titolo, che in tale giudizio il ricorrente ed il resistente fanno valere, con ciò dovendosi sottolineare alcune perplessità circa la possibilità di ammettere, nel giudizio cautelare, l'intervento del tipo descritto al secondo comma dell'art. 105, ovvero il c.d. intervento adesivo dipendente, ove il terzo si limita a sostenere le ragioni di alcuna delle parti.

L'ammissibilità dell'intervento del terzo, nei limiti indicati, si giustifica ancor più, a seguito delle modifiche che hanno subito gli articoli 669*octies* e 669*decies* del codice di rito civile, che hanno reso del tutto eventuale, come si è visto, l'instaurazione del giudizio di merito, nelle fattispecie di cautela anticipatoria, posto che nel regime normativo precedente, si sarebbe potuto fondatamente affermare che il terzo ben poteva svolgere il proprio intervento e, quindi, la propria difesa in sede di merito.

Come opportunamente affermato in dottrina, imporre al terzo, in tali fattispecie, di farsi carico dell'instaurazione del giudizio di merito – sulla cui natura sarebbe opportuno soffermarsi – appare “irragionevole”, mentre è conseguente all'ammissibilità dell'intervento del terzo, consentire a quest'ultimo di proporre l'eventuale domanda di revoca del provvedimento cautelare pronunciato, nei limiti di tale tipo di rimedio.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Si veda A. Scarpa – R. Giordano, *op.cit.*, pag.106.

## Il provvedimento negativo

### 2.12) Effetti del provvedimento negativo

Seguendo l'ordine del codice, è necessario affrontare la disciplina del provvedimento negativo, contenuta nell'art. 669<sup>septies</sup>, il quale dispone che l'ordinanza di incompetenza non impedisce la riproposizione della domanda cautelare, mentre l'ordinanza di rigetto, per motivi diversi dall'incompetenza, non preclude l'eventuale riproposizione dell'istanza di cautela, richiedendo, tuttavia, il mutamento delle circostanze o la deduzione di nuove ragioni in fatto o in diritto.

Il secondo comma prevede che, qualora l'ordinanza di incompetenza o di rigetto sia pronunciata anteriormente all'inizio della causa di merito, con essa il giudice provvede definitivamente sulle spese del procedimento cautelare.

L'ultimo comma precisa che la condanna alle spese è immediatamente esecutiva.<sup>84</sup>

Il primo aspetto che riteniamo di approfondire è quanto descritto nel primo comma della norma cennata, laddove si afferma che la riproponibilità dell'istanza di cautela è subordinata al verificarsi del mutamento delle circostanze od alla deduzione di nuove ragioni in fatto o diritto, "nuove" rispetto a quanto allegato e dedotto con la domanda rigettata.

Ci si chiede fondatamente se ci troviamo di fronte ad un particolare tipo di **giudicato**, specifico del rito cautelare, atteso che, in mancanza di mutamenti delle circostanze poste a base della domanda di cautela od in assenza di nuove ragioni di fatto di diritto, l'ordinanza di rigetto impedisce la riproposizione della domanda cautelare.<sup>85</sup>

Ancorché la norma non distingua, a proposito dell'oggetto del provvedimento di rigetto della domanda di cautela, ci pare opportuno porre una distinzione, peraltro già segnalata da autorevole Dottrina.<sup>86</sup>

Posto che l'ordinanza negativa potrà fondarsi, sia su motivi di merito, che su motivi di rito, ci sembra di poter affermare che l'effetto preclusivo, previsto dal primo comma della norma cennata, sia da riferire esclusivamente a pronunce negative, che escludano l'esistenza delle condizioni per l'accoglimento della domanda, ovvero per ciò che attiene al profilo del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, elementi che riassumono in sé il merito condizionante della cautela.

---

<sup>84</sup> Sul tema del provvedimento di rigetto e della condanna alle spese e sul provvedimento negativo, si vedano : A. Proto Pisani, *Rigetto di misure cautela richieste "ante causam" e spese giudiziali*, in *Foro it.*, 1987, V, pp. 1616 - 1617; A. Renzi, *Art. 669 septies. - Provvedimento negativo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2010, IV -V, pp. 1112 - 1113.

<sup>85</sup> Si vedano, al proposito : A. Attardi, *Le nuove disposizioni cit.*, pp. 240 e ss. ; F. Auletta, *Variazioni sul tema del giudicato cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, I, IV, pp. 1 - 8 ; E. Merlin, *procedimenti cautelari cit.*, pp. 407 - 414 ; C. Consolo, *Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare respinta (il rigore non vale solo per le decisioni di cosiddetto "merito cautelare")*, in *Giur. it.*, 1995, IV, I, pp. 265 - 275 ; R. Frasca, *Questioni in tema cit.*, pp. 466 e ss.

<sup>86</sup> Ci si riferisce ad Attardi, richiamato in nota precedente ed anche a : G. Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, pp. 32 e ss.

L'effetto ostativo non dovrebbe, invero, estendersi anche ai motivi di rito, che siano differenti da quelli riferiti alla competenza, atteso che tali motivi generalmente non producono effetti vincolanti, oltre i limiti del giudizio nel quale determinano le relative pronunce, non essendovi ragioni per interpretare la previsione normativa in modo più rigoroso, con riguardo al giudizio cautelare.<sup>87</sup>

Richiamando la figura del terzo, inoltre, a quest'ultimo si dovrà riconoscere, quale corollario all'ammissibilità dell'intervento nel giudizio cautelare, anche il potere di proporre istanza di revoca del provvedimento eventualmente pronunciato, atteso che una diversa opinione comporterebbe una limitazione in capo al terzo, anch'essa irragionevole.

Come si è visto, analizzando il testo della norma, il primo comma dell'art. 669*septies* non ricollega alcun effetto preclusivo alla pronuncia avente ad oggetto la questione di incompetenza, che si riferirà necessariamente all'ipotesi di domande di cautela formulate *ante causam*.

Posto che la lettera della norma non distingue, è possibile che la domanda di cautela sia riproposta anche a seguito di pronunce declinatorie della competenza, successive alla prima.

Inoltre, è possibile considerare riproponibile l'istanza cautelare anche allo stesso giudice che, in ipotesi, si fosse dichiarato precedentemente incompetente.

Si tratta di un regime, ancorché limitato, quanto all'incidenza numerica, assai elastico ed in linea con la struttura del procedimento cautelare.

Come si è visto, dunque, il secondo comma della norma cennata dispone che il giudice della cautela, pronunciando l'ordinanza di rigetto della misura cautelare, prima del giudizio di merito, provvede definitivamente sulle spese.

La previsione consegue alla novellazione, introdotta con la riforma del 2009, la quale ha modificato il testo previgente, che prevedeva l'opponibilità della condanna alle spese, nel termine di venti giorni, a far data dalla pronuncia dell'ordinanza, se avvenuta in udienza o dalla sua comunicazione, se pronunciata fuori udienza.

La modifica della norma, nel senso dell'eliminazione del potere di proporre opposizione, comporta, quale ovvia conseguenza, che nei confronti della disposizione sulle spese sia da considerare esperibile il rimedio del reclamo, previsto dell'art. 669*terdecies* c.p.c.

In dottrina, tuttavia, si è posta in rilievo la questione, relativa alla natura del provvedimento che definisce il procedimento di reclamo, che abbia ad oggetto unicamente la pronuncia sulle spese.

Poiché, in effetti, come vedremo tale provvedimento è privo del carattere della decisorietà, né appare assoggettabile al rimedio, rappresentato dal ricorso per Cassazione, secondo quanto prevede l'articolo 111 della Costituzione, si è ritenuto da alcuni che sia possibile proporre un apposito

---

<sup>87</sup> E' opportuno richiamare anche l'autorevole Dottrina contraria alla impostazione descritta. In particolare, a favore di una sorta di "preclusione estensiva", si pronunciano : A. Saletti, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, II, pp. 355 - 387 ; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina cit.*, pp.343 e ss.

giudizio, caratterizzato dalla pienezza della cognizione, avente ad oggetto proprio il provvedimento che ha disposto sulle spese.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Si veda : C. Mandrioli – A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, pag. 128.

## Il provvedimento di accoglimento

### 2.13) *La disciplina dei provvedimenti affermativi*

La disciplina dei provvedimenti affermativi, ovvero di accoglimento, è contenuta nell'articolo 669*octies* del codice di rito civile, anch'esso oggetto di modifica, sia in conseguenza della L. 80/2005, sia, sebbene in parte, in virtù della L. 69/2009.

Pare opportuno, prima di esaminare analiticamente il contenuto della previsione normativa richiamata, sottolinearne gli aspetti più rilevanti, soprattutto alla luce della distinzione, che abbiamo già approfondito, tra cautele di natura anticipatoria e cautele di natura conservativa.

La prima questione che appare rilevante, come detto, riguarda sostanzialmente l'assenza di alcuna concreta indicazione circa la **qualificazione** della misura cautelare adottata dal giudice.

Il comma sesto, sul quale ci soffermeremo, si limita, infatti, ad indicare gli altri provvedimenti cautelari che siano idonei ad anticipare la sentenza di merito, senza alcuna specifica previsione né compiuta elencazione. L'unico riferimento concreto, è quello all'articolo 700, del codice di procedura civile, come è noto.

La genericità, alla quale abbiamo fatto riferimento se, da un lato, comporta l'introduzione di un nuovo e particolare regime di strumentalità del provvedimento cautelare, dall'altro, ha necessariamente determinato l'intervento chiarificatore e ricostruttivo dell'interprete, in direzione di una compiuta individuazione dei criteri che consentano di distinguere tra i provvedimenti, aventi natura anticipatoria, da un lato e quelli aventi natura conservativa, dall'altro.

Ciò appare tanto più rilevante, in quanto, ancorché l'autorità giudicante non può determinare in modo arbitrario quale sia questa natura ed a quale provvedimento essa si debba riconoscere o, per altro verso, come debba pronunciarsi in merito al prosieguo del giudizio, nella fase di merito, ancorata alla natura del provvedimento cautelare stesso, è di tutta evidenza che sarà proprio quest'ultimo, il provvedimento, con le modalità contenute nell'ordinanza di accoglimento, che consentirà di ritenere appartenente all'una o dall'altra categoria la cautela pronunciata.

Non dobbiamo dimenticare, infatti, che la funzione anticipatoria potrebbe anche riconoscersi in provvedimenti cautelari che, apparentemente, non ne siano caratterizzati.

Sebbene, sia la dottrina che la giurisprudenza abbiano colmato questo apparente vuoto definitorio, non pare secondario il ruolo del giudice, soprattutto, come dicevamo, con riguardo al concreto provvedimento, atteso che il collegamento di quest'ultimo, con il successivo giudizio di merito e la relativa instaurazione, non possono certo influire sulla reale natura del provvedimento cautelare.

Tale aspetto è tanto più rilevante, soprattutto, nel caso in cui l'autorità giudicante abbia, per errore, fissato il termine perentorio previsto dal primo comma dell'art. 696*octies*, per la proposizione del giudizio di merito.

La dottrina, che ha esaminato questo aspetto, ha ritenuto che il termine *de quo* si converta, in modo automatico, da perentorio in ordinatorio, esimendo la parte dall'obbligo di proporre il giudizio di merito.<sup>89</sup>

Per parte nostra, riteniamo che una soluzione alternativa, possa essere quella di ritenere il termine come privo di efficacia.

Un'ulteriore questione, che ci sembra rilevante, è quella che consegue alla disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 669octies, il quale prevede che l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo.

E' di tutta evidenza che l'aspetto apparentemente più complesso è quello che individua e delimita il "diverso processo", nel quale l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile.

La lettera della disposizione non distingue circa la natura del provvedimento cautelare, non specificando se l'autorità del provvedimento si riferisce ad una cautela idonea ad anticipare gli effetti della sentenza di merito o ad una cautela *tout court*.

Ci sembra, quanto a questo aspetto, che si debba introdurre una distinzione, proprio con riguardo alla diversa natura della cautela, come si ricava dalla disposizione del sesto comma della norma cennata.

Come abbiamo visto, sebbene non si possa parlare di attitudine al giudicato, per quanto attiene ai procedimenti cautelari in generale, la giurisprudenza ne confermava tale limite, atteso che le cautele perdevano la loro efficacia in seguito alla pronuncia della sentenza di merito, sia nell'ipotesi in cui la decisione avesse accertato l'esistenza del diritto cautelato, sia nella diversa fattispecie, nella quale la sentenza ne avesse dichiarata l'inesistenza; nel primo caso, in quanto l'efficacia cautelare verrebbe sostituita da quella della sentenza e nel secondo caso, poiché l'insussistenza del diritto ne trascinerebbe anche l'efficacia cautelare.<sup>90</sup>

Nondimeno, ci pare che la peculiare natura dei provvedimenti anticipatori, seppur non introduca certo una loro particolare attitudine al giudicato, tuttavia non possa neppure considerarsi priva di un qualche effetto, atteso che, come è noto, tali provvedimenti appaiono conservare la propria

---

<sup>89</sup> Si veda : A. Scarpa - R. Giordano, *op.cit.*, pag. 120.

<sup>90</sup> Si vedano, tra le molte, le seguenti pronunce : Cass. Civ., Sez. II, 30/01/1995, n. 1089, in *Mass. Giur. it.*, 1995, per la quale "I provvedimenti di urgenza, essendo volti ad impedire che la futura pronuncia del giudice possa risultare pregiudicata dal tempo necessario ad ottenerla, esauriscono la loro funzione con la decisione emessa nel successivo giudizio di merito, sicchè la loro efficacia cessa se l'esistenza del diritto viene esclusa, ancor prima che suddetta esclusione si forni il giudicato, mentre se viene accertata l'esistenza del diritto i provvedimenti di urgenza vengono sostituiti dalla pronuncia di merito. Ne consegue che il controllo su di essi deve svolgersi nello stesso giudizio di merito, essendo esclusa la loro autonoma impugnabilità."; Cass. Civ. Sez. I, 15/10/2004, n. 20327, in *Guida al Diritto*, 2004, pp. 45- 46, secondo la quale "Il provvedimento emesso "ante causam" in sede di procedura d'urgenza di cui all'articolo 700 del c.p.c., sia che accolga sia che respinga l'istanza, è del tutto idoneo ad assumere valenza di giudicato tra le parti, anche nel caso in cui il giudice adito, prima di emettere il provvedimento, abbia svolto approfondite indagini al fine di accertare l'esistenza del diritto e lo abbia dichiarato sussistente ovvero insussistente, poiché in tal caso la declaratoria è pur sempre espressa in sede di cognizione sommaria e nell'ambito di quell'indagine sul "fumus boni iuris" che è propedeutica alla concessione della misura cautelare invocata."

efficacia, disciplinando il rapporto sostanziale al quale si riferiscono, seguendone le sorti e venendo caducati dal suo eventuale esaurimento.

Se, quindi, è pur vero che gli effetti dei provvedimenti cautelari non presentano la caratteristica della definitività, in conseguenza della particolare cognizione che li caratterizza, non piena e completa, né possiedono valenza alcuna di giudicato, non si possono considerare neppure del tutto “neutri”, rispetto ad un diverso processo.

Intendiamo dire che certamente il provvedimento cautelare anticipatorio, non può risultare di ostacolo all’instaurazione di un giudizio di merito sulla identica situazione sostanziale che lo stesso provvedimento disciplina, posto che, sebbene l’onere di proporre il giudizio di merito ricada sul soccombente cautelare, il giudizio può essere instaurato anche dalla parte riuscita vittoriosa e che intenda far ottenere alla sua pretesa l’efficacia rappresentata dal giudicato.

Né, per altro verso, la sua efficacia esecutiva, di natura autonoma rispetto al successivo giudizio di merito, può impedire che, proprio in tale giudizio, la relativa decisione di merito intervenga e modifichi il medesimo oggetto ed i conseguenti effetti di natura sostanziale.

Diverso discorso, crediamo, si possa fare nelle ipotesi di giudizi “diversi”, i quali si trovino in una relazione di pregiudizialità o dipendenza, rispetto alla situazione di diritto e di fatto regolata dal provvedimento anticipatorio.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Sulle nozioni di pregiudizialità e dipendenza nel processo civile, si vedano : A. Proto Pisani, *Note in tema di efficacia riflessa della sentenza, di dipendenza tra cause e di legittimazione autonoma o meno ad impugnare dell' interveniente adesivo dipendente*, in *Foro it.*, 1971, II, pp. 414 - 419 ; Id., *Note in tema di impugnazione di cause tra loro dipendenti: pregiudizialità sostanziale e sue conseguenze processuali*, in *Foro it.*, 1978, VI, pp. 1396 - 1401 ; Id., *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi civili*, in *Foro italiano*, 1981, IV, pp. 1065 e ss. ; L. Montesano, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l' efficacia dell' accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, III, pp. 385 - 410 ; F. Cipriani, *Le sospensioni nel processo civile per pregiudizialità (Contributo al coordinamento degli artt. 295 e 337, comma 2, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, II, pp. 239 - 308 ; N. Trocker, *Pregiudizialità e giudizio con pluralità di parti nell' azione di passaggio necessario ex art. 1051 c.c.*, in *Giur. it.*, 1985, VIII - IX, pt. 1, pp. 1121 - 1128 ; G. Giustiniani, *Continanza di cause e pregiudizialità*, in *Giust. civ.*, 1988, VII - VIII, pp. 1858 - 1859 ; G. Verde, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, I, pp. 175 - 180 ; D. Volpino, *L'economia della sospensione necessaria per pregiudizialità civile tra celerità dei giudizi ed uniformità delle decisioni*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2004, IV, pp. 1459 - 1488 ; S. Menchini, *La pregiudizialità contenziosa nei procedimenti (camerali) di volontaria giurisdizione (poteri del giudice ed effetti della decisione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, IV, pp. 1071 - 1100 ; A. Giussani, *Efficacia della sentenza impugnabile in via ordinaria e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, VI, pp. 1528 - 1537 ; G. Trisorio Liuzzi, *In tema di sospensione del giudizio per pregiudizialità*, in *Foro it.*, 2014, III, I, pp. 945 - 946 ; Id., *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2 comma, c.p.c. - [The stay of the civil trial to preliminary nature governed by articles. 295 and 337, paragraph 2, of the Code of Civil Procedure]*, in *Il giusto processo civile*, 2015, III, pp. 633 - 656 ; R. Tiscini, *Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica - [Reconstructive routes on "Pregiudizialità tecnica" and "pregiudizialità logica"]*, in *Giust. civ.*, 2016, III, pp. 571 - 603. Per quanto attiene al giudicato, si vedano : G. Chiofenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, pp. 231 - 283, già pubblicata in *Riv. it. scien. giur.*, 1907, pp 3 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, rist. dell'edizione del 1933, pp. 353 - 365; S. Menchini, *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, pp. e 1 ss. ; S. Menchini - A.

In tale fattispecie, dunque, sebbene non vi sia alcuna efficacia, che possa essere invocata direttamente nel diverso processo, che si trovi in una delle relazioni di connessione che abbiamo richiamate, il provvedimento cautelare anticipatorio potrà e, per certi aspetti, dovrà costituire, quanto meno, un passaggio logico necessario nella decisione del giudizio dipendente o legato da un nesso di pregiudizialità.

Diversamente opinando, infatti, si rischierebbe di non attribuire alla cautela di natura anticipatoria alcun effetto concreto, sui rapporti e sulle posizioni soggettive, dipendenti o legate dal nesso di pregiudizialità, al quale si è fatto cenno.

Per tornare alla disciplina generale dei provvedimenti di accoglimento, è di tutta evidenza come la sua struttura sia articolata lungo due direttive:

a) la prima, che riguarda la fattispecie del provvedimento cautelare di natura conservativa, atteso che il primo comma dell'articolo 669<sup>octies</sup>, del codice di rito civile, dispone che l'ordinanza di accoglimento, nel caso di istanza proposta prima dell'inizio della causa di merito, debba fissare un termine perentorio, non superiore a 60 giorni, per procedere con l'instaurazione del giudizio di merito;

b) la seconda direttiva è contenuta nel sesto comma della norma cennata, ove si prevede che le disposizioni dello stesso articolo e quelle che riguardano l'inefficacia del provvedimento cautelare - con particolare riguardo ovviamente alla mancata proposizione, nel termine, del giudizio di merito - non si applicano ai provvedimenti di urgenza, pronunciati ai sensi dell'articolo 700, del codice di procedura civile ed agli altri provvedimenti cautelari, idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti che siano stati emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto, benché ciascuna parte potrà iniziare comunque il giudizio di merito.

Come si è visto, la dottrina ha tratto, da tale previsione la figura della cautela a **strumentalità attenuata**, con la conseguente mitigazione del collegamento tra la fase cautelare ed il giudizio di merito.

L'evidente attenuazione del collegamento tra la fase cautelare quella di merito, dunque, consente di ritenere che, nel giudizio a cognizione piena, sia possibile estendere l'oggetto della cognizione del giudice, proponendo anche domande che, seppure in una relazione di pregiudizialità o dipendenza, facciano valere diritti diversi da quello oggetto della precedente fase cautelare.

In pratica, proprio in virtù della richiamata attenuazione del rapporto tra giudizi, l'ambito strumentale della cognizione, che comunque risulta attenuato ma non reciso definitivamente, potrà non limitarsi unicamente all'accertamento definitivo del diritto cautelato ma, come detto, vedere introdotte domande ulteriori, purché poste nella relazione di connessione sopra descritta.<sup>92</sup>

---

Motto, *Art. 2909 – Cosa giudicata*, in *Comm. al codice civile diretto da E. Gabrielli*, Milano, 2016, pp. 21 – 74, sp. pp. 41 – 57.

<sup>92</sup> Si vedano, sul punto : S. Recchioni, *Strumentalità cautelare e cumulo oggettivo di domande nel processo "di merito"*, in *Corriere giur.*, 2002, V, pp. 638 – 644. In senso critico : M. Scavella, *Mutatio libelli e processo cautelare*, in *Giur. it.*, 2012, IV, pp. 887 – 891. Sul passaggio alla fase di merito ed ai rapporti con la cautela, si vedano : G. Covuccia – A.

Vi è da aggiungere che la novellazione del rito cautelare ha apportato una modifica al termine che riguarda le cautele di natura conservativa, fissandolo in sessanta giorni, termine che è da applicarsi anche nel caso in cui il giudice non ne abbia fissato alcuno, così come dispone il secondo comma dell'art. 669octies c.p.c.

La modifica ampliativa del termine di instaurazione del giudizio di merito si è giustificata sulla scorta della eccessiva esiguità del termine precedente, di trenta giorni, che, secondo la dottrina, non consentiva una adeguata formulazione della domanda ed una corretta allegazione dei fatti nonché una completa deduzione dei mezzi di prova.<sup>93</sup>

Vi è da aggiungere, per completezza, che in dottrina si ritiene applicabile il termine *de quo*, anche nell'ipotesi in cui il giudice avesse indicato un termine superiore a quello stabilito dalla norma.

La affermata autonomia dei due procedimenti, inoltre, potrebbe consentire di risolvere la questione avente ad oggetto l'applicazione, al termine per la proposizione del giudizio di merito, della sospensione feriale, oggi peraltro diminuita nella sua estensione temporale.<sup>94</sup>

Atteso che in dottrina vi è contrasto, quanto all'applicazione della cennata sospensione, soprattutto con riguardo alla particolare natura del rito cautelare, tuttavia ci pare preferibile l'applicazione della sospensione feriale, proprio in virtù della diversa natura del giudizio di merito, dovendosi, anche qui, introdurre una distinzione, poiché se è pacifico che la sospensione si applichi all'eventuale giudizio di merito, conseguente alla pronuncia di una cautela anticipatoria, qualche perplessità sorge per quanto attiene alla cautela di natura conservativa, in merito alla quale, sebbene l'autonomia dei giudizi è acclarata, nondimeno l'applicazione della sospensione pare in contrasto con la complessiva funzione cautelare.<sup>95</sup>

---

Mannetta, *Fase cautelare e giudizio di merito nella denuncia di nuova opera*, in *Giurisprudenza di merito*, 1994, III, pp. 468 – 469 ; U. Volpe, *Il passaggio dal procedimento cautelare "ante causam" al giudizio di merito*, in *Foro it.*, 1995, IX, pp. 2621 – 2633 ; G. Frus, *Su alcuni problemi relativi alla tempestiva, ma invalida, instaurazione del giudizio di merito, successivamente all'ottenimento di una misura cautelare ante causam*, in *Giur. it.*, 1996, X, I, pp. 669 – 678 ; G. Granzotto, *Il termine per l'instaurazione del giudizio di merito a seguito dell'emissione di un provvedimento cautelare: da quando (o per quanto) decorre?*, in *Giur. merito*, 1999, IV - V, I, pp. 769 – 772 ; M. Gatti, *"Quer pasticciaccio brutto...": riflessioni sul nesso funzionale fra tutela cautelare e giudizio di merito*, in *Giust. civ.*, 2001, VI, I, pp. 1677 – 1682 ; A. Trinchi, *Procura alle liti, autonomia e strumentalità del giudizio cautelare rispetto a quello di merito*, in *Giust. civ.*, 2003, V, I, pp. 1102 – 1113 ; R. Giordano, *Qualificazione del provvedimento cautelare e obbligo di instaurare il giudizio di merito*, in *Giur. merito*, 2008, I, pp. 155 – 162. Si vedano, inoltre le seguenti massime : Cass. Civ., sez. III, del 10/11/2010, n. 22830, in *CED Cassazione*, 2010 ; Cass. Civ., sez. II, del 24.5.2000, n. 6809 in *Mass. Giur. it.*, 2000.

<sup>93</sup> Al proposito si veda : C. Consolo – S. Recchioni, *Art. 669octies*, in C. Consolo – F. P. Luiso ( a cura di ), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, pp. 4779 – 4780.

<sup>94</sup> Il D.L. n. 132/2014, come convertito dalla L.162/2014, all'art. 16 ha recato modifiche alla L. 742/1969, individuando nel periodo dal 1 al 31 Agosto di ogni anno il periodo di sospensione dei termini, per le ferie di magistrati, avvocati e procuratori dello Stato.

<sup>95</sup> Si vedano : C. Consolo – S. Recchioni, *op. cit.*, pp. 4779 – 4787 ; A. Bucci – M. Crescenzi – E. Malpica, *Manuale pratico della riforma del processo civile*, Padova, 1992, pp.298 e ss. ; R. Vaccarella – B. Capponi – C. Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, pp. 369 e ss.

Ulteriore aspetto da approfondire, relativamente al rapporto tra i giudizi cautelare e di merito, è quello che ha ad oggetto le modalità di notifica dell'atto introduttivo del proprio giudizio di merito.

Infatti, l'atto introduttivo del giudizio, successivo alla pronuncia della cautela, dovrà essere notificato al convenuto personalmente, nella sua residenza o domicilio e non presso il procuratore, nominato nella fase precedente e presso il quale ha eletto domicilio.

Tale conclusione, corroborata dalla distinzione ed autonomia dei giudizi – seppur nei limiti descritti – comporta, nondimeno, di valutare le conseguenze che discendano dalla notifica della citazione introduttiva effettuata presso il procuratore.

Riteniamo che questa fattispecie patologica non rappresenti una categoria di invalidità radicale, quale l'inesistenza dell'atto<sup>96</sup> ma, anche alla luce dei principi del processo deformatizzato, possa rappresentare una nullità certamente sanabile ed, a nostro avviso, assolutamente in grado di influire validamente sul decorso del termine per la proposizione del giudizio di merito.

## **L'inefficacia del provvedimento**

### *2.14) La disciplina dell'inefficacia*

Le cause di inefficacia dei provvedimenti cautelari sono specificate nell'art.669*novies*, del codice di rito civile e si possono ricondurre, sostanzialmente, a) al fatto rappresentato dalla inattività delle parti, da un lato e, dall'altro, b) alle fattispecie che determinano l'esito negativo del giudizio di merito.

La norma cennata, infatti, dispone, nel primo comma, che, qualora il procedimento di merito non sia iniziato nel termine perentorio, di cui all'articolo 669*octies*, ovvero se, successivamente al suo inizio, il procedimento si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia.

---

<sup>96</sup> Sul concetto di inesistenza, con riguardo, in particolare, ai provvedimenti decisori, si vedano : A. Lorenzetto Peserico, *Inesistenza della sentenza e rimessione al giudice di primo grado*, in *Riv. dir.proc.*, 1977, III, pp. 517 – 530 ; V. Colesanti, *Sentenza inesistente... o inesistenza di logica interpretativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, II, pp. 289 – 311 ; Id., *La sentenza "inesistente" e gli scherzi della logica*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, I, pp. 302 – 315 ; Id., *Variazioni ("in re minore") in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inesistente*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, II, pp. 275 – 287 ; A. Finocchiaro, *In tema di inesistenza della sentenza per difetto di sottoscrizione*, in *Giust.civ.*, 1981, VI, pp. 1309 – 1311 ; G. Balena, *Ancora sull'abuso della sentenza "inesistente" (in margine ad una singolare vicenda giudiziaria calabrese)*, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 247 e ss. ; Id., *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro it.*, 1993, I, pp. 179 – 190 ; G. Finocchiaro, *In tema di inesistenza ed invalidità della sentenza per difetto di rappresentanza tecnica*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1998, II, pp. 655 – 678 ; F. Auletta, *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova, 1999; A. Nascosi, *Inesistenza giuridica della sentenza*, in *Studium iuris*, 2003, XII, pp. 1520 – 1521.

Nel terzo comma, inoltre, si prevede che il provvedimento cautelare perda, altresì, efficacia, qualora non sia stata versata la cauzione, prevista dall'articolo 669*undecies*, ovvero se, con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto cautelato.

Il quarto comma, infine, disciplina l'inefficacia della cautela – che si aggiunge a quella prevista dai commi precedenti - nei casi in cui la causa di merito sia devoluta alla giurisdizione di arbitri o di un giudice straniero.

Esso dispone, infatti, che il provvedimento cautelare perda la propria efficacia nell'ipotesi in cui la parte, che aveva richiesto la cautela, non formuli la domanda di esecutorietà in Italia, della sentenza straniera o del lodo arbitrale entro i termini, eventualmente previsti a pena di decadenza, dalla legge o da convenzioni internazionali, ovvero entro il termine di sessanta giorni, termine di natura perentoria, che decorre dal momento in cui la domanda di esecutorietà è concretamente proponibile.<sup>97</sup>

La disposizione dell'art.669*novies*, quarto comma, infine prevede che il provvedimento cautelare perda la propria efficacia, qualora sia pronunciata una sentenza straniera, anche non passata in giudicato od un lodo arbitrale, che dichiarino l'inesistenza del diritto, per il quale la cautela era stata concessa.

Pare opportuno, dunque, esaminare le singole fattispecie partitamente, al fine di indagarne le peculiarità.<sup>98</sup>

### 2.15) La mancata instaurazione del giudizio di merito

Dunque, come si è visto, il primo comma dell'art.669*novies*, del codice di rito civile, dispone che, qualora il giudizio di merito non sia avviato nel termine perentorio, previsto dall'art.669*octies*, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia.

Come si è visto, il riferimento all'art. 669*octies* cennato, implica l'applicabilità della sanzione dell'inefficacia, alla fattispecie nella quale l'istanza di cautela sia stata promossa anteriormente alla proposizione della causa di merito ed il provvedimento di accoglimento abbia fissato un

---

<sup>97</sup> Si tratta del richiamo all'art. 156 delle disposizioni attuative al codice di procedura civile, che reca la rubrica "Esecuzione sui beni sequestrati" e prevede che "Il sequestrante che ha ottenuto la sentenza di condanna esecutiva prevista nell'articolo 686 del codice deve depositarne copia nella cancelleria del giudice competente per l'esecuzione nel termine perentorio [c.p.c. 153] di sessanta giorni dalla comunicazione, e deve quindi procedere alle notificazioni previste nell'articolo 498 del codice .

Se oggetto del sequestro sono beni immobili, il sequestrante deve inoltre chiedere, nel termine perentorio di cui al comma precedente, l'annotazione della sentenza di condanna esecutiva in margine alla trascrizione prevista nell'articolo 679 del Codice.

<sup>98</sup> Sull'estinzione della cautela, si vedano, tra gli altri : E. Castaldi, *Inefficacia del provvedimento cautelare ex art. 669 novies comma 1 c.p.c., inizio e natura del procedimento di merito e sospensione feriale dei termini processuali*, in *Giur. merito*, 1997, IV - V, IV, pp. 846 - 848 ; P. Recussi, *L'inefficacia del provvedimento cautelare in rapporto alla definizione in rito del processo di merito ed alla natura sostitutiva del reclamo*, in *Giur. merito*, 1998, II, I, pp. 240 - 246 ; C. Belfiore, *Sulla inefficacia del provvedimento cautelare per mancata prestazione della cauzione*, in *Giur. merito*, 2003, IV, I, pp. 685 - 687 ; A. Giacino, *Inefficacia del provvedimento cautelare non eseguito nel termine dell'art. 675 c.p.c.*, in *Arch. delle loc. e cond.*, 2003, VI, pp. 830 - 832.

termine, non superiore a sessanta giorni, per l'inizio del giudizio di merito ed a quest'ultimo non si sia dato corso nel termine *de quo*.

Il meccanismo sanzionatorio descritto si applicava ad ogni provvedimento cautelare, senza alcuna distinzione, rappresentando così una previsione di carattere generale, a conferma della stretta relazione di strumentalità esistente tra la fase di accertamento dei presupposti di applicabilità della cautela e la successiva tutela di merito.

Naturalmente, a seguito delle modifiche delle quali si è fatto cenno, l'attuale sistema vede l'applicazione del cennato meccanismo sanzionatorio esclusivamente per i provvedimenti cautelari che possiedono natura conservativa, mentre se ne esclude l'applicabilità sanzionatoria per le cautele a strumentalità attenuata.

L'inefficacia, dunque, rappresenta una conseguenza assai rilevante per le fattispecie di cautela conservativa e si giustifica proprio con l'inerzia della parte che, una volta ottenuto il provvedimento, ometta di attivarsi per conseguirne la successiva stabilità.

Ci si chiede, opportunamente, se la stessa sanzione sia applicabile anche alla diversa fattispecie dell'instaurazione **tardiva** del giudizio di merito, ponendosi, dunque, la questione riguardante l'eventuale venir meno della misura cautelare, ovviamente di natura conservativa, in quest'ultimo caso.

Ci pare, a questo proposito, che si debba introdurre una distinzione, ponendo in rilievo, da un lato, le fattispecie patologiche, dalle quali consegue la tardiva proposizione del giudizio, quale conseguenza di invalidità legate alla modalità della proposizione del giudizio di merito stesso.

Dall'altro lato, si situano le ipotesi nelle quali, al contrario, la modalità introduttiva del giudizio di merito sia corretta ma quest'ultimo sia stato proposto **oltre** il termine previsto.

In realtà, a nostro modo di vedere, il problema rilevante riguarda la possibilità di **conservare** l'efficacia del provvedimento cautelare, pur in costanza di un giudizio di merito instaurato oltre il termine.

Per quanto attiene alle fattispecie patologiche, conseguenti alle invalidità relative alle modalità di proposizione cennate, l'analisi si deve necessariamente incentrare sulla fase introduttiva del giudizio.

Nondimeno - ed in posizione logicamente precedente - ci si deve porre la questione dell'aspetto soggettivo del giudizio di merito, per quanto possa apparire piuttosto scontata.

Intendiamo dire che, nel caso della cautela conservativa, parrebbe opportuno chiarire se il giudizio instaurato, ancorché nel termine, debba necessariamente venire proposto da colui che oggettivamente si giova del provvedimento cautelare, la cui efficacia è condizionata all'instaurazione del giudizio di merito o possa essere proposto da altro soggetto, purché l'oggetto del giudizio sia identico.

Per quanto attiene, dunque, all'aspetto soggettivo, che abbiamo segnalato, non pare si debbano fare distinzioni, relativamente al soggetto che instaura il giudizio di merito, atteso che la norma non prevede specifiche indicazioni al proposito, limitandosi a richiamare unicamente la fissazione del termine per la proposizione della domanda di merito, semmai dovendosi approfondire il rapporto intercorrente tra il provvedimento cautelare, la

cui efficacia si intende salvaguardare e l'oggetto proprio del giudizio di merito.

Per il resto, riteniamo che la questione e la sua soluzione debba incentrarsi maggiormente sull'ipotesi, sopra descritta, del giudizio instaurato tardivamente, in conseguenza di un'invalidità, che riguardi proprio la fase introduttiva della domanda di merito.

La casistica delle patologie può essere complessa e varia, se pensiamo al caso del giudizio di merito, la cui domanda introduttiva sia stata notificata alla parte personalmente ma presso il difensore della precedente fase cautelare o, *rectius*, presso il domicilio eletto in tale fase del giudizio.

Generalmente si ritiene che, proprio in forza dell'asserita **autonomia** del giudizio di merito, rispetto alla fase cautelare, l'instaurazione del primo giudizio presso il domicilio eletto nel rito sommario cautelare, comporterebbe, in realtà, l'inefficacia della cautela, atteso che la modalità introduttiva della causa di merito non sarebbe tale da far considerare instaurato il giudizio, previsto dalla norma dell'articolo 669octies c.p.c.

Come abbiamo già sostenuto, il processo civile, inteso secondo gli schemi del rito deformalizzato, ci pone necessariamente il quesito, relativo a quale **effettivo pregiudizio**, l'instaurazione del giudizio di merito, attraverso la notifica dell'atto introduttivo presso il domicilio eletto nella fase cautelare, possa condurre per il convenuto.

Non vi è dubbio, infatti, che il convenuto sia perfettamente a conoscenza dell'esistenza della fase cautelare, alla quale molto probabilmente ha partecipato, così che riteniamo non possa considerarsi pregiudicato il suo diritto di difesa e ciò, soprattutto, sulla base della considerazione di quell'autonomia dei giudizi che, così interpretata, sembra piuttosto il risultato di un'applicazione astratta del principio del formalismo delle garanzie, in mancanza, peraltro, di alcuna lesione di tali garanzie.<sup>99</sup>

Se di autonomia si deve parlare, per quanto attiene al giudizio cautelare rispetto al successivo giudizio di merito, riteniamo che ciò riguardi essenzialmente il rito e la struttura processuale, certamente autonome, non potendosi riconoscere questa autonomia, tuttavia, per ciò che attiene all'ambito sostanziale ed all'oggetto del giudizio, soprattutto nelle cautele conservative, come abbiamo detto poco sopra.

Diversa fattispecie ritroviamo - seppure da trattare sempre nello stesso modo, ovvero in direzione della salvaguardia della efficacia del provvedimento cautelare - nel caso rappresentato dal giudizio di merito instaurato attraverso un atto invalido come, ad esempio, il caso della nullità della notificazione dell'atto introduttivo del cennato giudizio di merito.

Anche in tal caso, sulla scorta oltretutto dei principi generali in tema di nullità ed, in particolare, in considerazione del principio dello scopo dell'atto, riteniamo che, a fronte di una notificazione dell'atto introduttivo viziata, il giudizio di merito possa comunque ritenersi instaurato, in costanza della sanatoria del vizio, che la legge processuale prevede

---

<sup>99</sup> Sulla questione, si vedano, oltre a quanto riportato in nota 92: A. Trinchi, *Procura alle liti, autonomia e strumentalità del giudizio cautelare rispetto a quello di merito*, in *Giust. civ.*, 2003, V, I, pp. 1102 - 1113 ; U. Corea, *L'esperimento del giudizio cautelare modifica la disciplina della competenza per il giudizio di merito (e cancella l'art. 39, ult. comma, c.p.c.): una inaccettabile conclusione della Corte Suprema*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, III, pp. 850 - 863.

nell'ipotesi di nullità della notificazione, a seguito della condotta processuale della parte convenuta, regolarmente costituitasi, dovendosi, in tali fattispecie, necessariamente applicare l'intera disciplina della nullità della citazione.

Ben altra questione, come abbiamo adombrato poco sopra, è quella rappresentata dall'oggetto del giudizio di merito, atteso che abbiamo sottolineato come l'autonomia tra i due giudizi non sembra riguardare l'aspetto sostanziale della controversia.

Ciò significa, in pratica, che si dovrà necessariamente valutare ed esaminare l'oggetto della domanda, che introduce il giudizio di merito, poiché essa dovrà necessariamente richiamare e ricollegarsi all'oggetto del giudizio cautelare.

Sotto questo profilo, dunque, ci sembra opportuno che la valutazione della correlazione e della coincidenza tra l'oggetto del giudizio cautelare, da un lato e quello di merito, dall'altro, debba essere improntata non certo ad una interpretazione restrittiva, soprattutto con riguardo alla disciplina dei rapporti di pregiudizialità e dipendenza tra giudizi ed anche, richiamandosi necessariamente la complessa questione dei limiti del giudicato, quantomeno sotto l'aspetto dell'estensione soggettiva dell'efficacia del provvedimento.

Si tratta di una questione assai complessa, come abbiamo detto, che rimanda sostanzialmente all'estensione dei poteri del giudice, relativamente alla cognizione dei fatti della lite ed alla decisione della stessa, potendosi, in qualche modo, riallacciare all'articolo 34 del codice di procedura civile e ai rapporti intercorrenti tra le domande<sup>100</sup>.

A tal proposito, si suole distinguere tra domande autodeterminate ed eterodeterminate ed alle conseguenze che tale distinzione comporta, con riguardo soprattutto alla *causa petendi*.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> Sull'art. 34 c.p.c. e sull'accertamento incidentale molto è stato autorevolmente scritto. Si vedano, tra gli altri : F. Carnelutti, *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, pp. 17 e ss.; S. Satta, *Accertamento incidentale*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, pp. 243 - 246 ; L. Montesano, *La sospensione per dipendenza di cause civili op.cit.*, pp. 385 - 410, sp. 387 ; Id., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, II, pp. 299 - 343 , N. Giallongo, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1985, III, pp. 616 - 689 ; E. Garbagnati, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 69 - 81; S. Menchini, *Accertamenti incidentali*, in *Enc. Giur.*, I, 1995, pp 1 e ss. ; V. Denti, *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. disc.priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 158 - 162 ; F. Locatelli, *L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008.

<sup>101</sup> Su tale distinzione si vedano : G. Giannozzi, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, sp., pp. 79 e ss. ; C. Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975 ; A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al c.p.c. diretto da E. Allorio*, II, Torino, 1980, pp. 177 - 234 ; L. Montesano, *Diritto sostanziale di cognizione e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, I, pp. 63 - 81 ; G. F. Ricci, *"Individuazione" o "sostanziazione" nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1995, IV, pp. 1227 - 1251 ; M. Palma, *Brevi note in tema di domande autodeterminate, eterodeterminate e oggetto del giudizio d'appello*, in *Giust. civ.*, 2000, XI, I, pp. 2980 - 2986 ; C. Gamba, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008 ; C. Consolo, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013,VI, pp. 1406 - 1422.

Per quanto non sia agevole richiamare qui tale complessa questione e la variegata posizione della dottrina, riteniamo nondimeno che, come abbiamo sottolineato, la verifica dei rapporti tra giudizio di merito, il suo oggetto ed il rito cautelare debba essere necessariamente effettuata con una visione il più possibile “**conservativa**” del provvedimento cautelare, regolarmente pronunciato nella fase precedente, così che si possa considerare ritualmente instaurato un giudizio di merito il quale, pur indicando una *causa petendi* diversa e fondata su di un fatto costitutivo diverso, rispetto all’oggetto dell’istanza cautelare, ne conservi l’identità dell’oggetto, ovvero quella del diritto cautelato e del diritto posto alla base della domanda di merito.

### *2.16) Cautela ed instaurazione del giudizio arbitrale*

Il quinto comma dell'articolo in commento rappresenta la modifica introdotta dall'art. 1 della L. 5.1.1994, n. 25, norma che disciplina la fattispecie nella quale la controversia, relativamente alla quale sia stata pronunciata la cautela, sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria.<sup>102</sup>

La lettera del comma in esame prevede che, nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte dovrà notificare alla controparte, nel termine indicato dal primo comma dell’art. 669*octies*, un atto, con il quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, proponendo altresì la domanda e procedendo alla nomina degli arbitri.

Si tratta, in pratica, della previsione degli adempimenti che debbono essere svolti dalla parte che intende conservare l’efficacia della cautela ottenuta, in costanza di procedimento arbitrale.

E’ opportuno precisare che, anteriormente alla cennata riforma, la parte avrebbe rispettato tali adempimenti ed, in particolare, il termine per l’instaurazione del giudizio di merito, qualora avesse posto in essere ogni attività necessaria per avviare il procedimento arbitrale.<sup>103</sup>

Una questione ulteriore, quanto a questo aspetto, riguarda la possibile interpretazione estensiva della previsione del quinto comma, anche all’arbitrato irrituale, atteso che la norma cennata si limita a richiamare il “procedimento arbitrale”, senz’altra specificazione.

La fattispecie, dunque, è quella nella quale la parte, che nella fase cautelare ha ottenuto il provvedimento di accoglimento della propria istanza d’urgenza, abbia, tuttavia, sottoscritto un compromesso per arbitrato libero.

Nel periodo anteriore alla riforma dell’art. 669*quinquies* c.p.c., si riteneva che vi fosse un’impossibile correlazione tra la richiesta di un

---

<sup>102</sup> Si tratta della nota Legge denominata “Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale”. Si veda : N. Soldati, *La legge 5 gennaio 1994, n. 25 e la seconda riforma dell’arbitrato*, in *Il diritto dell’economia*, 1995, III, pp. 685 – 708.

<sup>103</sup> Sul punto, oltre a quanto già richiamato in nota 72, si vedano : F. P. Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Rivista dell’Arbitrato* 1991, pp. 253 e ss. ; L. Salvaneschi, in F. Cipriani – G. Tarzia (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1992, pp. 456 e ss.

provvedimento cautelare ed il giudizio arbitrale, qualora la controversia, nel cui ambito la cautela doveva essere pronunciata, fosse stata oggetto di compromesso in arbitrato irrituale, così che, seppur in costanza di tale scelta, la parte avrebbe dovuto egualmente instaurare tempestivamente il giudizio di merito.

A seguito della riforma, dunque, il problema descritto deve ritenersi superato, così che l'avvio, anch'esso tempestivo, del procedimento arbitrale irrituale, sarà idoneo a salvaguardare la cautela pronunciata ed ovviamente la sua efficacia.<sup>104</sup>

### *2.17) Le vicende anomale. La cognizione incidentale. Il trasferimento dell'azione civile in sede penale*

E' opportuno ripercorrere l'inefficacia del provvedimento cautelare, in relazione alle vicende che possano investire il giudizio di merito, come ad esempio la sua estinzione.

L'art. 669*novies*, del codice di rito civile, infatti, nel suo primo comma, dispone, nella seconda parte, che se il procedimento di merito, successivamente al suo inizio, si estingua, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia.<sup>105</sup>

In pratica, la sanzione dell'inefficacia del provvedimento cautelare rappresenta, in linea di principio, la conseguenza dell'estinzione del processo, che può essere determinata sia dalla inattività delle parti che dalla rinuncia agli atti del giudizio.

È necessario, tuttavia, quanto a questo aspetto, rammentare che il comma ottavo, dell'articolo 669*octies* c.p.c., che abbiamo esaminato poco sopra, prevede che l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia

---

<sup>104</sup> Sulla questione *de qua* si vedano, in aggiunta a quanto già richiamato in nota 72 : G. Canale, *Tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv.trim. di dir. e proc. civ.*, 1997, IV, pp. 941 - 958 ; Id., *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, VI, pp. 1107 - 1109 ; A. Musenga, *Tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1998, IV, II, pp. 753 - 765 ; P. Pernis, *Tutela cautelare - arbitrato irrituale*, in *Studium iuris*, 2000, XII, pp. 1386 - 1387 ; M. G. Canella, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare in un recente provvedimento e dopo la l. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Riv. trim.di dir. e proc. civ.*, 2005, III, pp. 1013 - 1023 ; F. De Santis di Nicola, *Considerazioni retrospettive su arbitrato irrituale e tutela cautelare (a margine del novellato art. 669 quinquies c.p.c.)*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2006, I, pp. 31 - 89.

<sup>105</sup> Su tale aspetto particolare, si vedano : G. Samorì, *Sentenza di convalida, estinzione del giudizio di merito ed inefficacia del sequestro*, in *Riv.trim. di dir. e proc. civ.*, 1984, III, pp. 937 - 944 ; P. Gatto, *Ordinanza di rilascio ed estinzione del giudizio di merito*, in *Giust. civv.*, 1986, IX, pp. 365 - 370 ; G. Travaglino, *Sequestro ed estinzione del giudizio di merito*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, II, pp. 167 - 172. Sull'estinzione del processo ed i suoi effetti, in generale, si vedano, tra i molti : L. Bianchi d'Espinosa - A. Baldi, *Estinzione del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 916 - 941 ; S. Satta, *Estinzione del processo e decadenza*, in *Temi*, 1970, I, pp. 18 - 21 ; V. Andrioli, *Estinzione misteriosa e interruzione sotterranea del processo civile*, in *Foro it.*, 1976,VI, pp. 1457 - 1460 ; R. Oriani, *Estinzione del processo e interruzione della prescrizione*, in *Foro italiano*, 1980, V, pp. 1364 - 1365 ; P. Sandulli, *In tema di estinzione del processo*, in *Giur. it.*, 1980, VII, I, pp. 1169 - 1172 ; G. Balena, *Su un progetto di riforma dell' estinzione del processo civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1982, II, pp. 614 - 617 ; A. Saletti., *Estinzione del processo: I - Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, pp. 8 e ss.

dei provvedimenti richiamati al sesto comma della norma cennata, anche quando la relativa domanda sia stata proposta in corso di causa.

Ciò significa che la disciplina che regola l'estinzione del giudizio di merito, quale causa d'inefficacia, non si applica ai provvedimenti cautelari di natura anticipatoria, anche nel caso in cui questi provvedimenti siano stati concessi in corso di causa, e quest'ultima si sia estinta.

Riportando l'analisi alla fattispecie dell'estinzione del giudizio di merito, ci pare che una riflessione sia opportuna, per ciò che attiene alla fattispecie disciplinata dall'articolo 306, del codice di rito civile, ovvero la rinuncia agli atti del giudizio<sup>106</sup>.

Come noto, questo istituto determina l'estinzione del processo, a condizione che la rinuncia sia accettata dalle parti costituite, che potrebbero avere interesse alla prosecuzione del giudizio e non è efficace se contiene riserve o condizioni.

Atteso che la dottrina, in linea generale, ritiene che la rinuncia agli atti del giudizio rappresenti una sorta di abbandono del diritto ad ottenere una decisione, con la conseguenza che al giudice è sottratto il potere di pronunciarla, ci si è chiesti se, in virtù della qualificazione giuridica dell'istituto, alla stregua di negozio giuridico di natura bilaterale, fosse possibile mantenere l'efficacia della misura cautelare, a seguito dell'accordo delle parti.<sup>107</sup>

Ci sembra che tale soluzione sia da condividere, non solo sulla base della già più volte richiamata considerazione del nesso di strumentalità, che lega le tutele, di merito e cautelare ma anche sulla scorta della considerazione che privilegia la volontà delle parti e le conseguenze che tale volontà può dispiegare sul processo, attesa la natura dei diritti dei quali le parti possono disporre.<sup>108</sup>

Per quanto concerne i rapporti tra il procedimento per la declaratoria della inefficacia del provvedimento cautelare ed il giudizio di merito, è opportuno sottolineare come, dalle fattispecie contemplate dal primo comma dell'art.669**novies** cennato, consegue un giudizio specifico, proprio diretto alla cennata declaratoria d'inefficacia del provvedimento cautelare.

Il secondo comma, infatti, prevede che in entrambi i casi - ovvero nel caso di intempestiva proposizione del giudizio di merito o nel caso di estinzione di tale giudizio - il giudice che ha pronunciato la cautela, su ricorso della parte interessata, in contraddittorio con le parti, dichiara, in assenza di contestazione, con ordinanza avente efficacia esecutiva, che il provvedimento cautelare è divenuto inefficace e dispone per il ripristino della situazione precedente alla cautela.

Nel caso di contestazione, l'ufficio giudiziario, al quale appartiene il giudice che ha pronunciato il provvedimento cautelare, decide con sentenza

---

<sup>106</sup> Sull'istituto si vedano : R. Vaccarella, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 960 - 984 ; M. Alessandrini, *La rinuncia agli atti del giudizio: una breve indagine*, in *P.Q.M.*, 2007, II, II, pp. 80 - 87.

<sup>107</sup> Su tale aspetto, si vedano : E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, pp. 201 e ss. ; L. P. Comoglio - C. Ferri - M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2005, pp. 636 e ss. ; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, 20<sup>a</sup> ed., Torino, 2009, pp. 376 e ss.

<sup>108</sup> Si vedano : C. Cecchella, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, pp. 117 e ss. ; E. Merlin, in G. Tarzia (a cura di) *Il processo cautelare*, 2ed., Padova, 2004, pp. 307 e ss.

provvisoriamente esecutiva, restando salva purtuttavia, la possibilità di pronunciare, in corso di causa, i provvedimenti di revoca e modifica della cautela.

In dottrina ed in giurisprudenza si è posto, dunque, un problema che concerne, sostanzialmente, l'accertamento incidentale dell'estinzione del giudizio di merito, in assenza di una sua formale declaratoria.

In effetti, il giudice, al quale sia formulata la richiesta di declaratoria d'inefficacia, potrebbe dover conoscere in via incidentale dell'intervenuta estinzione, anche in difetto di una formale pronuncia di estinzione del giudizio di merito, nell'ipotesi in cui, ad esempio, il giudice del provvedimento cautelare sia diverso dal giudice del merito.

Sotto altro angolo visuale, seguendosi una posizione maggiormente restrittiva, si ritiene, al contrario, che il giudice che debba dichiarare l'inefficacia della cautela, sia tenuto a sospendere il giudizio, in attesa della formale decisione sull'estinzione.

E' di tutta evidenza che la prima soluzione appare quella preferibile, consentendosi al giudice della inefficacia di conoscere *incidenter* la questione relativa all'estinzione, ove ovviamente sia oggetto di contestazione.<sup>109</sup>

Restando nell'ambito dell'evento anomalo, rappresentato dall'estinzione del giudizio di merito e dalle sue ricadute sulla cautela pronunciata, è opportuno soffermare l'attenzione sui rapporti tra l'efficacia cautelare ed il passaggio dell'azione civile nel giudizio penale, sulla scorta della regolamentazione più generale dei rapporti tra azione civile e azione penale, disciplinati dall'art. 75 del codice di rito penale.

Quest'ultima previsione, infatti, nel suo secondo comma, dispone che l'esercizio del trasferimento dell'azione civile nel processo penale comporta la rinuncia agli atti del giudizio civile, con conseguente sua estinzione.

Il problema è di comprendere se, a seguito del cennato trasferimento, vengano meno i provvedimenti cautelari, ovviamente di natura conservativa.

Come sempre, la soluzione, prima di essere ricercata attraverso l'interpretazione letterale della norma, deve riflettere, secondo la nostra opinione, l'applicazione concreta della *ratio* che la regola contiene in sé.

Orbene, se il cennato trasferimento non rappresenta una cesura completa dell'azione civile rispetto al successivo ambito penale, per ciò che attiene alla volontà dell'avente diritto di ottenere la richiesta tutela, modificandone unicamente l'ambito processuale di riferimento, è di tutta evidenza che si tratti della stessa azione e che la conseguente estinzione rappresenta la necessaria conseguenza procedimentale in linea con l'autonomia del giudizio penale, da un lato e, dall'altro, con la necessità di evitarne l'uso strumentale, in pregiudizio dei sistemi di impugnazione delle decisioni giurisdizionali pronunciate in altra sede.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Sulla questione si vedano : G. Olivieri, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1991 fasc. 3, pp. 688 - 738 ; C. Cecchella, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, pp. 119 e ss. ; S. De Matteis, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, pp. 493 e ss. ; L. Guaglione, *Il processo cautelare*, Napoli, pp. 180 e ss.

<sup>110</sup> Si veda, in particolare : A. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, pp. 165 e ss.

Infatti, non è prevista l'accettazione delle parti costituite ed anzi se ne ritiene la pronuncia anche d'ufficio.<sup>111</sup>

Per tale motivo, non si intende quale necessità vi sia nel considerare caducata la misura cautelare correlata ad una azione civile che si limita a trasferirsi in altro e diverso ambito processuale.

Oltre a quanto abbiamo sopra descritto, vi sono, nondimeno, argomenti letterali che ci confortano nel privilegiare tale conclusione.

L'art. 669*quater* c.p.c., che reca la rubrica "Competenza in corso di causa", nel suo ultimo comma prevede, infatti, che la disciplina contenuta nel terzo comma dell'art.669*ter*, che regola la competenza della domanda cautelare anteriore alla causa, nel caso in cui il giudice italiano non sia competente a conoscere della causa di merito, si applichi anche nel caso in cui l'azione civile sia stata esercitata o trasferita nel processo penale.

Ancor più rilevante appare l'ulteriore previsione, contenuta nell'art.669*decies*, il quale, nell'ultimo comma, delinea in capo al giudice che ha promulgato il provvedimento cautelare, i poteri di revoca e di modifica della cautela, ancorché l'azione civile sia stata esercitata o trasferita nel processo penale.

Del resto, come si è visto, lo stesso art.75, del codice di procedura penale sopra richiamato, prevede che il giudice penale provveda anche sulle spese del procedimento civile, con ciò confermandosi quanto da noi sostenuto, ovvero che il trasferimento dell'azione civile in sede penale rappresenta, sostanzialmente, la continuazione del giudizio civile in sede penale.

---

<sup>111</sup> Si vedano : A. Ghiara, *Art. 75*, in M. Chiavario, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Torino, 1989, pp. 367 e ss. ; A. Chiliberti *cit.*, pp. 165 e ss. ; G. Tranchina, in D. Siracusano -A. A. Dalia - A. Galati - G. Tranchina - E. Zappalà, *Manuale di diritto processuale penale*, I, Milano, 1990, pp. 185 e ss.

## 2.18) Altre vicende dell'inefficacia. Mancato versamento della cauzione

Benché, come abbiamo visto, all'articolo 669<sup>novies</sup> del codice di rito civile è affidata alla disciplina della inefficacia del provvedimento cautelare, vi sono ipotesi che, apparentemente non ricomprese nella norma cennata, tuttavia possono determinare l'inefficacia del provvedimento cautelare od averne influenza.

Si tratta delle fattispecie diverse dalla estinzione del giudizio di merito e che, tuttavia, dovrebbero determinare egualmente l'inefficacia della cautela.

Si prenda il caso nel quale la sentenza, pronunciata all'interno del giudizio di merito, definisca il giudizio stesso risolvendo delle questioni di natura processuale che, evidentemente, hanno carattere assorbente della controversia.

In tale ipotesi si ritiene che si debba dichiarare l'inefficacia della cautela pronunciata con riguardo all'oggetto del giudizio di merito.

Peraltro, quanto a questo aspetto, la dottrina ha introdotto una distinzione, ritenendo che tale conseguenza, ovvero quella della inefficacia del provvedimento cautelare, non si verificherebbe nell'ipotesi di **sentenze in rito**, le quali non fossero caratterizzate dalla natura impediente ed assorbente e che consentissero, a determinate condizioni, la prosecuzione del giudizio di merito.

Si tratterebbe di ipotesi nelle quali la parte può sanare il vizio di natura processuale, così che non venendone coinvolto il giudizio di merito, ma potendo quest'ultimo proseguire, non si determinerebbe la necessità e nemmeno l'opportunità di farne discendere l'inefficacia della misura cautelare.

Si potrebbe, ad esempio, richiamare la fattispecie della decisione dichiarativa dell'incompetenza del giudice adito od anche della continenza e della connessione.

In realtà, pur trattandosi di situazioni processuali non previste dalla norma che, come abbiamo detto, disciplina l'inefficacia della cautela, rappresentano, a nostro modo di intendere, l'applicazione concreta del rapporto di strumentalità, che intercorre tra la cautela ed il giudizio di merito successivamente instaurato, il che necessariamente spinge a riprendere le considerazioni svolte in precedenza tra le cautele a strumentalità attenuata e quelle di natura conservativa, con le relative rilevanti distinzioni.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Si vedano, al proposito : A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XXIV, Roma 1991, pp. 23 e ss. ; C. Consolo, in Claudio Consolo - Francesco Paolo Luiso - Bruno Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, pp. 664 e ss. ; P. Recussi, *L'inefficacia del provvedimento cautelare in rapporto alla definizione in rito del processo di merito ed alla natura sostitutiva del reclamo*, in *Giur. merito*, 1998, II, I, pp. 240 - 246 ; F. Marelli, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv.dir.proc.*, 1999, III, pp. 761 - 795 ; E. Merlin, in G. Tarzia (a cura di) *Il processo cautelare cit.*, pp. 320 e ss. ; R. Giordano, *Pronuncia declinatoria della giurisdizione ed efficacia dei provvedimenti cautelari*, in *Giur. merito*, 2012, IX, pp. 1827 - 1837 ; A. Scarpa - R. Giordano, *op.cit.*, pp. 145 - 146.

La norma cennata introduce, nel suo terzo comma, prima parte, l'ulteriore causa di inefficacia della cautela, rappresentata dal mancato versamento della cauzione, disciplinata dall'art.669undecies c.p.c., norma appunto dedicata all'istituto della cauzione.

Si tratta di una previsione introdotta dal legislatore con la riforma del 1990, prevedendo il potere, in capo al giudice, di disporre, in uno con la pronuncia di accoglimento o di conferma o di modifica della cautela, il versamento di una cauzione, nell'ipotesi di un'eventuale risarcimento dei danni.<sup>113</sup>

Mette conto porre in rilievo, nondimeno, che la natura della cauzione è assai particolare, atteso che, da un lato, essa potrebbe essere intesa quale istituto rafforzativo dell'accertamento delle condizioni per la pronuncia della cautela, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora* e, dall'altro, in forma del tutto speculare, quale riequilibrio, seppur solo eventuale, delle posizioni delle parti, con riguardo a quella della parte cautelata.

Alla luce delle considerazioni svolte circa il processo deformatizzato, ci pare che la cauzione debba essere vista alla stregua di una modalità di bilanciamento degli interessi delle parti, non disgiunta da un potenziale intento compositivo della controversia stessa.

Dunque, con il mancato versamento della cauzione nella fase di concessione della cautela, ove ne funga da condizione sospensiva ed anche nelle fasi di revoca o modifica, si determina il venir meno del provvedimento cautelare e la sua efficacia.

### 2.19) La declaratoria di inesistenza del diritto cautelato

I rapporti tra il giudizio di merito e la cautela si specificano ulteriormente, all'interno della norma contenuta nell'art. 669novies, nell'ipotesi, disciplinata dal terzo comma, in cui sia dichiarata, con sentenza anche non passata in giudicato, l'inesistenza del diritto, a cautela del quale il provvedimento era stato concesso, così che il cennato provvedimento cautelare perde efficacia.

Si tratta di una conseguenza logica, a nostro avviso, della relazione che intercorre tra la cognizione piena ed il relativo accertamento, da un lato e, dall'altro, il provvedimento pronunciato con cognizione sommaria.<sup>114</sup>

Tuttavia, tale inefficacia, che opera semplicemente con la pronuncia della sentenza, senza che vi sia bisogno di ottenerne il passaggio in giudicato, riguarda l'inesistenza del diritto oggetto di cautela, come visto ed, a nostro sommo avviso, non rappresenta una sorta di *revisio* circa l'esistenza delle condizioni per la pronuncia della cautela, ovvero il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, quanto semmai l'accertamento che quel diritto non

---

<sup>113</sup> Si vedano : L. Salvaneschi, *La domanda cit.*, pp. 294 e ss. ; P. Pototsching, *Commento all'art.669undecies*, in G. Tarzia – F. Cipriani (a cura di) *provvedimenti urgenti per il processo civile. L. 26.11.1990, n. 353, come modificata dalla l. 21.11.1991, n. 374, Commentario*, Padova, 1992, pp. 384 e ss. ; B. Ghittoni, *Sulla natura del termine per la prestazione della cauzione ex art. 669-undecies c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2002, III, I, pp. 748 – 749 C. Belfiore, *Sulla inefficacia del provvedimento cautelare per mancata prestazione della cauzione*, in *Giur. merito*, 2003, IV, I, pp. 685 – 687.

<sup>114</sup> Si tratta della posizione di A. Proto Pisani, *Procedimenti cit.*, pag. 23.

esiste e, tale essendo la situazione, non vi sarebbe ragione alcuna per mantenere l'efficacia del provvedimento cautelare pronunciato.

L'accertamento della inesistenza del diritto cautelato, dunque, rappresenta una causa di inefficacia del provvedimento cautelare, rispetto alla quale, oltretutto, non pare avere alcun rilievo la distinzione, che per altre fattispecie abbiamo richiamata, tra provvedimento cautelare a strumentalità attenuata e provvedimento di natura prettamente conservativa.

L'accertamento dell'inesistenza, ancorché con sentenza passata in giudicato, riguarda il merito della controversia in sé e non tanto l'esistenza delle ragioni per la pronuncia della cautela.

È opportuno porre in rilievo come l'accertamento dell'inesistenza del diritto, dispieghi i suoi effetti sul provvedimento cautelare anche nella fattispecie disciplinata dal quarto comma, numero 2) laddove si prevede che, in costanza della giurisdizione in capo ad un giudice straniero o nell'ipotesi di devoluzione della controversia ad arbitrato, siano la sentenza od il lodo ad accertare tale particolare situazione.

Correlata alle questioni che si sono viste, è evidentemente quella rappresentata dalla sentenza che abbia accolto solo parzialmente la domanda, così che si pone il problema del riflesso, che tale sentenza di parziale accoglimento possa dispiegare, sul provvedimento cautelare.

La soluzione a questo problema non appare agevole, ancorché sarebbe opportuno identificare una interpretazione, nell'apparente silenzio della norma, che sia maggiormente in linea con il principio generale che la norma esaminata introduce, con riguardo alla inesistenza del diritto cautelato.

Per quanto sembrerebbe maggiormente condivisibile la posizione di coloro che ritengono opportuno, in tali casi, riconoscere al giudice della sentenza di merito, il potere di disporre, con la stessa sentenza, le eventuali modifiche del provvedimento cautelare, in relazione alla sentenza stessa, pare, allo stesso modo, non priva di ragioni, la soluzione che, a fronte della sentenza di parziale accoglimento, ritiene che non si determinino conseguenze sul provvedimento cautelare che, quindi, non subisce alcun effetto, residuando al soggetto cautelato la possibilità, proprio sulla scorta della sentenza di merito, di chiedere la modifica della cautela.<sup>115</sup>

Quanto appena esaminato, ci consente di affrontare una successiva questione, di natura eminentemente interpretativa, atteso il silenzio della norma, in merito alla eventuale conservazione della misura cautelare, successivamente alla pronuncia della sentenza di merito, che accerti l'esistenza del diritto assoggettato alla cautela.

Ovviamente, la soluzione di tale problema appare consequenziale alla domanda, che ci si deve porre, sull'esistenza di un interesse concreto ed attuale, per la parte titolare del diritto accertato, alla permanenza dell'efficacia della cautela.

In altre parole, è opportuno verificare se persista la necessità di contrastare il *periculum in mora*, pur dopo la sentenza di merito.

---

<sup>115</sup> Si vedano : C. Consolo, *op.ult.cit.*, pp. 668 e ss. ; C. Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme cit.*, pp. 372 e ss. ; S. De Matteis, *La riforma del processo cautelare cit.*, pp. 510 ; A. Scarpa - R. Giordano, *op.cit.*, pag. 153.

Ci sembra che, da un lato, sia risolutiva la disciplina della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, ex art. 282 c.p.c.<sup>116</sup>

Sulla scorta di tale previsione, infatti, non vi sarebbe alcun problema nel caso delle sentenze di condanna, alle quali è pacificamente applicabile la norma richiamata, mentre si renderebbe necessaria la sopravvivenza della cautela, nelle ipotesi di sentenze di natura costitutiva o di mero accertamento, relativamente alle quali non si determinerebbe la provvisoria esecutorietà, la quale unicamente diverrebbe esecutorietà definitiva, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza.<sup>117</sup>

Diremmo, dunque, che il criterio al quale riferirci, per risolvere la questione della sopravvivenza dell'efficacia della cautela, nelle fattispecie *de quibus*, va risolto proprio con riguardo all'interesse concreto della parte ed al pregiudizio potenziale che quest'ultima potrebbe subire.

Allo stesso modo, si potrebbe risolvere il caso, opposto a quello che stiamo esaminando, rappresentato dal provvedimento di sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza, da parte del giudice dell'impugnazione, in applicazione del disposto di cui all'art. 283 del codice di rito civile.

In tal caso, infatti, il pregiudizio determinato dalla sospensione dell'esecutorietà della decisione di primo grado, necessariamente consente di ritenere incontestabile la sopravvivenza della cautela.<sup>118</sup>

## 2.20) La declaratoria di inefficacia

Il secondo comma dell'art. 669novies c.p.c. dispone che, nei casi in cui il provvedimento cautelare perda la sua efficacia "il giudice, che ha emesso il

---

<sup>116</sup> Sull'istituto della provvisoria esecutorietà della sentenza, si vedano : F. Lancellotti, *Esecuzione provvisoria*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 794 e ss. ; G. De Stefano, *Esecuzione provvisoria della sentenza*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 511 - 524 ; F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979 ; G. Monteleone, *Esecuzione provvisoria*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1991, pp.641 - 657 ; R. Vaccarella, *Il processo civile dopo la riforma*, Torino, 1992, pp. 279 e ss. ; G. Impagnatiello, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992, I, pp. 47 - 90 ; C. Ferri, *In tema di esecutorietà della sentenza e inhibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, II, pp. 558 - 568 ; G. Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, pp. 327 e ss. ; L. P. Comoglio, in M. Taruffo (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 1993, pp. 363 - 366; Id., *L'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado*, in M. Taruffo ( a cura di ) *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2000, pp.339 e ss. ; P. Fadel, *Due questioni in tema di provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado*, in *Giur. it.*, 1994, VIII - IX, I, pp. 835 - 844 ; M. Robles, *L'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado e i suoi limiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, III, II, pp. 307 - 346; L. Barberio, *Osservazioni sulla provvisoria esecutorietà*, in *Foro padano*, 2003, III - IV, I, pp. 643 - 646.

<sup>117</sup> Su tale aspetto, si vedano : G. Impagnatiello, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992, I, pp. 47 - 90 ; Id., *Sentenze costitutive, condanne accessorie e provvisoria esecutorietà*, in *Riv.trim. di dir. e proc.civ.*, 2005, III, pp. 751 - 783 ; L. Zaffaroni, *La provvisoria esecutorietà dei capi condannatori delle sentenze costitutive di primo grado*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, V, I, pp. 649 - 655 ; F. Bossi, *La provvisoria esecutività delle pronunce costitutive di mero accertamento: un obiettivo o un mito da sfatare?*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, VI, I, pp. 552 - 558.

<sup>118</sup> Di diverso avviso S. Recchioni, *I procedimenti sommari e speciali, II. Procedimenti cautelari*, in S. Chiarloni - C. Consolo ( a cura di ), *I procedimenti sommari e speciali*, Torino, 2005, pp. 647 e ss.

provvedimento, su ricorso della parte interessata, convocate le parti con decreto in calce al ricorso, dichiara, se non c'è contestazione, con ordinanza avente efficacia esecutiva, che il provvedimento è divenuto inefficace e dà le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente. In caso di contestazione l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare decide con sentenza provvisoriamente esecutiva, salva la possibilità di emanare in corso di causa i provvedimenti di cui all'articolo 669*decies*".

La lettera della norma, contenuta nel primo comma dell'articolo cennato, per la verità, potrebbe suggerire che la perdita di efficacia della cautela si verifichi in via automatica, ovvero senza la necessità di una pronuncia dichiarativa.

Infatti, il primo comma letteralmente prevede che "il provvedimento cautelare perde la sua efficacia" al verificarsi delle cause descritte dalla norma stessa.

Qualora, dunque, si ritenesse di condividere la tesi della caducazione automatica, da un lato, si renderebbe necessario ritenere che l'inefficacia potrebbe essere eccepita comunque in via incidentale e, dall'altro, che il procedimento di cui al comma secondo, dispieghi i suoi effetti, laddove promosso, a partire dall'evento della caducazione, ovvero in via retroattiva.<sup>119</sup>

Per ciò che attiene al concreto procedimento, inoltre, si pone il problema di chiarire, sulla scorta del richiamo effettuato nella norma, al "giudice che ha emesso il provvedimento cautelare", se il ricorso per la declaratoria d'inefficacia vada proposto avanti all'ufficio al quale appartiene quest'ultimo o non, piuttosto, al giudice soggettivamente identificato dalla pronuncia.

La soluzione maggiormente in linea con la disciplina *de qua* ci pare quella di considerare l'endiadi diretta ad individuare il giudice della declaratoria di inefficacia con quello che ha pronunciato il provvedimento cautelare, atteso che la stessa norma, per il caso della contestazione, prevede che sia l'ufficio giudiziario, al quale appartiene il giudice che ha pronunciato il provvedimento, a decidere con sentenza.<sup>120</sup>

Altro aspetto rilevante di tale procedimento, riguarda l'individuazione del giudice competente alla declaratoria di inefficacia della cautela, nel caso di reclamo.

Infatti, nell'ipotesi in cui il primo giudice abbia rigettato l'istanza di cautela e quest'ultima sia stata pronunciata proprio in sede di reclamo, è di tutta evidenza che il giudice "che ha emesso il provvedimento" debba essere individuato nel giudice del reclamo.

Allo stesso modo, peraltro, si dovrà opinare, nell'ipotesi in cui il provvedimento, del quale si richiede la declaratoria di inefficacia, sia stato modificato o revocato nella cennata fase di reclamo.

---

<sup>119</sup> Seguono questa tesi A. Scarpa – R. Giordano, *op.cit.*, pag. 156.

<sup>120</sup> Si vedano : B. Sassani, in Claudio Consolo - Francesco Paolo Luiso - Bruno Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile cit.*, pp. 658 e ss. ; E. Merlin, *procedimenti cautelari ed urgenti cit.*, pp. 399 e ss.

Riteniamo, infatti, che anche in questa ipotesi il giudice competente per la declaratoria sia il giudice del reclamo, al quale è devoluta comunque l'intera cognizione.

Per quanto attiene al procedimento, il secondo comma della norma cennata disciplina due ipotesi: la prima è quella nella quale non vi è contestazione ed, in tal caso, il giudizio si conclude con la pronuncia di una ordinanza, di natura immediatamente esecutiva. Ci si è posto il quesito relativo alla possibilità di proporre eventuale impugnazione avverso l'ordinanza *de qua*. Ciò che appare discriminante, in effetti, è l'assenza della contestazione, così che potrebbe apparire, tale provvedimento, la conseguenza di una sorta di volontà comune espressa dalle parti.<sup>121</sup>

Tale volontà comune sembrerebbe, appunto, rendere sostanzialmente inoppugnabile l'ordinanza di inefficacia del provvedimento cautelare.

Riteniamo che sia, al contrario, comunque da ritenere esperibile il reclamo, avverso la declaratoria, atteso che il relativo provvedimento, ancorché pronunciato in assenza di contestazione, ben potrebbe essere viziato da errori né si può attribuire alla mancata contestazione altro e diverso significato.

Tale previsione astratta, del potere di proporre reclamo, appare maggiormente logica e, soprattutto, in linea con alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità.<sup>122</sup>

Dunque, il procedimento per la declaratoria d'inefficacia della cautela in assenza di contestazioni, appare caratterizzato da un'evidente semplificazione delle forme rituali, atteso che il giudice, fissata l'udienza di comparizione avanti a sé, diretta all'instaurazione del contraddittorio – non potendosi consentire una pronuncia *inaudita altera parte* – potrà procedere speditamente, non palesandosi necessarie memorie od atti di parte che, proprio in virtù della non contestazione, nulla apporterebbero di nuovo a quanto già in precedenza trattato dalle parti stesse.

Il provvedimento conclusivo è rappresentato da un'ordinanza, caratterizzata dall'esecutività immediata ed ovviamente, come detto, reclamabile.

La seconda ipotesi, al contrario, prevede che siano mosse contestazioni avverso la richiesta di declaratoria d'inefficacia del provvedimento cautelare, ovviamente provenienti dalla parte che si è giovata della cautela.

In tal caso, come si è visto, l'ufficio giudiziario, al quale appartiene il giudice che ha pronunciato la cautela, decide con sentenza provvisoriamente esecutiva.

E' di tutta evidenza che il riferimento alla sentenza ed alla "causa", contenuti nel secondo comma dell'art. 669 *novies* c.p.c., consentono di ritenere che la contestazione imponga la celebrazione di un giudizio a cognizione piena, all'interno del quale verificare la fondatezza delle argomentazioni e delle istanze di entrambe le parti.

---

<sup>121</sup> Si veda : G. Arieta, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, II, pp. 408 – 451, sp. 432.

<sup>122</sup> Si veda, al proposito : Cass., 12 Maggio 1997, n. 4113, in *Foro it.*, 1998, V, I, con nota di G. Balena, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, V, I, pp. 1541 – 1564.

Attesa, dunque, la diversa struttura del procedimento, nel caso di contestazione sollevata dalla parte che si è giovata del provvedimento, del quale si invoca l'inefficacia, ci si deve porre il quesito ulteriore circa la natura di tale contestazione e, soprattutto, quale significato debba attribuirsi alla **contumacia** della parte astrattamente titolata a contestare la fondatezza della in efficacia.

Ci pare opportuno, quanto a questo aspetto, sgomberare il campo dalla possibilità di attribuire alla contumacia, nell'ipotesi *de qua*, l'identico valore da attribuirsi alla mancata contestazione, atteso che, pur in costanza del rispetto del principio del contraddittorio, il giudice non potrà valutare quella condotta processuale alla stregua di condizione sufficiente a semplificare la cognizione del procedimento e pronunciare l'inefficacia della cautela, poiché è evidente la differenza di chi si costituisce ritualmente in giudizio e non formula alcuna contestazione, da un lato, da chi, pur ritualmente convenuto, non si costituisca affatto.

I principi generali in tema di contumacia, infatti, ci suggeriscono di considerare, in tal caso, necessaria una cognizione completa che potrebbe, in astratto, condurre anche ad una decisione di rigetto, in ordine alla inefficacia della cautela.<sup>123</sup>

Riteniamo, per completezza, di porre l'attenzione sulla natura della contestazione, atteso che in Dottrina ci si è posti il quesito in ordine alla fondatezza della contestazione, la quale ultima, comunque e quindi anche se *ictu oculi* priva di fondamento, potrebbe determinare una cognizione completa e la conseguente pronuncia di una sentenza.

Poiché un'eventuale delibazione *ex ante*, relativamente alla fondatezza della contestazione ne integrerebbe, in realtà, la concreta e completa cognizione, riteniamo che non vi sia spazio per una verifica preliminare della fondatezza della contestazione, diretta alla scelta del rito, in tal caso dovendosi comunque dare corso al giudizio a cognizione ordinaria.<sup>124</sup>

Come detto, dunque, la formulazione della contestazione, in merito alla declaratoria di inefficacia della cautela, dovrebbe comportare sostanzialmente la modificazione del rito utilizzabile, passando dal rito sommario a quello ordinario di cognizione, conclusione questa che, come abbiamo visto, discende dalla lettera della norma che richiama proprio la sentenza.

Sebbene la conclusione cennata appare coerente con il riferimento alla forma del provvedimento, che conclude il procedimento, tuttavia riterremo più appropriata una interpretazione diversa dell'impianto normativo descritto dall'articolo 669*novies*, atteso che l'ambito più

---

<sup>123</sup> Sulla contestazione e sulla "non" contestazione, si vedano, tra gli altri : A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995 ; A. Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, pp. 76 - 96 ; M. Mocchi, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, II, pp. 316 - 332 ; L. P. Comoglio, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, IV-V, pp. 1045 - 1059. Sulla contumacia si rimanda alla nota 39. Sulla questione specifica si veda : A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari cit.*, pp. 25 e ss.

<sup>124</sup> Si vedano : A. Scarpa - R. Giordano, *op.ult.cit.*, pp. 163 - 164 ; M. Curti, *Sulla procedura per la declaratoria di inefficacia del provvedimento cautelare*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2000, III, I, pp. 330 - 333.

generale, all'interno del quale si trova disciplinato il procedimento di declaratoria della inefficacia della cautela, è caratterizzato da esigenze di celerità, tipiche dei provvedimenti cautelari.

Per tale motivo, pur potendosi concordare con l'adozione delle forme della cognizione ordinaria, il procedimento, conseguente alla contestazione, dovrebbe comunque essere improntato ad una sommarietà per semplificazione, quale quella che caratterizza il giudizio sommario di cognizione, che riteniamo, in generale, maggiormente adatto alla risoluzione della contestazione.

### 2.21) *Le disposizioni di ripristino*

La norma contenuta nel secondo comma dell'art. 660<sup>novies</sup> c.p.c. disciplina i "provvedimenti di ripristino", ovvero le disposizioni con le quali il giudice, accertata l'inefficacia della cautela, indica le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente, rispetto alla pronuncia della misura cautelare.

Quanto a questo aspetto, parrebbe opportuno richiamare la distinzione, altre volte effettuata, tra misure cautelari di natura anticipatoria e misure cautelari di carattere conservativo.

E' di tutta evidenza, infatti, che le disposizioni di ripristino si atteggiino in modo diverso, a misura che diversa sia la natura del provvedimento cautelare dichiarato inefficace.

Oltre a ciò, l'effettività dei provvedimenti di ripristino è limitata e compressa dall'oggettiva irreversibilità della situazione di fatto, sulla quale ha inciso il provvedimento cautelare dichiarato inefficace.

Né si può negare che la cennata irreversibilità sia la conseguenza di situazioni di carattere eminentemente giuridico.<sup>125</sup>

Generalmente si ritiene che il provvedimento di ripristino si debba attuare concretamente, utilizzando le forme del giudizio di **esecuzione forzata**, alla sua base essendovi il titolo rappresentato, come si è visto, dalla sentenza o dall'ordinanza, che chiudono il procedimento di declaratoria di inefficacia della cautela.

Resta da dire in merito alle conseguenze di tale declaratoria, nelle fattispecie nelle quali l'inefficacia ed il relativo ripristino possano considerarsi quali conseguenze della proposizione temeraria della domanda di cautela.

Come è noto, la disciplina è quella contenuta nell'art. 96 del codice di rito civile, intitolato alla responsabilità aggravata ed, in particolare e con riguardo alle cautele, nel suo secondo comma, laddove si prevede che il giudice che accerti l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, su istanza della parte danneggiata, condanna al

---

<sup>125</sup> Interessante, al proposito, la seguente pronuncia della Suprema Corte, richiamata da A. Scarpa - R. Giordano, *op.ult.cit.*, pag.169, con riguardo ad un contratto di locazione : Cass. civ. Sez. III, 21/06/2002, n. 9054, in *Foro it.*, 2002, I, 3004 ed anche in *Mass. Giur. it.*, 2002 ed in *Diritto e Giustizia*, 2002, 31 ed in *Arch. Civ.*, 2003, 445 e *Rass. Locaz. Condom.*, 2003, pp. 230 e ss.

risarcimento dei danni il ricorrente, che ha agito senza la normale prudenza.<sup>126</sup>

La dottrina, in relazione a tale problema, si è divisa circa l'individuazione del giudice che debba conoscere della domanda risarcitoria.

Ci pare che la risposta sia quella che considera competente per tale domanda il giudice a sua volta competente per la declaratoria di inefficacia, atteso che non si vedono ragioni per preferire altri giudici e ciò in ossequio all'economia dei giudizi ed alla preferibile unitarietà della cognizione delle controversie, la cui risoluzione dipenda da identiche questioni.<sup>127</sup>

## 2.22) La revoca e la modifica nel procedimento di inefficacia

In relazione al procedimento per la declaratoria di inefficacia della cautela, è opportuno richiamare quanto previsto e disciplinato nel secondo comma, ultima parte, dell'articolo 669*novies* cennato.

La lettera della norma, infatti, come si è visto, prevede che in caso di contestazione, l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha pronunciato il provvedimento cautelare, del quale si chiede la declaratoria di inefficacia, decide con sentenza provvisoriamente esecutiva, salva la possibilità di pronunciare, in corso di causa, i provvedimenti di cui all'articolo 669*decies* c.p.c., che, come è noto, disciplina la revoca e la modifica – che vedremo – del provvedimento cautelare.

Si tratta della previsione del potere, in capo al giudice dell'inefficacia, di disporre la revoca della cautela e ciò, ovviamente, sulla scorta dell'analisi della domanda di inefficacia, benché appaia comunque necessario che siano stati allegati mutamenti nelle circostanze, che consentano la pronuncia di revoca.

Il riferimento a tale potere, tuttavia, per come è strutturato all'interno della disposizione, contenuta nell'art. 669*novies*, integra, a nostro giudizio, una particolare figura di revoca in corso di giudizio, atteso che l'oggetto del procedimento, determinato dalla contestazione, come si è visto, presuppone una forma di cognizione piena e completa, ancorché del tipo

---

<sup>126</sup> Sull'argomento, in generale e con riguardo alla domanda cautelare, si vedano : C. Calvosa, *La condanna al risarcimento danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. di dir. e proc.civ.*, 1954, pp. 378 e ss. ; F. Cordopatri, *Responsabilità processuale aggravata*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, pp. 1482 – 1483 ; G. Bongiorno, *Responsabilità aggravata*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, pp. 5 ss. ; M. P. Gasperini, *Domanda cautelare e responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, III, pp. 885 – 918 ; A. Salvati, *La responsabilità processuale aggravata*, in *Studium iuris*, 2005, I, pp. 87 – 89 ; L. Pucci, *La responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.: una responsabilità aquiliana in difesa dal processo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, XII, pp. 1916 – 1922 ; E. Germinara, *Tutela cautelare ante causam e condanna del ricorrente per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 2, cod. proc. civ.*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2007, II, pp. 540 – 554 ; V. Febbraro, *Responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. Onere della prova*, in *Giudice di pace*, 2009, III, pp. 235 – 236 ; R. Giordano, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, II, pp. 434 – 438 ; M. Lupano, *La "nuova" responsabilità aggravata*, in *Giur. it.*, 2011, I, pp. 234 – 237 ; M. F. Ghirga, *Giudizio cautelare e responsabilità aggravata*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, VI, pp. 1515 – 1525.

<sup>127</sup> Si vedano, sul punto : G. Verde – L.F. Di Nanni, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, pp. 267 e ss. ; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari cit.*, pag. 78.

semplificato, così necessariamente dovendosi consentire al giudice, proprio alla luce delle contestazioni e delle difese delle parti, di revocare comunque la cautela, prima della pronuncia della decisione, laddove risultino evidenti i mutamenti nelle circostanze, che avevano condotto alla pronuncia della cautela stessa.

Una delle questioni più interessanti, al proposito, è quella relativa alla possibilità per la parte convenuta, di reiterare l'istanza di cautela, proprio a seguito della revoca in corso di causa od anche comunque a seguito di contestazione formativa del procedimento.

Si tratterebbe di riconoscere alla parte convenuta, in buona sostanza, il potere di richiedere, in via riconvenzionale, un nuovo provvedimento cautelare, anche al di fuori dei limiti noti e rappresentati dai mutamenti delle circostanze di fatto o dalla deduzione di nuove ragioni in fatto o di diritto.<sup>128</sup>

Riteniamo che la soluzione maggiormente estensiva e che consenta tale potere alla parte, sia da preferire, atteso che, sia pure durante il corso del giudizio diretto alla declaratoria d'inefficacia della cautela, le esigenze di tutela cautelare possono comunque ripresentarsi od essere riconsiderate, non essendovi ragione per limitarne la pronuncia unicamente nei confini delineati dall'art. 669 *speties* c.p.c.

---

<sup>128</sup> Si vedano : E. Merlin, in G. Tarzia (a cura di) *Il processo cautelare cit.*, pp. 340 e ss. ; S. De Matteis, *La riforma del processo cautelare cit.*, pp. 548 e ss.

## I Rimedi

### 2.23 La revoca e la modifica del provvedimento cautelare

I presupposti per la pronuncia della revoca o della modifica del provvedimento cautelare sono indicati dall'art. 669*decies* c.p.c., il quale, in effetti, reca la rubrica "Revoca e modifica".<sup>129</sup>

Alla base degli istituti della revoca e della modifica della cautela, si situa il **mutamento delle circostanze**, sulla scorta delle quali la cautela era stata pronunciata.

Dunque, il primo comma dell'articolo cennato prevede che, nel corso dell'istruzione, il giudice del merito può, su istanza di parte, modificare o revocare il provvedimento cautelare, qualora si verificano mutamenti nelle circostanze o se vengono allegati elementi di fatto precedenti alla pronuncia, dei quali si è avuta conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. Ovviamente, per tale ultimo aspetto, si prevede che l'istante debba fornire la prova del momento in cui è venuto a conoscenza dei cennati elementi di fatto.

La revoca e la modifica del provvedimento cautelare si distinguono in modo chiaro dal reclamo.

Infatti, non vengono in discussione l'esistenza od inesistenza dei presupposti sulla base dei quali è stata concessa la cautela, quanto semmai vengono dedotti mutamenti sopravvenuti.

E' opportuno porre in rilievo, del resto, che tale distinzione ha tratto conferma a seguito della riforma, conseguente alla promulgazione della Legge n. 80/2005, prevedendosi che la revoca o la modifica si possano pronunciare esclusivamente qualora non sia stato interposto reclamo, ai sensi dell'art. 669*terdecies* c.p.c.<sup>130</sup>

Sul punto, in effetti, si sono contrapposte diverse opinioni, atteso che, da un lato, parte della dottrina sosteneva un'applicabilità assai ampia degli istituti della revoca e della modifica, essendo sufficiente che fossero allegati elementi di fatto nuovi, rispetto al momento della valutazione delle

---

<sup>129</sup> Su tali istituti si vedano : G. Li Vigni, *Sull'inammissibilità del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c., avverso i provvedimenti di revoca della misura cautelare ex art. 669 decies c.p.c., nel corso del giudizio di merito per la convalida del provvedimento d'urgenza*, in *Vita notarile*, 1996 fasc. 3, pt. 1, pp. 1220 - 1234 ; P. Luongo, *Su revoca o modifica di provvedimento cautelare*, in *Foro padano*, 1997, I, I, pp. 139 - 141 ; F. Corsini, *Il reclamo contro il provvedimento che revoca o modifica la misura cautelare*, in *Giur. it.*, 2000, I, pp. 87 - 91 ; M.S. Addario, *Limite temporale e competenza per la revoca e la notifica del provvedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2001, X, pp. 1874 - 1879 ; C. Spaccapelo, *Revoca o modifica del provvedimento cautelare*, in *Studium iuris*, 2003 fasc. 2, pp. 235 e ss. ; G. Trisorio Liuzzi, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2004, IV, pp. 908 - 914 ; M. Mesiti, *In tema di revoca di provvedimento cautelare*, in *Foro padano*, 2009, III - IV, I, pp. 681 - 685.

<sup>130</sup> Si vedano : A. Proto Pisani, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge n. 80 del 2005. Premessa*, in *Foro it.*, 2005, VI, V, pp. 89 - 95 ; C. Consolo, *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge n. 80/2005)*, in *Corr. giur.*, 2005, VII, pp. 893 - 896.

condizioni di pronuncia della cautela, ancorché già esistenti al tempo della pronuncia stessa.<sup>131</sup>

Tale posizione poteva ben essere condivisa, soprattutto alla luce dell'effettività della cautela, che male si concilia con la presunta esistenza del c.d. "giudicato cautelare".<sup>132</sup>

In effetti, la posizione della dottrina più rigorosa, d'altro lato, quanto a questo aspetto, limitava la revocabilità e la modificabilità unicamente alle ipotesi di circostanze nuove, che incidevano sulle condizioni di ammissibilità della pronuncia cautelare e che non consistevano in una sorta di rivalutazione di quanto già dedotto e deducibile.<sup>133</sup>

In dottrina, peraltro, vi è chi sottolinea a ragione come la lettera della norma dell'art. 669*decies* si ponga in una sorta di "posizione intermedia", atteso che potranno avere rilevanza, ai fini della pronuncia della revoca o della modifica, come si è visto, quelle circostanze nuove, in quanto preesistenti al momento della pronuncia della cautela ma sconosciute alla parte che le invoca, la quale ne dovrà giustificare la deducibilità.

Per quanto concerne la competenza per decidere, in ordine alla revoca od alla modifica della cautela, la lettera della norma determina tre criteri di individuazione della competenza.

Dunque, il primo comma prevede che, a seguito di proposizione del giudizio di merito, la competenza a provvedere spetti al "giudice istruttore", anche nell'ipotesi in cui il provvedimento cautelare sia stato pronunciato *ante iudicium*.

Tale previsione pone necessariamente la questione dell'individuazione del giudice competente, nelle fattispecie di cautela a strumentalità attenuata, relativamente alle quali, come si è visto, la proposizione del giudizio di merito è del tutto eventuale.

Riteniamo che la soluzione migliore sia quella che, peraltro, si applica anche alle ipotesi in cui il giudizio di merito non sia iniziato o ne sia stata dichiarata l'estinzione, ovvero quella di individuare il giudice competente in ossequio alla previsione del secondo comma della norma cennata, ovvero il giudice che ha pronunciato il provvedimento cautelare.

Possiamo, quindi, sostenere che la competenza alla pronuncia del provvedimento di revoca e di modifica della cautela sono ragionevolmente riconosciute in capo al giudice del merito, nel caso di giudizio pendente od in capo al giudice che ha pronunciato la cautela, nel caso opposto, in cui il giudizio non sia stato iniziato o sia stato dichiarato estinto.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Si vedano : A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile cit.*, pp. 305 e ss. ; F. Marelli, *La stabilità dei provvedimenti cit.*, pp. 789 e ss.

<sup>132</sup> Su tale nozione si vedano : F. Auletta, *Variazioni sul tema del giudicato cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, I, IV, pp. 1 - 8 ; G. Samori, *L'efficacia nel tempo del provvedimento di sequestro: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1987, IV, pp. 942 - 996.

<sup>133</sup> Si vedano, sul punto : B. Sassani, in C. Consolo - F.P. Luiso - B. Sassani, *Commentario alla riforma cit.*, pp. 501 e ss. ; G. Basilio, *I rimedi nei confronti dei provvedimenti cautelari alla luce dei nuovi artt. 669 decies e 669 terdecies*, in *Giur. it.*, 1994, I, I, pp. 21 - 32 ; R. Vaccarella, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, XI, II, pp. 511 - 529 ; F. Corsini, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, pp. 96 e ss.

<sup>134</sup> Una delle questioni sorte, riguarda la revoca, nel caso in cui il giudizio sia pendente in grado d'appello. In questo caso, riteniamo che la competenza sia sempre del Collegio.

Il terzo comma della norma, contenuta nell'art. 669*decies*, disciplina il caso in cui il giudizio di merito sia devoluto alla giurisdizione di un giudice straniero o ad un arbitro o l'azione civile sia trasferita nel processo penale, come si è visto.

In tali fattispecie, dunque, la competenza alla decisione, in merito alla revoca od alla modifica, è riconosciuta al giudice che ha pronunciato la cautela.

#### 2.24 Concorso tra i rimedi

La questione rappresentata dalla "commistione"<sup>135</sup> processuale tra i rimedi della revoca e della modifica, da un lato e del reclamo, dall'altro, è risolta a favore di quest'ultimo istituto, atteso che il primo comma dell'art. 669*decies* prevede che il potere di revoca o modifica, conseguente ai mutamenti nelle circostanze od ai fatti nuovi allegati, sia esercitabile dal giudice del merito – o, come si è visto, dal giudice della cautela – salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'articolo 669*terdecies* c.p.c.

La questione, tuttavia, non è di facile soluzione, atteso che, come appare evidente, i mutamenti nelle circostanze ed i fatti sopravvenuti, conosciuti successivamente, rispetto al provvedimento cautelare, dovranno preferentemente essere conosciuti nel giudizio di reclamo.

Nondimeno, sulla questione la dottrina si è divisa, poiché secondo una lettura, il limite temporale per l'adozione della cognizione dei mutamenti e dei *nova* nel giudizio di reclamo, sarebbe rappresentato dalla sua proposizione, di tal ché, spirato il termine per la sua proposizione, non vi sarebbe più alcuna prevalenza di rito.

Altri Autori, al contrario, ritengono che la preferenza per il reclamo, comporti la necessità che la revoca o la modifica si possano proporre unicamente terminato il giudizio di reclamo o decorso il termine per la sua proposizione.<sup>136</sup>

Ci sembra che la prima soluzione appaia preferibile, perché meglio si attaglia alla natura del procedimento cautelare, natura che, come abbiamo visto, rappresenta un criterio prevalente di risoluzione dei problemi interpretativi.

#### 2.25 Il reclamo cautelare

Come è ampiamente noto, la disciplina generale del gravame proponibile nei confronti dei provvedimenti cautelari, è stata introdotta a seguito della riforma del 1990, la quale, peraltro, ha introdotto nel nostro ordinamento il rito cautelare uniforme.

Nondimeno, è con la riforma conseguente alla promulgazione della L. 80/2005, che oggetto del reclamo non è più esclusivamente il

---

<sup>135</sup> Di "commistione" parla N. Picardi, *Manuale cit.*, pag.667.

<sup>136</sup> Si vedano, al proposito : M. F. Ghirga, *Le nuove norme cit.*, pp. 802 e ss. ; A. Saletti, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, pp. 76 e ss. ; G. Olivieri, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), par. IV.

provvedimento con il quale sia stata concessa la cautela ma anche il provvedimento che ne abbia rigettato l'istanza.<sup>137</sup>

Per la verità, la questione circa l'estensione dell'oggetto dell'impugnativa cautelare era già stata sollevata avanti la Corte Costituzionale, la quale aveva sottolineato l'illegittimità costituzionale dell'art. 669terdecies c.p.c., laddove limitava il potere di reclamo ai soli provvedimenti concessivi della tutela cautelare.<sup>138</sup>

Nondimeno, permangono alcune questioni relative all'oggetto del gravame cautelare.

In effetti, la lettera dell'art. 669terdecies cennato, dispone che solo "l'ordinanza" sia oggetto di procedimento di reclamo, così che si è ritenuta plausibile, in conseguenza, la non reclamabilità del provvedimento di accoglimento, il decreto motivato, pronunciato *inaudita altera parte* in via eccezionale, secondo quanto prevede il secondo comma dell'art. 669sexies c.p.c.

In tale ultimo caso, dunque, l'impugnazione cautelare avrebbe necessariamente ed esclusivamente ad oggetto l'ordinanza che abbia concluso il procedimento a contraddittorio integro.<sup>139</sup>

La conclusione pare condivisibile, non solo per il dato testuale, ancorché evidente, quanto anche poiché la verifica del provvedimento contenuto nel decreto d'urgenza, vede la sua sede naturale all'udienza, prevista per la trattazione in contraddittorio, atteso che si tratta comunque di un provvedimento caratterizzato dalla provvisorietà.

A diversa conclusione si potrebbe giungere unicamente nelle fattispecie caratterizzate da patente irritualità, quali quelle nelle quali il giudice della cautela, adito in via d'urgenza, ometta di fissare l'udienza successiva a contraddittorio integro.

---

<sup>137</sup> Sull'istituto del reclamo, oltre a ciò che già si è richiamato, si vedano : M. De Cristofaro, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, in *Giur. it.*, 1994, III, I, pp. 215 - 232 ; G. Grasso, *Aspetti problematici del reclamo contro il diniego, anche parziale, del provvedimento cautelare*, in *Riv.dir.proc.*, 1994, II, pp. 607 - 629 ;

<sup>138</sup> Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 23/06/1994, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma *de qua* "per violazione degli art. 3 e 24 Cost., nella parte in cui limita la possibilità di reclamo ai soli provvedimenti concessivi di tutela cautelare e non anche ai provvedimenti che rigettino la domanda volta ad ottenere tale tutela (domanda che può essere solo riproposta avanti allo stesso giudice in caso di mutamento delle condizioni di fatto e di diritto), poiché ciò determina una ingiustificata disparità di trattamento ed una limitazione del diritto di difesa della parte ricorrente rimasta soccombente, rispetto alla parte resistente, alla quale è invece consentita la facoltà di reclamo". Sulla questione si vedano : G. Arieta, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare* in *Giur. Cost.*, 1994, pp. 2041 - 2060 ; C. Consolo, *Il reclamo cautelare e la « parità delle armi » ritrovata ( e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*, in *Giur. it.*, 1994, I, 409 - 416 ; B. Capponi, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo ( il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, in *Foro it.*, 1994, I, pp. 2005 - 2015 ; G. Ragusa Maggiore, *Incidenza della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 669terdecies sulle misure cautelari del giudice delegato*, in *Dir. Fall.*, 1994, II, pp. 1039 - 1045 ; R. Vaccarella, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, XI, II, pp. 511 - 529;

<sup>139</sup> Si vedano, al proposito : G. Olivieri, *I provvedimenti cautelari cit.*, pp. 720 e ss. ; A. Saletti, *Appunti sulla nuova disciplina cit.*, pp. 377 e ss.

In effetti, si tratterebbe di una situazione “patologica”, per la cui risoluzione potrebbero non essere sufficienti i rimedi della modifica o della revoca.<sup>140</sup> Ulteriore interessante questione è quella rappresentata dalla possibilità di proporre reclamo avverso il provvedimento, che assume la forma dell’ordinanza, che dichiari l’inefficacia della cautela, secondo quanto dispone l’art. 669<sup>novies</sup> c.p.c.

Atteso che tale fattispecie si può verificare esclusivamente nel caso in cui la parte, convenuta nel procedimento per la pronuncia dell’inefficacia, non abbia formulato alcuna contestazione, ne apparirebbe, quale logica conseguenza, l’inammissibilità del reclamo, sulla scorta di un’implicita adesione all’oggetto dell’istanza.

Tuttavia, anche in questo caso ci sembra sia da condividere la posizione di coloro che riconoscono comunque esperibile il reclamo, avverso le ordinanze che fossero caratterizzate da elementi “patologici” e che siano difformi dallo schema delineato dalla norma, in ossequio ad un generale potere di impugnazione dei provvedimenti di natura cautelare.<sup>141</sup>

## 2.26 I motivi ed il procedimento

Atteso che la lettera della norma non descrive i motivi che possono stare alla base dell’istanza di reclamo, si poneva il problema di inquadrare la natura stessa dell’istituto, soprattutto con riguardo alla possibilità che il procedimento consentisse al giudice del reclamo di andare oltre i limiti degli *errores in procedendo* o degli *errores in iudicando*, integrando, a determinate condizioni, una sorta di “nuovo giudizio” e non di una mera *revisio*.

Tale problema potrebbe ora dirsi superato, in conseguenza della riforma, introdotta dalla legge 80/2005, relativa al quarto comma dell’art. 669<sup>terdecies</sup>, il quale prevede che “Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento.”

Sulla scorta di tale previsione, infatti, il giudice del reclamo, potrà non limitarsi esclusivamente alla verifica degli *errores in procedendo* od *in iudicando*, quanto potrà conoscere delle circostanze, in fatto ed in diritto, sopravvenute e, quindi, non vagliate in prima istanza.

Possiamo, pertanto, concludere sottolineando come questa nuova previsione, dimostri la coesistenza di entrambe le nature di tale rimedio, ovvero quella devolutiva accanto a quella che potremmo definire “sostitutiva”, integrando sostanzialmente un nuovo giudizio, così che quest’ultimo non appaia esclusivamente una *revisio prioris instantiae*, quanto una modalità di impugnazione, che comporta, quale ovvia conseguenza, che

---

<sup>140</sup> Si vedano : C. Consolo in Claudio Consolo - Francesco Paolo Luiso - Bruno Sassani, *Commentario cit.*, pag. 695 ; A. F. Ferri, *Decreto cautelare inaudita altera parte in corso di causa e mancata fissazione dell’udienza per la conferma, modifica o revoca. Un piccolo rebus interpretativo*, in *Giur. merito*, 2003, XII, I, pp. 2395 - 2406 ; E. Dalmotto, *Orientamenti e prospettive sul termine per il reclamo cautelare*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, III, I, pp. 409 - 414.

<sup>141</sup> Si veda, al proposito : E. Merlin, *Procedimenti cit.*, pp. 414 - 418.

il provvedimento, che lo definisce, sia caratterizzato da una **nuova decisione**.<sup>142</sup>

Ne segue, inoltre, che proprio per tale sua particolare natura, il giudizio di reclamo non possa soffrire eccezioni di inammissibilità, fondate sulla eventuale omissione di motivi specifici di doglianza, atteso che, con la proposizione dell'istanza di reclamo, l'intera sequela delle questioni, decise in prime cure, sarà assoggettata proprio alla cognizione del giudice del reclamo.

### *Il termine*

La legge 80/2005 ha introdotto un nuovo primo comma, nell'art. 669terdecies, il quale prevede che il reclamo debba essere proposto nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza, ovvero dalla notificazione se è anteriore.<sup>143</sup>

Si danno, pertanto, due modalità individuative del *dies a quo* per la decorrenza del termine cennato, atteso che il reclamo potrà essere proposto nei quindici giorni che decorrono, da un lato, dalla pronuncia dell'ordinanza, se pronunciata in udienza e, dall'altro, a far data dalla comunicazione dell'ordinanza, se pronunciata fuori dalla udienza.

E', quindi, di tutta evidenza che, nel caso di comunicazione, il termine per la proposizione del reclamo decorra dal momento della conoscenza formale del provvedimento, tramite il "biglietto" di cancelleria.

Nondimeno ed in ossequio ai principii generali, il termine *de quo* potrà, dunque, decorrere dalla comunicazione dell'ordinanza, nella fattispecie del provvedimento pronunciato fuori d'udienza, per quanto, qualora la parte la parte intenda anticiparne la decorrenza, provvederà a notificarlo alla controparte, computandosi, in tal caso, il termine dalla data della notifica dell'ordinanza.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Si veda : A. Proto Pisani, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, pp. 394 - 405. G. Balena, in G. Balena - M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, pp. 361 e ss. ; S. Menchini, *Le modifiche al procedimento cit.*, pp. 94 e ss.

<sup>143</sup> Sulla scorta della precedente disposizione normativa, che effettuava un rinvio all'art. 739, secondo comma, la Dottrina intendeva il termine di dieci giorni, di cui all'art. 739, decorrente a far data dalla notificazione, su istanza di parte Sulla questione del termine, anche precedente alla novella del 2005, si vedano : M. De Cristofaro, *Sul "dies a quo" della decorrenza del termine per la proposizione del reclamo cautelare (fra norma e diritto pretorio)*, in *Giur. it.*, 1994, X, i, pp. 855 - 858 ; E. Dalmotto, *Orientamenti e prospettive sul termine per il reclamo cautelare*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, III, I, pp. 409 - 414 ; Id., *Il termine per il reclamo cautelare nel processo societario (dopo la legge n. 80 del 2005)*, in *Giur. it.*, 2006, VII, pp. 1472 - 1475 ; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 15<sup>a</sup> Ed., Torino, 2003, pp. 366 e ss. ; C. Cecchella *Il processo cautelare cit.*, pag. 207 ; F. Locatelli, *La decorrenza del termine per la proposizione del reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, I, pp. 203 - 220.

<sup>144</sup> Quanto a questo aspetto, è opportuno rammentare che si è dibattuta la questione relativa alle modalità equipollenti alla comunicazione ed alla loro efficacia, con riguardo alla fattispecie del rilascio della copia esecutiva al reclamante, considerandola modalità efficace, ai fini della decorrenza del termine. Si veda : A. Scarpa - R. Giordano, *op.cit.*, pp. 201 - 202. Sulla comunicazione, in generale, si vedano : C. Punzi, *Comunicazione ( dir. proc. civ. )*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 2017 - 211 ; Id., Punzi, *Delle comunicazioni e delle notificazioni*, in *Comm. al codice di procedura civile diretto da E. Allorio, cit.*, pp. 1443 e ss., sp. 1482 e ss. ; F. Lancellotti, *Comunicazione (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*

Si pongono due ulteriori questioni, relative al termine per proporre il reclamo:

a) la prima riguarda il contumace, atteso che, proprio per la particolare natura dell'istituto della contumacia, che presuppone l'assenza del contumace alla udienza, nella quale il provvedimento cautelare è pronunciato, anche in tale ipotesi, sarà necessario, per il regolare decorso del termine nei confronti del contumace, che a quest'ultimo il provvedimento sia comunicato o notificato;

b) la seconda questione riguarda l'applicazione del c.d. "termine lungo", in difetto di comunicazione o di notificazione del provvedimento cautelare, che sia stato pronunciato fuori d'udienza.

Da un lato, infatti, l'eventuale inapplicabilità della disciplina, relativa al c.d. "termine lungo", discenderebbe dalla natura del reclamo, al quale non potrebbe essere attribuita la natura di impugnazione, nel suo significato tecnico, atteso il difetto della attitudine, per il provvedimento cautelare, al passaggio in giudicato.

Sotto questo profilo, ci pare opportuno richiamare quanto già affermato, in precedenza, circa la necessaria distinzione che si dovrebbe introdurre tra le cautele anticipatorie, a strumentalità attenuata e le cautele conservative.

Nel caso delle prime, infatti, il permanere definitivo della regolamentazione dello stato di fatto e di diritto, conseguente alla pronuncia della cautela, assumerebbe una forma particolare di "incontrovertibilità", seppur attenuata, conseguente alla mancata proposizione del reclamo.

### *La competenza*

Il secondo comma dell'art. 669<sup>terdecies</sup> c.p.c., dispone che il giudice competente a decidere del reclamo cautelare sia sempre un giudice in composizione collegiale, non potendo necessariamente esservi incluso il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato.

La norma, quindi, indica, conseguentemente, la ripartizione soggettiva dell'autorità alla quale proporre il reclamo : contro i provvedimenti cautelari, pronunciati dal giudice monocratico di Tribunale, il reclamo si proporrà avanti il collegio del medesimo Tribunale, del quale, ovviamente, non potrà far parte il giudice che ha emanato il provvedimento oggetto del reclamo ; avverso i provvedimenti pronunciati dalla Corte d'Appello, il reclamo si proporrà avanti ad una diversa sezione della medesima Corte o, nel caso di Corti di merito di dimensioni minori, lo si proporrà alla Corte d'Appello più vicina.<sup>145</sup>

La lettera della norma, peraltro, non chiarisce tutti i dubbi e le questioni che, quanto a questo aspetto, possono sorgere.

---

Torino, 1981, pp. 844 e ss. ; M. Giorgetti, *Le nuove norme sulle comunicazioni e notificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, III, pp. 701 - 730.

<sup>145</sup> Per la concreta determinazione della Corte più vicina, il riferimento è alla norma contenuta nell'art. 5 della L. 879/1980, il quale prevede che per determinare il distretto di Corte d'Appello più vicino si tiene conto della distanza chilometrica ferroviaria e, se del caso, marittima, tra i capoluoghi di distretto. Peraltro, l'individuazione del distretto più vicino può ricavarsi anche dalle norme del codice di procedura penale.

Una prima rilevante questione riguarda, infatti, il problema rappresentato dalla pronuncia di un provvedimento cautelare, da parte del Tribunale in composizione collegiale.<sup>146</sup>

Si tratta, in effetti, di fattispecie di natura eccezionale che, in realtà, riconducono la disamina al problema della reclamabilità di un provvedimento cautelare, pronunciato da un giudice in composizione collegiale.

Le soluzioni non appaiono facilmente riconducibili *ad unum*, poiché, da un lato, si ritiene che il reclamo possa essere promosso avanti ad altra e diversa sezione, dello stesso Tribunale. Dall'altro lato, si è ritenuto di riservare la cognizione del reclamo alla stessa sezione, sebbene in composizione diversa da quella che ha pronunciato la cautela impugnata.

Per quanto ci concerne, riteniamo che la soluzione preferibile sia quella che, in tali casi, prevede la reclamabilità della cautela avanti allo stesso Tribunale, in diversa composizione collegiale o, laddove ciò non fosse possibile, la possibilità di interporre il reclamo avanti il giudice di grado superiore, ovvero la Corte d'Appello.<sup>147</sup>

### *Procedimento*

La norma contenuta nel terzo comma dell'art. 669<sup>terdecies</sup> c.p.c., prevede che il procedimento segua la disciplina delineata dagli articoli 737 e 738 del codice di rito civile, norme che si riferiscono alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio.<sup>148</sup>

La forma dell'atto introduttivo, dunque, è caratterizzata dal ricorso, la cui struttura è strettamente correlata alla natura del procedimento che, abbiamo detto, rappresenta, sebbene con caratteristiche peculiari rilevanti, una modalità di impugnazione del provvedimento cautelare.

Questo aspetto non deve apparire secondario, atteso che la cognizione del giudice del reclamo è delimitata, nella sua ampiezza, dai motivi di doglianza, mossi avverso la cautela, di tal ch  si pu  considerare applicabile il principio generale, contenuto nella disposizione di cui all'articolo 342 c.p.c., che descrive la forma dell'appello.

Con il deposito del ricorso, dunque, si avvia il procedimento di reclamo ed il giudice dovr  fissare, con decreto, una udienza di comparizione delle parti dinanzi a s .

---

<sup>146</sup> Sulla questione si vedano : A. Proto. Pisani, *La nuova disciplina cit.*, pag. 372 ; A. Saletti, *Appunti cit.*, pag. 361 ; L. Bianchi, *Individuazione del giudice del reclamo contro il provvedimento cautelare emanato dal Tribunale in composizione collegiale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, III, pp. 874 - 884.

<sup>147</sup> Si veda : A. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile cit.*, pp. 258 e ss.

<sup>148</sup> Sul rito camerale, in generale, si vedano : E. Grasso, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.* 1990, I, pp. 35 - 66 ; E. Fazzalari, *Uno sguardo storico e sistematico (ancora sul procedimento camerale e la tutela dei diritti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, pp. 19 - 34 ; Id., *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 1990, XI, I, pp. 426 - 428 ; M. G. Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, in A. Proto Pisani ( diretta da ) *Giur.sist. dir. proc. civ.*, I, Torino, 1994, pp. 88 e ss. ; G. Arieta, *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Digesto disc. priv., sez.civ.*, XIV, Torino, 1996, pp. 435 - 459 ; L. P. Comoglio, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, III, pp. 719 - 766 ; A. Crratta, "Processo camerale (diritto processuale civile)", in *Enc. del dir., Annali*, III, Milano, 2010, pp. e 928 ss.

Al fine dell'instaurazione del contraddittorio, il ricorrente dovrà notificare il ricorso ed il pedissequo decreto di fissazione dell'udienza al resistente, rispettando il termine all'uopo fissato dal giudice.

Relativamente al procedimento, possiamo qui individuare una possibile fattispecie di inammissibilità, rappresentata dalla mancata notifica dell'atto introduttivo e del decreto, nel termine fissato dal giudice, che ne determina l'inammissibilità appunto, non potendosi fissare alcun nuovo termine per il ricorrente.

Diversa conseguenza, riteniamo, si debba prevedere, nell'ipotesi in cui il resistente, ancorché la notifica non abbia rispettato il termine indicato dal giudice, si sia costituito e sia comparso all'udienza.

In tal caso, infatti, riteniamo che la costituzione e la comparsa all'udienza del resistente comportino la sanatoria dell'invalidità, rappresentata dal mancato rispetto del termine fissato dal giudice, con la conseguente impossibilità di dichiarare inammissibile il procedimento di reclamo.

Per ciò che attiene alla trattazione delle questioni sottoposte al giudice del reclamo, essa seguirà necessariamente il rito camerale e, quindi, sarà caratterizzata dallo svolgimento in forma collegiale.

Proprio con riguardo alla trattazione, è opportuno richiamare il secondo periodo del quarto comma della norma, contenuto nell'art. 669<sup>terdecies</sup>, ove si prevede che il Tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti.

Siamo di fronte ad un rilevante un potere di natura istruttoria, che prescinde dall'eventuale sopravvenienza di elementi della cognizione.

Potremmo affermare, quindi, che il giudice del reclamo, dispiegando la propria attività in fase istruttoria, utilizzando le stesse forme del giudizio del grado precedente, potrà riconsiderare la cautela, oggetto del reclamo, anche con riguardo ad elementi in fatto ed in diritto, **non esaminati** nella fase precedente.

Tale previsione, introdotta dalla L. 80/2005, milita per la natura **sostitutiva** – oltreché devolutiva - del reclamo, poiché giunge a rappresentare, sostanzialmente, nel reclamo un mezzo di impugnazione, così che la decisione rappresenta, nei congrui casi, una sorta di "**decisione nuova**", sull'istanza di cautela.

Proprio con riguardo a tale ultimo aspetto ed, in particolare, in relazione ai poteri istruttori del giudice del reclamo, ci si è posti la questione avente ad oggetto l'eventuale esistenza di poteri officiosi, di natura istruttoria, in capo al giudice.

La norma, contenuta nell'art. 669<sup>terdecies</sup>, come si è detto, prevede che il Tribunale possa sempre assumere informazioni ed acquisire nuovi documenti.

Ci sembra di poter affermare che la lettera della disposizione *de qua*, unitamente alla natura che è stata riconosciuta al giudizio di reclamo, ci conforti nel riconoscere al giudice poteri officiosi di natura istruttoria, soprattutto con riguardo alle "informazioni" da assumere ma anche in relazione ai nuovi documenti ed al potere di acquisizione degli stessi, che rappresenta un carattere tipico del potere officioso di natura probatoria.

Richiamando la natura del procedimento di reclamo, ci si era posti il problema della possibilità, per il relativo giudice, di disporre la rimessione

del giudizio al primo giudice, applicandosi, per analogia, i principii di cui agli articoli 353 e 354 del codice di rito civile.<sup>149</sup>

Il problema appare oggi risolto, a seguito della novellazione conseguente alla Legge 80/2005, già più volte richiamata, così che l'ultimo allinea del quarto comma dell'art. 669terdecies dispone che non è consentita la rimessione al primo giudice.

Le ragioni di tale innovativa impostazione possono farsi risalire a considerazioni di carattere economico processuale, in linea, del resto, con la struttura del rito cautelare.

Nondimeno, tale soluzione implica alcune considerazioni conseguenti, in particolare, con riguardo all'eventuale pronuncia di una decisione che, a fronte di una nullità del procedimento, determini la chiusura del procedimento con una decisione in rito.

E' di tutta evidenza, nondimeno, che proprio sulla scorta dell'impossibilità di rimettere le parti al primo giudice, non sembra nemmeno coerente ravvisare, in capo al giudice del reclamo, il potere di pronunciare un provvedimento che si limiti ad accertare e dichiarare la nullità del procedimento.

Siamo, infatti, di fronte ad una fattispecie nella quale il giudice deve necessariamente pronunciarsi sul merito della cautela impugnata, residuando il novero delle pronunce in rito ai casi di **nullità assoluta**, dei quali non è possibile alcuna sanatoria.

### *Contraddittorio e decisione*

Per quanto attiene al contraddittorio, la norma dell'art. 669terdecies prevede che il collegio, convocate le parti avanti a sé, pronunci, non oltre venti giorni, decorrenti dal deposito del ricorso, un'ordinanza non impugnabile, con la quale confermi, modifichi o revochi il provvedimento cautelare.

Ci si chiede quale sia la conseguenza del mancato rispetto del termine previsto dalla norma cennata.

Qualora lo si ritenga un termine "ordinatorio" è di tutta evidenza che non vi potrebbe essere alcuna conseguenza concreta, nel caso del suo mancato

---

<sup>149</sup> Sulla questione della applicazione estensiva delle norme, in tema di rimessione, si veda : S. Toffoli, *Sulla possibilità, e i limiti, dell'applicazione in via analogica delle disposizioni degli artt. 353 e 354 c.p.c. in tema di rinvio della causa al primo giudice da parte del giudice d'appello*, in *Foro it.*, 1996, IV, I, pp. 1302 – 1318. In linea generale, si vedano : G. Balena, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984 ; C. Consolo, *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (una disciplina in crisi)*, in *Jus*, 1997, pp. 79 – 100; G. Olivieri, *La rimessione della causa al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999 ; M. Negri, *Onere di riproposizione di "domande ed eccezioni non accolte" e rimessione al giudice di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 638 – 642 ; S. Cartuso, Art. 353. - Rimessione al primo giudice per ragioni di giurisdizione, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2010, IV - V, pp. 944 – 947 ; G. Balena – A. Carratta – G. Costantino – D. Dalfino – G. Olivieri – A. Proto Pisani – G. Ruffini, *In tema di rimessione al primo giudice*, in *Foro it.*, 2014, XI, I, pp. 3113.

rispetto, ancorché non si può escludere la possibilità del risarcimento del pregiudizio, conseguente ad un sostanziale diniego di giustizia.<sup>150</sup>

Nondimeno, riteniamo che la considerazione del termine *de quo*, alla stregua di ordinatorio, ancorché rispettosa del dettato normativo, rappresenti un'incongruenza, attesa la natura del procedimento cautelare e, soprattutto, la funzione del reclamo stesso.

Il quinto comma dell'articolo 669terdecies, dunque, dispone che il collegio pronunci ordinanza con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare.

Richiamando quanto abbiamo detto, relativamente alla natura del procedimento di reclamo cautelare, dunque, la pronuncia, che chiude il procedimento di reclamo, sostanzialmente va a sostituire la precedente pronuncia, oggetto dell'impugnazione, ciò in virtù della natura devolutiva che caratterizza tale rimedio.

Nondimeno, ancorché, come si è visto, la lettera della norma qualifichi l'ordinanza come "non impugnabile", la dottrina e la giurisprudenza, si sono poste la questione della possibilità di proporre, avverso tale ordinanza, il ricorso, avanti la Cassazione, previsto e delineato dall'articolo 111, settimo comma della Costituzione, il quale, com'è noto, consente adire la Corte relativamente ai provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali, ordinari o speciali, per il motivo rappresentato dalla violazione di legge.<sup>151</sup>

È opportuno, quanto a questo aspetto, sottolineare come la giurisprudenza della Suprema Corte abbia seguito una linea restrittiva, considerando ed evidenziando, da un lato, la natura provvisoria del provvedimento che definisce il giudizio di reclamo e, dall'altro, la probabile, quanto eventuale,

---

<sup>150</sup> Sui termini e sulla distinzione tra ordinatori e perentori, si vedano : N. Picardi, *Art. 152*, in *Comm. al c.p.c. diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, pp. 1544 e ss. ; D. Grossi, *Termine (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 234 - 252 ; N. Picardi - R. Martino, *Termini (dir. proc. civ.)* in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, pp. 4 e ss. ; M. Viceconte, *I termini ordinatori alla luce del principio della ragionevole durata del processo: nuovi orientamenti giurisprudenziali*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2009, I, pp. 134 - 137 ; M. Vitiello, (a cura di) *Termini perentori in nome della rapidità*, in *Guida al Diritto - Dossier*, 2007, IX, pp. 98 - 100 ; S. Caporusso, *Artt. 153. - Improrogabilità dei termini perentori; 184 bis. - Rimessione in termini*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2010, IV - V, pp. 854 - 861.

<sup>151</sup> Su tale istituto, si vedano : M. Scalamogna, *La nozione di violazione di legge nel ricorso straordinario per Cassazione*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, III - IV, II, pp. 420 - 429 ; G. Finocchiaro, *Inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso i provvedimenti emanati in sede di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. nel corso del procedimento cautelare*, in *Giust. civ.*, 1995, VII - VIII, I, pp. 1861 - 1866 ; F. Santagada, *Ancora sull'inammissibilità del ricorso per cassazione straordinario avverso i provvedimenti pronunciati in sede di reclamo ex art. 669 terdecies*, in *Giust. civ.*, 1996, V, I, pp. 1371 - 1373 ; G. Impagnatiello, *Sul ricorso straordinario per cassazione*, in *Foro it.*, 1996, XI, I, pp. 3461 - 3464 ; G. Balena, *Il controllo sulla motivazione nel ricorso straordinario ex art. 111 Cost.*, in *Giour. it.*, 1998, V, pp. 1073 - 1077 ; R. Tiscini, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Torino 2005; Id., *Gli effetti della riforma del giudizio di cassazione sul ricorso straordinario ex art. 111, comma 7, Cost.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, VI, pp. 1597 - 1611 ; A. Proto Pisani, *Sussulti sul c.d. ricorso straordinario per cassazione*, in *Foro it.*, 2012, X, I, pp. 2802 - 2804 ; E. Fratangeli, *Ricorso straordinario per cassazione e statuizioni civili*, in *Giur. it.*, 2013, IV, pp. 953 - 954.

sostituzione di tale provvedimento con la sentenza di merito.

Tale conclusione, a nostro avviso, andrebbe, tuttavia, calibrata con la natura che caratterizza i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata.<sup>152</sup>

In effetti, è di tutta evidenza che l'attenuazione del nesso di strumentalità, limitata ai provvedimenti cautelari di natura anticipatoria ed ai provvedimenti d'urgenza, suggerisce una analisi più accurata della questione, avente ad oggetto il ricorso straordinario avanti la Suprema Corte, per i motivi su richiamati.

Tuttavia, la giurisprudenza di quest'ultima non ha mutato orientamento, sottolineando una volta di più la mancata idoneità al giudicato, che caratterizza l'ordinanza che decide il reclamo.<sup>153</sup>

### *La sospensione*

Il quinto comma della norma *de qua*, consente al presidente del Tribunale o della Corte, di sospendere l'esecuzione del provvedimento oggetto di reclamo, unicamente quando, per motivi sopravvenuti, la sua esecuzione arrechi grave danno alla parte cautelata.

Si tratta, come è evidente, di una questione di non poco momento, caratterizzata dalla opportunità di riconoscere un effetto sospensivo automatico del provvedimento cautelare, in conseguenza della proposizione del reclamo.

Pare opportuno, dunque, individuare la natura dei motivi sopravvenuti, i quali, *prima facie*, potrebbero apparire correlati a fatti che non esistevano o non si erano manifestati nel momento della pronuncia della cautela reclamata.

Se ne potrebbe ricavare la conclusione che tali motivi integrerebbero null'altro che i mutamenti nelle circostanze di fatto che fondano la richiesta di revoca della cautela.<sup>154</sup>

Accanto a tale posizione, nondimeno, vi è diversa Dottrina, che adotta un approccio meno restrittivo, consentendo al giudice di compiere un'ulteriore e nuova valutazione delle circostanze in fatto e diritto, che si ritrovano alla base dei "motivi sopravvenuti", che possano giustificare la sospensione dell'efficacia della cautela.<sup>155</sup>

A tale conclusione, inoltre, si è giunti in dottrina, valutando l'impatto concreto della cautela e, soprattutto, della sua attuazione, dovendosi tenere in debito conto della speciale natura del rito cautelare e dei caratteri di pericolo che lo caratterizzano.

---

<sup>152</sup> Si vedano, tra le altre : Cass. civ. Sez. Unite, 23/01/2004, n. 1245, in *Arch. Civ.*, 2004, pp. 1315 e ss. ; Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 08/03/2006, n. 4915, in *Mass. Giur. it.*, 2006 ; Cass. civ. Sez. III, 24/01/2006, n. 1332, in *Mass. Giur. it.*, 2006 ; Cass. civ. Sez. Unite Sent., 28/12/2007, n. 27187, in *Mass. Giur. it.*, 2007 ; Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 19/10/2011, n. 21579, in *CED Cassazione*, 2011.

<sup>153</sup> Si veda : Cass. civ. Sez. I Sent., 07/06/2007, n. 13360, in *Mass. Giur. it.*, 2007, ed anche in *Società*, 2007, X, pp. 1242 e ss. ed anche in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2007.

<sup>154</sup> In tal senso : A. Proto Pisani, *La nuova disciplina cit.*, pag. 373 ; A. Saletti, *Appunti cit.*, pp.380 e ss. ; F. Tommaseo, *commento alla legge 26 novembre numero 353. Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Corr. giur.*, 1991, pp. 97 e ss., sp. pag. 105.

<sup>155</sup> Si vedano : G. Tarzia, *I procedimenti cautelari*, Padova, 1990, pp. 400 e ss. ; C. Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, pp. 221 e ss.

Sotto questo profilo, dunque, non pare vi siano motivi per impedire al giudice del reclamo di formulare nuove valutazioni in fatto, tenendo altresì conto dei mutamenti sopravvenuti ma, soprattutto, del pregiudizio che l'attuazione della cautela potrebbe creare alla parte reclamante.

Conseguente al problema interpretativo, che abbiamo posto in rilievo poco sopra, appare l'ulteriore questione, relativa al potere, riconosciuto al Presidente del collegio, di procedere con la pronuncia della inibitoria, trattandosi sicuramente di un potere di contenuto eccezionale che, da un lato, non può estendersi oltre i limiti indicati dalla norma e, dall'altro, potrebbe richiedere la preventiva instaurazione di un contraddittorio tra le parti. Quest'ultimo aspetto potrebbe, nondimeno, collidere con quanto abbiamo sottolineato, in relazione alla particolare natura del procedimento cautelare.

Inoltre, ci si è domandati se questo potere possa essere esercitato anche d'ufficio, o se appaia necessaria un'istanza di parte.

A nostro avviso, attesa la peculiarità del rito, ancorché in mancanza di un'istanza, tuttavia, laddove le circostanze oggettive e la natura della cautela, nonché i tempi di attuazione di quest'ultima lo impongano, riteniamo che il Presidente del collegio possa anche provvedere d'ufficio, per quanto normalmente ci si troverà di fronte ad una apposita, istanza proposta dalla parte eventualmente pregiudicata.

Lo stesso discorso ci sembra possa valere anche per quanto attiene al contraddittorio ed alla sua instaurazione, poiché indifferibili motivi di urgenza potrebbero consentire di instaurarlo successivamente alla pronuncia della inibitoria.

E' opportuno rammentare, a tale proposito, che il Presidente del Collegio, in alternativa, può subordinare l'esecuzione del provvedimento reclamato alla prestazione di cauzione.<sup>156</sup>

### *Il reclamo incidentale e la pluralità di parti*

A questo punto ci sembra opportuno approfondire l'ulteriore questione, che si trova strettamente collegata, da un lato, alla risoluzione del problema dell'ammissibilità dell'istituto del reclamo incidentale, di cui si è detto e, dall'altro, alla situazione processuale, in sede di reclamo, caratterizzata dalla pluralità di parti in questa fase, ovvero la fase di reclamo.

Per quanto attiene alla prima delle due questioni, ovvero all'istituto del reclamo incidentale, eventualmente applicabile alla fase di gravame cautelare, è evidente che, sino alla intervenuta estensione dell'ambito di applicazione del reclamo, anche avverso i provvedimenti negativi, la previsione di un reclamo incidentale restava inattuata o sostanzialmente limitata all'ipotesi del provvedimento negativo e della soccombenza reciproca.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> Quanto a questo aspetto, si veda : C. Belfiore, *Sulla inefficacia del provvedimento cautelare per mancata prestazione della cauzione*, in *Giur. merito*, 2003, IV, I, pp. 685 - 687 ;

<sup>157</sup> Sulla questione si vedano : G. Frus, *Sul termine di proponibilità del reclamo incidentale in caso di mancata notificazione del provvedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 1995, VIII - IX, I, pp. 661 - 674 ; E. Dalmotto, *Ammissibilità e termini del reclamo cautelare incidentale*, in *Nuova*

Con l'ampliamento della sfera di applicazione del reclamo anche nei confronti dei provvedimenti negativi, è di tutta evidenza che appare maggiormente condivisibile l'opinione di coloro i quali ritengono pacificamente configurabile il reclamo incidentale, ancorché, come detto, in costanza di soccombenza reciproca, che ne costituisce, a nostro avviso, l'indefettibile condizione.

D'altro lato, la soccombenza reciproca era considerata condizione necessaria per la proponibilità del reclamo incidentale, anche prima che il rimedio venisse ampliato, sino ricomprendervi le pronunce negative.

Tali conclusioni interpretative, peraltro, proprio con riguardo al reclamo incidentale, conducono ad altro aspetto problematico, che è rappresentato dalla eventuale ammissibilità del reclamo incidentale tardivo, sulla scorta della interpretazione estensiva della previsione che riguarda il giudizio di appello, contenuta nell'articolo 334 del codice di procedura civile.<sup>158</sup>

A proposito di tale problema, parte della dottrina ha sostenuto che le differenze sostanziali, che sussistono tra l'istituto dell'appello incidentale tardivo ed il reclamo in sede cautelare, sono tali da rendere impossibile una eventuale estensione analogica della disciplina del primo al secondo.

Tuttavia, una volta ammessa la configurabilità del reclamo incidentale, ancorché sulla scorta della, peraltro necessaria, soccombenza parziale, non si vede come non si possa, allo stesso modo, consentire anche la proposizione del reclamo incidentale tardivo, atteso che la sua giustificazione risiede proprio nell'interesse ad impugnare parzialmente il provvedimento cautelare, qualora, sul limitare dello scadere del termine, di natura perentoria, l'altra parte proponga reclamo.

Si tratta, in buona sostanza, di una soluzione ragionevole che tiene conto della natura dell'istituto del reclamo incidentale e della funzione concreta che quest'ultimo può svolgere anche all'interno del giudizio d'impugnativa cautelare.

L'altra questione, alla quale facevamo riferimento poco sopra, riguarda l'eventuale pluralità di parti nella fase di reclamo, conseguente all'esperimento dell'intervento del terzo.

Atteso che il legislatore non si è espresso e non ha regolato tale fattispecie, la sua risoluzione spetta evidentemente, da un lato, alla giurisprudenza e dall'altro, alla dottrina.

La situazione descritta può discendere dal fatto che anche soggetti terzi, ovvero che non hanno partecipato alla fase precedente del giudizio cautelare, potrebbero ben essere portatori di interesse alla proposizione del reclamo, qualora l'efficacia o l'esecuzione della cautela ne determinerebbe un pregiudizio.

La giurisprudenza, quanto a questo aspetto, ha escogitato una serie di soluzioni che, da un lato, si incentrano sulla natura del pregiudizio potenziale affermato dal terzo e, dall'altro, si soffermano sulla opportunità

---

*Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, III, I, pp. 405 - 407 ; R. Giordano, Note minime in tema di reclamo cautelare incidentale, in *Giur. merito*, 2008, VII - VIII, pp. 1901 - 1908 ; F. Corsini, *Il reclamo cautelare cit.*, pp. 299 e ss.

<sup>158</sup> Su tale aspetto, si vedano : F. La Rocca, *Sul reclamo cautelare incidentale tardivo*, in *Riv. di dir. ind.*, 2013, I, II, pp. 49 - 50 ; C. Pappalardo, *Sul reclamo incidentale tardivo*, in *Riv. di dir. ind.*, 2014, VI, II, pp. 463 - 473.

dell'intervento del terzo, unicamente nell'ipotesi in cui quest'ultimo si era venuto a trovare nella impossibilità di partecipare alla fase precedente.<sup>159</sup>

Il problema potrebbe risolversi, incentrando l'analisi sugli istituti che caratterizzano l'intervento del terzo, con particolare riguardo a quanto dispone l'articolo 105, del codice di procedura civile, che disciplina l'intervento volontario del terzo.

Per quanto attiene alla questione, relativa al terzo che interviene nel giudizio di reclamo, potremmo, dunque, tentare di riassumere le condizioni sostanziali che giustificano tale intervento, identificandole, da un lato, nella comprovata impossibilità, per il terzo, di partecipare al giudizio cautelare nella sua fase precedente e, dall'altro, nell'affermazione dell'esistenza di un pregiudizio che a costui potrebbe derivare dalla decisione del giudice del reclamo.

Date, nondimeno, come esistenti le cennate condizioni, tuttavia, per ciò che attiene alla natura dell'intervento, riteniamo che sia opportuno limitarne, comunque, l'ambito applicativo alla fattispecie di intervento, come descritto nel primo comma dell'art. 105, c.p.c., ovvero quando l'interveniente fa valere un proprio diritto soggettivo, nei confronti di tutte o solo di alcune delle parti in lite.

Facciamo riferimento alle due forme di intervento del terzo, ovvero l'intervento principale e l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo, conseguentemente ritenendosi inammissibile, nelle fattispecie *de quibus*, l'istituto dell'intervento previsto dal secondo comma, della norma cennata, ovvero l'intervento adesivo dipendente, atteso che, in questo caso, l'interveniente non fa valere un proprio diritto, limitandosi a sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quanto vi ha un proprio interesse.<sup>160</sup>

D'altro canto e per tornare alle condizioni di ammissibilità dell'intervento, sarà sempre necessario, per il Collegio, verificare l'effettività e la concreta fondatezza del pregiudizio affermato dall'interveniente, proprio in virtù della natura specifica della cautela che, come detto, non possiede attitudine al giudicato.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> Su tale questione si vedano : C. Consolo, *Intervento del terzo nel giudizio cautelare, reclamo del terzo e pregiudizio di mera attuazione scorretta (da farsi valere in altro modo)*, in *Giur. it.*, 1996, III, I, pp. 187 - 194 ; R. Lombardi, *Sulla tutela del terzo in sede di reclamo cautelare*, in *Giust. civ.*, 2001, XI, I, pp. 2797 - 2802, nota a Trib. Agrigento, 11.10.200 ; D. Gennari, *Ancora sulla tutela del terzo nel procedimento cautelare: la possibilità di esperire il rimedio del reclamo al Collegio ex art. 669 terdecies c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2001, XII, pp. 2295 - 2297, nota a Trib. Rovigo, 25.9.2000.

<sup>160</sup> Sull'intervento, in generale, si vedano : A. Segni, *Intervento in causa*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino 1962, pp. 942 e ss. ; S. Costa, *Intervento in causa*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 461 - 481 ; E. T. Liebman, *Intervento principale in funzione revocatoria*, in *Riv. dir. proc.* 1982, IV, pp. 783 - 789 ; G. Monteleone, *Intervento in causa*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, IV, Torino 1983, pp. 345 e ss. ; G. Fabbrini, *Contributo alla teoria dell'intervento adesivo*, Milano 1984 ; G. Costantino, *Intervento nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma 1989, pp. 1 e ss. ; A. Chizzini, *L'intervento adesivo*, I, Padova 1991 ; Id., *Intervento in causa*, in *Nuovo Dig., disc. priv., sez. civ.*, X, Torino 1993, pp. 112 - 152 ; Id., *Intervento in causa*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, VIII, Milano 2007, pp. 202 e ss.

<sup>161</sup> Sul punto, si veda : C. Consolo, *Intervento del terzo nel giudizio cit.*, pag. 189. È opportuno precisare che, in Dottrina, si ritiene, per il terzo, esperibile anche il rimedio dell'istanza di revoca e/o modifica, all'interno del giudizio di merito, proposto a seguito della concessione della cautela. Si veda, al proposito : L. Laudisa, *Tutela del destinatario del provvedimento cit.*, pag. 100.



## L'Ambito applicativo

### 2.27 L'applicazione della disciplina comune

L'art. 669*quaterdecies*, c.p.c., delinea l'ambito applicativo della disciplina comune dei procedimenti cautelari, contenuta negli articoli da 669*bis* a 669*terdecies* del codice di rito civile.

La norma, contenuta nell'articolo cennato, prevede che, infatti, che le disposizioni della Sezione Prima, dedicata ai procedimenti cautelari in generale, si applichino ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V del Capo dedicato ai procedimenti cautelari, nonché, se ed in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali.

La norma prosegue, inoltre, prevedendo che la disciplina relativa al provvedimento negativo, delineata dall'art.669*septies* c.p.c. si applica anche ai provvedimenti di istruzione preventiva, previsti dalla sezione Quarta.

Dunque, a tenore della norma richiamata, le disposizioni comuni si applicano a tutti i provvedimenti di natura cautelare ed, inoltre, ai provvedimenti che si rinvergono nel codice civile ed in leggi speciali, purché ed in quanto siano con essi **compatibili**.

L'estensione applicativa si estende alle sezioni che prevedono il sequestro, la denuncia di nuova opera e di danno temuto, i provvedimenti d'urgenza, limitando ai provvedimenti di istruzione preventiva unicamente l'art. 669 *septies* c.p.c.

L'aspetto più complesso di tale previsione è da ricercarsi nelle parti in cui estende l'applicazione del procedimento cautelare uniforme e delle relative norme, agli altri provvedimenti, contenuti nel codice sostanziale ed in leggi speciali.

E' evidente, infatti, che il riferimento al concetto di "compatibilità",<sup>162</sup> spinge l'interprete ad indagare, per i singoli provvedimenti richiamati genericamente, se vi siano, da un lato, gli elementi caratteristici e peculiari della cautela e, dall'altro, se, acclarata la natura cautelare, ad essi siano applicabili le norme sul rito generale cautelare.<sup>163</sup>

Per ciò che attiene alla natura cautelare, ci pare che, al di là della *voluntas* del legislatore, i singoli istituti debbano rispondere, in primo luogo, all'esigenza di "cautela" che caratterizza le misure consimili, dirette ad evitare il pregiudizio imminente ed irreparabile e ciò, secondo la nostra opinione, prescindendosi dal carattere di misura prettamente anticipatoria o conservativa ed, inoltre, prescindendosi dalla rigorosa correlazione con il successivo ed eventuale giudizio di merito.

Intendiamo dire che non necessariamente l'estensione del rito cautelare comune debba tenere conto della provvisorietà degli effetti, quanto, semmai, della specifica funzione di opportuna tutela dall'imminenza e dalla irreparabilità del pregiudizio lamentato.

D'altro lato, il riferimento alla "compatibilità" può efficacemente operare, alla stregua di criterio discretivo, applicabile anche ad istituti situati al di

---

<sup>162</sup> Si veda : F. Tommaseo, *Variazioni sulla clausola di compatibilità (note in margine all art. 669 quaterdecies c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, III, pp. 695 - 713.

<sup>163</sup> Su questo aspetto, molto chiaramente : A. Scarpa - R. Giordano, *op. cit.*, pag. 260

fuori del codice di rito ed all'interno di leggi speciali, atteso che la lettera della norma, contenuta nell'art. 669*quaterdecies*, non consente di ritenere soppresse dall'ordinamento le misure c.d. "extravaganti".

Crediamo, pertanto, che la valutazione dell'applicazione della normativa uniforme ai provvedimenti cautelari, diversi da quelli tipizzati dal codice di rito e previsti dal Capo III del Titolo I del Libro IV, debba effettuarsi caso per caso, potendosi agevolmente ricorrere alla interpretazione analogica.

### *Provvedimenti di istruzione preventiva*

Per ciò che attiene ai provvedimenti d'istruzione preventiva, ai quali fa espresso riferimento l'ultima parte della norma contenuta nell'art. 669*quaterdecies*, la cennata previsione si spiega agevolmente, con la loro particolare natura, che è quella di assoggettare alla tutela cautelare il diritto alla prova, cosicché se ne limita l'applicazione al solo articolo 669*septies* c.p.c., che disciplina il provvedimento negativo, ovvero di rigetto della domanda cautelare.

Atteso il riferimento richiamato, di natura limitativa, in dottrina ed anche in giurisprudenza, era sorta la questione relativa alla possibilità di proporre, nei confronti dei provvedimenti in materia di istruzione preventiva, il reclamo cautelare.

Tale questione è stata positivamente risolta, in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'articolo 669*quaterdecies* e dell'articolo 695, del codice di rito civile, laddove non consentono la reclamabilità della pronuncia negativa, relativa alla domanda di assunzione preventiva dei mezzi di prova.

La Corte, nella motivazione della sentenza individua, sostanzialmente, il criterio risolutivo, nella indubbia natura cautelare, che caratterizza i provvedimenti istruttori preventivi, cosicché il non consentire la proponibilità del rimedio, nel caso di rigetto, avrebbe determinato una inammissibile distinzione applicativa di norme, ad istituti che posseggono la medesima funzione.<sup>164</sup>

E' opportuno sottolineare, nondimeno, come la possibilità di interporre reclamo avverso una pronuncia di rigetto dell'istanza di assunzione preventiva dei mezzi di prova, debba comunque essere estesa anche alle fattispecie, caratterizzate dalla pronuncia affermativa, poiché non si può considerare di per sé inesistente l'interesse al rimedio, in capo alla parte nei confronti della quale la prova viene assunta, la quale, ne potrebbe subire comunque un pregiudizio.

Riguardo a tale aspetto, nondimeno, ci pare opportuno per completezza richiamare una assai autorevole Dottrina, la quale non colloca gli atti di

---

<sup>164</sup> Ci riferiamo alla sentenza Corte Cost., 16/05/2008, n. 144, in *Giur. it.*, con nota di C. Delle Donne, *La Consulta ammette il reclamo contro i provvedimenti di diniego dell'istruzione preventiva ma non contro quelli di accoglimento: è vera parità delle armi?*, in *Giur. it.*, 2008, X, pp. 2256 – 2260, ed anche in *Il caso.it*, 2008 ed anche in *Foro it.*, 2009, X, I, pp. 2634 e ss. ed anche in *Corr. giur.*, 2008, con nota di Alberto A. Romano, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*, in *Corr. giur.*, 2008, VIII, pp. 1072 – 1074. Si vedano anche : F. Ferrari, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, I, pp. 249 – 258.

istruzione preventiva nell'ambito della tutela cautelare, ritenendo, al contrario, che questi istituti appartengano alla **giurisdizione cognitiva**, costituendo una "sorta di anticipazione della fase istruttoria, simmetrica all'anticipazione della fase decisoria e ravvisabile nelle ordinanze previste dagli articoli 186*bis*, 186*ter* e 186*quater*".<sup>165</sup>

Sulla scorta di tale considerazione, la cennata Dottrina, non ritiene si possano applicare alle istanze di istruzione preventiva le norme relative al procedimento cautelare uniforme, ritenendo financo che la stessa competenza per l'assunzione dei procedimenti di istruzione preventiva dovrebbe essere regolata secondo le norme ordinarie e, comunque, non potendosi certo applicare la disciplina relativa al reclamo cautelare, in casi consimili.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Si veda : N. Picardi, *Manuale cit.*, pp. 682 – 683.

<sup>166</sup> Ci pare opportuno, tuttavia, rammentare la decisione della Corte Costituzionale del 28 gennaio 2010, con la quale si riconosce la natura cautelare ai provvedimenti di istruzione preventiva. Si vedano, al proposito : M. Rubino Sammartano, Arbitrato, accertamento tecnico preventivo e Corte Costituzionale, in *Foro padano*, 2010, III, I, pp. 459 – 460 ; G. Bonato, *L'arbitrato, l'accertamento tecnico preventivo e la Corte costituzionale*, in *Giur.it.*, 2010, VII, pp. 1647 – 1652 ; P. Licci, *Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669 quaterdecies: una convivenza possibile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, III, pp. 725 – 735 ; C. Delle Donne, *La Consulta, l'istruzione preventiva e la forza espansiva del rito cautelare tra esigenze di compatibilità costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2010, II, pp. 735 – 753.

### 3) L'ATTUAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

#### 3.1) La disciplina generale

La norma, contenuta nell'art. 669*duodecies* c.p.c., dispone che, salvo quanto previsto dagli articoli 677 e seguenti, relativi ai sequestri, l'attuazione delle misure cautelari segue le forme dell'esecuzione forzata, come delineate dagli articoli 491 e seguenti del codice di rito, in quanto compatibili, ad eccezione delle cautele aventi ad oggetto ordini di fare, non fare, consegna o rilascio, la cui attuazione concreta avviene sotto il controllo del giudice che ha pronunciato la cautela, il quale ne determina le modalità attuative, disponendo, nel contraddittorio delle parti, con ordinanza, i provvedimenti che si rendano opportuni, ove sorgano difficoltà o contestazioni, mentre ogni altra questione deve essere proposta nel giudizio di merito.<sup>167</sup>

Si tratta di una previsione che ha colmato un'evidente lacuna, che comportava, in passato, differenti soluzioni di applicazione delle cautele.

L'utilizzo del termine "attuazione", in luogo di "esecuzione", ci conforta nel ritenere preminente la peculiarità sostanziale e la specificità dei provvedimenti cautelari in sede di esecuzione, poiché la concreta esecuzione di tali provvedimenti ha, alla sua base, un provvedimento che non è riconducibile alla nozione di titolo esecutivo, così come dispone l'art. 474, del codice di rito civile.

Dunque, oggetto della speciale disciplina attuativa, in linea generale, sono provvedimenti d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., i provvedimenti di natura cautelare, come delineati dal codice civile sostanziale, nonché dalle singole leggi speciali, secondo quanto disposto dall'art. 669*quaterdecies*, in materia di ambito applicativo

La lettera della norma contenuta nell'art. 669*duodecies*, come si è visto, esclude i sequestri, sia quello giudiziario che quello conservativo, relativamente ai quali si applicherà la disciplina prevista dagli articoli 677-679<sup>168</sup>, nonché i provvedimenti di natura ripristinatoria, previsti dall'art. 669*nonies*, c.p.c., in materia d'inefficacia, posto che siffatti provvedimenti appaiono privi di natura cautelare.

---

<sup>167</sup> Sull'attuazione dei provvedimenti cautelari, si vedano, tra gli altri : G. Treglia, *L'attuazione dei provvedimenti*, in G. Tarzia (a cura di), *I procedimenti cautelari*, Padova, 1990, pp. 402 e ss.; A. Saletti, *La riforma del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992, II, pp. 443 - 465 ; A. Siracusano, *Osservazioni in tema di attuazione delle misure cautelari*, in *Giur. merito*, 1996, VI, I, pp. 921 - 922 ; R. Frasca, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, in *Quaderni del CSM*, 1997, pp. 297 e ss. ; B. Gambineri, *Circa il procedimento di attuazione di misure cautelari*, in *Foro italiano*, 1999, V, I, pp. 1668 - 1672 ; D. Raffone, *Spunti in tema d'attuazione delle misure cautelari d'urgenza (art. 669 duodecies)*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2000, I - IV, pp. 52 - 65 ; E. Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001 ; C. Delle Donne, *Provvedimenti attuativi <in cerca d'autore>: note sulla competenza a gestire l'attuazione di misura cautelare oggetto di reclamo*, in *Giust. civ.*, 2004, IV, I, pp. 1092 - 1096 ; Id., *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma, 2012 ; G. Basilico, *Considerazioni sull'attuazione delle misure cautelari soggette a strumentalità attenuata*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2014, II, pp. 240 - 255.

<sup>168</sup> Quanto a questo aspetto, la Dottrina sostiene che l'art. 669*duodecies* si può applicare, sebbene in via residuale, a fattispecie non previste dalla disciplina. Si veda : A. Saletti, *Appunti cit.*, pag. 389.

Conviene, a questo punto, esaminare partitamente le singole forme di attuazione delle cautele.

*Le misure aventi ad oggetto somme di danaro*

L'attuazione delle cautele, aventi ad oggetto somme di denaro, procede secondo quanto dispongono gli articoli 491 e seguenti del codice di rito civile, in quanto compatibili e, proprio il richiamo al concetto di "compatibilità", consente di ritenere questa forma di esecuzione, una forma speciale di attività espropriativa.

E' di tutta evidenza, tuttavia, che il cennato richiamo alla compatibilità, consente di vedere applicate, in questa sede, le regole della "*par condicio creditorum*", riconoscendo a tutti gli altri creditori il diritto intervenire nelle varie fasi del procedimento espropriativo.

Per tale motivo, il soggetto che beneficia del provvedimento cautelare, si troverà avvantaggiato, in confronto con gli altri e diversi creditori del cautelato, unicamente in conseguenza della eventuale e speciale natura del credito od in ossequio ai principi di prelazione, non essendovi alcun'altra garanzia, conseguente alla natura cautelare del provvedimento eseguito.

La specificità dell'esecuzione cautelare, avente ad oggetto somme di danaro, conforta l'interprete, circa l'esistenza di una sorta di esecutività intrinseca<sup>169</sup>, che caratterizzerebbe la misura cautelare, atteso che il mancato richiamo alle previsioni, contenute negli articoli che disciplinano la fase "prodromica" dell'esecuzione *de qua*, ovvero la spedizione in forma esecutiva, la notifica del titolo e del precetto, nonché l'intera espropriazione, come delineata dagli articoli 483 a 490 del c.p.c., consentono al titolare di un provvedimento cautelare, che abbia ad oggetto una somma di denaro, di procedere direttamente alla fase del pignoramento, confermando non trattarsi di un procedimento espropriativo, alla cui base si situa un titolo esecutivo.

Nondimeno, la dottrina ha affrontato il problema relativo alla applicabilità, al procedimento attuativo del provvedimento cautelare avente ad oggetto somme di danaro, di alcune norme generali, in tema di esecuzione forzata, ancorché apparentemente escluse dalla lettera dell'art.696*duodecies* c.p.c.

In particolare, l'individuazione del giudice competente per l'attività attuativa, che dovrebbe compiutamente essere indicato nel giudice dell'esecuzione, così come prevedono gli articoli 26 e 26*bis*, secondo comma, del codice di rito, in luogo del giudice della cautela.

A tale conclusione si giunge sulla scorta, da un lato, di un argomento letterale della norma contenuta nell'art. 696*duodecies*, laddove si distingue tra l'attuazione delle misure cautelari, aventi ad oggetto somme di denaro - che seguirà le forme degli articoli 491 e seguenti - per un verso, mentre l'attuazione delle misure cautelari, che avranno ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, che si svolgerà sotto il controllo del giudice che ha pronunciato il provvedimento cautelare, per altro verso, così fissandosi una diversa figura di giudice, competente all'attuazione della cautela.

---

<sup>169</sup> Usa questa eniadi A. Celeste, *Il processo cautelare*, Milano, 2006, pp. 414 e ss.

D'altro lato, proprio il tipo di attività esecutiva, che caratterizza le misure aventi ad oggetto somme di denaro, suggerisce di preferire questa soluzione, in linea, del resto, con le considerazioni che hanno condotto il legislatore ad individuare questo particolare criterio di competenza per territorio.<sup>170</sup>

Pare opportuno, inoltre, porre in rilievo la questione, relativa all'eventuale esperibilità delle opposizioni, nei confronti dell'attuazione cautelare in esame, atteso il riferimento, contenuto nell'art. 669*duodecies*, agli articoli 491 e seguenti, del codice di rito civile, che disciplinano il pignoramento.

In particolare, attesa la peculiarità dell'attività attuativa della cautela per somme di denaro, non pare vi siano ostacoli all'eventuale opposizione all'esecuzione, che contesti l'esistenza del diritto a procedervi, secondo la previsione dell'art. 615, secondo comma c.p.c., mentre, le opposizioni che riguardino questioni attinenti alla nullità del titolo od anche concernenti il merito della cautela, potranno farsi valere in sede di reclamo.

Nessun problema, peraltro, per ciò che concerne la proponibilità delle opposizioni in sede di distribuzione del ricavato dell'attuazione, secondo la previsione dell'art. 512 c.p.c. Tale conclusione si giustifica sulla scorta di quanto si è detto poco sopra, in merito all'adozione della procedura di espropriazione con le forme del pignoramento, in ossequio comunque al rispetto della parità dei creditori.

*Le misure aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, di fare o di non fare*

Si tratta della fattispecie attuativa di maggior complessità, atteso che la norma riserva al giudice, che ha pronunciato il provvedimento cautelare, la determinazione delle **modalità attuative**.

La norma, contenuta nell'art. 669*duodecies*, infatti, dispone che tale tipo di attuazione avvenga sotto il controllo del giudice cennato, così che quest'ultimo eserciti il potere di concreta realizzazione degli obblighi contenuti nel provvedimento cautelare.

Siamo di fronte ad un procedimento "innominato", in merito al quale, tuttavia, è riconosciuto al giudice, il potere di risolvere difficoltà applicative o contestazioni, attraverso la pronuncia di un'ordinanza, nel contraddittorio delle parti.

Inoltre, la norma qualifica la funzione dell'ordinanza *de qua*, prevedendo che, con tale provvedimento, il giudice indichi i provvedimenti opportuni.

Il riferimento al principio di **opportunità**, unitamente alla descrizione del potere di determinazione, in uno con il particolare tipo di attività attuativa, ci sembra che soccorrano - nonostante l'apparente vuoto normativo in merito alle forme di tale procedimento - al fine di delineare un procedimento che, sostanzialmente, si trova influenzato del potere discrezionale del giudice.

---

<sup>170</sup> Ci riferiamo al D.L. 132/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. 10.11.2014, n. 162, che ha introdotto l'art. 26bis, rubricato "Foro relativo all'espropriazione forzata di crediti". Circa l'interpretazione richiamata, si vedano : F. P. Luiso, in Claudio Consolo - Francesco Paolo Luiso - Bruno Sassani, *Commentario alla riforma cit.*, pag. 679 ; E. Vullo, *L'attuazione cit.*, pp. 156 - 157.

Nondimeno, la dottrina, per altro verso, ha ritenuto che la mancata previsione di un insieme di norme, relativa all'attuazione delle cautele aventi ad oggetto gli obblighi di consegna, rilascio, di fare e di non fare, potrebbe consentire di richiamare la disciplina delineata dagli articoli 605 a 614bis c.p.c., che caratterizzano l'esecuzione in forma specifica.

Riteniamo, come detto sopra, nondimeno, che il procedimento, al quale l'art. 669*duodecies* fa riferimento, in tale tipo di attuazione è, in realtà, un giudizio caratterizzato da una elevata "deformalizzazione", che consente di dare la prevalenza alla concreta attuazione della cautela, superando le obiezioni conseguenti ad un eccesso di formalismo processuale.

Peraltro, anche con riguardo a tale tipo di procedimento attuativo, sono sorte questioni in merito alla corretta identificazione del giudice *de quo*.

La soluzione più logica, a nostro avviso, sembrerebbe quella che identifica tale giudice in quello che ha pronunciato il provvedimento cautelare, oggetto di attuazione.

Tale conclusione, del resto, appare maggiormente in linea con la necessità di consentire al giudice l'esercizio di quel potere che abbiamo visto e che appare diretto a tracciare un procedimento notevolmente deformalizzato, per ciò stesso, tuttavia, maggiormente coerente, se procede proprio dal giudice che ha pronunciato il provvedimento cautelare, che si situa all'origine del giudizio di attuazione.<sup>171</sup>

È opportuno sottolineare, inoltre, che l'individuazione del giudice competente ad attuare il provvedimento cautelare, si mostra di difficile soluzione anche con riguardo al rimedio del reclamo.

In effetti, richiamate le considerazioni già espresse, riguardo alla natura del reclamo cautelare, si potrebbe ritenere competente per la attuazione della cautela, in caso di reclamo, quest'ultimo giudice, sulla scorta della considerazione che la decisione, avente ad oggetto il reclamo, rappresenta una nuova decisione, di natura devolutivo - sostitutiva, relativamente alla quale applicare le regole che abbiamo sopra individuate.<sup>172</sup>

A completamento delle ipotesi, sulla scorta delle quali individuare una soluzione applicativa, dobbiamo porre in rilievo come si possono effettivamente distinguere due differenti fattispecie : a) la prima, che prevede la conferma, in sede di reclamo, del provvedimento cautelare, pronunciato nella fase preliminare del rito, in tal caso permanendo la competenza attutiva in capo al primo giudice; b) una seconda, ove la cautela, negata nella fase preliminare, sia concessa in sede di rimedio, in tal caso, a quest'ultimo giudice residuando la competenza attuativa.

Ulteriore aspetto da approfondire, nondimeno, riguarda la previsione, già vista, contenuta nell'art. 669*duodecies* c.p.c., che prevede la risoluzione di difficoltà o contestazioni, con ordinanza che contiene i provvedimenti opportuni.

---

<sup>171</sup> Circa tale aspetto, tuttavia, è opportuno richiamare una recente decisione della Suprema Corte, la quale ha sottolineato che il richiamo, contenuto nell'art.669*duodecies* c.p.c., indica unicamente la competenza, con riguardo alla cautela da attuare, così che si tratterebbe dell'ufficio giudiziario e non dello specifico giudice, persona fisica, che ha pronunciato il provvedimento. Si veda : Cass. Civ. Sez. III, 12/01/2005, n. 443 in *Mass. Giur. it.*, 2005 ed anche in *Guida al Diritto*, 2005, VII, pp. 47 e ss.

<sup>172</sup>Si veda : F. Corsini, *Il reclamo cit.*, pp. 127 e ss.

La distinzione tra difficoltà e contestazioni risiede in ciò, ovvero che le prime si riferiscono ad aspetti di natura prettamente concreta e, diremmo, materiale, mentre le seconde riguardano questioni esclusivamente giuridiche.

E' evidente che, in questa sede, il giudice dell'attuazione, anche quando si ritrovi a risolvere questioni di natura giuridica, attraverso la pronuncia dell'ordinanza *de qua*, sebbene a seguito di instaurazione del contraddittorio *inter partes*, non potrà, per nessun motivo, modificare o financo revocare l'impianto oggettivo del provvedimento cautelare, unicamente risolvendo i problemi, ancorché prettamente giuridici, che riguardino il procedimento attuativo e le relative modalità procedurali.

Per comprendere meglio, possiamo affermare che, qualora la parte assoggettata all'attuazione, lamenti l'inefficacia sopravvenuta del provvedimento cautelare, competente a decidere sarà il giudice dell'attuazione, che potrà provvedere con ordinanza.

Nel caso in cui il soggetto procedente contesti tale inefficacia, la forma del provvedimento sarà la sentenza, atteso il riferimento al giudizio di merito, con tenuto nella norma dell'art. 669*duodecies* c.p.c.

A quest'ultimo giudizio, peraltro, la parte assoggettata dovrà ricorrere, nell'ipotesi in cui contesti proprio l'esistenza del diritto sostanziale, oggetto della cautela attuanda.