Le riforme del diritto italiano

Le recenti riforme del processo civile

commentario diretto da
Sergio Chiarloni

tomo secondo

Estratto

ZANICHELLI EDITORE

Articolo 669 quinquies c.p.c.
COMPETENZA IN CASO DI CLAUSOLA COMPROMISSORIA, DI COMPROMESSO O DI PENDENZA DEL GIUDIZIO ARBITRALE

*Testo vigente**

669 quinquies. *Competenza in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale.* – Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

Testo precedente

669 quinquies. *Competenza in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale*. – Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito.

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale: la disciplina previgente – **2.** (Segue): l'intervento legislativo – **3.** Competenza per la misura cautelare – **4.** Casi di perdita di efficacia del provvedimento cautelare: il mancato raccordo tra cautela e merito – **5.** (Segue): l'estinzione del giudizio di merito o della pronuncia del lodo

1. Compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale: la disciplina previgente

La prima questione su cui la l. 80/2005, novellando gli artt. 669 ss. c.p.c., ha preso posizione in materia cautelare è il rapporto con l'arbitrato irrituale.

Più precisamente, il legislatore della riforma, introducendo nell'art. 669 quinquies c.p.c., dopo le parole «in arbitri», l'espressione «anche non rituali», ha riconosciuto al giudice il potere di emettere misure cautelari anche nel caso in cui la controversia di merito sia devoluta ad un arbitrato libero, cioè ad un arbitrato avente contenuto esclusivamente negoziale ed a cui non si applichino le norme dettate dal codice di rito agli artt. 806 ss. c.p.c.

* Articolo modificato dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

In questo modo è stato definitivamente risolto, d'autorità, un annoso contrasto che vedeva da un lato la maggior parte della dottrina, schierata per la compatibilità tra esistenza della clausola compromissoria per arbitrato irrituale e possibilità di chiedere al giudice tutela cautelare, e dal lato opposto la prevalente giurisprudenza (1) che, pur spezzata da sempre più numerose voci contrarie (2), era per l'inammissibilità di qualsiasi forma di tutela cautelare in presenza di controversie devolute ad arbitri liberi (3).

L'impostazione contraria alla compatibilità tra tutela cautelare ed arbitrato libero faceva leva principalmente sull'argomento che la devoluzione delle controversie in arbitrato irrituale comporterebbe una preventiva e generale rinunzia alla tutela giurisdizionale in favore di uno strumento negoziale di composizione della controversia. Tale scelta non avrebbe potuto non precludere anche il ricorso alla tutela cautelare davanti al giudice ordinario. Ciò sia per la natura giurisdizionale di quest'ultima sia perché l'arbitrato irrituale (a differenza di quello rituale) non si estrinsecherebbe in un giudizio al quale la tutela cautelare possa collegarsi.

L'impostazione favorevole osservava invece che l'arbitrato irrituale non esclude mai del tutto la giurisdizione, dato che le parti possono pur sempre ricorrere al giudice sia per procurarsi un decreto ingiuntivo o una sentenza di condanna così da ottenere, sulla base del lodo irrituale, il titolo esecutivo, sia per sottoporre a controllo, nei limiti delle impugnative negoziali, la pronuncia degli arbitri. Nulla avrebbe pertanto ostato a ritenere la rinuncia alla giurisdizione come una rinuncia solo parziale, limitata al giudizio di merito e non ricomprendente la sfera cautelare. Del resto, è diffusa la convinzione che anche l'arbitrato rituale abbia natura negozia-

(1) Per l'impossibilità di agire in sede cautelare in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, cfr. Trib. Catania, 13 settembre 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507; Trib. Vercelli, 29 luglio 1998, in *Riv. arbitrato*, 1999, 81, con nota di AULETTA; Trib. Napoli, 7 agosto 1997, in *Giur. it.*, 1998, 2070; Trib. Torino, 14 aprile 1997, *ivi*, 1997, I, 2, 556, con nota di CHIARLONI; Trib. Verona, 18 ottobre 1993, *ivi*, 1994, 177, con osservaz. di CAVALLINI; Trib. Bologna, 23 giugno 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3020; Trib. Milano, 29 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1; Cass., 25 novembre 1995, n. 12225, *ivi*, 1996, I, 1, 897; Id., 17 giugno 1993, n. 6757, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2640; Id., 19 ottobre 1982, n. 5656, in *Mass. Foro it.*, 1982.

(2) Nel senso della possibilità di ricorrere alla tutela cautelare anche in caso di arbitrato libero, cfr. Trib. Palermo, 17 febbraio 2002, in *www.giust.it*, 2002, n. 3, con nota di VALGUARNERA; Trib. Torino, 31 ottobre 1996, e Trib. Roma, 7 agosto 1997, in *Giur. it.*, 1998, 2070; Trib. Roma, 24 luglio 1997, in *Gius*, 1998, 120, in *Giur. it.*, 1998, 2070, e in *Foro it.*, 1998, I, 3669, con nota di GRASSO; Trib. Roma, 17 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 2257.

(3) In argomento, cfr. da ultimo CANELLA, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare in un recente provvedimento e dopo la l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1013-1023.

le, sicché l'esclusione della tutela cautelare per il solo arbitrato irrituale sarebbe stata irrazionale.

Non essendo, al tempo, le ordinanze in materia cautelare sottoponibili al vaglio della Cassazione nemmeno con il ricorso nell'interesse della legge (come oggi è invece consentito), si tentò di investire la Consulta del compito di dirimere il contrasto, sollevando (4) la questione di legittimità dell'art. 669 quinquies c.p.c. nella parte in cui non individuava il giudice ordinario competente ad emettere il provvedimento cautelare nel caso in cui la controversia fosse oggetto di clausola compromissoria per arbitrato irrituale, e dell'art. 669 octies c.p.c. nella parte in cui non stabiliva (e tuttora non stabilisce, lasciando aperto il campo all'attività interpretativa) i termini entro cui e le modalità con le quali la parte deve comunicare all'altra la propria intenzione di iniziare il procedimento di arbitrato irrituale facendo seguito all'ottenuta cautela. Secondo il giudice remittente, tali mancate previsioni non avrebbero consentito di ricorrere al giudice per ottenere tutela cautelare qualora le parti avessero previsto di devolvere la controversia ad arbitri irrituali.

La Corte Costituzionale, tuttavia, dichiarò manifestamente inammissibile la questione (5). Per la Consulta, infatti, la preclusione all'ammissione della tutela cautelare in presenza di clausola per arbitrato irrituale non discende dal tenore testuale degli articoli denunciati, ma discende da problemi di interpretazione del sistema normativo la cui soluzione spetta alla giurisprudenza comune.

2. (Segue): l'intervento legislativo

Occorreva dunque attendere l'intervento del legislatore, il quale, sulla scia di quanto anticipato per la materia societaria dall'art. 35, 5° co., prima parte, d.lgs. 5/2003 (dove già si era affermato che «la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies c.p.c.»), ha condivisibilmente abbracciato la tesi della compatibilità tra devoluzione della controversia ad arbitri irrituali e tutela cautelare.

---

(4) Per il provvedimento di rimessione, v. Trib. Torino, 21 maggio 2001, in *G.U.*, Serie speciale, 10 ottobre 2001, n. 39.

(5) Cfr. C. Cost., 5 luglio 2002, n. 320, in *Dir. e Giust.*, 2002, fasc. 32, 58, in *Riv. arbitrato*, 2002, 503, con nota di SASSANI, e in *Giur. it.*, 2003, 633, con osservaz. di CANALE.

La soluzione per la compatibilità, adottata dalla l. 80/2005, appare oltretutto lodevolmente garantista, in quanto ben difficilmente, nel precedente regime, all'atto della sottoscrizione di una clausola compromissoria per arbitrato libero la parte era consapevole che in tal modo si precludeva la possibilità di chiedere misure cautelari mettendo così a repentaglio, nelle more dell'arbitrato e del successivo ricorso all'autorità giudiziaria per la formazione di un titolo esecutivo, il soddisfacimento del proprio diritto. E ciò a tacere del fatto che spesso l'attribuzione della natura rituale o irrituale ad una clausola compromissoria è opinabile e quindi il riconoscimento della tutela cautelare era non di rado affidato alla sorte.

3. Competenza per la misura cautelare

Il legislatore della riforma ha altresì affrontato il problema del giudice competente per l'emissione del provvedimento cautelare in presenza di una clausola per arbitrato libero, disponendo espressamente l'applicazione della norma che originariamente poteva pensarsi dedicata al solo caso di riserva della cognizione ad arbitri rituali.

Così, ai sensi del nuovo art. 669 quinquies, 1° co., c.p.c., tanto per i provvedimenti cautelari anteriori alla devoluzione in arbitrato libero come per i provvedimenti chiesti durante lo svolgimento dello stesso, sarà competente il giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito della causa se la materia non fosse stata oggetto di clausola compromissoria o compromesso (che può non coincidere con il giudice del luogo dove, per scelta delle parti, deve svolgersi la procedura arbitrale).

4. Casi di perdita di efficacia del provvedimento cautelare: il mancato raccordo tra cautela e merito

La riforma non ha invece disposto nulla circa il raccordo tra la fase cautelare riconosciuta possibile nonostante la presenza di una clausola per arbitrato libero e il giudizio di merito, lasciando insoluti due dubbi: entro quale scadenza e come ci si deve muovere, laddove la successiva causa di merito continui ad essere necessaria, per scongiurare la perdita di efficacia della misura concessa?

Entrambi gli interrogativi non destano troppo allarme.

Essi sembrano risolvibili assai semplicemente tramite l'applicazione analogica delle norme, in particolare quelle contenute all'art. 669 octies, 5° co., c.p.c., originariamente pensate, al pari dell'antico art. 669 quinquies, 1° co., c.p.c., per i soli rapporti tra tutela cautelare ed arbitrato rituale (6).

Pertanto, quando sia stato concesso un provvedimento di tipo conservativo, per la cui sopravvivenza occorre tuttora instaurare la causa di merito, al fine di evitare l'inefficacia della misura cautelare sarà prescritta l'osservanza dell'art. 669 octies, 5° co., c.p.c.

Quanto alla scadenza, bisognerà di conseguenza rispettare il termine che la l. 80/2005 ha oggi elevato da trenta a sessanta giorni.

Quanto al come, bisognerà invece notificare all'altra parte domanda di arbitrato e procedere alla nomina dell'arbitro o degli arbitri eventualmente di propria spettanza (7), mentre potrebbe presentare qualche rischio limitarsi semplicemente a compiere, nei sessanta giorni, un qualsiasi atto diretto ad iniziare l'arbitrato (8).

Per considerare assolto il requisito della strumentalità non pare, ad ogni modo, indispensabile seguire *iter* complessi, ipotizzati in dottrina (9), che prevedono la proposizione al giudice ordinario di una domanda di

---

(6) Per l'avvertimento che oggi il nuovo l'art. 808 ter c.p.c. dichiara espressamente «inapplicabili all'arbitrato irrituale le norme che il codice di procedura civile dedica a quello rituale», sicché le prescrizioni dell'art. 669 octies, 5° co., c.p.c. «possono rappresentare tutt'al più un punto di riferimento», v. peraltro BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in Atti del Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Ravenna, 19 maggio 2006, par. 6.

(7) Per il rinvio ai modi previsti dal 5° co. dell'art. 669 octies c.p.c., v. anche LUISO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 228; nonché BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 324, a parere del quale occorre ipotizzare una qualche «formalizzazione» della fase introduttiva dell'arbitrato libero.

(8) Per la sufficienza che la parte che abbia ottenuto un provvedimento cautelare compia, nel termine di sessanta giorni, qualunque atto idoneo a far iniziare il procedimento di amichevole composizione, cfr. invece OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (legge 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it* (15 giugno 2005), par. 2, il quale peraltro soggiunge che nella pratica il problema è semplificato, «essendo noto che la forma introduttiva (anche) dell'arbitrato irrituale è di solito pure costituita dalla notificazione della domanda». Così pure per BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 6, la «procedura arbitrale può iniziare secondo le regole che le sono proprie, purché tali regole consentano a chi ha ottenuto il provvedimento di avere la prova della data in cui la domanda è stata proposta».

(9) Per una loro rassegna, cfr. BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, 101; GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 2005, 785, e in PUNZI e RICCI (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, 85.

merito volta ad ottenere l'adempimento dell'obbligo eventualmente scaturente dal lodo pronunciato in sede di arbitrato irrituale.

5. (Segue): l'estinzione del giudizio di merito o della pronuncia del lodo

Giungendo al tema dell'estinzione del giudizio, l'assimilabilità tra procedimento di merito ed arbitrato, sia esso affidato ad arbitri rituali o irrituali, permette poi di ritenere che la misura cautelare di carattere conservativo perda di efficacia ai sensi del 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c. anche quando successivamente al suo inizio l'arbitrato si estingua (o per volontà delle parti o per il venire meno degli arbitri o perché è scaduto il termine per la pronuncia del lodo che le parti stesse abbiano fissato).

E sempre l'assimilabilità tra procedimento di merito ed arbitrato, tanto rituale quanto irrituale, permette di parificare il lodo alla sentenza dichiarativa dell'inesistenza del diritto, da cui discende, *ex* art. 669 novies, 3° co., c.p.c., l'inefficacia del provvedimento concesso dal giudice della cautela (10).

Così pure, infine, l'assimilabilità tra procedimento di merito ed arbitrato anche irrituale porta a ritenere che il lodo di accoglimento della domanda proposta in sede di arbitrato irrituale assorba la misura cautelare in precedenza concessa, che in tal modo esaurisce la propria funzione. O meglio, deve ritenersi che l'effetto di assorbimento si abbia nel momento in cui il lodo irrituale acquisti efficacia esecutiva. Cosa che può avvenire con estrema rapidità, ad esempio ottenendo dall'autorità giudiziaria un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo sulla base della prova scritta rappresentata dal lodo oppure sottoponendo ad autentica il lodo stesso per farlo rientrare tra le scritture private capaci di costituire titolo esecutivo a cui fa riferimento il nuovo testo dell'art. 474, 2° co., n. 2, c.p.c. (11).

(10) Nel senso della caducazione, dichiarabile con il procedimento *ex* art. 669 novies c.p.c., del provvedimento cautelare per effetto della pronuncia di un lodo irrituale che neghi la sussistenza del diritto alla cui tutela la cautela sia volta, cfr. anche BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 6.

(11) In questa direzione pare orientato anche BORGHESI, *op. loc. cit*.

Articolo 669 octies c.p.c.
PROVVEDIMENTO DI ACCOGLIMENTO

*Testo vigente**

669 octies. *Provvedimento di accoglimento*. – L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 669 novies.

In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni.

Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione.

Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni.

Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'art. 669 novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito

Testo precedente

669 octies. *Provvedimento di accoglimento*. – L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 669 novies .

In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di trenta giorni.

Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione.

Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni.

Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

* Articolo modificato dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

Testo vigente

di denunzia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.

L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma [*comma precedente*]**, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.

L'autorità del provvedimento cautelare

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Termine per iniziare il giudizio di merito – **2.** Considerazioni introduttive sulla possibilità di non instaurare il giudizio di merito o di estinguerlo: la nuova disciplina dei provvedimenti cautelari anticipatori – **3.** (Segue): l'allentamento del nesso di strumentalità – **4.** Esame analitico della nuova disciplina: le analogie e le differenze con il rito societario – **5.** (Segue): la distinzione tra provvedimenti anticipatori e conservativi – **6.** (Segue): i provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. – **7.** (Segue): la distinzione tra provvedimenti anticipatori cautelari e non cautelari – **8.** (Segue): il persistente requisito del pregiudizio irreparabile per la tutela *ex* art. 700 c.p.c. – **9.** (Segue): i provvedimenti di nunciazione – **10.** Corollari dell'attenuazione del nesso di strumentalità: la condanna alle spese – **11.** (Segue): la fissazione del termine per iniziare la causa di merito – **12.** (Segue): la procura alle liti – **13.** (Segue): il luogo della citazione per il merito – **14.** (Segue): il contenuto del ricorso cautelare – **15.** (Segue): le prescrizioni e le decadenze – **16.** Casi di perdita di efficacia del provvedimento cautelare: la declaratoria di inesistenza del diritto – **17.** (Segue): la pronuncia di una sentenza processuale – **18.** (Segue): il mancato pagamento della cauzione – **19.** (Segue): il mancato riconoscimento della sentenza straniera o del lodo estero – **20.** Conseguenze della perdita di efficacia del provvedimento – **21.** Inefficacia del provvedimento in un altro processo – **22.** Allentare il nesso di strumentalità anche per i provvedimenti cautelari di tipo conservativo?

1. Termine per iniziare il giudizio di merito

Ottenuta la misura cautelare, per evitare che essa divenga inefficace la parte deve continuare la causa in sede di merito.

L'art. 669 octies c.p.c. si occupa per l'appunto del legame tra fase cautelare e fase di merito.

La regola sino ad oggi vigente è stata quella del collegamento necessario.

Ma, come meglio si vedrà in seguito, la l. 80/2005, con una importante innovazione, ha stabilito, introducendo all'art. 669 octies c.p.c. i nuovi 6°, 7° e 8° co., che i provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio possano

** Correzione dell'Autore.

mantenere la loro efficacia anche quando nessuna delle parti instauri il successivo giudizio a cognizione piena ovvero questo si estingua.

Il legislatore della riforma ha così circoscritto l'onere di instaurare e coltivare la causa di merito al caso in cui il provvedimento cautelare concesso sia di tipo conservativo.

In margine alla limitazione delle ipotesi di decadenza dalla misura cautelare, la l. 80/2005 ha poi modificato il 1° e il 2° co. dell'art. 669 octies c.p.c., raddoppiando i termini per l'inizio del procedimento di merito.

È stato infatti portato da trenta a sessanta giorni il termine perentorio massimo fissato dal giudice della cautela per cominciare il giudizio di cognizione ed è stato parimenti elevato da trenta a sessanta giorni il termine entro il quale, in mancanza di fissazione da parte del giudice, la causa di merito deve essere intrapresa.

L'allungamento dei termini ha, evidentemente, la finalità di concedere al difensore più tempo per la redazione dell'atto di citazione nel giudizio di merito dopo aver ottenuto una misura di carattere conservativo. Se invece la misura è di carattere anticipatorio, la novità non riveste un apprezzabile significato, dato che nel nuovo regime la causa di merito potrà essere proposta anche successivamente al decorso delle scadenze di cui all'art. 669 octies, 1° e 2° co., c.p.c.

2. Considerazioni introduttive sulla possibilità di non instaurare il giudizio di merito o di estinguerlo: la nuova disciplina dei provvedimenti cautelari anticipatori

L'esenzione dall'obbligo di iniziare la causa di merito dopo aver ottenuto un provvedimento cautelare di carattere anticipatorio costituisce il cuore dell'intervento riformatore operato in materia cautelare dalla l. 80/2005.

Già si è anticipato che la riforma è stata realizzata inserendo, nell'art. 669 octies c.p.c., tre nuovi commi: il 6°, il 7° e l'8° co.

Quanto disposto di tali commi allenta il collegamento tra giudizio cautelare e di merito, assicurando la stabilità degli effetti del provvedimento cautelare di tipo anticipatorio in relazione al quale non sia stato instaurato (o si sia estinto) un successivo giudizio di merito, e parallelamente ribadisce l'esclusione dell'efficacia in altri processi della pronuncia resa in sede cautelare.

In particolare, il nuovo art. 669 octies, 6° co., c.p.c., detta la regola secondo cui i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della

sentenza di merito conservano la loro efficacia, se pronunciati *ante causam*, anche quando non siano seguiti dal giudizio di merito, e, coerentemente, il nuovo art. 669 octies, 7° co., c.p.c., stabilisce che essi conservino efficacia, qualora emanati tanto prima quanto in corso di causa, anche quando il giudizio di merito si estingua.

Più di preciso, ai sensi del nuovo 6° co., non è più necessario, una volta ottenuta la misura cautelare che anticipi il contenuto della sentenza di merito, iniziare, a pena di sopravvenuta inefficacia del provvedimento, il giudizio a cognizione piena nel termine perentorio stabilito dal giudice ovvero in quello individuabile *ex lege* in mancanza di fissazione giudiziale. Né, ai sensi del nuovo 7° co., è più necessario coltivare il giudizio di merito per mantenere in vita la misura anticipatoria, dal momento che il provvedimento diviene indifferente rispetto all'eventuale estinzione del giudizio di merito, anche quando il provvedimento cautelare sia stato reso nel corso dello stesso giudizio poi estintosi. Pertanto, in virtù dei ricordati 6° e 7° co., chi abbia visto accogliere l'istanza per la concessione di una misura cautelare anticipatoria non è tenuto a notificare all'altra parte la citazione introduttiva della causa di merito o la domanda di arbitrato e tanto meno è tenuto a coltivare il giudizio che sia stato instaurato da lui o dal suo avversario. Ma comunque, come recita il nuovo 8° co., l'autorità del provvedimento cautelare, ancorché possa ipotizzarsi uno sganciamento tra quest'ultimo e il giudizio di merito, resta confinata nel procedimento nell'ambito del quale è stato emesso, non essendo invocabile in altri processi.

Naturalmente, come puntualizza l'ultima parte del 6° co., è fatto salvo il diritto di qualsiasi parte a «iniziare il giudizio di merito».

In pratica, la l. 80/2005 ha previsto che, nonostante la mancata instaurazione o l'estinzione del giudizio di cognizione, i provvedimenti cautelari anticipatori mantengano un'efficacia che, pur non consolidandosi in giudicato, può protrarsi indefinitamente nel tempo fino a conseguire la stabilizzazione dei rapporti attraverso meccanismi di diritto sostanziale, quali la prescrizione o l'usucapione, che rendono irreversibile la situazione determinatasi con l'esercizio dell'azione cautelare.

Si è in tal modo spezzato il necessario collegamento tra fase cautelare e di merito, da tempo segnalato, in relazione a talune categorie di rimedi cautelari, come uno dei maggiori difetti della disciplina introdotta con la novella del 1990 (1).

---

(1) Sul punto, a commento della l. 353/1990, CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 672 s., e *Riflessioni inattuali sulla novella del pro-*

Ottenuto il provvedimento cautelare, il ricorrente vittorioso ha infatti spesso soddisfatto la propria pretesa e non ha interesse a coltivare la causa nel merito. Né l'interesse ad instaurare il giudizio a cognizione piena sorge inevitabilmente in capo alla parte soccombente, per la quale può risultare non conveniente intraprendere un successivo processo dove la propria soccombenza verrebbe probabilmente confermata ed a cui può comunque non importare di rovesciare la situazione imposta dal giudice della cautela, se prevede che la sentenza di merito sarà pronunciata a distanza di anni.

3. (Segue): l'allentamento del nesso di strumentalità

Per descrivere il nuovo assetto normativo si è parlato di «attenuazione», «allentamento» o «diluizione» del nesso di strumentalità tra tutela cautelare e tutela ordinaria.

Ma in realtà la strumentalità della tutela cautelare rispetto alla tutela di merito, dal punto di vista funzionale, si è mantenuta, tanto è vero che la sussistenza del *periculum in mora* continua ad essere il presupposto generale per la concedibilità dei provvedimenti cautelari, siano essi anticipato-

---

cesso civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali), in *Foro it.*, 1990, V, 501, scriveva: «si è persa un'occasione per separare la disciplina dei sequestri da quella dei provvedimenti anticipatori, così da introdurre, grazie ad un diverso modo di considerare questi ultimi, un fortissimo elemento deflazionatore del processo ordinario. L'occasione consisteva nello sciogliere il nodo di correlazione necessaria tra provvedimento anticipatorio e processo di merito», ed aggiungeva: «non vedrei nulla di scandaloso in un sistema che, consentendo al giudice di provvedere in maniera provvisoria e anticipata sulla tutela giurisdizionale», «lasci poi al controinteressato l'iniziativa di chiedere un eventuale provvedimento definitivo di accertamento». Non a caso, negli corso degli anni, è stato più volte proposto (sino a che il suggerimento è stato accolto con l'odierna l. 80/2005, dopo essere stato «sperimentato», nella materia societaria, con il d.lgs. 5/2003) di abrogare l'art. 669 novies c.p.c. nella parte in cui ricollegava, per le misure cautelari di ogni natura, la perdita di efficacia del provvedimento concesso nella fase sommaria alla mancata instaurazione della causa di merito: v. PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. Premessa*, in *Foro it.*, 1998, V, 8, e il punto 43 della proposta di disegno di legge delega elaborata dalla Commissione Tarzia, in *Riv. dir. process.*, 1996, 945 ss., part. 964, nonché la relativa relazione, *ivi*, 971 ss., part. 1016 s. Per l'indicazione di mantenere, con gli opportuni adattamenti, i principi attualmente vigenti, ma di completare la disciplina dell'efficacia nel tempo dei provvedimenti cautelari con «la previsione delle ipotesi nelle quali non è indispensabile un successivo giudizio di merito», v. inoltre la lett. b) del punto 53 del progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella, riversata poi nella lett. b) dell'art. 50 del d.d.l. delega C. 4578/XIV. Nel senso di rendere eventuale e non necessaria la fase di merito successiva al rilascio del provvedimento d'urgenza *ante causam*, consentendo peraltro, nel caso di mancato inizio del giudizio di merito, la revocabilità e modificabilità del provvedimento d'urgenza da parte del giudice che l'ha emesso, allorché si verifichino mutamenti delle circostanze, v. anche il d.d.l. d'iniziativa governativa C. 2229/XIV, recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile», e il parere positivo reso su tale aspetto dal C.S.M. il 21 febbraio 2002.

ri o conservativi. Solo che, dal punto di vista strutturale, il rigido aggancio temporale che un tempo collegava la fase cautelare alla fase di merito è venuto meno: per i provvedimenti conservativi è rimasto; per quelli anticipatori è divenuto meramente eventuale, posto che gli effetti della misura anticipatoria non sono più limitati e condizionati nel tempo dalla tempestiva instaurazione della causa di merito (2).

La giusta precisazione secondo cui resta invariata la strumentalità funzionale della tutela cautelare rispetto alla tutela di merito, pur corretta sotto il profilo teorico, dovrà però fare i conti con il fatto che la possibilità di ottenere un provvedimento sommario autonomo rispetto all'eventuale fase successiva a cognizione piena tenderà ad incentivare le parti ad usarlo per un fine che non sarà più tanto quello di preservare diritti oggetto di un successivo processo, «quanto piuttosto quello di far conseguire a chi ne abbia bisogno (indipendentemente da un giudicato che ne accerti il diritto) un provvedimento in grado di fornirgli immediatamente l'utilità sostanziale di cui abbia necessità» (3). E, parallelamente, i giudici tenderanno ad accentuare, di fronte a un provvedimento in grado di produrre i suoi effetti a tempo indeterminato, l'indagine sul requisito del *fumus boni iuris*, che probabilmente «verrà valutato con maggiore severità, considerata la possibile assenza dell'accertamento a cognizione piena, rispetto al *periculum*» (4).

Insomma, pare fondato ipotizzare che, nonostante la mantenuta strumentalità funzionale della tutela cautelare rispetto a quella di merito, si assisterà ad una progressiva svalutazione del requisito, pur mai abrogato dal legislatore, del *periculum in mora*.

D'ora innanzi, il baricentro delle azioni giudiziarie dovrebbe pertanto tendere sempre più verso il giudice della cautela, i cui provvedimenti diverranno capaci di soddisfare adeguatamente ed in maniera potenzialmente definitiva numerose istanze.

---

(2) Per la distinzione tra nesso di strumentalità «funzionale», mantenutosi, e nesso di strumentalità «strutturale», allentatosi, cfr. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in Atti del Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Ravenna, 19 maggio 2006, par. 1 ss. In termini simili, a parte la differente fraseologia, cfr. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 328 ss., secondo cui «l'innovazione, più che sulla 'strumentalità' dei provvedimenti in esame, incide sull'altra caratteristica tradizionale della tutela cautelare, ossia sulla sua 'provvisorietà'. Quanto alla strumentalità, infatti, lo stretto collegamento funzionale tra il provvedimento anticipatorio e la tutela ordinaria resta tuttora assicurato, esattamente come per i provvedimenti conservativi, dalla rammentata esigenza che il diritto oggetto di tutela sia minacciato da un *periculum in mora*».

(3) OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (legge 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it* (15 giugno 2005), par. 1.

(4) *Ibidem.*

4. Esame analitico della nuova disciplina: le analogie e le differenze con il rito societario

La nuova disciplina della strumentalità attenuata è analoga a quella dettata, per il rito societario, dagli artt. 23, 1°, 4° e 6° co., e 24, 3° co., d.lgs. 5/2003, attuativi della delega di cui all'art. 12, 2° co., lett. c), l. 3 ottobre 2001, n. 366.

La legge delega per la riforma del diritto societario conteneva infatti la specifica direttiva secondo cui il Governo avrebbe dovuto prevedere la mera facoltatività dell'instaurazione della causa di merito dopo la pronuncia di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare, la stabilità degli effetti prodotti dai provvedimenti cautelari non seguiti dal giudizio di merito, l'impossibilità per essi di acquistare efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse. Di conseguenza, quanto ai provvedimenti cautelari anteriori alla causa, l'art. 23, d.lgs. 5/2003, aveva stabilito, al 1° co., l'inapplicabilità dell'art. 669 octies c.p.c. «ai provvedimenti d'urgenza ed agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito», prevedendo altresì che «essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata», e soggiungendo, al 4° co., che «l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia della misura cautelare di cui al 1° co.»; mentre quanto ai provvedimenti cautelari in corso di causa, l'art. 24, 3° co., d.lgs. 5/2003, aveva coerentemente previsto che «in ogni caso, l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti d'urgenza o degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito».

Uguale è poi, per il campo societario e per il nuovo procedimento uniforme, la *ratio* deflattiva della riforma, diretta a ridurre il numero dei processi a cognizione piena, il cui onere viene ora accollato su chi intenda ribaltare in sede di merito il risultato scaturito in sede cautelare o su chi, pur vincitore nel giudizio sommario, non si accontenti della limitata efficacia e stabilità della misura cautelare ottenuta ma abbia necessità degli effetti di una sentenza idonea a passare in giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Tanto per il processo societario quanto per la l. 80/2005, la scommessa è che in parecchi casi le parti siano disposte ad accettare l'assetto di interessi determinatosi con l'emissione del provvedimento cautelare e non avvertano dunque l'esigenza di intraprendere o di completare il giudizio a cognizione piena.

Né può considerarsi una vera e propria differenza rispetto all'antecedente rappresentato dall'art. 23, d.lgs. 5/2003, trattandosi di una diversa esplicazione della formula contenuta nel decreto sul rito societario, la circostanza che il nuovo 6° co. dell'art. 669 octies c.p.c. si riferisca, dove dispone l'attenuazione del vincolo di strumentalità in relazione «ai provvedimenti di urgenza» e «agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito», ai provvedimenti di urgenza «emessi ai sensi dell'art. 700» e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito «previsti dal codice civile o da leggi speciali». La precisazione che i provvedimenti d'urgenza sono quelli emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. è infatti ovvia, mentre sembra corretto, ancorché meno ovvio, attribuire al codice civile o alle leggi speciali le misure anticipatorie diverse dai provvedimenti d'urgenza, escludendo, dunque, che nel codice di procedura civile possano rinvenirsi provvedimenti cautelari anticipatori ulteriori rispetto a quelli emessi *ex* art. 700 c.p.c.

5. (Segue): la distinzione tra provvedimenti anticipatori e conservativi

Con la riforma, è evidentemente divenuta cruciale la distinzione, sinora esclusivamente dogmatica, tra misure cautelari di carattere anticipatorio e di carattere conservativo (5).

Da un lato, come recita il nuovo 6° co. dell'art. 669 octies c.p.c., avremo i provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. e gli altri provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio previsti dal codice civile o da leggi speciali.

Dall'altro lato avremo i rimanenti provvedimenti cautelari, vale a dire i provvedimenti cautelari conservativi ed in particolare i sequestri.

I primi, caratterizzati dal far operare in via provvisoria e anticipata quegli effetti dell'emananda decisione di merito che tardando risulterebbero inefficaci o inattuabili, potranno avere una loro autonoma stabilità.

I secondi, caratterizzati dall'intento di conservare integro uno stato di fatto in attesa ed allo scopo che su di esso il provvedimento principale possa in futuro esercitare i suoi effetti, postulano invece necessariamente che si intraprenda il giudizio di merito. Il che è palese quando, ad esempio, si ottiene un sequestro giudiziario o conservativo ai sensi degli artt. 670 o

(5) La contrapposizione tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori è ben definita da CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936 (ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 163 ss.), 26 s.

671 c.p.c. o un'ulteriore figura di sequestro prevista dal codice civile o da leggi speciali: il sequestro non ha di per sé la funzione di anticipare, in via provvisoria, il soddisfacimento del diritto alla proprietà di un bene o al pagamento di una somma, ma ha esclusivamente la funzione di consentire, conservando al proprietario l'integrità del bene in contesa e al creditore la garanzia del credito, che quel diritto possa essere utilmente riconosciuto da una successiva sentenza. Ma anche per altre figure, pur mancando il *nomen iuris* di «sequestro», pare non possano sussistere dubbi sulla natura conservativa: si pensi ai procedimenti di descrizione contemplati dagli artt. 128 e 129, d.lgs. 30/2005, in materia di proprietà industriale, e dagli artt. 161-162, l. 633/1941, in materia di diritto d'autore; alle misure cautelari pronunciate dal giudice delegato ai sensi dell'art. 146, l. fall., ora peraltro abrogate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e quindi confluite nelle corrispondenti previsioni generali, consistenti di solito nel sequestro conservativo di beni a carico di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori nei cui confronti fosse stata proposta l'azione di responsabilità; ai provvedimenti cautelari o conservativi che il tribunale può emettere *ex* art. 15, 8° co., l. fall., come sostituito dall'art. 13, d.lgs. 5/2006, a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del procedimento per la dichiarazione di fallimento (6).

La distinzione presenta, naturalmente, parecchie zone d'ombra.

Con buona approssimazione si può dire che l'orientamento più restrittivo ritiene che sia anticipatorio solo il provvedimento il cui contenuto corrisponda a quello di una sentenza di accoglimento (almeno parziale) della domanda di merito sottesa (7); mentre l'orientamento più estensivo consi-

---

(6) Per i nuovi provvedimenti *ex* art. 15, 8° co., l. fall., lo stretto legame con il giudizio di merito, proprio delle misure conservative, è d'altra parte enunciata nella stessa disposizione, dove si legge che essi «hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza». Cfr. DE SANTIS, sub *art. 15*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, 1, Bologna, 2006, 296 ss.

(7) Per questa impostazione, con riferimento all'analoga problematica sorta per la materia cautelare societaria, cfr. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità dei nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1519 s., per il quale sono di carattere anticipatorio i provvedimenti «che producono subito degli effetti che sono uguali a quelli che produrrebbe la sentenza di merito di accoglimento dell'azione», mentre non lo sono quelli che si limitano a produrre «effetti diversi e minori», idonei ad «assicurare» gli effetti della sentenza di merito ma non sovrapponibili ad essa. Riguardo poi alla l. 80/2005, per una «ricostruzione in termini rigorosamente oggettivi del concetto di anticipazione cautelare», così che «si sarà al cospetto di un provvedimento anticipatorio solamente quando il contenuto della misura cautelare corrisponda al contenuto di una sentenza di accoglimento (almeno parziale) della domanda di merito sottesa a quella cautelare», cfr. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 334, tanto più che l'adozione di altri criteri renderebbe «assai incerta la linea di confine tra le due categorie»; contro una interpreta-

dera sufficiente che l'ordinanza cautelare consenta di ottenere un risultato sostanzialmente equivalente a quello della sentenza chiesta nel giudizio di merito (8).

---

zione ampia del concetto di provvedimento anticipatorio, cfr. anche GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 2005, 793, e in PUNZI e RICCI (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, 93, secondo cui è da preferire una ricostruzione prudenziale, tenuto conto che «l'attenuazione del vincolo della strumentalità è posta comunque dal legislatore come eccezione ad una regola in materia cautelare, che ne ha condizionato tutta la struttura del procedimento, che continua ad essere quella della necessaria successione tra cautela e giudizio di merito», e tenuto conto che se «è vero che la direzione nella quale sembra volersi muovere il legislatore è quella della sommarizzazione», è però anche vero che «esigenze di certezza nelle relazioni sociali spingono a guardare a questi primi approcci del sistema a misure con una stabilità che non è quella del giudicato con una certa dose di circospezione, al di là delle doti taumaturgiche rispetto ai problemi della giustizia che nelle stesse si vogliono riconoscere».

(8) In questo senso, in relazione al processo cautelare societario, cfr. SALETTI, sub *art. 23*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 222 s., secondo il quale «il carattere anticipatorio della misura cautelare deve essere inteso estensivamente: anche una misura che non anticipi totalmente o parzialmente la decisione di merito in funzione della quale è stata richiesta, potrà essere idonea a fruire del regime di strumentalità 'attenuata'», dal momento che «la previsione normativa pone l'accento sugli 'effetti' della decisione di merito più che sulla statuizione contenuta nella stessa: con il risultato che anche misure cautelari aventi un contenuto diverso da quello della decisione di merito, quando ne garantiscano gli 'effetti', cioè un risultato pratico sostanzialmente equivalente a quello della prima» potranno considerarsi «anticipatori». E quanto alla l. 80/2005, per l'adozione di un criterio «pratico», cfr. BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 3, per il quale «il provvedimento per essere anticipatorio non deve necessariamente assumere i connotati del provvedimento satisfattivo (o essere suscettibile di assumere tali connotati), ma, come è stato giustamente osservato, essere semplicemente in grado di fornire una qualche pratica utilità»; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 137, il quale osserva che la conclusione per l'ampiezza della categoria è «rafforzata dal fatto che il nuovo art. 669 octies c.p.c. ha espressamente inserito fra i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata quelli emanati in seguito alle denunce di nuova opera», i quali, essendo generalmente costituiti da ordini di sospensione o in prescrizioni di fare per ovviare al pericolo, non possono ascriversi alla categoria dell'anticipatorietà in senso stretto; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 80 ss., part. 85 ss., per il quale in primo luogo bisogna tenere presente che «in ordine alle azioni di accertamento, di accertamento costitutivo e di modificazione giuridica, la tutela urgente si risolve sempre nell'adozione di misure di regolamentazione provvisoria, che non assumono mai contenuti anticipatori puri» e non sarebbe opportuno escludere dal novero della strumentalità attenuata i provvedimenti di tipo innovativo, rendendo inapplicabile il nuovo regime ad un settore nevralgico della tutela d'urgenza, e in secondo luogo occorre considerare che sarebbe irrazionale obbligare le parti ad instaurare la causa di merito quando il provvedimento cautelare abbia raggiunto effetti pratici idonei a disciplinare il rapporto, fatto di cui giudicheranno le stesse parti che, se non avviano la causa di merito è perché, evidentemente, «esse sono soddisfatte dal regolamento provvisorio»; QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 811 ss., a cui parere, considerato che questa è l'ipotesi più utile in termini di economia dei giudizi, è anticipatorio il provvedimento che sia «idoneo a produrre effetti equivalenti, o sostanzialmente equivalenti, a quelli raggiungibili all'esito di un diverso e più complesso procedimento tendenzialmente a cognizione piena» e cioè che «sia di per sé idoneo a soddisfare il bisogno di tutela della parte istante».

Dovendo prendere posizione, sembra appropriato attribuire alla nozione di provvedimento anticipatorio un significato ampio, sicché anche una misura che non anticipi né totalmente né parzialmente la decisione di merito ma disponga qualcosa di diverso (pur non essendo anticipatoria nel senso rigoroso del concetto, non avendo un contenuto sovrapponibile a quello sperato per la sentenza di accoglimento) potrà considerarsi anticipatoria ai fini dell'art. 669 octies c.p.c. quando assicuri un risultato pratico analogo a quello della pronuncia finale.

Non si vede del resto perché spingere l'attore ad intraprendere e coltivare il giudizio di merito quando egli stesso, accontentandosi degli effetti della misura cautelare e rinunciando ad iniziare la fase a cognizione piena, mostri di ritenere che il risultato pratico da lui perseguito sia stato raggiunto.

In questa prospettiva, vale a dire nella prospettiva dell'anticipazione del risultato pratico della domanda, va risolto, ad esempio, l'interrogativo circa il carattere anticipatorio o conservativo dei provvedimenti di sospensione dell'efficacia di delibere di cui si chieda l'annullamento, tra i quali si annoverano i provvedimenti che sospendano l'esecuzione di delibere assunte, a seconda delle varie ipotesi, dall'assemblea di una associazione (art. 23, 3° co., c.c.), dai partecipanti ad una comunione (art. 1109, 2° co., c.c.), dall'assemblea di un condominio (art. 1137, 2° co., c.c.), dai componenti di una società di persone che intendano escludere un socio (art. 2287, 2° co., c.c.) o dall'assemblea di una società di capitali (art. 2378, 4° co., c.c.) (9).

Considerato infatti che il provvedimento di sospensione dell'efficacia dell'atto realizza di norma, agli effetti pratici, lo scopo a cui è volto l'annullamento o la declaratoria di nullità, non sembrerebbe dubbio che alla

(9) Sul presupposto della non condivisibilità di una impostazione che faccia riferimento al risultato «pratico» conseguito dalla misura cautelare, per BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 334 e 336, al contrario, pur essendo indubbia l'idoneità della misura sospensiva ad «appagare» i condomini o i soci impugnanti, la sospensione degli effetti di una deliberazione condominiale o assembleare non può qualificarsi anticipatoria, essendo semplicemente preordinata «ad evitare che l'esecuzione dell'atto impugnato determini modificazioni di fatto o diritto non più compiutamente eliminabili o rimediabili *ex post*». Per la natura anticipatoria, nel contesto di una impostazione secondo cui è «anticipatorio quel provvedimento cautelare che prevede, a carico della controparte, quegli stessi doveri di fare o di astenersi che ad essa saranno imposti dalla sentenza di merito», v. invece LUISO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 221 s., per i quali, «esemplificando, la sospensione cautelare di una delibera di fusione di due società è anticipatoria dell'annullamento nel merito della stessa, poiché la fusione si ferma nella stessa, identica misura vuoi che la delibera sia sospesa vuoi che sia annullata». Coerentemente con le premesse enunciate in termini generali, in materia societaria, SALETTI, sub *art. 23*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 223, riconosce il carattere anticipatorio del cautelare che sospenda gli effetti di un atto, mentre CONSOLO, *Le prefigurabili inanità*, cit., 1520, lo nega.

sospensiva debba riconoscersi, ai nostri fini, natura anticipatoria e che quindi goda del regime di stabilità di cui al nuovo art. 669 octies c.p.c.

Di fatto, adottando l'interpretazione estensiva che riconosce natura anticipatoria ai provvedimenti che attribuiscano subito anche solo il risultato pratico del provvedimento, la strumentalità attenuata finisce per diventare la regola, valevole per la maggior parte dei provvedimenti cautelari, previsti dal codice di procedura civile, dal codice civile e dalle leggi speciali, mentre la strumentalità piena, propria dei provvedimenti conservativi, si riduce ad una eccezione, caratterizzando solo le misure cautelari riconducibili allo schema del sequestro o ad alcune tutele atipiche consentite dal ricorso all'art. 700 c.p.c. Lo stesso sequestro giudiziario di beni, del quale non parrebbe dubitabile la natura meramente conservativa, potrebbe assumere, nella prospettiva dell'anticipazione del risultato pratico, natura anticipatoria, come quando la nomina a custode giudiziario benefici la stessa parte che l'ha ottenuto e questa abbia interesse alla semplice gestione del bene (si immagini un sequestro di azioni nel quale il diritto di voto ricollegato alla titolarità di tali azioni venga riconosciuto alla parte sequestrante) (10).

6. (Segue): i provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c.

Considerata la formulazione letterale dell'art. 669 octies c.p.c., sembrerebbe sottointeso che tutti i provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. siano di tipo anticipatorio, dal momento che il legislatore li accomuna agli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito».

Ed in verità i provvedimenti emanati ai sensi dell'art. 700 c.p.c. hanno generalmente contenuto anticipatorio: si pensi ai provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. che anticipino il contenuto inibitorio di una futura decisione di merito volta a proibire atti di concorrenza sleale *ex* art. 2599 c.c. o comportamenti che possano ledere diritti assoluti specie personali o di libertà (ad esempio, l'inibitoria all'immissione di fumi o rumori che possano ledere il diritto alla salute; l'inibitoria alla diffusione di una notizia pregiudizievole per l'onore della persona diffamata ecc.).

(10) Per CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 137, pur in presenza di una norma come l'art. 676 c.p.c., generosa nell'attribuire al giudice il potere di dettare criteri e limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate, è tuttavia preferibile considerare il sequestro giudiziario di beni quale misura sempre conservativa, così da «mantenere certa la situazione giuridica in cui si trova il ricorrente rispetto all'onere di instaurare la causa di merito».

Ma ciò, pur essendo normale, non sempre avviene.

Non tutti i provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. possono considerarsi anticipatori.

La natura atipica e residuale dei provvedimenti d'urgenza permette infatti di invocare anche misure che abbiano carattere conservativo, quando manchi una misura cautelare tipica capace di assicurare il relativo effetto. Basti in proposito fare riferimento ai cosiddetti sequestri atipici, che il giudice pronuncia valendosi dell'art. 700 c.p.c. quando il bene cautelando non presenti le caratteristiche oggettive previste dall'art. 670 c.p.c., come nel caso del «sequestro giudiziario» di quote di una società a responsabilità limitata (11), oppure in relazione a controversie che non siano riconducibili ad alcuna tra le figure tipiche considerate dalla legge, come nel caso del «sequestro innominato» concesso in via d'urgenza per la tutela di invenzioni non brevettate o di marchi non ancora ottenuti (12); non sarebbe del resto difficile menzionare altre ipotesi ancora di utilizzo in funzione conservativa del provvedimento *ex* art. 700 c.p.c. (13)

Deve pertanto ritenersi, per motivi di ordine sistematico, che il legislatore, disponendo ambiguamente che il nuovo regime di stabilità previsto dall'art. 669 octies c.p.c. si applichi «ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito», abbia voluto riferirsi non a tutti i provvedimenti d'urgenza, ma ai provvedimenti d'urgenza in tanto in quanto categoria paradigmatica di misure cautelari con effetti normalmente anticipatori, con esclusione quindi di quei provvedimenti emanati ai sensi dell'art. 700 c.p.c. che non rivestano tale normale carattere anticipatorio (14).

---

(11) In proposito, cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 196 ss., 202 s.; C. Cost., 9 luglio 1970, n. 122, in *Foro it.*, 1970, I, 2294.

(12) Sul punto, cfr. Pret. Montebelluna, 8 aprile 1979, in *Riv. dir. ind.*, 1980, II, 167, e Pret. Roma, 1° ottobre 1973, *ivi*, 1974, II, 291; TOMMASEO, *op. ult. cit.*, 867.

(13) Le ricorda, a commento della disciplina dei cautelari societari, FRUS, sub *art. 23*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 663.

(14) Nel medesimo senso, MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 80; LUISO e SASSANI, *op. cit.*, 222 s., e, con riferimento all'analoga formula dettata per i cautelari in materia societaria dagli artt. 23 e 24, d.lgs. 5/2003, FRUS, *op. ult. cit.*, 664, il quale esprime l'opinione che «il legislatore delegato, con una tecnica di redazione normativa non ineccepibile, abbia dapprima menzionato i provvedimenti d'urgenza come paradigma di misure cautelari con effetti normalmente anticipatori cui riservare l'attenuazione della strumentalità e, al contempo, l'abbia estesa anche ad ogni altra misura, pur sempre (e soltanto) anticipatoria».

Questa conclusione deve essere accolta per l'insuperabilità delle ragioni sistematiche che la suggeriscono, benché lo stesso legislatore, soggiungendo l'inciso «nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denunzia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688», non si sia fatto scrupolo di assoggettare al nuovo regime di stabilità contemplato dall'art. 669 octies c.p.c. tutti i provvedimenti di nunciazione indipendentemente dal loro contenuto anticipatorio o (di frequente) conservativo (15).

Né sembra sufficiente a respingerla osservare che l'assoggettamento al nuovo regime di stabilità di tutti i provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. avrebbe il vantaggio pratico di evitare per questa categoria di misure cautelari la distinzione tra provvedimenti anticipatori e conservativi, che all'interno di una tutela atipica, capace di assumere imprevedibili sfumature, presenta difficoltà maggiori di quelle normali (16).

---

(15) Lo nota BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 338 s., il quale peraltro perviene ugualmente alla conclusione che «ai provvedimenti d'urgenza dal contenuto conservativo deve ritenersi integralmente applicabile il tradizionale regime di efficacia – che potrebbe definirsi di 'precarietà' – previsto dall'art. 669 novies c.p.c., anche se è facile immaginare che su questo punto regnerà per lungo tempo la massima incertezza». Secondo BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 2, invece, nonostante l'indice testuale dalla «e» posta tra i provvedimenti *ex* art. 700 e gli altri cautelari anticipatori, e le ragioni sistematiche che inducono a limitare ai provvedimenti d'urgenza a contenuto anticipatorio il nuovo regime di stabilità, l'interpretazione più corretta sarebbe quella secondo cui tutti i provvedimenti d'urgenza sopravvivano alla mancata instaurazione o alla estinzione del giudizio di merito proprio perché l'espressa sottrazione al sistema della strumentalità piena di alcune misure sicuramente non anticipatorie (come i provvedimenti nunciativi di cui all'art. 688, che sono più spesso conservativi che anticipatori, e come le cauzioni che possono essere ordinate dal giudice anche con riferimento ai provvedimenti cautelari anticipatori, finendo così per condividere con questi il regime di stabilità potenzialmente illimitata) «sembra un elemento importante per convincersi che la stessa regola deve valere anche per i provvedimenti *ex* art. 700 che hanno carattere conservativo o misto».

(16) In senso contrario, animato anche dall'esigenza di «evitare per quanto è possibile soluzioni incerte», cfr. CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 137, secondo il quale il legislatore, ponendosi sulla strada della semplificazione, ha assoggettato all'allentamento del nesso di strumentalità tutti i provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. senza distinguere a seconda del loro contenuto, sicché il termine perentorio per instaurare la causa di merito «ricadrebbe praticamente solo sul ricorrente che ha ottenuto un sequestro conservativo *ex* art. 671 c.p.c. o un sequestro giudiziario di beni *ex* art. 670, n. 1, c.p.c.». Sensibilità verso gli effetti di semplificazione discendenti da una considerazione unitaria dei provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. sono manifestati da BORGHESI, *op. loc. cit.*, che anche per questo motivo finisce per ritenere che la nuova disciplina delle ordinanze anticipatorie debba applicarsi a tutti i provvedimenti d'urgenza. Per MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 79 s., invece, pur dovendosi riconoscere che un'unica disciplina presenterebbe «il non trascurabile vantaggio di fornire certezza in ordine al regime applicabile alla più importante figura di tutela cautelare», le ragioni sistematiche che inducono ad una conclusione differente devono ritenersi prevalenti.

7. (Segue): la distinzione tra provvedimenti anticipatori cautelari e non cautelari

Ulteriori elementi di incertezza devono essere aggiunti.

Occorre infatti considerare che la funzione anticipatoria non è un connotato esclusivo della tutela cautelare, ma può accedere anche a provvedimenti sommari di cui si neghi la natura cautelare e che, per essere emessi, non presuppongano l'esistenza del *periculum in mora*.

Bisogna, in altri termini, tenere presente che nelle leggi speciali, nel codice civile e nello stesso codice di rito, esistono numerose ipotesi in cui, più che della natura anticipatoria o conservativa, si discute sul carattere cautelare o meno del provvedimento. E se è vero che spesso il legislatore prevede la sopravvivenza del provvedimento anticipatorio non cautelare all'estinzione del processo a cognizione piena (si pensi ai provvedimenti di cui agli artt. 186 bis, 186 ter, 186 quater c.p.c., che con l'estinzione del giudizio mantengono efficacia esecutiva o che, nell'ultimo caso, si trasformano in vere e proprie sentenze), laddove nulla sia previsto è da ritenere che tali provvedimenti decadano con il venir meno del processo principale, il che determina l'accentuarsi della già notevole importanza pratica della distinzione tra provvedimenti cautelari e no, ora destinata a riflettersi anche sul regime della stabilità del provvedimento, oltre che ai fini della reclamabilità (possibile, *ex* art. 669 terdecies c.p.c., per i soli provvedimenti cautelari) e della revoca o modifica (sempre possibile nel corso del procedimento principale, a discrezione del giudice, per i provvedimenti anticipatori non cautelari; possibile solo nelle forme e con i limiti di cui all'art. 669 decies c.p.c. per i cautelari).

Tra le varie altre ipotesi, il problema della distinzione tra natura cautelare e semplicemente anticipatoria del provvedimento si pone per l'ordinanza provvisionale contemplata dall'art. 24, 1° co., l. 24 dicembre 1969, n. 990, sull'assicurazione per la circolazione dei veicoli a motore, ora art. 147, 1° co., d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (o codice delle assicurazioni), a tenore del quale, nel corso del procedimento di primo grado, «qualora da un sommario accertamento risultino gravi elementi di responsabilità a carico del conducente», il giudice può concedere una somma pari ai quattro quinti della presumibile entità del risarcimento finale ai danneggiati che a causa del sinistro si vengano a trovare «in stato di bisogno».

Questa ordinanza può definirsi una misura cautelare di tipo anticipatorio?

Nonostante le oscillazioni della giurisprudenza, sembrerebbe che la natura cautelare dell'ordinanza provvisionale *ex* art. 147, 1° co., d.lgs. 209/2005,

non possa essere disconosciuta, posto che la concessione a titolo di anticipazione di una percentuale di quanto potrà essere liquidato in sentenza si ricollega all'esistenza di uno stato di bisogno in capo al danneggiato (17). E una volta affermata la natura cautelare dell'ordinanza, posto che sul suo carattere anticipatorio non possono nascere dubbi, dovrà concludersi che la provvisionale della quale si discute è destinata, in base alla nuova disciplina dell'art. 669 octies c.p.c., a mantenere efficacia anche in caso di estinzione del procedimento a cui accede (18).

Priva di natura cautelare, dal momento che prescinde dal requisito dello stato di bisogno, parrebbe invece l'ulteriore ordinanza provvisionale di cui al nuovo 5° co. dell'art. 147, d.lgs. 209/2005, introdotto dall'art. 5, l. 21 febbraio 2006, n. 102 (19), in forza del quale, «qualora gli aventi diritto non si trovino nello stato di bisogno di cui al 1° co.», il giudice (nel caso in cui da un sommario accertamento risultino gravi elementi di responsabilità a carico del conducente) «con ordinanza immediatamente esecutiva provvede all'assegnazione, a carico di una o più delle parti civilmente responsabili, di una provvisionale pari ad una percentuale variabile tra il trenta e il cinquanta per cento della presumibile entità del risarcimento che sarà liquidato con sentenza». Ne consegue che, fuoriuscendo dal campo delle misure cautelari, l'ordinanza di cui si discute non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 669 octies c.p.c. Quindi, nell'eventualità dell'estinzione del giudizio, il provvedimento in questione non potrà che perdere di efficacia seguendo il regime normale delle ordinanze rese in corso di causa.

---

(17) Per il riconoscimento della natura cautelare dei provvedimenti previsti dall'art. 24, 1° co., l. 990/1969, cfr. Trib. Reggio Calabria, 23 gennaio 2001, in *Riv. giur. circolaz. trasp.*, 2002, 387; Trib. Milano, 30 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 630, con nota di GASPERINI. *Contra*, Trib. Napoli, 12 marzo 2001, in *Riv. giur. circolaz. trasp.*, 2002, 387; Trib. Latina, 21 dicembre 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 630, con nota di GASPERINI.

(18) Per una diversa opinione v. OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, cit., par. 3, ad avviso del quale, utilizzando la formula «nel corso del giudizio di primo grado, gli aventi diritto al risarcimento che, a causa del sinistro, vengano a trovarsi in stato di bisogno, possono chiedere che sia loro assegnata una somma da imputarsi nella liquidazione definitiva del danno», la norma sembrerebbe descrivere un provvedimento anticipatorio indissolubilmente collegato alla sentenza di accoglimento della domanda.

(19) In realtà, stando a quanto è scritto nell'art. 5, l. 102/2006, il nuovo comma sarebbe stato aggiunto in calce all'art. 24, l. 990/1969. Ma, al momento dell'entrata in vigore della l. 102/2006, la l. 990/1969 risultava espressamente abrogata dall'art. 354, d.lgs. 209/2005, sicché l'unica maniera per ovviare in via interpretativa all'errore di coordinamento indotto dall'intervenuta evoluzione legislativa è di imputare l'integrazione non all'art. 24, l. 990/1969, bensì all'art. 147, d.lgs. 209/2005, che costituisce la trasposizione con adeguamenti, nel nuovo codice delle assicurazioni, del vecchio art. 24, l. 990/1969: in argomento, cfr. GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Nasce l'ennesimo processo speciale*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 13, 35-39, part. 36.

Casi in cui è dubbio che ci si trovi di fronte a misure cautelari, ancorché non possa dubitarsi della loro natura anticipatoria, sono poi, ad esempio, quelli di cui all'art. 18, 7° co., l. 300/1970 (statuto dei lavoratori), in tema di reintegrazione d'urgenza dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali illegittimamente licenziati, e quelli dei provvedimenti temporanei ed urgenti pronunciati dal presidente del tribunale nell'interesse dei coniugi e della prole in materia di separazione e divorzio (artt. 708, 3° e 4° co., c.p.c., nonché art. 4, 6° co., l. 896/1970).

Ma è solo per i primi che l'attribuzione della natura cautelare (all'apparenza non riscontrabile dato che la circostanza dell'illegittimità del licenziamento costituisce condizione sufficiente per l'immediato reintegro del sindacalista) (20) potrebbe rilevare per ricavarne, alla luce della nuova disciplina, l'idoneità a sopravvivere ad una eventuale estinzione del giudizio di merito.

Per i secondi, infatti, la questione è già risolta normativamente, in quanto l'art. 189 disp. att. c.p.c. espressamente dispone che l'ordinanza presidenziale resa in sede di separazione (e quindi anche quella resa in sede divorzile) «conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo finché non sia sostituita con altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di nuova presentazione del ricorso per separazione personale dei coniugi».

Un caso a sé è infine rappresentato dall'ordinanza, di carattere anticipatorio, per il pagamento delle somme non contestate in materia di lavoro disciplinata dall'art. 423 c.p.c. Di essa, nonostante la mancanza della natura cautelare (dal momento che la sua emanazione prescinde dall'esistenza del *periculum in mora*) e nonostante, quindi, l'impossibilità di applicare il nuovo regime di stabilità dei cautelari anticipatori, si dovrebbe ugualmente riconoscere l'ultrattività, ricavabile in via diretta o analogica della previsione, dettata per il processo ordinario di cognizione, contenuta all'art. 186 bis c.p.c., dove espressamente si dispone che l'ordinanza mantiene la sua efficacia in caso di estinzione del processo (21).

---

(20) La cosa è però discutibile, in quanto si potrebbe sostenere che nel licenziamento del dirigente sindacale sia insito il pericolo di più gravi lesioni all'interno dell'azienda dei diritti dei lavoratori e che quindi la misura dell'immediata reintegra sia di natura cautelare, essendo il diritto tutelato in realtà quello dei lavoratori rappresentati.

(21) Quanto alla sorte del provvedimento *ex* art. 423 c.p.c. a seguito dell'estinzione del giudizio, se ne è affermata la caducazione: così, TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 4ª ed., Milano, 1999, 244; Cass., 13 febbraio 1989, n. 880, in *Mass. Foro it.*, 1989, secondo cui l'ordinanza con la quale il giudice del lavoro disponga a titolo provvisorio, ai sensi dell'art. 423, 2º co., c.p.c.

8. (Segue): il persistente requisito del pregiudizio irreparabile per la tutela *ex* art. 700 c.p.c.

In definitiva, per quanto non possa nascondersi una certa insoddisfazione per il fatto che all'interprete sia richiesto un non indifferente sforzo ricostruttivo, latore di inevitabili oscillazioni interpretative, c'è un aspetto importante da sottolineare: aver lasciato libere le parti di decidere se iniziare o coltivare il giudizio di merito per ottenere l'accertamento con efficacia di giudicato del diritto i cui effetti già siano stati assicurati dal provvedimento cautelare, appare certamente positivo e capace di contemperare concrete esigenze di tutela con il principio di economia dei giudizi.

Diventa quindi un rammarico che non si sia colta l'occasione per consentire un più ampio ricorso al 4° co. del nuovo art. 669 octies c.p.c. attraverso l'allargamento dei presupposti ai quali la legge subordina l'emanazione dei provvedimenti d'urgenza, attualmente concedibili solo quando il pregiudizio temuto sia irreparabile, cosa che ne limita fortemente l'utilizzabilità nel campo delle controversie a contenuto patrimoniale.

In sostanza, il requisito dell'irreparabilità avrebbe potuto essere sostituito con il riferimento alla gravità (22), anche se ciò avrebbe probabilmente finito per indurre una sorta di mutazione genetica del provvedimento *ex* art. 700 c.p.c., il cui significato cautelare (assecondando una tendenza peraltro già in atto nella pratica dei tribunali e di cui è prevedibile una futura accentuazione dovuta all'intervenuto allentamento del nesso di strumentalità tra cautela e merito) si sarebbe andato riducendo per lasciare sempre più spazio alla soddisfazione di esigenze meramente anticipatorie.

«il pagamento di somme in favore del lavoratore costituisce un provvedimento giurisdizionale di carattere sommario, destinato ad essere assorbito, ove non revocato, nella sentenza che definisce il giudizio o a divenire inefficace nell'ipotesi di estinzione del processo». Ma, con l'entrata in vigore dell'art. 186 bis c.p.c. si è pure detto che dovrebbe optarsi per l'ultrattività, non vedendosi quale differenza tra l'ordinanza di cui all'art. 186 bis e quella di cui all'art. 423 c.p.c. «possa giustificare la sopravvivenza della prima all'estinzione, e la perdita di efficacia della seconda»: così LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 228.

(22) Per questa opinione, così da rendere più incisivi gli effetti dell'attuazione della delega contenuta alla lett. c) del 2° co. dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, v., con riferimento ai cautelari nel rito societario, il parere del C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, successivamente tradottosi nel d.lgs. 5/2003.

9. (Segue): i provvedimenti di nunciazione

Per chiudere sui provvedimenti ai quali si applica la nuova disciplina sulla strumentalità attenuata, merita una riflessione che la l. 80/2005 assimili, quanto al regime di stabilità della misura concessa dal giudice, i provvedimenti cautelari anticipatori ai provvedimenti nunciativi descritti dagli artt. 1171 e 1172 c.c. e resi *ex* art. 688 c.p.c. nella fase sommaria del procedimento di denuncia di nuova opera o di danno temuto.

Con ogni probabilità, il legislatore ha ritenuto che nel caso delle denunce di nuova opera o di danno temuto la tutela ottenuta in via cautelare possa essere apprezzata dalle parti come pienamente satisfattiva, tanto da rendere ingiustificato il successivo giudizio di merito, i cui risultati possono, agli effetti pratici, considerarsi già raggiunti.

L'anticipazione, agli effetti pratici, della sentenza di merito può invero dirsi realizzata, nel procedimento di denunzia di nuova opera *ex* art. 1171 c.c., quando il giudice imponga un provvedimento inibitorio alla realizzazione di quanto appena intrapreso (cosa che può equipararsi ad un provvedimento di merito che lo proibisca), ovvero quando disponga (con una regolamentazione provvisoria strutturalmente idonea a divenire definitiva) misure atte ad evitare che dalla continuazione dei lavori derivi un rischio di danno per il denunziante. E nel procedimento di denunzia di danno temuto ai sensi dell'art. 1172 c.c. è ben possibile che il giudice provveda per ovviare al pericolo minacciato dall'altrui edificio, albero o altra cosa sovrastante, con misure atte a risolvere definitivamente il problema, anticipando così la sentenza di merito (si pensi all'ordine di abbattimento dell'edificio pericolante).

Un risultato anticipatorio non è però conseguibile quando, come spesso accade, il giudice della cautela disponga, a garanzia del risarcimento di futuri eventuali danni, il versamento di una cauzione in denaro, non svincolabile sino alla definizione della causa nel merito (23). Nel procedimento di nuova opera, tale cauzione può essere posta a favore del ricorrente quando il resistente venga autorizzato alla continuazione dell'opera o a favore del resistente quando l'opera venga al contrario fermata; mentre nel procedimento di danno temuto può essere posta a favore ora del ricorrente ora del resistente a seconda delle misure che vengano adottate per ovviare al pericolo (se si tratta di misure blande o addirittura inesistenti, la cauzio-

(23) Per quest'ultimo rilievo, cfr. GHIRGA, *Le nuove norme*, cit., 793 e in PUNZI e RICCI, *op. cit.*, 94.

ne sarà a favore del ricorrente, mentre se si tratta di misure «forti» la cauzione potrà essere posta a favore del resistente, che potrebbe dover essere risarcito per averle dovute ingiustamente subire).

Evidentemente, la cauzione non costituisce altro che una misura cautelare di carattere conservativo volta ad assicurare il pagamento dell'obbligazione al risarcimento di un danno futuro ed eventuale subito dal ricorrente o dal resistente, qualora nel giudizio di merito il diritto di colui che ha versato la garanzia si dimostri infondato. Essa è dunque assimilabile al sequestro conservativo.

D'altra parte, l'imposizione di cauzioni può avvenire, ai sensi dell'art. 669 undecies c.p.c., anche accessoriamente a provvedimenti sicuramente anticipatori, sicché la possibile deroga in materia nunciatoria alla ripartizione tra misure anticipatorie e conservative quanto al regime della stabilità del provvedimento non pare così eclatante. Quanto alle conseguenze operative, è semplicemente da notare che tanto nel caso della cauzione *ex* art. 669 undecies c.p.c. quanto nel caso di cauzioni imposte nella fase sommaria del procedimento di denuncia di nuova opera o di danno temuto, sarà interesse della parte gravata dalla cauzione intraprendere e coltivare il procedimento di merito, considerato che, se questo non viene instaurato e concluso, oltre alla misura concessa anche la cauzione prestata rimane in vita a tempo indeterminato.

10. Corollari dell'attenuazione del nesso di strumentalità: la condanna alle spese

L'acquisita autonomia del giudizio cautelare, capace di concludersi con un provvedimento positivo dotato di stabilità nonostante la mancata instaurazione della causa di merito, avrebbe dovuto consigliare la modifica della regola dettata dal 2° co. dell'art. 669 septies c.p.c., che consente al giudice di liquidare le spese del procedimento solo in caso di rigetto, *ante causam*, dell'istanza.

Sarebbe stato infatti opportuno abrogare esplicitamente una disposizione che potrebbe incentivare il ricorrente vittorioso a proseguire il giudizio, innanzi al giudice del merito, al solo scopo di ottenere la condanna in suo favore delle spese processuali maturate in sede cautelare e che comunque lo priva del rimborso proprio quando la sua pretesa si è dimostrata tanto fondata da scoraggiare la parte soccombente dall'intraprendere la fase di merito nella speranza di rovesciare gli esiti della fase precedente.

Non a caso, per il rito societario, dove si poneva una esigenza analoga, il 2° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, ha stabilito, con una disposizione formalmente riferita ai soli provvedimenti cautelari *ante causam*, ma in realtà estendibile ai provvedimenti cautelari *lite pendente*, che il magistrato designato alla trattazione del giudizio cautelare debba provvedere, a norma degli artt. 91 ss. c.p.c., «in ogni caso» e cioè sia quando respinga sia quando accolga la domanda cautelare.

Stupisce dunque che la l. 80/2005 nulla dica in proposito (24).

Il mancato intervento sul regime delle spese da parte della l. 80/2005 sembrerebbe inevitabilmente implicare la persistente operatività delle preesistenti norme contenute nel codice di rito, in base alle quali la liquidazione delle spese è negata quando l'istanza cautelare venga accolta ovvero quando sia proposta in corso di causa.

Né, per effetto del principio di specialità, il disposto dell'art. 23, 2° co., d.lgs. 5/2003, sembrerebbe idoneo a proiettare alcuna influenza, appartenendo ad una disciplina specificamente dedicata al rito societario (25).

Tuttavia, bisogna considerare che il d.lgs. 5/2003 appare animato solo in parte dalla volontà di approntare un intervento settoriale, a tutela delle particolari esigenze della materia societaria e di quella assimilata. Ed è una convinzione diffusa che in realtà il legislatore del rito societario abbia

---

(24) Critico verso l'omissione del legislatore anche BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 350, per il quale «logica avrebbe voluto che la maggiore stabilità dei provvedimenti cautelari anticipatori – finalizzata a disincentivare l'instaurazione del giudizio ordinario di cognizione – si accompagnasse ad una revisione della disciplina concernente le spese della fase sommaria, che evitasse alla parte vittoriosa, non interessata ad instaurare il giudizio a cognizione piena, di doverlo fare al solo fine di recuperare le spese del procedimento cautelare»; polemico pure OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, cit., par. 4, il quale definisce «singolare» che nel nuovo quadro, nel quale è possibile che la misura cautelare conservi efficacia nonostante la mancata instaurazione del giudizio di merito, «la legge di riforma del codice di rito abbia lasciato inalterato l'art. 669 septies, 2° co., c.p.c.».

(25) Lo osserva BALENA, *op. loc. cit.*, per il quale, nonostante la situazione «tutt'altro che appagante», la lacuna non sembra agevolmente colmabile. Per l'inapplicabilità della disciplina del processo cautelare societario, cfr. anche BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 4.6, il quale però supera il problema ritenendo che il giudice «sia tenuto a decidere sulle spese sulla base del generale principio, enunciato dall'art. 91, 1° co., c.p.c., secondo il quale la pronuncia sulle spese deve essere contenuta in ogni provvedimento che chiude il processo», soggiungendo che tale soluzione non può considerarsi in contrasto con l'art. 669 septies, 2° co., c.p.c., che prescrive espressamente di pronunciare sulle spese solo con l'ordinanza di reiezione dell'istanza cautelare, in quanto tale disposizione prevede che il giudice, quando si dichiara incompetente o rigetta la domanda proposta in corso di causa, «provvede definitivamente sulle spese del procedimento cautelare» e ciò non starebbe a «significare che negli altri casi (e cioè in quelli di accoglimento, ma anche di rigetto in corso di causa) non è tenuto a pronunciare sul punto, ma che non provvede definitivamente, perché in ogni caso sulla misura cautelare incombe la pronuncia di merito che può rovesciare la situazione».

inteso emanare una sorta di anticipazione di una prossima ampia riforma di tutto il processo civile, rispetto a cui la l. 80/2005 costituisce una semplice tappa.

In particolare, quanto al procedimento cautelare, la maggioranza delle disposizioni dettate dal d.lgs. 5/2003 rappresenta il frutto, più che di specifiche esigenze della materia societaria, di idee maturate nella diversa ottica di una riforma generale della giustizia civile.

Da ciò consegue la capacità espansiva della normativa in questione, solo apparentemente speciale, ed in particolare consegue che il disposto dell'art. 23, 2° co., d.lgs. 5/2003, secondo cui il giudice deve provvedere alla liquidazione «in ogni caso», debba essere applicato, integrando la previsione del 2° co. dell'art. 669 septies c.p.c., anche al di fuori dal rito societario (26).

Una diversa conclusione, oltre ad incentivare la parte vittoriosa in sede cautelare a proporre la domanda di merito realizzando un palese contrasto con la *ratio* deflattiva perseguita dall'intervento riformatore (27), determinerebbe, del resto, una irragionevole disparità di trattamento, difficilmente spiegabile sotto il profilo logico, tra rito societario e rito *ex* artt. 669 bis ss. c.p.c., che sarebbe lesiva del principio dell'uguale trattamento di situazioni non giustificatamene differenziabili imposto dall'art. 3 Cost. (28).

Resta poi dubbio se la nuova regola dettata dall'art. 23, 2° co., d.lgs. 5/2003, che – per i motivi appena esposti – è da ritenere estensibile al procedimento cautelare uniforme oggi riformato dalla l. 80/2005, valga solo

---

(26) Per «l'operatività (in via d'interpretazione estensiva) della non incompatibile regola enunciata per il rito societario dall'art. 23, 2° co., d.lgs. 5/2003, che fa carico al giudice di provvedere in ogni caso sulle spese», cfr. anche OLIVIERI, *op. loc. cit*.

(27) In proposito LUISO e SASSANI, *op. cit.*, 223 s., osservano: «nonostante che non sia previsto espressamente – al contrario di quanto accade nel cautelare societario – si deve ritenere che il provvedimento cautelare anticipatorio deve comunque contenere la pronuncia sulle spese, anche in caso di accoglimento. Sostenere il contrario significa sabotare le finalità perseguite dal legislatore: che sono quelle di permettere alle parti di 'accontentarsi' della situazione di fatto creata dalla tutela cautelare». Favorevole alla pronuncia sulle spese anche MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 76, secondo il quale, essendo oggi il provvedimento di merito soltanto eventuale, «già con la statuizione cautelare si deve provvedere circa le spese della lite, non avendo senso demandare tale aspetto ad una sentenza successiva, la cui emanazione è niente affatto certa, ma soltanto ipotetica».

(28) Nel senso che, nonostante la mancata introduzione della relativa previsione tra le disposizioni sul nuovo processo cautelare uniforme, «la tendenziale definitività del provvedimento anticipatorio concesso e la considerazione che non è più obbligatorio il giudizio di merito che possa fare giustizia anche delle spese con sentenza definitiva, induce a ritenere che i provvedimenti stessi possano contenere la condanna alle spese nella direzione di evitare un inutile giudizio, quando le parti abbiano fatto acquiescenza al provvedimento emesso», cfr. inoltre BUCCI, *Le modifiche al processo civile*, in BUCCI e SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2006, 57 s.

per i procedimenti cautelari di tipo anticipatorio o anche per quelli di tipo conservativo, per i quali l'instaurazione del giudizio di merito è ancora necessaria.

La seconda alternativa, quella di ritenere che la regola dell'immediata liquidazione valga tanto per i provvedimenti anticipatori quanto per quelli conservativi, pare preferibile.

In questo senso depongono due elementi: uno è il tenore letterale del 2° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, che non distingue tra i due tipi di misure e anzi dispone che la pronuncia sulle spese debba aversi «in ogni caso» (29); l'altro è l'assenza di un legame indefettibile tra la necessità di instaurare il giudizio di merito e l'allocazione in quella sede della condanna alle spese.

Naturalmente, poi, se il giudizio continua in sede di merito, la condanna alle spese irrogata in sede cautelare potrà essere rovesciata da una differente regolamentazione operata nel giudizio di merito, dovendosi ritenere che la soccombenza debba essere valutata globalmente, con riferimento all'esito finale del processo, dandosi la prevalenza all'accertamento presumibilmente più vicino alla realtà materiale e cioè all'accertamento conseguito a seguito del giudizio a cognizione piena (30).

11. (Segue): la fissazione del termine per iniziare la causa di merito

Oltre alle questioni in tema di condanna alle spese, dall'attenuazione del nesso di strumentalità discendono numerosi altri problemi.

Il primo di essi riguarda il coordinamento con la sopravvissuta previsione secondo cui, emanata l'ordinanza di accoglimento di una istanza cautelare *ante causam*, il giudice deve fissare un termine perentorio (che originariamente doveva essere non superiore a trenta giorni e che, come si è in precedenza ricordato, la l. 80/2005 ha elevato a sessanta giorni) per l'inizio della causa di merito.

Ci si può infatti domandare cosa avvenga, nel nuovo regime, se il giudice fissi un tale termine dopo avere emanato un provvedimento cautelare

(29) Per l'insuperabilità del dato letterale si esprime, trattando dei cautelari in materia societaria, FRUS, sub *art. 23*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, cit., 679 ss., il quale ipotizza una disciplina differente, rispetto a quella dettata dall'art. 669 septies c.p.c., in ordine ai rimedi azionabili contro la pronuncia sulle spese.

(30) In termini simili, cfr. BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, 122.

e se la parte che ha ottenuto il provvedimento non lo rispetta, iniziando il processo di merito dopo la scadenza del termine o non iniziandolo affatto.

La risposta più semplice pare quella preferibile.

Considerato che secondo la nuova disciplina i provvedimenti cautelari di tipo anticipatorio mantengono la propria stabilità nonostante la mancata instaurazione della causa di merito, ed essendo la legge prevalente rispetto all'ordine del giudice, il mancato rispetto del termine perentorio fissato dal giudice non ha alcuna conseguenza quando si sia nell'ambito della tutela cautelare anticipatoria: il provvedimento cautelare non decade e la parte potrà iniziare il giudizio di merito in qualsiasi momento successivo. Solo per i provvedimenti di tipo conservativo, qualora la causa di merito non venga iniziata nel termine fissato dal giudice, si verificheranno gli effetti di decadenza della misura cautelare previsti dall'art. 669 novies c.p.c.

Qualche inutile complicazione potrebbe sorgere osservando che, fissato un termine per l'inizio della causa di merito, e quindi implicitamente postulata la necessarietà della successiva fase di merito, il giudice esprime un giudizio circa la natura conservativa del provvedimento.

Ma la circostanza che il giudice abbia provveduto a fissare un termine per l'inizio del giudizio di merito significa davvero che il provvedimento è stato implicitamente qualificato come di tipo conservativo?

E se è così, cosa succede qualora la parte che ha ottenuto il provvedimento ritenga invece di trovarsi di fronte ad un provvedimento di tipo anticipatorio e come tale non bisognoso della successiva causa di merito?

Questi interrogativi debbono essere risolti nel senso che, fissando un termine perentorio per l'inizio della causa di merito, il giudice, in effetti, probabilmente intende la propria misura cautelare come di tipo conservativo, ma che ciò non ha alcuna conseguenza sul regime della stabilità del provvedimento. La natura conservativa o anticipatoria del provvedimento, da cui consegue la sopravvivenza o meno della misura cautelare alla mancata instaurazione della causa di merito, discende infatti direttamente dalla legge ed appare indipendente da quanto implicitamente ritenuto dal giudice all'atto di fissare un termine per l'inizio del giudizio di merito (31).

Quanto poi all'eventualità che il giudice abbia omesso di fissare un termine per l'inizio del giudizio di merito, è appena il caso di notare che dal-

(31) Nel senso che dalla fissazione del termine per promuovere l'azione di merito discenda l'obbligo per la parte che abbia ottenuto il provvedimento cautelare di iniziare il giudizio, cfr. invece BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, 117.

la mancata fissazione del termine non è lecito desumere che il giudice abbia inteso qualificare il provvedimento da lui emesso come di tipo anticipatorio e quindi non necessitante della successiva instaurazione della causa di merito. Basti in proposito dire che in mancanza di fissazione del termine da parte del giudice opera, ai sensi dell'art. 669 octies, 2° co., c.p.c., il termine legale di sessanta giorni per iniziare la causa di merito e che quindi l'inerzia del giudice che non abbia fissato alcun termine potrebbe giustificarsi per aver questi considerato congruo il decorso di sessanta giorni determinato dall'automatismo legislativo (32).

Non c'è pertanto dubbio che il ricorrente vittorioso in sede cautelare non potrà attribuire nessun particolare significato alla circostanza della mancata fissazione di un termine per l'inizio della causa successiva, dovendo quindi intraprendere il nuovo giudizio nel termine di legge di sessanta giorni oggi dettato dall'art. 669 octies, 2° co., c.p.c. tutte le volte in cui l'ottenuto provvedimento cautelare abbia natura conservativa e di conseguenza stabilità condizionata alla tempestiva instaurazione della causa di merito (33).

---

(32) Per il rilevo che «mentre l'assegnazione di un termine per l'inizio del giudizio di merito è chiaro indice del fatto che il giudice ha ritenuto il proprio provvedimento meramente conservativo, altrettanto non potrebbe dirsi per il caso inverso, poiché lo stesso art. 669 octies, 2° co., contempla l'ipotesi in cui il giudice ometta di fissare il suddetto termine, facendo comunque onere alle parti di instaurare il processo a cognizione piena entro sessanta giorni», v. anche BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 341.

(33) In senso diverso, cfr. BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 116 s., per il quale occorre distinguere tra l'ipotesi della mancata fissazione del termine per l'inizio della causa di merito che dipenda da una mera dimenticanza del giudice, nel qual caso «sta alla parte qualificare la natura della misura cautelare e decidere se restare inerte ovvero promuovere il giudizio di merito», e l'ipotesi in cui il giudice abbia «esplicitamente riconosciuto che la misura cautelare rientra tra quelle per le quali non si richiede necessariamente l'inizio del giudizio di merito», omettendo così, a ragion veduta, di fissare il termine per iniziare il giudizio di merito, nel qual caso «la parte che ha ottenuto la misura può legittimamente evitare di promuovere l'azione di merito. Qualora la parte resistente chieda *ex* art. 669 novies c.p.c. la dichiarazione di inefficacia del provvedimento cautelare, il giudice potrà esaminare la questione e controllare la decisione, ma, in caso di opposta valutazione, non potrà dichiarare l'inefficacia, ma semplicemente rimettere in termini la parte per proporre l'azione di merito». Sennonché appare corretto il rilievo di LUISO e SASSANI, *op. cit.*, 223, secondo cui «il giudice che emette il provvedimento non ha alcun potere di qualificarlo. Egli può dargli un contenuto o un altro (ed in conseguenza di ciò far sì che il provvedimento abbia contenuto anticipatorio o conservativo), ma non può definire in modo vincolante tale contenuto come anticipatorio o conservativo». Per l'irrilevanza della qualificazione come anticipatorio o conservativo operata dallo stesso giudice che emani il provvedimento, cfr. anche BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 4.5, il quale giustamente osserva che «spetta alla legge, non al giudice, stabilire quale sia il carattere e il conseguente regime di un procedimento» e soggiunge che, in ultima analisi, la decisione in ordine al carattere anticipatorio o meno della misura cautelare compete esclusivamente «al giudice chiamato ad accertarne l'inefficacia *ex* art. 669

12. (Segue): la procura alle liti

Sempre riguardo alle conseguenze dell'attenuazione del nesso di strumentalità, non si può tacere come l'allentamento del legame tra giudizio cautelare e di merito sia destinato a riflettersi su parecchi dilemmi da tempo dibattuti.

Tra gli altri, si può qui ricordare quello relativo alla validità della procura alle liti conferita in margine o in calce agli atti introduttivi del giudizio cautelare.

In assenza di una espressa limitazione alla fase cautelare, la procura tende ad essere ritenuta valida anche per il giudizio di merito (34).

Ma, sull'onda del riconoscimento di una accentuata autonomia al giudizio cautelare, si potrebbe assistere ad un cambiamento di indirizzo. Si pensi ad esempio al caso di un giudizio di merito iniziato alcuni anni dopo la concessione della misura cautelare anticipatoria, come ora è possibile in base alla nuova disciplina. Si riterrà sufficiente, per chi agisce nel merito o ne è convenuto, richiamare la procura concessa, senza alcuna specificazione, in margine agli atti introduttivi del giudizio cautelare?

13. (Segue): il luogo della citazione per il merito

Considerazioni analoghe possono svolgersi per il problema del luogo della notificazione della citazione per il giudizio di merito dopo che si sia svolta la fase cautelare *ante causam.*

---

novies c.p.c.». Nel medesimo senso, cfr. infine MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 78, per il quale «del tutto irrilevante è la qualificazione che sia stata data al provvedimento dal giudice che lo ha emesso», mentre «soltanto al giudice al quale sia stata domandata la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 669 novies, 1° e 2° co., c.p.c., spetta di stabilire la natura e, quindi, il regime della misura cautelare».

(34) Cfr. la motivazione di Cass., 22 ottobre 1997, n. 10363, in tema di procura conferita per la cautela che vale anche per il merito. In argomento, per casi in cui la procura rilasciata per la fase cautelare è stata ritenuta conferita anche per il merito, con conseguente validità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio ordinario presso il difensore costituito nel procedimento cautelare e non presso la parte personalmente, v. Cass., 28 gennaio 2003, n. 1236, in *Giur. it.*, 2003, 1576, e Id., 15 marzo 2002, n. 3794, *ibidem*, 52, con nota di FRUS.

Secondo la giurisprudenza, la citazione è regolarmente notificata al domicilio eletto dalla parte presso il difensore nominato con la procura alle liti rilasciata per il procedimento cautelare (35).

Sennonché l'orientamento potrebbe mutare una volta recepita l'idea di una accentuazione della cesura tra cautela e merito.

14. (Segue): il contenuto del ricorso cautelare

Un cenno è inoltre da rivolgere alla questione della validità del ricorso cautelare in cui manchi l'indicazione della causa di merito da instaurare in seguito.

Un diffuso orientamento ha ritenuto che un ricorso cautelare siffatto fosse inammissibile (36) o nullo (37), pur cercando di evitare questa conseguenza quando fosse il riflesso di atteggiamenti vuotamente formalistici (38).

Forse oggi la precisazione degli estremi di un giudizio non solo futuro ma diventato anche meramente eventuale (nel caso di tutela cautelare anti-

---

(35) Così Cass., 15 marzo 2002, n. 3794, cit., anche in *Giust. civ.*, 2003, I, 1101, con nota di TRINCHI.

(36) Nel senso che il ricorso cautelare privo della precisa indicazione della relativa domanda di merito debba ritenersi inammissibile, cfr. Trib. Bari, 12 dicembre 2002 e Id., 24 febbraio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1607; Trib. Parma, sez. dist. Fidenza, 18 dicembre 2000, *ivi*, 2001, 1163, con nota di SPACCAPELO; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 gennaio 1999, in *Gius*, 1999, 1878; Trib. Bari, 25 settembre 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 960, con nota di SPADA; Trib. Catania, 6 aprile 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 28, con nota di RAITI; Id., 26 agosto 1993, *ivi*, 1994, I, 2, 675, e, in *Giur. merito*, 1995, 405, con nota di MASONI; Pret. Legnano, 7 giugno 1993, in *Riv. critica dir. lav.*, 1994, 211.

(37) Per la tesi della nullità , cfr. Trib. Napoli, 22 settembre 1998, in *Gius*, 1999, 2001; Id., 30 aprile 1997, in *Giur. merito*, 1998, 674, e in *Giur. it.*, 1998, 269; Trib. Bari, 3 giugno 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 959, con nota di SPADA; Trib. Potenza, 29 marzo 1995 e Trib. Rovigo, 7 marzo 1994, in *Giur. merito*, 1995, 405, con nota di MASONI; Trib. Trani, 25 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 88; Trib. Verona, 22 dicembre 1993, *ivi*, 1994, I, 2, 1121, con nota di D'ASCOLA; Pret. Alessandria, 16 marzo 1993, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 775, con mia nota e replica di CHIARLONI.

(38) Così, l'istanza cautelare è stata ritenuta ammissibile quando, pur non essendo specificate le conclusioni dell'instaurando giudizio di merito, siano indicate, anche senza l'uso di formule sacramentali, le norme giuridiche violate (cfr. Trib. Venezia, 12 giugno 2000, in *Gius*, 2001, 391) e più in generale si ritiene valido il ricorso cautelare nel quale, pur non essendo stati espressamente formulati gli estremi della causa di merito, il contenuto di quest'ultima sia ricavabile o dall'interpretazione del ricorso stesso o in virtù di un nesso di implicazione necessaria come avviene tra la richiesta di un sequestro giudiziario e la controversia sulla proprietà di un bene (in questo senso, cfr. Trib. Torino, 23 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1834, con nota di ANANIA; Trib. Trieste, 24 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1851, con nota di PIRIA; Trib. Milano, 20 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 250, con nota di RIMINI; Trib. Verona, 16 gennaio 1997, in *Giur. merito*, 1997, I, 708; Trib. Como, 27 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1999, 1215; Trib. Milano, 14 agosto 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 241; Trib. Nocera Inferiore, 1° agosto 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 238; Trib. Cagliari, 23 settembre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3310).

cipatoria) potrebbe sembrare non più indispensabile e la sua mancanza potrebbe essere valutata con minor rigore di quanto si facesse in precedenza (39).

La formulazione delle conclusioni di merito già nella fase cautelare appare tuttavia ancora prescritta per almeno due motivi.

Il primo motivo è che l'individuazione del *petitum* di merito potrebbe essere necessaria al fine di stabilire il carattere anticipatorio o conservativo del provvedimento che il giudice deve emanare.

L'altro è che l'indicazione della futura causa a cognizione piena deve ritenersi imposta come conseguenza del fatto che altrimenti non si saprebbe come valutare se siano state rispettare le regole sulla competenza, che l'art. 669 ter c.p.c. ricava *per relationem* facendo riferimento alla competenza a conoscere della causa di merito (40).

15. (Segue): le prescrizioni e le decadenze

L'allentamento del nesso di strumentalità potrebbe comportare problemi anche nel campo dell'interruzione della prescrizione e della decadenza.

Per quanto riguarda l'interruzione della prescrizione, l'art. 2943, 1° co., c.c. recita che «la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo» e l'art. 2945, 2° co., c.c. precisa che in questo caso «la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio».

---

(39) Per BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 328 ss., invece, il nuovo regime, anziché indurre a valutare con minore rigore la mancata indicazione degli estremi della futura (ed ora eventuale) causa di merito, accentua la necessità di una precisa identificazione della stessa perché, preferendosi rigorosi criteri formali, la «anticipatorietà» ai sensi dell'art. 669 octies c.p.c. «dev'essere valutata con riguardo all'ipotetica sentenza di merito». E nel senso che «la disciplina introdotta *ex novo* dall'art. 23 non modifica i termini di fondo della questione» e che quindi «rimane inalterata la necessità di indicare la futura causa di merito», cfr., peraltro in relazione ai cautelari societari, FRUS, sub *art. 23*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, cit., 669.

(40) Entrambi gli argomenti in favore della necessità di enunciare gli estremi della domanda di merito nel ricorso cautelare *ante causam* anche quando il giudizio a cognizione piena potrebbe essere non instaurato sono ricordati da BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 4.2. Per la medesima conclusione, cfr. anche BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 118, secondo il quale, a prescindere da ogni altra considerazione, l'indicazione della tutela di merito continua comunque ad essere imposta dalla regola sulla competenza del giudice del cautelare, che deve essere quello togato competente per il merito.

L'art. 2943, 1° co., c.c. sembrerebbe dunque fare riferimento, oltre che al giudizio di merito e ai procedimenti esecutivi, ai soli provvedimenti cautelari di tipo conservativo, con esclusione di quelli di tipo anticipatorio.

Nel vecchio regime, la limitazione dell'effetto interruttivo alla notificazione delle istanze cautelari conservative non destava particolari problemi, dal momento che le istanze cautelari anticipatorie sarebbero state comunque seguite, a breve distanza di tempo, dalla notificazione della domanda di merito e dunque l'effetto interruttivo, con sospensione del decorso della prescrizione fino al passaggio in giudicato della sentenza, si sarebbe comunque realizzato. E con il passaggio in giudicato della sentenza avrebbe iniziato a doversi conteggiare un altro periodo di prescrizione in cui eventuali prescrizioni brevi si sarebbero convertite in prescrizioni ordinarie, dal momento che, ai sensi dell'art. 2953 c.c., «i diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, si prescrivono con il decorso di dieci anni».

Oggi, invece, la fase di merito può non seguire mai all'emanazione del provvedimento cautelare anticipatorio.

Tanto meno, poi, al provvedimento cautelare deve necessariamente seguire una sentenza idonea al passaggio in giudicato.

Questo, in base ad una difficilmente superabile interpretazione letterale degli artt. 2943, 2945 e 2953 c.c., significa due cose: che la pendenza del procedimento cautelare volto all'emanazione di un provvedimento anticipatorio non interrompe né sospende la prescrizione (41), e che all'emanazione della misura cautelare anticipatoria non segue il passaggio dalla prescrizione breve a quella ordinaria (42).

Il tutto determina una situazione piuttosto pericolosa, nella quale c'è il rischio che il ricorrente, fidando nella stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio a sé favorevole, non si affretti a compiere il primo atto esecutivo (sicuramente interruttivo della prescrizione) e lasci così trascor-

(41) Per una interpretazione leggermente correttiva degli artt. 2943, 1° co., e 2945, 2° co., c.c., che andrebbero letti come se disponessero che l'effetto interruttivo si realizza con la notificazione dell'istanza cautelare e la prescrizione non corre sino all'esaurimento della fase di reclamo ovvero al decorso del relativo termine, cfr. invece BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 4.4.

(42) Nel medesimo senso BORGHESI, *op. loc. cit.*, secondo il quale il riferimento al giudicato sia nella rubrica che nel testo dell'art. 2953 c.c. è troppo specifico perché si possa estendere l'operatività della norma a provvedimenti, come le ordinanze cautelari anticipatorie, che si caratterizzano proprio per non passare in giudicato.

rere il termine prescrizionale, come potrebbe essere non infrequente quando si tratti di una prescrizione breve.

È infine dubbio se la proposizione di una istanza cautelare diretta ad ottenere un provvedimento di carattere anticipatorio costituisca esercizio del diritto ai sensi dell'art. 2964 c.c. e quindi impedisca lo scadere di termini di decadenza.

Poiché la domanda di un provvedimento cautelare anticipatorio è il primo passo di un percorso che può giungere alla pronuncia di una sentenza di merito e alla formazione del giudicato, non parrebbe ad ogni modo da escludere che l'instaurazione del procedimento cautelare eviti il verificarsi della decadenza (43).

16. Casi di perdita di efficacia del provvedimento cautelare: la declaratoria di inesistenza del diritto

Passando ad altro argomento, la l. 80/2005 esonera dall'applicazione ai provvedimenti cautelari di natura anticipatoria il solo 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c. e lascia in vita, tanto per i cautelari conservativi come per quelli anticipatori, gli altri commi da cui è composta la disposizione.

Quindi, se la causa di merito viene iniziata, il provvedimento cautelare, ancorché di tipo anticipatorio, continua a perdere efficacia, ai sensi dell'immutato 3° co. dell'art. 669 novies c.p.c., quando, con sentenza anche non passata in giudicato, sia dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso.

La causa di merito, come si è avuto modo di accennare in precedenza, può essere iniziata, secondo quanto precisa l'art. 669 octies, 6° co., c.p.c. «da ciascuna parte», tanto quella vittoriosa come quella soccombente in sede cautelare.

Questo è ciò che enuncia la legge.

Ma in pratica, chi è che si farà carico di intraprendere la causa di merito?

Da un lato, mirando all'obiettivo di conseguire la stabilità del giudicato, può essere invero interesse del soggetto che ha ottenuto la misura anticipatoria discutere il merito, soggiacendo al rischio di vedere respinta la propria

(43) In senso contrario, cfr. BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 4.4, il quale condivide l'orientamento espresso da Cass., 17 aprile 1982, n. 2339, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2368, ad avviso della quale solo la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di merito e non anche la proposizione di un ricorso *ex* art. 700 c.p.c. vale ad impedire la decadenza.

domanda e quindi di far decadere il provvedimento che, diversamente, avrebbe mantenuto efficacia per quanto alla fase cautelare non fosse seguito il giudizio di merito. E non si può dimenticare che, per il soggetto che abbia ottenuto un provvedimento anticipatorio favorevole, l'interesse a discutere il merito potrebbe collegarsi anche allo stimolo ad ottenere indietro la cauzione che il giudice gli abbia eventualmente imposto *ex* art. 669 undecies c.p.c., che altrimenti seguirebbe la sorte della misura cautelare a cui accede e quindi resterebbe efficace per un tempo indefinito.

D'altro lato, sarà tuttavia assai più frequente che il giudizio di merito venga instaurato dal soggetto inciso dal provvedimento cautelare anticipatorio, il quale avrà interesse ad ottenere in sede di giudizio a cognizione piena l'accertamento negativo del diritto riconosciuto all'altra parte in sede cautelare e quindi la decadenza della misura cautelare (44).

Ciò pone il problema della ripartizione dell'onere della prova.

Non pare infatti corretto ritenere che, ove instauri il giudizio di merito di propria iniziativa anziché esserne convenuto, il destinatario passivo del provvedimento cautelare anticipatorio sia tenuto a provare, in quanto formalmente attore, l'insussistenza del diritto precedentemente accertato a livello di mero *fumus boni iuris* (45).

Sembra, in effetti, che, nel caso in esame, ai fini dell'applicazione della regola dell'art. 2697 c.c., debba farsi riferimento non al ruolo di attore o convenuto formalmente rivestito nel successivo giudizio di merito, ma, semmai, alla posizione sostanziale delle parti, rispetto alle quali non pare dubitabile che «chi vuol fare valere un diritto in giudizio» sia il soggetto che ha per primo intrapreso la via della tutela giurisdizionale iniziando ad adire il giudice della cautela (46).

---

(44) Per una impostazione in termini di azione di accertamento negativo, con riferimento all'analoga problematica sorta per la materia cautelare societaria, cfr. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità*, cit., 1520 s.

(45) Sul punto, cfr. peraltro PROTO PISANI, *Premessa*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 94, secondo cui, benché più ragionevole, «può essere difficile ritenere in assenza di una norma espressa» che l'onere della prova per il giudizio di merito gravi sempre su chi ha chiesto e ottenuto il provvedimento cautelare anticipatorio.

(46) Per l'affermazione che la ripartizione degli oneri probatori deve avvenire «sulla base della posizione sostanziale delle parti e non di quella processuale», v. altresì MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 89. Nel senso che «a prescindere da chi introduca il giudizio di merito, comunque, non muta l'onere della prova, in quanto l'inversione dell'iniziativa processuale non determina una modifica delle regole di diritto sostanziale», cfr. pure BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 120. Per l'opinione che «la pronuncia del provvedimento anticipatorio non altera in alcun modo la natura e l'oggetto del processo» e «non

Del resto, stabilendo con l'art. 669 octies, 6° co., c.p.c. (dopo aver enunciato che il provvedimento cautelare può sopravvivere anche se chi l'ha ottenuto non prosegue il giudizio in sede di merito) che la fase a cognizione piena può, comunque, essere promossa «da ciascuna parte», il legislatore sottintende che è indifferente da chi provenga la domanda introduttiva del giudizio di merito, sicché sarebbe contraddittorio penalizzare la parte che prende l'iniziativa, alterando così la perfetta parificazione tra i soggetti processuali a cui allude la norma.

17. (Segue): la pronuncia di una sentenza processuale

Se nulla cambia rispetto alla declaratoria di inesistenza del diritto, nel nuovo assetto potrebbe invece dubitarsi della perdurante verità dell'affermazione secondo cui, una volta iniziata la causa di merito, il provvedimento cautelare non può mantenere efficacia quando il giudice di merito definisca il processo decidendo una questione processuale impediente, come la questione della legittimazione, dell'interesse ad agire, della competenza o della giurisdizione.

Posto che l'art. 669 novies, 3° co., c.p.c., rimasto intoccato dalla riforma, ricollega la perdita di efficacia dei provvedimenti cautelari non ad una generica pronuncia di rigetto, ma al più specifico accertamento dell'inesistenza del diritto cautelato, è infatti lecito domandarsi se la perdita di efficacia a seguito del sopravvenire di una sentenza in rito possa oggi valere anche in relazione ai provvedimenti cautelari di tipo anticipatorio.

---

può certamente implicare, in particolare, un'inversione dell'onere della prova a vantaggio di chi a ha beneficiato del provvedimento sommario», cfr. infine BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 342 ss., il quale condivisibilmente soggiunge che «il rapporto tra la fase cautelare e quella successiva a cognizione piena non pare troppo diverso, *in parte qua*, da quello che corre tra il procedimento monitorio e l'eventuale giudizio di opposizione; nel quale, pur assumendo il debitore il ruolo formale di attore, la posizione delle parti resta sostanzialmente determinata, com'è noto, dalla domanda avanzata col ricorso per ingiunzione». L'analogia con il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo per negare l'esistenza di una regola di inversione, che svantaggerebbe eccessivamente la parte onerata dal provvedimento cautelare, con probabile lesione del suo diritto di difesa, è proposta anche da BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 5.1, il quale altresì richiama il caso dell'opposizione all'esecuzione, e da LUISO e SASSANI, *op. cit.*, 223, per i quali la domanda di merito proposta da colui che subisce il provvedimento cautelare «non assume le caratteristiche della domanda di accertamento negativo (con tutte le conseguenze che ciò porta con sé, con particolare riferimento all'onere della prova)», ma costituisce in sostanza «una *provocatio ad probandum*, che realizza una situazione analoga a quella che si ha con l'opposizione al decreto ingiuntivo».

Sinora, nonostante il ricordato 3° co. dell'art. 669 novies c.p.c., l'inefficacia della misura cautelare in conseguenza della pronuncia di una sentenza meramente processuale è stata ricavata, mancando una espressa previsione, dall'equiparazione tra rigetto in rito e dichiarazione di estinzione del processo (anche se ciò pone qualche difficoltà in ordine alle pronunce sulla competenza, che, in applicazione dell'art. 50 c.p.c., implicano l'estinzione del processo solo se esso non venga riassunto nel termine di sei mesi davanti al giudice indicato come competente nella sentenza) (47).

Lo schema è il seguente: equiparata la sentenza processuale ad una declaratoria di estinzione, poiché dalla dichiarazione di estinzione discende, secondo il 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c., la perdita di efficacia del provvedimento cautelare, allora dalla sentenza processuale deve discendere la perdita di efficacia del provvedimento cautelare.

Ma il 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c., relativo alla sorte del cautelare quando il giudizio di merito si estingua, ha smesso di applicarsi alle misure cautelari anticipatorie, per le quali vale anzi la regola opposta: l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia del provvedimento.

Non potendosi accettare che un cautelare anticipatorio sopravviva al riconoscimento dell'esistenza di gravi vizi del procedimento (48), si dovrebbe dunque ritenere che l'effetto di caducazione in conseguenza della pronuncia di una sentenza processuale discenda non dall'assimilazione con l'ipotesi dell'estinzione del giudizio di merito di cui al 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c., bensì dall'equiparazione con l'ipotesi dell'emanazione di una sentenza di merito che accerti l'inesistenza del diritto, disciplinata dal 3° co. del medesimo articolo (49).

Il problema può però essere impostato anche in termini completamente nuovi e probabilmente più soddisfacenti.

---

(47) In argomento, cfr. FRUS, sub *art. 669 novies*, in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 714 ss. Cfr. inoltre Pret. Monza, 11 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 680, secondo cui la sentenza declinatoria di competenza (come ogni altra sentenza che definisca il giudizio in rito), pronunciata nel giudizio di merito, determina l'inefficacia della misura cautelare concessa *ante causam*.

(48) Secondo BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 5.3, invece, la soluzione più corretta è proprio quella di equiparare la sentenza di merito a contenuto meramente processuale «puramente e semplicemente all'estinzione del giudizio, con conseguente mantenimento degli effetti del cautelare anticipatorio».

(49) Per l'equiparazione, agli effetti di travolgimento della misura cautelare, tra sentenza di accertamento dell'inesistenza del diritto e sentenza processuale, v. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, 252 s.

Si può ad esempio sostenere che la caducazione dei provvedimenti di tipo conservativo per effetto di una pronuncia in rito nella fase di merito sia la necessaria conseguenza del perdurante vincolo di strumentalità che lega tale tipo di provvedimenti e il giudizio di merito, mentre la caducazione dei provvedimenti di tipo anticipatorio dipenda a seconda della circostanza che il vizio accertato nella causa di merito rifletta la sussistenza di un vizio analogo nel giudizio cautelare. Così, la misura cautelare anticipatoria non potrebbe sopravvivere in caso di pronuncia, in sede di merito, di un difetto di legittimazione, di interesse ad agire, di competenza o di giurisdizione (salvo il caso del difetto della giurisdizione del giudice italiano, che può valere per il merito ma non per la pronuncia cautelare, quando essa debba essere eseguita in Italia), mentre sarebbe destinata a conservare la propria efficacia qualora il vizio processuale rilevi solo nella causa di merito, come nel caso di nullità dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di merito per un vizio attinente alla *vocatio in ius* (50).

18. (Segue): il mancato pagamento della cauzione

Continuando nell'esame delle cause di inefficacia della misura cautelare contemplate dall'immutato 3° co. dell'art. 669 novies c.p.c., il provvedimento, ancorché di tipo anticipatorio, può decadere per un ulteriore motivo: il mancato versamento della cauzione eventualmente imposta dal giudice, *ex* art. 669 undecies c.p.c., a chi abbia visto accogliere la propria istanza cautelare.

Il giudice può così, accollandole una cauzione, incentivare la parte vittoriosa ad intraprendere la causa di merito anche in casi nei quali, alla luce della riforma, il ricorrente potrebbe accontentarsi di aver ottenuto il

(50) Per questo orientamento, cfr. pure CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 137; nonché LUISO e SASSANI, op. cit., 223; BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 348; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 77 s.; GHIRGA, *Le nuove norme*, cit., 795 e in PUNZI e RICCI, *op. cit.*, 95, che la giudica «ragionevole». Nel senso che la conclusione preferibile sia «quella dell'impossibilità di pervenire a una soluzione unitaria, dovendosi separare le ipotesi in cui la ragione del rigetto non si estende al provvedimento cautelare da quelle nelle quali la sentenza sia fondata su un vizio del presupposto processuale in grado di inficiare anche il provvedimento cautelare (si pensi al difetto di giurisdizione)»; cfr. altresì OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, cit., par. 4.

provvedimento cautelare. Infatti, una volta versata per evitare la declaratoria di inefficacia del cautelare, la cauzione può essere recuperata solo all'esito del giudizio di merito.

19. (Segue): il mancato riconoscimento della sentenza straniera o del lodo estero

Sembrerebbero infine trovare applicazione per tutti i provvedimenti cautelari, compresi quelli di carattere anticipatorio, le previsioni, in tema di decadenza dell'ordinanza cautelare, di cui al 4° co. dell'art. 669 novies c.p.c.

Secondo il 4° co. dell'art. 669 novies c.p.c., se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero (e ciononostante il giudice italiano abbia la giurisdizione cautelare, come è possibile, dal momento che tanto l'art. 10, l. 31 maggio 1995, n. 218, sul diritto internazionale privato, quanto l'art. 31, regolamento CE 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, riconoscono in materia cautelare la giurisdizione italiana non solo quando il giudice italiano abbia giurisdizione nel merito ma altresì quando il provvedimento debba essere eseguito in Italia) o è devoluta ad un arbitrato estero, il provvedimento cautelare perde efficacia, oltre che nei casi previsti dal 1° e dal 3° co. dell'art. 669 novies c.p.c., pure quando la parte che aveva chiesto la misura cautelare non presenta domanda di esecutorietà in Italia della sentenza straniera o del lodo arbitrale entro i termini eventualmente previsti dalla legge o dalle convenzioni internazionali ovvero se sono pronunciati sentenza straniera, anche non passata in giudicato, o lodo arbitrale che dichiarino inesistente il diritto per il quale il provvedimento era stato concesso.

Il mantenimento, anche per quanto riguarda i provvedimenti anticipatori, dell'art. 669 novies, 4° co., c.p.c. laddove impone alla parte l'onere di domandare l'esecutorietà in Italia della sentenza straniera o del lodo arbitrale estero, desta però qualche perplessità.

Il legislatore, gravando la parte dell'onere di intraprendere e coltivare il giudizio che porterà all'emanazione della sentenza o del lodo di cui chiedere il riconoscimento in Italia, ha infatti impedito l'allentamento del nesso di strumentalità tra cautela e merito quando quest'ultimo sia attribuito alla competenza di un giudice straniero o di un arbitrato estero. Sennonché non risulta chiara la ragione del diverso trattamento rispetto ai cautelari che accedano ad un giudizio da svolgere davanti al giudice italiano o

che siano devoluti ad un arbitrato con sede in Italia, per i quali invece opera la regola, quando si tratti di provvedimenti anticipatori, della non necessità di instaurare la causa di merito. Ed oltretutto la regola di cui all'art. 669 novies, 4° co., c.p.c., obbligando la parte desiderosa di mantenere l'efficacia della misura cautelare a domandare il riconoscimento giudiziale del provvedimento di merito straniero, vanifica il contenuto dell'art. 64, l. 218/1995 e dell'art. 33, regolamento CE 44/2001, che di per sé permetterebbero a tale riconoscimento di operare automaticamente, senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento.

Non è quindi peregrino ritenere, sulla base di considerazioni sistematiche, che l'onere di instaurazione del giudizio di merito dinnanzi al giudice o all'arbitro straniero al fine di ottenere il provvedimento di merito da riconoscere in Italia per l'esecuzione sia oggi venuto meno per i provvedimenti cautelari anticipatori (51), anche se a tale conclusione si oppone un dato letterale apparentemente insuperabile che potrebbe essere forse piegato solo rilevando l'illegittimità costituzionale, per contrarietà al principio di uguaglianza dettato dall'art. 3 Cost., di un regime di stabilità della misura cautelare ingiustificatamente diverso a seconda della localizzazione del giudizio di merito.

20. Conseguenze della perdita di efficacia del provvedimento

Resta invariata la previsione di cui al 2° co. dell'art. 669 novies c.p.c., secondo cui in caso di perdita di efficacia del provvedimento, il giudice dichiara, su ricorso della parte interessata, «che il provvedimento è divenuto inefficace e dà le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente».

Solo che oggi la caducazione di un provvedimento cautelare anticipatorio per effetto dell'accertamento dell'inesistenza del diritto presidiato dalla misura cautelare, può verificarsi a distanza di molti anni, essendo venuto meno qualsiasi vincolo temporale per l'instaurazione della causa di merito.

(51) Per MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 77 in effetti, «una volta abolita la rigida strumentalità strutturale della cautela rispetto alla sentenza di merito (e alla sua efficacia)», è da ritenere che ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata non si applichi neppure l'art. 669 novies, 4° co., n. 1, c.p.c.

Di conseguenza, le restituzioni e i danni potranno assumere dimensioni di imprevedibile rilievo (52).

Sembrerebbe allora giusto che la rimessione *in pristino* e il risarcimento del danno trovino un temperamento in disposizioni di carattere sostanziale quali l'art. 1227, 2° co., c.c. che considera non risarcibili i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (53).

Ma in quale modo il creditore può limitare i danni?

Evidentemente, lo può fare instaurando tempestivamente una causa di accertamento negativo del diritto per la cui tutela è stata emessa la misura cautelare.

21. Inefficacia del provvedimento in un altro processo

Come si è più volte ricordato, qualora la causa di merito non venga iniziata o comunque il giudizio si estingua, il provvedimento cautelare anticipatorio, non seguendo più la sorte dell'inefficacia, conserva i propri effetti, salva la possibilità della sua revoca o modifica quando si verifichino mutamenti nelle circostanze poste a base della sua emanazione.

Riguardo a ciò, il nuovo 8° co. dell'art. 669 c.p.c., introdotto dalla l. 80/2005, ripetendo la formula (riferita ai soli provvedimenti cautelari *ante causam* e però sicuramente estendibile ai provvedimenti cautelari *lite pendente*) già dettata per il rito societario dal 6° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, ha cura di precisare che in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo.

Si tratta di una precisazione non troppo accurata, in quanto le ordinanze cautelari, abbiano esse contenuto negativo o positivo, tanto anticipatorio quanto meramente conservativo, esplicano efficacia per lo meno rispetto ad altri procedimenti cautelari, dal momento che solo il mutamento delle circostanze o la deduzione di fatti nuovi consente la riproposizione della domanda cautelare *ex* art. 669 septies c.p.c. o la modifica o revoca *ex* art. 669 decies c.p.c. della misura in precedenza concessa.

In ogni caso, il senso della disposizione sembra chiaro: la pronuncia cautelare non potrà mai avere la forza di un vero e proprio giudicato, che sarebbe incompatibile con i caratteri sommari del giudizio in esame.

(52) Così BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., par. 5.2.

(53) Lo propone BORGHESI, *op. loc. cit.*

La parte rimasta soccombente nel giudizio sulla cautela potrà dunque promuovere in qualsiasi momento, senza essere pregiudicata dagli esiti della fase a cognizione sommaria, un giudizio a cognizione piena orientato a dimostrare l'inesistenza del diritto posto a fondamento dell'ordine cautelare.

E la parte vincitrice potrà, viceversa, promuovere in qualsiasi momento un giudizio a cognizione piena per ottenere una sentenza idonea a passare in giudicato sulle questioni oggetto, a livello di *fumus boni iuris*, del giudizio cautelare.

La parte vincitrice non potrà però giovarsi dell'accertamento contenuto nel provvedimento sommario per le stesse ragioni per cui il legislatore si è premurato, al nuovo 8° co. dell'art. 669 c.p.c., di precisare che l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo: l'accertamento operato in sede cautelare è meramente sommario e non può dunque pregiudicare l'accertamento a cognizione piena.

Così, tra l'altro, l'attività istruttoria eventualmente compiuta in sede cautelare andrà ripetuta nel giudizio di merito con le forme per esso previste (54).

Questo non vuol dire che tutta l'attività compiuta nella fase cautelare debba andare dispersa.

Tralasciando l'influenza di fatto che l'esito del precedente giudizio cautelare può avere sul convincimento del giudice del merito, può capitare che alcuni atti istruttori compiuti in sede cautelare non siano ripetibili in sede di merito (ad esempio, è possibile che una persona ascoltata come informata dei fatti non possa testimoniare, perché nel frattempo deceduta) e, in questo caso, nulla sembra vietare che tali atti, non più ripetibili, possano essere tenuti presenti, quanto meno come argomenti di prova, dal giudice di merito.

(54) Il caso più frequente sarà quello dell'assunzione come testimone di un soggetto già sentito in sede cautelare come persona informata dei fatti: mentre le sommarie informazioni sono assunte liberamente dal giudice, senza particolari formalità, la prova testimoniale dovrà essere assunta nella fase di merito, con i limiti oggettivi e soggettivi stabiliti dalla legge, secondo le forme minuziosamente regolate dal codice di rito, tra cui va ricordato l'onere di preventiva capitolazione, in articoli separati e specifici, dei fatti su cui interrogare i testi (art. 244 c.p.c.); l'obbligo per il testimone di giurare (art. 251 c.p.c.), a cui si collega la responsabilità penale *ex* art. 372 c.p. in caso di falsa testimonianza o reticenza; l'identificazione delle persone chiamate a testimoniare e la modalità dell'interrogatorio (artt. 252-253 c.p.c.).

22. Allentare il nesso di strumentalità anche per i provvedimenti cautelari di tipo conservativo?

Occorre ora tornare, dopo aver completato la panoramica di diritto positivo, sulla valutazione positiva dell'allentamento della strumentalità tra misura cautelare e giudizio di merito compiuta sin dall'inizio di queste pagine.

In linea generale, come già si è anticipato, le innovazioni vanno salutate favorevolmente, dato che per l'ampio campo della tutela cautelare anticipatoria, che comprende ad esempio tutto il terreno della tutela dei diritti della personalità, si apre la possibilità di soddisfare il proprio diritto attraverso un semplice procedimento sommario, senza l'onere di aprire la fase a cognizione piena, con conseguente beneficio in termini di economia processuale.

Pare d'altro canto logico che il legislatore abbia mantenuto l'onere dell'instaurazione della causa di merito ai fini del mantenimento della stabilità dei provvedimenti cautelari di carattere conservativo, in relazione ai quali non è a rigore concepibile la loro sopravvivenza sganciata dall'accertamento del diritto alla cui preservazione essi siano stati emanati.

Tuttavia, proprio la distinzione tra provvedimenti anticipatori e conservativi potrebbe costituire il tallone di Achille dell'auspicabile effetto deflattivo del contenzioso in sede di merito.

È lecito dunque chiedersi se non sarebbe stato meglio parificare, ai fini del regime della stabilità, la disciplina dei due tipi di provvedimento, eliminando l'obbligatorietà del giudizio di merito anche nei campo dei cautelari di natura conservativa ed intervenendo altresì, per consentire alla parte vincitrice di beneficiare subito del successo ottenuto in sede cautelare, sulla disciplina della conversione del sequestro in pignoramento in modo da consentire l'espropriazione forzata sui beni sequestrati (55).

In favore della parificazione c'è infatti da tenere presente che aver legato la sopravvivenza degli effetti della misura cautelare ad un dato spesso opinabile, quale la natura, anticipatoria o conservativa, del provvedimento potrebbe indurre chi sia risultato vincitore nella fase sommaria ad «iniziare comunque il giudizio di merito ed a dargli impulso, al fine di scongiurare il rischio di perderne gli effetti, essendo possibile che, in sede di valuta-

(55) Nel senso che sia per motivi di opportunità sia nella prospettiva della comparazione con altri ordinamenti, sarebbe stato preferibile attenuare il nesso di strumentalità di tutti i tipi di misure cautelari, cfr. CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 136; nonché ID., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1359 ss.

zione della sopravvenuta inefficacia ai sensi dell'art. 669 novies, 2° co., c.p.c., quel provvedimento sia qualificato conservativo e non meramente anticipatorio» (56); diversamente, la questione della distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e provvedimenti cautelari conservativi potrebbe essere sollevata dalla parte resistente contro cui non si sia proceduto in sede di merito, con il pericolo di trascinare la discussione sino alla Cassazione, come consente il giudizio *ex* art. 669 novies c.p.c. sull'efficacia della misura cautelare.

Contro la parificazione c'è d'altra parte da tenere presente che, a differenza di quanto avviene per i cautelari di tipo anticipatorio, i quali hanno spesso ad oggetto diritti il cui soddisfacimento non ammette per loro stessa natura dilazione, la concedibilità dei cautelari con mero contenuto conservativo, come i sequestri, dipende esclusivamente dalla situazione di pericolo eventualmente fatta temere dal resistente e non anche dalla qualità del diritto vantato dal ricorrente, il cui conseguimento non riveste di per sé alcuna urgenza. Sarebbe pertanto piuttosto arbitrario, non essendo legato ad una particolare natura del diritto fatto valere, concedere una corsia preferenziale per il rapido ottenimento di un provvedimento sommario stabile ed esecutivo, ancorché non idoneo al giudicato, pure quando il cautelare richiesto sia di tipo conservativo. La possibilità di ottenere un tale provvedimento dipenderebbe infatti solo dal dato, meramente eventuale, della sussistenza o meno del pericolo nel ritardo. Così, ad esempio, mentre la concessione di un provvedimento d'urgenza volto alla tutela del diritto all'immagine del ricorrente si giustifica anche per il dato obiettivo della necessità di offrire tutela senza dilazione ai diritti della personalità, la concessione di un sequestro conservativo, non giustificandosi per la qualità del diritto oggetto del ricorso, che è il normalissimo diritto al pagamento di somme di denaro, si giustifica solo per il pericolo della perdita della garanzia patrimoniale generica del debitore, sicché una medesima pretesa di

(56) Così, a commento degli artt. 23 e 24, d.lgs. 5/2003, COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 659, il quale, riferendosi al rito societario, soggiunge: «qualora, infatti, si prescinda dalle ipotesi estreme (provvedimenti d'urgenza totalmente anticipatori della pronuncia di merito, come nei casi previsti dall'art. 1469 sexies c.c., da una parte, e sequestri conservativi *ex* art. 671 c.p.c., dall'altra), il confine tra le due figure, utili a fini classificatori e didattici, rischia di complicare l'esistenza agli interpreti e agli operatori. Basti pensare a un sequestro giudiziario di partecipazioni societarie delle quali sia controverso il possesso con nomina del richiedente quale custode, ai sensi dell'art. 676 c.p.c.: appare sostenibile che tale provvedimento sia anticipatorio e non meramente conservativo; appare tuttavia legittimo chiedersi chi ne affiderebbe la sopravvivenza degli effetti alla qualifica da parte del giudice al quale ne sia denunciata la sopravvenuta inefficacia, ai sensi dell'art. 669 novies, 2° co., c.p.c.».

ordine pecuniario potrebbe essere soddisfatta in tempi alquanto diversi a seconda delle caratteristiche del debitore, se si dovesse tenere conto del requisito del *periculum in mora*.

Ed allora può concludersi che per soddisfare, con maggiore ampiezza di quanto oggi consentito, esigenze di celerità fortemente avvertite e sicuramente meritevoli sarebbe preferibile non solo abolire la distinzione tra provvedimenti anticipatori e conservativi, ma anche introdurre nel nostro ordinamento un procedimento sommario, non necessariamente seguito da un accertamento a cognizione piena, i cui presupposti siano inequivocabilmente svincolati dalla sussistenza del pericolo nel ritardo.

Articolo 669 decies c.p.c.
REVOCA E MODIFICA

*Testo vigente**

669 decies. *Revoca e modifica*. – Salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies, nel corso dell'istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.

Quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento, esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'art. 669 terdecies, possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.

Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato, ovvero se l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, i provvedimenti previsti dal presente articolo devono essere richiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare.

Testo precedente

669 decies. *Revoca e modifica*. – Nel corso dell'istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare anche se emesso anteriormente alla causa se si verificano mutamenti nelle circostanze.

Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato, ovvero se l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, i provvedimenti previsti dal presente articolo devono essere richiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare.

---

* Articolo modificato dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Presupposti della revoca o modifica: i mutamenti nelle circostanze – **2.** (Segue): i fatti di cui si sia acquisita successivamente conoscenza – **3.** (Segue): la scoperta di nuove prove – **4.** (Segue): le preclusioni maturate nel giudizio di merito – **5.** (Segue): il confronto con le condizioni di riproponibilità della domanda cautelare – **6.** Rapporti con il possibile reclamo – **7.** Competenza sull'istanza di revoca o modifica

1. Presupposti della revoca o modifica: i mutamenti nelle circostanze

Quanto alla revoca o modifica dell'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare, la l. 80/2005 è intervenuta sul problema dell'individuazione dei presupposti che legittimano l'istanza, su quello del concorso di questo rimedio con il reclamo cautelare e su quello della competenza.

Iniziando dal problema dei presupposti dell'istanza, il legislatore ha chiarito, integrando il 1° co. dell'art. 669 decies c.p.c., che essa è consentita sia in conseguenza del verificarsi di «mutamenti nelle circostanze» di fatto, sia in conseguenza dell'allegazione di «fatti anteriori di cui è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare».

Tra i mutamenti di circostanze idonei alla revoca del provvedimento cautelare deve continuarsi ad annoverare la cessazione del *periculum in mora*.

Ciò appare perfettamente logico per le misure cautelari di tipo conservativo, destinate a rimanere assorbite nel provvedimento assunto a conclusione del giudizio di merito o a decadere.

Ma per i provvedimenti cautelari di tipo anticipatorio, che la riforma dell'art. 669 octies c.p.c. ha reso potenzialmente idonei a regolamentare definitivamente la situazione in contesa, senza necessità di essere seguiti dal giudizio di merito, appare curioso che il requisito del *periculum in mora* debba permanere nel tempo e che la sua cessazione legittimi la parte onerata dall'ordinanza cautelare ad ottenerne la revoca (1).

(1) Rileva l'incongruità di una possibile revoca della misura cautelare anticipatoria per essere cessato il *periculum*, pure BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in Atti del Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Ravenna, 19 maggio 2006, par. 4.3.

2. (Segue): i fatti di cui si sia acquisita successivamente conoscenza

Secondo il nuovo testo del 1° co. dell'art. 669 decies c.p.c., nel caso dell'allegazione di fatti conosciuti successivamente, l'istante, per ottenere la revoca o modifica del provvedimento, deve fornire la prova «del momento in cui ne è venuto a conoscenza» vale a dire, interpretando conformemente al suo scopo la formula adottata dal legislatore, che è venuto a conoscenza dei nuovi fatti che intende allegare dopo l'emanazione della misura cautelare (2). O meglio, l'istante deve dare la prova che è venuto a conoscenza dei nuovi fatti dopo la scadenza del termine per il reclamo (dato che, come si vedrà, la possibilità di proporre reclamo assorbe quella di chiedere la revoca o modifica), e, qualora si intenda ottenere la revoca o modifica di un provvedimento reso o confermato in sede di reclamo, deve provare che ha conosciuto le novità dopo la chiusura della fase di trattazione del procedimento di secondo grado (3).

Dunque, come era già stato precisato per il rito societario nel 3° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, oltre ai «mutamenti oggettivi» delle circostanze successivi all'emanazione dell'ordinanza, può rilevare pure, ai sensi del nuovo art. 669 decies, 1° co., c.p.c., la «scoperta» di situazioni di fatto, anteriori alla pronuncia cautelare, sulla cui base sarebbe stato possibile addivenire ad una diversa decisione (4).

Il rilievo dedicato dal legislatore ai mutamenti delle circostante successivi all'emanazione dell'ordinanza appare giusto. La scoperta di un fatto nuovo preesistente, per quanto non muti la realtà fattuale, muta comunque la percezione soggettiva di quella realtà ed è pertanto ragionevole che il legislatore abbia assimilato il cambiamento oggettivo delle circostanze all'acquisizione di conoscenze prima ignorate.

Forse è parimenti corretto, nell'ottica di sollecitare la completezza delle difese, che, per ottenere la revoca o modifica, l'istante sia tenuto, in forza del nuovo art. 669 decies, 1° co., ultima parte, c.p.c., a offrire la prova

---

(2) Per la medesima precisazione, v. altresì CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 138.

(3) Nel medesimo senso, cfr. anche MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 96.

(4) Per una interpretazione ampia della formula «mutamenti nelle circostanze», v. comunque, già in relazione alla vecchia disciplina del procedimento cautelare uniforme, FRUS, sub *art. 669 decies*, in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 740 ss.

di essere venuto a conoscenza delle circostanze anteriori in epoca posteriore all'emanazione del provvedimento revocando.

Certo è che l'obbligo di offrire la prova di non aver a suo tempo conosciuto le circostanze successivamente allegate restringe la possibilità di ottenere la revoca o modifica della misura cautelare, posto che l'opinione prevalente interpretava la previgente disposizione in coerenza con quanto disposto dall'art. 669 septies c.p.c. e quindi consentiva di fondare l'istanza su fatti preesistenti e non dedotti ancorché conosciuti. E ciò rende irrimediabili, per tutta la durata della fase di merito (che oggi, tra l'altro, non deve più essere necessariamente instaurata, nel campo della tutela cautelare anticipatoria, per assicurare la stabilità della misura cautelare), le negligenze nell'attività di allegazione che abbiano portato all'emanazione di una misura cautelare non adeguata.

Naturalmente, poi, occorre ricordare che, indipendentemente dal mutamento (oggettivo o nella percezione soggettiva) delle circostanze di fatto, sarà sempre rilevante, ai fini della revoca o modifica, il mutamento delle circostanze di diritto, intendendosi che l'inidoneità al giudicato del provvedimento cautelare lo lascia esposto allo *ius superveniens* e alle dichiarazioni d'illegittimità costituzionale delle norme su cui sia stato fondato.

3. (Segue): la scoperta di nuove prove

Resta dubbio se proporre nuove prove relative a circostanze di fatto già allegate permetta la revoca o modifica del provvedimento (5).

Probabilmente, occorre contemperare l'esigenza di giustizia che vuole che la verità formale del processo tenda quanto più possibile alla verità materiale con lo stimolo che deve muovere le parti alla completezza delle difese.

---

(5) Nel senso che l'espressione «circostanza» utilizzata dal legislatore all'art. 669 decies c.p.c. sia idonea a ricomprendere le nuove prove e che quindi la proposizione di nuove prove consenta la modifica o revoca della misura cautelare v., per quanto dubitativamente, PROTO PISANI, *Premessa*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 93. Favorevole anche CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 138, secondo cui «l'esigenza di economia processuale che ha ispirato l'allentamento del nesso di strumentalità dei provvedimenti cautelari anticipatori suggerisce di non limitare la nozione di mutamento delle circostanze alla modifica della realtà sostanziale posta alla base del provvedimento cautelare, ma di contemplare anche la possibilità di allegare nuove prove»; ed in effetti qualora la parte soccombente non potesse chiedere la revoca o modifica del provvedimento deducendo nuove prove, per ottenere la caducazione della misura cautelare non resterebbe ad essa che intraprendere il giudizio di merito, con conseguente risultato inflattivo anziché deflattivo dei processi.

Deve pertanto ritenersi che la proposizione di nuove prove consenta la revoca o la modifica della misura cautelare; ma, analogamente a quanto ora previsto per l'allegazione di fatti nuovi, le prove nuove, per essere ammissibili, devono essere sopravvenute o essere state scoperte solo dopo la pronuncia del provvedimento di cui si chiede la riconsiderazione.

In altri termini, le prove nuove sembrerebbero ammissibili nel giudizio di revoca o modifica solo quando sia stato impossibile produrle o dedurle in precedenza (6).

Così, in questa prospettiva, deve ritenersi che siano ammissibili, nel giudizio di revoca o modifica, i documenti acquisiti dopo o comunque realizzati in epoca posteriore alla misura cautelare, ivi compresi quelli scaturiti dal successivo giudizio di merito (come la consulenza tecnica esperita o le informazioni acquisite *ex* art. 213 c.p.c.)

Dovrebbero ritenersi invece non ammissibili i documenti che avrebbero potuto essere prodotti sin dall'inizio.

Quanto poi ai verbali delle testimonianze assunte in sede di merito, non parrebbe che essi possano considerarsi prove nuove ammissibili, benché formalmente formatisi successivamente all'emanazione della misura cautelare, quando siano state ascoltate persone che non si era offerto di sentire come persone informate sui fatti nel precedente giudizio cautelare.

4. (Segue): le preclusioni maturate nel giudizio di merito

Per ovvi motivi sistematici è da ritenere che nuovi fatti o nuove prove non siano ad ogni modo deducibili, in sede di procedimento di revoca o modifica del provvedimento cautelare, quando nel giudizio di merito eventualmente instaurato siano maturate le corrispondenti preclusioni all'attività di allegazione ovvero istruttoria.

Ciò non vale, peraltro, per il giudizio sul *periculum in mora*, il cui esame non trova ingresso nel giudizio di merito (7).

---

(6) In direzione contraria, cfr. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 96 il quale considera opportuno che il provvedimento cautelare possa essere sempre revocato o modificato in conseguenza di tutte le risultanze probatorie emergenti dal giudizio a cognizione piena.

(7) Negli stessi termini, cfr. BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, 129.

5. (Segue): il confronto con le condizioni di riproponibilità della domanda cautelare

Non ben comprensibile, infine, è il motivo per cui il legislatore abbia disposto che l'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare non possa essere revocata o modificata sulla base di fatti conosciuti ma non allegati nel procedimento sfociato nell'emanazione della misura di cui si vorrebbe la revoca o modifica, continuando invece a stabilire, per mezzo dell'immutato art. 669 septies c.p.c., che la pronuncia di rigetto della domanda cautelare non impedisca di ripresentare l'istanza semplicemente deducendo «nuove ragioni di fatto o di diritto», ivi comprese ragioni di fatto già conosciute in precedenza benché non dedotte (8).

In ogni caso, mancando nell'art. 669 septies c.p.c. una espressa previsione analoga a quella oggi contenuta nell'art. 669 decies, 1° co., c.p.c., non si può ritenere che l'onere di provare di aver conosciuto le circostanze anteriori successivamente all'emanazione dell'ordinanza sia imposto anche quando l'istanza cautelare venga riproposta a seguito del suo precedente rigetto.

Ne consegue che, secondo l'attuale assetto normativo, l'ordinanza che abbia negato la misura cautelare ha una stabilità debole, poiché, indipendentemente dal reclamo, può sempre cedere dinanzi ad una riproposizione dell'istanza in cui siano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto, mentre la pronuncia di accoglimento ha maggiore stabilità, data la preclusione alla revoca o modifica del provvedimento che colpisce i fatti non allegati nel precedente procedimento cautelare benché fossero conosciuti.

Tale asimmetria, che rende il provvedimento di accoglimento più stabile di quello di rigetto, suscita dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, non potendosi trovare una giustificazione razionale del diverso regime (9).

---

(8) Il legislatore non ha ritenuto di modificare, con uno specifico riferimento ai fatti sopravvenuti, la formula contenuta nel 1° co. dell'art. 669 septies c.p.c., che legittima la riproposizione della domanda cautelare in precedenza rigettata, sia «quando si verifichino mutamenti delle circostanze», sia quando «vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto». Quanto consentito dall'art. 669 septies c.p.c. è oggi più ampio di quanto permesso dall'art. 669 decies c.p.c., dal momento che tra le nuove ragioni di fatto di cui all'art. 669 septies c.p.c. pare possibile ricomprendere non solo le «circostanze anteriori di cui è acquisita conoscenza successivamente» al (diniego del) provvedimento cautelare, ma anche le allegazioni di fatti preesistenti conosciuti, semplicemente non menzionati prima: in questo senso, v. per tutti FRUS, sub *art. 669 septies*, in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, cit., 686.

(9) Per l'incostituzionalità propendono LUISO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 226.

6. Rapporti con il possibile reclamo

Continuando sulla revoca o modifica, il nuovo 2° co. dell'art. 669 decies c.p.c., inserito dalla l. 80/2005, ha chiarito, come in precedenza era stato fatto per il rito societario nel 3° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, che essa può essere chiesta, anche *ante causam* ovvero quando il giudizio di merito sia stato dichiarato estinto (ed il provvedimento cautelare, essendo di tipo anticipatorio, non sia decaduto), «esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c.».

Questa disposizione è simmetrica rispetto a quella dettata nella nuova prima parte del 1° co. dell'art. 669 decies c.p.c., inserita anch'essa dalla l. 80/2005, secondo cui, quando sia pendente il giudizio di merito, la revoca o modifica può essere chiesta «salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c.».

Tale complesso normativo sta a significare che, sino alla scadenza dei termini per reclamare, la sede naturale in cui far valere eventuali mutamenti nelle circostanze è quella del giudizio di reclamo (10), cosa su cui si poteva nutrire qualche dubbio nella vigenza dell'originaria disciplina dettata dagli artt. 669 bis ss. c.p.c.

Se infatti, come era possibile sostenere prima dell'introduzione ad opera della l. 80/2005 del nuovo 4° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c. (che espressamente consente di proporre in sede di reclamo circostanze sopravvenute), si fosse esclusa la possibilità di allegare fatti nuovi con il reclamo cautelare, eventuali «mutamenti nelle circostanze» avrebbero potuto essere fatti valere solo nel giudizio di revoca o modifica (11).

---

(10) Osserva GENTILI, *Tutela cautelare anche negli arbitrati*, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 22, 82, che una differenza sembra caratterizzare la procedura di revoca o reclamo a seconda della pendenza o meno del giudizio di merito «ma, verosimilmente, si tratta solo di una variante lessicale utilizzata dal legislatore; infatti, mentre il nuovo 1° co. usa l'espressione 'salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies', nel nuovo 2° co. si legge 'esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'art. 669 terdecies': in ambedue i casi sembra, però, che l'intenzione del legislatore sia stata quella di preferire, laddove temporalmente ancora possibile, che la modifica del provvedimento cautelare avvenga in sede di reclamo. Una diversa interpretazione, pur possibile letteralmente, nel senso che, laddove sia pendente il giudizio di merito e il provvedimento già abbia superato il vaglio della fase del reclamo, il giudice istruttore non può più intervenire su di esso per modificarlo, appare logicamente da scartare, essendo privo di giustificazione il diverso regime di ampia modificabilità applicabile, laddove ne ricorrano le condizioni temporali e probatorie, all'ipotesi di giudizio di merito estinto o mai iniziato».

(11) Per un quadro delle diverse opinioni, v. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 148 ss., per il quale nel secondo grado cautelare era consentito allegare nuove circostanze e quindi era utilizzabile lo strumento del reclamo anziché quello dell'istanza di revoca o modifica, comunque utilizzabile anche nella pendenza dei termini per reclamare.

Se invece si fosse ritenuta possibile l'allegazione di nuovi fatti, come un altro orientamento sosteneva e come oggi ratifica il nuovo testo dell'art. 669 terdecies, 4° co., c.p.c., il giudizio di reclamo avrebbe potuto apparire astrattamente idoneo a prendere le veci di quello di revoca o modifica, ma non era possibile sapere quale dei due si dovesse scegliere (il che avrebbe dovuto far propendere per la loro perfetta alternatività).

Considerato che oggi il nuovo 4° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c., al pari di quanto ora stabilisce per il rito societario la seconda parte del 5° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, rende inequivocabilmente possibile allegare nuove circostanze nel giudizio di reclamo e considerato che oggi il reclamo appare perfettamente fungibile rispetto all'istanza di revoca o modifica, deve giudicarsi sicuramente opportuno che il legislatore, per evitare le incertezze derivanti dalla concorrenza di due rimedi ugualmente esperibili, abbia deciso di dare la prevalenza ad uno e precisamente al reclamo.

7. Competenza sull'istanza di revoca o modifica

Passando alle questioni di competenza, la l. 80/2005 ha stabilito, al nuovo 2° co. dell'art. 669 decies c.p.c., che il giudice dotato del potere di concedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare è, quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, lo stesso giudice (inteso come stesso ufficio giudiziario) che ha provveduto sull'istanza cautelare, mentre una volta che il giudizio di merito sia iniziato continua ad applicarsi il testo, rimasto sotto questo aspetto inalterato, del 1° co. dell'art. 669 decies c.p.c. e quindi il giudice competente diviene il giudice istruttore della causa di merito.

Questa puntualizzazione, analoga a quella già operata per il rito societario dal 3° e 4° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, consente di individuare la competenza per la revoca o la modifica nell'ipotesi, in precedenza non espressamente disciplinata, in cui non sia pendente un giudizio di merito e quindi nessun giudice sia stato incaricato dell'istruzione della causa.

Una ipotesi del genere era da considerare rara nell'ambito del procedimento cautelare come disciplinato anteriormente alla riforma, dove la causa di merito doveva essere necessariamente proposta nel termine di trenta giorni dall'ordinanza di accoglimento, ma potrebbe diventare frequente nel nuovo rito, nel quale i provvedimenti cautelari di tipo anticipatorio mantengono efficacia anche se non seguiti dalla fase di merito o se il giudizio si estingue e i provvedimenti cautelari di tipo conservativo man-

tengono efficacia nel termine raddoppiato di sessanta giorni dall'emanazione.

Proprio la rarità del caso che la circostanza nuova emergesse nei trenta giorni tra il giudizio cautelare e quello di merito è la probabile causa dell'originaria mancata disciplina da parte degli artt. 669 bis ss. c.p.c. della competenza per revoca o modifica quando il giudizio di merito non fosse ancora iniziato, che comunque poteva ugualmente ricavarsi senza eccessiva difficoltà applicando analogicamente l'art. 669 decies o l'art. 669 novies c.p.c.: era inevitabile riconoscere la competenza del giudice che avesse in precedenza emanato il provvedimento cautelare, posto che l'art. 669 decies, 2° co., individua quest'ultimo come competente sulla revoca o modifica quando il giudice del merito manchi perché la causa appartiene a un giudice straniero o ad arbitri, e che l'art. 669 novies, 2° co., enuncia la medesima regola per individuare il giudice competente a dichiarare l'inefficacia del provvedimento cautelare quando il giudice del merito manchi perché la relativa causa non risulta proposta nel termine di legge (12).

La precisazione operata dalla l. 80/2005, opportuna per colmare la lacuna prima presente, non cancella peraltro ogni residuo dubbio in tema di competenza sull'istanza di revoca o modifica.

Con l'attribuzione al giudice che «ha provveduto» sull'istanza cautelare del potere di revoca e modifica del provvedimento resta infatti irrisolta la questione di chi sia competente per la revoca e la modifica quando il ricorso sia stato rigettato in prime cure e il provvedimento cautelare sia stato concesso dal giudice del reclamo (13). In quest'ultimo caso potrebbe addirittu-

---

(12) Riteneva ragionevole, nell'assenza di un giudice per il merito, anche alla luce di quanto previsto nel 2° co. dell'art. 669 decies c.p.c., «affermare la *prorogatio* dei poteri in capo al giudice che ha emesso la misura revocanda o modificanda», MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, 368 s.; ID., sub *art. 669 decies*, in TARZIA e CIPRIANI (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1992, 378. Non mancavano, però, prese di posizione scarsamente condivisibili: aderendo strettamente al dato letterale enunciato dal 1° co. dell'art. 669 decies c.p.c., secondo cui la revoca o modifica sono disposte «nel corso dell'istruzione» dal «giudice istruttore della causa di merito», stando a Trib. Brindisi, 3 aprile 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2332, sarebbe stata inammissibile l'istanza di revoca o modifica proposta prima che fosse iniziata la fase istruttoria del giudizio di merito e quindi, a maggior ragione, quando il giudizio di merito non fosse ancora iniziato.

(13) Per l'opinione, espressa in relazione all'analoga formula dettata dal legislatore del rito societario, che la lettera del 3° co. dell'art. 23 non appare sufficiente, in questo caso, a chiarire quale sia il giudice competente, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 661. Secondo LUISO e SASSANI, *op. cit.*, 227, invece, ma apoditticamente, in base alla nuova disciplina «la competenza a provvedere sulla modifica e revoca è sempre del giudice monocratico, anche se il provvedimento è stato concesso in sede di reclamo».

ra sostenersi che tanto il primo giudice, respingendola, quanto il secondo giudice, accogliendola, abbiano «provveduto» sull'istanza cautelare e potrebbe di conseguenza ipotizzarsi una competenza concorrente tra il primo e il secondo giudice, la cui scelta sia lasciata alla parte che solleciti la revoca o modifica (14). L'attribuzione della competenza al giudice che «ha provveduto» lascia peraltro intendere, per quanto debolmente, che la revoca o modifica vada chiesta non a chi si è limitato a respingere l'istanza, negando il provvedimento domandato, ma a chi abbia agito in positivo e cioè abbia, per l'appunto, «provveduto» (15). Del resto, pur essendo possibile che il processo sia assegnato ad un giudice persona-fisica diverso da quello a suo tempo incontrato (16), sarebbe un controsenso attribuire il potere di revocare o modificare il provvedimento allo stesso giudice (inteso come organo giudicante) per il quale le condizioni per concederlo non sussistevano nemmeno in origine (17) o per il quale comunque (facendo l'ipotesi che anche il primo giudice avesse provveduto in positivo, concedendo un provvedimento, ma che questo provvedimento sia stato modificato in sede di reclamo) sussistevano le condizioni per concedere un provvedimento diverso da quello per il quale è stata presentata l'istanza di revoca o modifica.

---

(14) Nel senso di una competenza concorrente pare propendere BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *op. cit*., 127, quando la misura cautelare sia stata concessa dal primo giudice e poi confermata con modifiche dal secondo (e quindi quando entrambi i giudici abbiano «provveduto» in positivo, sia pure in modo diverso).

(15) Partendo dal medesimo dato letterale, cfr., in senso opposto, BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 366, e OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (legge 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it* (15 giugno 2005), par. 4, secondo i quali proprio la formulazione letterale del nuovo 2° co. dell'art. 669 decies c.p.c., che fa riferimento al «giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare» (cioè al giudice che «ha risposto», anche in senso negativo, all'istanza) e non al giudice che «ha pronunciato» ovvero «ha emanato» il provvedimento cautelare, evidenzierebbe come il potere di revoca o modifica vada attribuito al giudice di primo grado anche quando la misura sia stata concessa in sede di reclamo.

(16) Lo nota BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 127, per negare che siano realmente convincenti le ragioni di opportunità addotte da chi sostiene che sia meglio attribuire il potere di revoca o modifica ad un giudice diverso da quello che aveva negato la misura cautelare.

(17) Per la stessa conclusione, cfr. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 2005, 803, e in PUNZI e RICCI (a cura di), *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, 103, secondo cui «la proposta interpretativa di considerare competente il giudice che ha disposto la cautela, quand'anche si tratti del giudice del reclamo, sembra da preferire, essendo funzionale la revoca o modifica all'adeguamento della realtà processuale, al quale pare più opportuno provveda il giudice che ha ritenuto di dover accogliere la richiesta di tutela cautelare, piuttosto che quello che l'ha respinta». Per differenti valutazioni, operate con riferimento a problemi simili emersi per il rito societario, cfr. invece FRUS, sub *art. 23*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 685 ss.

Articolo 669 terdecies c.p.c.
RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

*Testo vigente**

669 terdecies. *Reclamo contro i provvedimenti cautelari.* – Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare è ammesso reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore.

Il reclamo contro i provvedimenti del giudice singolo del tribunale si propone al collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato. Quando il provvedimento cautelare è stato emesso dalla corte d'appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa corte o, in mancanza, alla corte d'appello più vicina.

Il procedimento è disciplinato dagli artt. 737 e 738.

Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti. Non è consentita la rimessione al primo giudice.

Il collegio, convocate le parti, pronuncia, non oltre venti giorni dal deposito del ricorso, ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare.

Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento; tuttavia il presidente del tribunale o della corte investiti del reclamo, quando per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi grave danno, può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione.

Testo precedente

669 terdecies. *Reclamo contro i provvedimenti cautelari*. – Contro l'ordinanza con la quale, prima dell'inizio o nel corso della causa di merito, sia stato concesso un provvedimento cautelare è ammesso reclamo nei termini previsti dall'art. 739, secondo comma.

Il reclamo contro i provvedimenti del giudice singolo del tribunale si propone al collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato. Quando il provvedimento cautelare è stato emesso dalla corte d'appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa corte o, in mancanza, alla corte d'appello più vicina.

Il procedimento è disciplinato dagli artt. 737 e 738.

Il collegio, convocate le parti, pronuncia, non oltre venti giorni dal deposito del ricorso, ordinanza non impugnabile con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare.

Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento; tuttavia il presidente del tribunale o della corte investiti del reclamo, quando per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi grave danno, può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione.

---

* Articolo modificato dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Reclamabilità del provvedimento negativo – **2.** Termine per reclamare: l'allungamento a quindici giorni – **3.** (Segue): il «*dies a quo*» – **4.** (Segue): l'integrazione della disciplina in materia societaria – **5.** «*Nova*» nella fase del reclamo: l'allegabilità di fatti nuovi – **6.** (Segue): l'ammissibilità di nuove prove – **7.** (Segue): le preclusioni maturate nel giudizio di merito – **8.** Divieto di rimessione al primo giudice – **9.** Richiamo alle norme sulla impugnazione

1. Reclamabilità del provvedimento negativo

Giungendo al tema del reclamo cautelare, la l. 80/2005 ha apportato al testo dell'art. 669 terdecies c.p.c. numerose significative modifiche, volte soprattutto a sopire la discussione su alcuni profili controversi della vecchia disciplina del 1990.

Il primo intervento, con cui si è riformulata la prima parte del 1° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c., pur apprezzabile, è privo in realtà di conseguenze concrete, costituendo il dovuto adeguamento della disposizione alla sentenza della Corte Costituzionale (1), che dichiarò costituzionalmente illegittimo il testo di legge nella parte in cui, accanto alla possibilità di proporre il reclamo contro il provvedimento concessivo della misura richiesta, non prevedeva il reclamo contro l'ordinanza con la quale fosse stato negato il provvedimento cautelare.

Ci sarebbe da osservare che la nuova formulazione dell'art. 669 terdecies, 1° co., c.p.c. appare più restrittiva rispetto a quella adottata, per il processo societario, nell'art. 23, 5° co., d.lgs. 5/2003, che ammette il reclamo «contro tutti i provvedimenti in materia cautelare», lasciando così intendere che sia reclamabile ogni possibile provvedimento intervenuto in sede cautelare, tra cui in particolare il provvedimento *ex* art. 669 sexies, 2° co., c.p.c., pronunciato *inaudita altera parte*, se non seguito dalla fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti entro i successivi quindici giorni; il provvedimento *ex* art. 669 novies c.p.c., dichiarativo dell'inefficacia della misura cautelare; il provvedimento *ex* art. 669 decies c.p.c., reso sull'istanza di revoca o modifica di un anteriore provvedimen-

(1) Ci si riferisce a C. Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. cost.*, 1994, 2033, con nota di ARIETA, in *Foro it.*, 1994, I, 2001, con nota di CAPPONI, in *Giur. it.*, 1994, I, 409, con nota di CONSOLO, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2087, ed *ivi*, 1995, I, 659, con nota di MAMMONE.

to cautelare; il provvedimento *ex* art. 669 duodecies c.p.c., determinativo delle modalità di attuazione dell'ordine del giudice (2).

Poiché però non si può pensare che su tali delicati problemi si possa raggiungere una soluzione diversa a seconda che si verta in materia societaria o no, non pare consentito desumere nulla di significativo dal differente tenore letterale che emerge dal confronto tra l'art. 669 terdecies, 1° co., c.p.c. e l'art. 23, 5° co., d.lgs. 5/2003 (3).

2. Termine per reclamare: l'allungamento a quindici giorni

Più importanti sono i successivi interventi, con i quali la l. 80/2005, modificando l'art. 669 terdecies, seconda parte, 1° co., c.p.c. nonché introducendo in esso un nuovo 4° co., da un lato ha affrontato la questione del termine di proponibilità del reclamo e dall'altro ha inteso fugare ogni dubbio circa la struttura dello stesso, disciplinando esplicitamente le questioni relative all'allegazione di fatti e alla deduzione di mezzi di prova nuovi, nonché vietando la rimessione della controversia al primo giudice.

Iniziando dai termini per reclamare, la seconda parte del 1° co. del nuovo art. 669 terdecies c.p.c. ha elevato da dieci a quindici giorni il termine per la proposizione del reclamo cautelare ed ha chiarito che il termine decorre dalla pronuncia in udienza dell'ordinanza reclamata ovvero, nel caso, statisticamente più frequente, di pronuncia fuori udienza, dalla sua comunicazione o, se anteriore, dalla sua notificazione.

Relativamente all'allungamento a quindici giorni del termine non c'è molto da dire.

Il termine più lungo risponde all'opportunità, evidenziata dalla pratica forense, di concedere un maggiore lasso di tempo agli avvocati per la redazione del ricorso.

---

(2) In proposito CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1521, ha commentato che il legislatore del processo societario, ammettendo il reclamo «contro tutti i provvedimenti in materia cautelare», ha generalizzato il rimedio, non importa se i provvedimenti siano stati resi «in materia di revoca (art. 669 decies c.p.c.) di attuazione (art. 669 duodecies c.p.c.) o in altri snodi ove non vi è, o non vi è sempre, esercizio del potere cautelare», finendo così per dare l'impressione di essersi comportato al modo di un novello apprendista stregone.

(3) Non sorprende, dunque, che BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 354, abbia commentato che «in tal modo il legislatore ha perso un'ottima occasione» per affrontare una serie di problemi «reali e nient'affatto trascurabili, ch'erano da tempo emersi in ordine all'ambito di applicazione del reclamo».

Ma non c'è solo questo.

Nel regime introdotto dalla l. 80/2005, essendo stato attenuato il carattere della strumentalità, tanto che i provvedimenti di tipo anticipatorio potranno mantenere efficacia nonostante la mancata instaurazione della causa di merito, è prevedibile che l'importanza dei giudizi cautelari cresca e che parallelamente cresca il grado di approfondimento dedicato da giudici e parti alle questioni in contesa. Dal che discende come perfettamente logico l'aumento del tempo concesso per redigere l'eventuale reclamo.

Così stando le cose, non si comprende perché il termine per reclamare sia rimasto di dieci giorni quando il provvedimento cautelare venga emanato in materia societaria.

Il legislatore della riforma ha infatti lasciato immutata la prima parte del 5° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, dove, in tema di provvedimenti *ante causam*, ma con una formulazione riferibile anche a quelli in corso di causa, il termine per la proposizione del reclamo continua ad essere di dieci giorni. Questo diverso termine è chiaramente incompatibile con quello maggiore fissato dalla l. 80/2005 e proprio questa evidente incompatibilità rende inevitabile, in applicazione del principio di specialità, concludere che nel rito societario valgano termini per reclamare più ristretti. Sennonché, non parendo seriamente sostenibile che la materia societaria sia «più urgente» delle materie ricomprese nella normale disciplina, con conseguente giustificatezza del minore temine per proporre reclamo cautelare, la diversa regolamentazione sembra censurabile alla stregua del parametro dell'uguaglianza dettato dall'art. 3 Cost. e sembra di conseguenza consentire una futura declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa speciale.

3. (Segue): il «*dies a quo*»

Di maggiore complessità è la questione del momento a decorrere dal quale scatta il termine, ora di quindici giorni, per avanzare il reclamo.

Sul punto, la l. 80/2005 ha inteso porre fine ad una *bagarre* giurisprudenziale che aveva tratto origine dall'infelice tecnica normativa a suo tempo adottata nel redigere l'ultima parte del 1° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c.

In proposito, sembra opportuno ricordare come il legislatore del 1990, anziché disciplinare in maniera diretta il regime dei termini per reclamare

contro i provvedimenti cautelari, si fosse limitato a richiamare il 2° co. dell'art. 739 c.p.c., il quale, in tema di procedimento in camera di consiglio, dispone che il termine per proporre reclamo contro il decreto camerale decorre dalla sua comunicazione, se è dato in confronto di una sola parte, o dalla sua notificazione, se è dato in confronto di più parti. Un richiamo così congegnato ha posto notevoli problemi all'interprete, considerata la difficoltà di innestare nel campo del reclamo cautelare una disposizione dettata per il reclamo contro i provvedimenti pronunciati in camera di consiglio. Basti dire che il 2° co. dell'art. 739 c.p.c. si riferisce al reclamo contro «decreti» (mentre i provvedimenti cautelari assumono la forma di ordinanza) e che i provvedimenti cautelari, essendo strumentali a procedimenti di tipo contenzioso, sono sempre resi in confronto di più parti (mentre i provvedimenti camerali, potendo appartenere all'area della volontaria giurisdizione, possono essere resi nei confronti anche del solo richiedente). C'è poi da ricordare che l'art. 739 c.p.c. non era di uniforme interpretazione neppure nel settore, per il quale fu inizialmente pensato, dei provvedimenti resi in camera di consiglio (4). Se infine si aggiunge che le ordinanze rese in sede di reclamo cautelare non erano ricorribili per cassazione nemmeno ai sensi dell'art. 363 c.p.c., nell'interesse della legge, e che quindi mancava il materiale su cui potesse esercitarsi il controllo nomofilattico della Suprema Corte (5), non desta meraviglia che in argomento, malgrado la sostanziale uniformità delle opinioni dottrinali, si fossero formati almeno quattro orientamenti giurisprudenziali in conflitto tra loro.

Uno era l'orientamento, che trovava il conforto della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria, ai cui sensi il termine per reclamare avrebbe

(4) Questo almeno fino a quando le Sezioni Unite, componendo un precedente contrasto, hanno affermato il principio di diritto secondo cui il termine di dieci giorni previsto dall'art. 739 c.p.c. per la proposizione del reclamo contro il provvedimento camerale pronunciato nei confronti di più parti decorre dalla notificazione dello stesso eseguita dall'ufficiale giudiziario ad istanza di parte e non anche dalla notificazione eseguita a ministero o su istanza del cancelliere: v. Cass., Sez. Un., 29 aprile 1997, n. 3670, in *Giur. it.*, 1998, 1376, in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, 739, con nota di CIANI, in *Foro it.*, 1997, I, 3531, e in *Giust. civ.*, 1997, I, 1502, con osservaz. di GIACALONE.

(5) Ora invece l'art. 363 c.p.c. consente che «quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile» il Procuratore generale presso la Corte di cassazione chieda alla Suprema Corte di enunciare «nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi». C'è inoltre da ricordare che, ai sensi del nuovo art. 363 c.p.c., «il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di interesse generale».

dovuto decorrere esclusivamente dalla notifica di copia integrale del provvedimento effettuata ad istanza di parte (6).

Un altro era l'orientamento secondo cui il termine per reclamare avrebbe potuto decorrere non solo dalla notifica su istanza di parte, come impone la regola generale in materia di impugnazioni, ma anche dalla notifica effettuata su richiesta del cancelliere, distinguendosi poi tra chi riteneva necessaria la notifica dell'intero provvedimento e chi riteneva sufficiente la notifica del dispositivo (7).

Un altro ancora era l'orientamento secondo cui il termine per reclamare avrebbe dovuto decorrere dalla comunicazione a cura del cancelliere

(6) Così Trib. Milano, 8 marzo 2004, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, 459; Trib. Verona, 26 giugno 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2420; Trib. Milano, 25 novembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1886; Trib. Milano, 12 febbraio 1999, in *Riv. critica dir. lav.*, 1999, 709; Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Dir. ind.*, 1997, 531, con nota di CAVALLARO; Trib. Salerno, 8 aprile 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 2990; Trib. Roma, 8 marzo 1995, in *Giur. merito*, 1996, I, 246; Trib. Torino, 16 novembre 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 472; Trib. Torino, 21 aprile 1994, *ibidem*, 102, con nota di FRUS; Trib. Torino, 3 gennaio 1994, *ivi*, 1994, I, 2, 1118; Trib. Rovigo, 24 novembre 1993, in *Giur. merito*, 1995, I, 64, con nota di CARRATO; CECCHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997, 207 ss.; CONSOLO, sub *art. 669 terdecies*, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 708, 712 ss.; MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 415; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, 152 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, *L'esecuzione forzata. I procedimenti speciali non cognitori. Procedimenti cautelari. Giurisdizione volontaria*, 15ª ed., Torino, 2003, 229, part. nota 80; FRUS, sub *art. 669 terdecies*, in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 787; TARZIA *Il provvedimento negativo. Il reclamo*, in ID. (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, 393 s.; TARZIA, sub *art. 669 terdecies*, in TARZIA e CIPRIANI (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1992, 397; BASILICO, *I rimedi nei confronti dei provvedimenti cautelari alla luce dei nuovi artt. 669 decies e 669 terdecies c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 27, ed ora in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano, 1993, 667; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 373; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (l. 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 724; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, 257; TOMMASEO, sub *artt. 73-77*, in AA.VV., *Legge 26 novembre 1990, 353. Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Corr. giur.*, 1991, 104, part. nota 50.

(7) Nel senso della necessità della consegna al destinatario, da parte dell'ufficiale giudiziario, di copia integrale dell'atto, cfr. Trib. Rovigo, 25 giugno 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2420; Trib. Pescara, 26 novembre 1998, in *Giur. it.*, 2000, 315, e in *Giur. merito*, 2000, con mia nota; Trib. Modena, 13 marzo 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 564, e in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, 408, ancora con mia nota; Trib. Messina, 4 dicembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 556, con nota di NICOTINA. Per l'affermazione che «la comunicazione integrale del provvedimento cautelare, effettuata dal cancelliere per il tramite dell'ufficiale giudiziario» (e cioè la notificazione dello stesso su istanza del cancelliere) è idonea a far decorrere il termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo, v. anche Trib. Treviso, 3 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, 312. Nel senso della sufficienza della notifica del solo dispositivo, v. poi Trib. Torino, 3 agosto 1995, in *Foro it.*, 1997, I, 318.

del dispositivo del provvedimento pronunciato fuori udienza (8) ovvero dalla stessa pronuncia, se avvenuta in udienza (9).

Un ultimo orientamento era infine quello secondo cui il termine per reclamare avrebbe dovuto decorrere dalla comunicazione del provvedimento qualora vi fosse un'unica parte legittimata a reclamare (cioè quando vi fosse un'unica parte soccombente, posto che il provvedimento cautelare viene sempre emesso tra più parti, data la natura contenziosa del procedimento) e dalla notifica qualora vi fosse una pluralità di legittimati, ossia quando i soccombenti fossero più d'uno (10).

Tra tutte queste opzioni, la l. 80/2005, invece di adottare l'orientamento propenso a riconoscere efficacia alla sola notifica su istanza di parte, largamente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ha scelto una soluzione articolata, che permette di compattare i tempi del giudizio cautelare e non rimetterli dell'iniziativa della parte vincitrice di notificare all'avversario il provvedimento cautelare (11).

Il nuovo art. 669 terdecies, 1° co., c.p.c. stabilisce infatti che il termine decorre dalla pronuncia in udienza dell'ordinanza reclamata ovvero se, come è usuale, il provvedimento è pronunciato fuori udienza, dalla sua comunicazione o, se anteriore, dalla sua notificazione.

Una prescrizione così specifica sembrerebbe intesa ad esplicare una regola che colleghi il *dies a quo* ad un qualunque evento che fornisca la conoscenza legale dell'ordinanza da impugnare (12).

---

(8) Cfr. Trib. Piacenza, 25 giugno 1997, in *Riv. critica dir. lav.*, 1997, 855; Trib. Torino, 3 agosto 1995, in *Foro it.*, 1997, I, 318; Trib. Piacenza, 13 marzo 1997, *ibidem*, 3532, e in *Arch. civ.*, 1997, 646; Trib. Rimini, 13 dicembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 286; Trib. Biella, 23 luglio 1994, *ivi*, 1995, I, 2, 875, e in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 1083, con nota di FRUS; Trib. Brescia, 9 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 1601; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 378 s.

(9) Così Trib. Padova, 21 marzo 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 856, con nota di DE CRISTOFARO.

(10) Così Trib. Bologna, 5 luglio 1995, in *Giur. merito*, 1996, 246, e in *Foro it.*, 1997, I, 319, rimasta peraltro isolata.

(11) Scettico verso la reale efficacia sull'efficienza e sulla rapidità del nuovo regime del termine per reclamare e quindi critico nei confronti dell'opportunità di una scelta che senza alcun tangibile vantaggio deroga al principio generale, desumibile dall'art. 326 c.p.c., che rimette alla parte soccombente la scelta circa il se e il quando far decorrere il termine breve per l'impugnazione, si mostra BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 361.

(12) Non per nulla, secondo OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (legge 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it* (15 giugno 2005), par. 5, il rilascio di copia integrale del provvedimento al procuratore dovrebbe giudicarsi idoneo a far decorrere il termine perché comporta la conoscenza legale del provvedimento impugnato; mentre, «per la stessa ragione, si deve affermare che la copia rilasciata alla parte personalmente non sia in grado di far operare il termine breve imposto dall'art. 669 terdecies, 1° co., c.p.c., sicché in tal caso il cancelliere non sarà liberato dall'onere della comunicazione».

D'altro canto, proprio il dettaglio in cui è entrato il legislatore porta ad escludere, anche per non alimentare controversie in ordine all'intervenuta scadenza del termine, che altri eventi che implichino la conoscenza legale del provvedimento possano considerarsi equivalenti ai fini della decorrenza del termine per il reclamo.

Sul piano operativo, nella maggioranza dei casi il termine per il reclamo inizierà a decorrere dal momento della comunicazione dell'ordinanza cautelare, posto che i giudici raramente provvedono in udienza, preferendo assumere la decisione dell'istanza «a riserva», e che le parti raramente frequentano assiduamente la cancelleria per essere pronte per notificare all'avversario il provvedimento appena emesso e comunque prima che sia comunicato.

La comunicazione, secondo quanto dispongono gli artt. 136, 1° co., e 170 c.p.c., viene effettuata alle parti costituite dal cancelliere (direttamente o tramite l'ufficiale giudiziario) con biglietto di cancelleria, che contiene un semplice avviso dell'emissione del provvedimento, di cui, normalmente, viene riprodotto il solo dispositivo. Ciò obbligherà il soccombente (qualora negli uffici giudiziari non si instauri la prassi di comunicare l'intero provvedimento cautelare, anziché il solo suo dispositivo) (13) a recarsi in cancelleria per ottenere copia integrale del provvedimento, per poter valutare se e come proporre il reclamo, con conseguente erosione del termine, sia pure elevato da dieci a quindi giorni, per formulare le proprie difese (14).

Naturalmente, poi, occorre tener presente che la l. 80/2005, modificando gli artt. 134 e 176 c.p.c., consente che la comunicazione delle ordinanze sia effettuata «anche a mezzo telefax o a mezzo di posta elettronica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e teletra-

(13) La comunicazione del testo integrale del provvedimento è auspicata da FRUS, sub *art. 23*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 711, in relazione al rito societario, dove si pone un analogo problema.

(14) La protrazione, rispetto ai dieci giorni previsti dall'art. 23, 5° co., d.lgs. 5/2003, «sembra escluda il pericolo (…) di un'eccessiva compressione del termine, dovendosi calcolare il tempo necessario ad acquisire la copia del provvedimento»: così, peraltro, OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, cit., par. 5, il quale altresì rileva che *dies a quo* decorrenti dalla comunicazione anziché dalla notificazione dell'atto soggetto a impugnazione sono anche il termine per proporre regolamento di competenza e il termine per proporre reclamo contro l'ordinanza di estinzione nei giudizi attribuiti al tribunale in composizione collegiale, «sicché non risulta eccezionale l'individuazione del *dies a quo* nella data (non di conoscenza integrale dell'atto, ma soltanto) della ricezione della sua notizia (cfr. articoli 134, 2° co., e 136, 1° co., c.p.c.)».

smessi» e che a tal fine «il difensore indica nel primo scritto difensivo utile il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica» presso cui dichiara di voler ricevere la comunicazione.

La possibilità di comunicare l'ordinanza con modalità tecnologiche, analogamente a quanto già previsto per il rito societario dall'art. 17, d.lgs. 5/2003, suscita alcuni problemi, anche se meno gravi di quelli ipotizzabili per il processo societario, dove il ricorso al fax e alla posta elettronica è consentito non solo per le comunicazioni, che comunque provengono sempre da una parte pubblica, ma anche per le notificazioni.

È infatti dubbio se, in assenza, al momento, di una disciplina *ad hoc* concretamente applicabile sulla trasmissione e ricezione dei documenti informatici e teletrasmessi, le previsioni in ordine alla comunicazione (e per il rito societario anche alla notificazione) degli atti possano ritenersi valide e quindi efficaci al fine di provocare l'inizio del decorso del termine per reclamare.

In ogni caso, è certo che l'indicazione negli scritti difensivi del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica costituisca una mera facoltà, se non altro perché il difensore potrebbe essere sprovvisto tanto di fax quanto di posta elettronica. In altre parole, è possibile che l'attore, nella redazione del ricorso, e il convenuto, nella stesura della memoria difensiva che normalmente viene depositata, indichino il numero di fax o l'e-mail presso cui si dichiarano disponibili a ricevere le comunicazioni (e, nel caso del rito societario, le notificazioni) nel corso del procedimento; ma è anche possibile che entrambe le parti o una di esse non dichiarino nulla. In questa seconda eventualità, la comunicazione (o la notificazione) del provvedimento che dovesse essere effettuata al numero di fax o all'indirizzo di posta elettrica del difensore, ricavando l'informazione da fonti diverse rispetto all'espressa autorizzazione contenuta in atti (15), non potrà considerarsi valida e di conseguenza non risulterà idonea a far decorrere il termine per reclamare.

Deve infine aggiungersi, per completare il quadro, che in mancanza di comunicazioni o notificazioni, ovvero quando esse siano state eseguite invalidamente, nell'ipotesi in cui la pronuncia dell'ordinanza sia avvenuta fuori udienza, sembra inevitabile che operi, in via analogica, il termine

(15) Il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica potrebbero essere appresi, ad esempio, consultando l'albo degli avvocati, o leggendoli sul timbro dello studio o sulla carta intestata dello stesso.

«lungo» di decadenza annuale previsto, con riferimento all'appello, al ricorso per cassazione e alla revocazione ordinaria, dall'art. 327 c.p.c. (16).

Il decorso del termine lungo rappresenterà senz'altro un evento eccezionale nei procedimenti tra parti costituite, mancando difficilmente la comunicazione o la notificazione dell'ordinanza al difensore che rappresenti la parte soccombente (17). Poiché l'art. 170 c.p.c. dispone che le comunicazioni debbano essere fatte al «procuratore costituito», e poiché nessun obbligo di comunicazione sussiste quindi a favore delle parti rimaste contumaci, verso le quali l'ordinamento prevede solo che siano notificati *ex* art. 292 c.p.c. determinati atti (interrogatorio, giuramento, domande nuove, sentenze) tra cui non sono comprese le ordinanze cautelari, meno rara sarà però l'eventualità della mancata comunicazione o notificazione nei processi contumaciali. In tale evenienza, non potendosi assimilare alla comunicazione il mero deposito in cancelleria del provvedimento, deve ritenersi che l'ordinanza, se non notificata a cura della parte interessata al decorso del termine per il reclamo, soggiaccia al termine lungo annuale, secondo le regole generali dettate dall'art. 327 c.p.c. (18). Ciò anche qualora il provvedimento sia stato reso direttamente all'udienza, non essendo pensabile, in accordo allo spirito dell'art. 24, 2° co., Cost., che la finzione secondo cui le misure cautelari pronunciate in udienza si presumono conosciute dalle parti valga pure verso il contumace (19).

---

(16) Così BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 357, il quale ritiene eseguita invalidamente la comunicazione effettuata alla parte personalmente anziché, come imposto dall'art. 170 c.p.c., al suo difensore-procuratore. Per la validità del termine annuale dell'art. 327 c.p.c., in mancanza tanto della notificazione quanto della comunicazione, v. anche LUISO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 228.

(17) Per la sostanziale inapplicabilità del termine lungo *ex* art. 327 c.p.c., dal momento che il rischio che il termine per reclamare resti aperto dovrebbe essere sventato dalla circostanza che, mancando la notificazione, «lo stesso comunque decorrerà dalla comunicazione effettuata dalla cancelleria», cfr. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 2005, 810, e in PUNZI e RICCI, *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, 110. Osserva in proposito MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 92, che la scelta di sostanzialmente «abrogare il termine lungo suscita perplessità in quanto introduce una rigidità che mal si concilia con le esigenze delle parti, le quali, assai spesso, allo scopo di individuare una soluzione concordata alla controversia, hanno necessità di far decantare la situazione, restando, però, sullo sfondo, l'arma del reclamo a favore di colui che è risultato soccombente nella fase cautelare di primo grado».

(18) Per una analoga conclusione, cfr. BUCCI, *Le modifiche al processo civile*, in BUCCI e SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2006, 61.

(19) Osserva condivisibilmente in proposito GHIRGA, *Le nuove norme*, cit., 811, e in PUNZI e RICCI, *op. cit.*, 111, che, «per non incorrere in una violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito», si deve ritenere che, nonostante la previsione generale di cui al nuovo 1° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c., il *dies a quo* dalla pronuncia in udienza non possa decorrere nei confronti del contumace.

4. (Segue): l'integrazione della disciplina in materia societaria

Non si può a questo punto evitare di notare che, a fronte dell'articolata disciplina codicistica in precedenza descritta, che contempla varie ipotesi, tra cui la pronuncia in udienza, la comunicazione e la notificazione, il 5° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, si limita a prevedere, per il rito societario, come termine *a quo*, il momento della comunicazione.

Questa previsione non pare peraltro incompatibile con le norme generali ora dettate dal 1° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c. ma semplicemente più scarna rispetto ad essa.

La disciplina dettata dall'art. 23, 5° co., d.lgs. 5/2003, andrà quindi integrata con quella del nuovo art. 669, 1° co., terdecies c.p.c. (20). Questo anche in applicazione del 7° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, secondo cui, per quanto non regolamentato dal decreto sul rito societario, occorre fare riferimento alle compatibili disposizioni sul procedimento cautelare uniforme.

5. «*Nova*» nella fase del reclamo: l'allegabilità di fatti nuovi

Diversamente che sulla questione della decorrenza del termine per reclamare, riguardo ai *nova* nel giudizio di reclamo ed alla possibilità o meno della regressione alla fase di prima istanza cautelare la l. 80/2005 pare essersi ispirata ai risultati raggiunti dall'orientamento prevalente in sede di interpretazione della disciplina dei vecchi artt. 669 bis ss. c.p.c.

---

(20) Del resto, quanto meno la conclusione della decorrenza dalla pronuncia in udienza del cautelare in materia societaria era già obbligata. Occorreva infatti considerare che, ai sensi dell'art. 134 c.p.c., il cancelliere comunica alle parti le ordinanze pronunciate fuori dell'udienza, ma non esiste un obbligo di comunicazione per quelle pronunciate all'udienza (che vengono scritte in calce al processo verbale o su un foglio allegato e, ai sensi della prima parte del 2° co. dell'art. 176 c.p.c., si presumono conosciute dalle parti presenti). E potendo l'ordinanza pronunciata in udienza non essere mai comunicata alle parti, doveva necessariamente ritenersi che, nonostante l'assenza di una espressa previsione, il termine per reclamare decorresse dal momento della pronuncia. In caso contrario, e cioè ritenendo che il termine dovesse comunque decorrere dall'eventuale comunicazione, si sarebbe reso possibile che questo restasse indefinitamente aperto. Sennonché la possibilità di impugnare *sine die* in caso di mancata comunicazione sarebbe stata inopportuna e contraria all'intenzione del legislatore di improntare il procedimento ad un sistema stringente di termini.

Il legislatore sembra infatti riconoscere al reclamo cautelare natura di «impugnazione a critica illimitata, ampiamente devolutiva, integralmente e sempre sostitutiva, aperta a nuove prove e nuove allegazioni» (21).

Relativamente al tema dell'allegazione di fatti e mezzi di prova nuovi, oggetto di contrasti nel vigore della precedente disciplina (22), l'art. 669 terdecies c.p.c., 4° co., c.p.c. oggi dispone (con le stesse parole già utilizzate per il rito societario dal 5° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, dettato per i procedimenti *ante causam* ma estensibile a quelli *lite pendente*) che le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbano essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento, e che il giudice possa sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti.

Dunque, il legislatore ha risolto positivamente il problema dell'allegabilità in sede di reclamo di nuove circostanze, con la sola, ovvia, precisazione che l'altra parte deve essere messa in condizione di replicare.

Non solo. Il legislatore della riforma, facendo riferimento alla doverosità dell'utilizzo del reclamo (le circostanze e i motivi sopravvenuti «debbono essere proposti»), ha anche stabilito che quanto sopravvenuto al momento della proposizione del reclamo possa essere proposto esclusivamente con tale mezzo, sempre che, ovviamente, il reclamo sia ancora proponibile e cioè fino a quando non siano scaduti i termini dettati dal nuovo 1° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c.

L'effetto preclusivo rispetto alla proposizione dell'istanza di revoca o modifica fa sì che le circostanze e i motivi sopravvenuti che consentano il reclamo debbano avere la medesima ampiezza rispetto alle nuove circostanze che consentono la revoca o modifica. E poiché, in forza dell'art. 669 decies c.p.c. come riformato dalla l. 80/2005, le nuove circostanze di fatto che legittimano la revoca o modifica sono anche le circostanze sopravvenute solo in senso soggettivo, e cioè di per sé non nuove ma di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento, deve ritenersi che, finché sia proponibile, il reclamo possa essere proposto pure deducendo fatti anteriori conosciuti successivamente, purché, parafrasando la regola dettata in tema di revoca e modifica, il reclamante fornisca «la prova del

(21) Così MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 94.

(22) In argomento, anche per un'ampia panoramica delle differenti opinioni, v., da ultimo, CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 139 ss., secondo cui, in linea di massima, tutti i *nova*, siano essi nuove circostanze o nuove prove, avrebbero dovuto ritenersi ammissibili.

momento in cui ne è venuto a conoscenza» (23). Riguardo poi ai nuovi motivi, la simmetria sembra poter essere rispettata ipotizzando che con l'espressione «motivi sopravvenuti» il legislatore abbia inteso riferirsi al mutamento di circostanze di diritto determinato dallo *ius superveniens* o da eventuali declaratorie di illegittimità costituzionale, da ritenere sicuramente rilevante, ancorché l'art. 669 decies c.p.c. sia privo di una espressa previsione in proposito, anche agli effetti della revoca o modifica.

6. (Segue): l'ammissibilità di nuove prove

La l. 80/2005 ha risolto in senso positivo pure il problema dell'ammissibilità di prove nuove.

In proposito, il nuovo 4° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c., così come il 5° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, dispone che «il tribunale» (ma si sarebbe dovuto scrivere «il collegio», posto che anche la corte d'appello talvolta è giudice del reclamo) può sempre assumere, in sede di reclamo, nuove informazioni e acquisire nuovi documenti.

In tal modo, il legislatore ha riconosciuto all'organo giudicante il potere di procedere in via istruttoria d'ufficio (24).

E se il collegio può assumere ulteriori informazioni e acquisire nuovi documenti d'ufficio, a maggiore ragione non potrà negarsi alle parti il diritto di chiedere al giudice di approfondire l'istruttoria cautelare né si potrà impedire che esse producano nuove prove documentali.

Naturalmente, poi, l'acquisizione di prove nuove, sia essa d'ufficio o su impulso di parte, dovrà essere coordinata con il rispetto del principio del contraddittorio. Dovrà, in altre parole, essere assicurato il termine per proporre prova contraria.

---

(23) Circa il problema delle circostanze preesistenti all'ordinanza impugnata o magari alla stessa proposizione del ricorso cautelare, secondo BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 361, invece, «in assenza di una contraria indicazione normativa da cui possano discendere specifiche preclusioni, non è possibile escludere – ferma restando l'improponibilità di domande cautelari del tutto nuove, quanto all'oggetto e/o alla *causa petendi* – che le relative nuove allegazioni trovino ingresso in sede di reclamo».

(24) Nel senso del riconoscimento al giudice del reclamo di un potere istruttorio officioso comprendente tanto la facoltà di assumere informazioni quanto quella di ordinare l'esibizione di documenti, cfr. altresì BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA e BOVE, *op. cit.*, 364.

7. (Segue): le preclusioni maturate nel giudizio di merito

Come già per il procedimento di revoca o modifica del concesso provvedimento cautelare, è inoltre da ritenere, per motivi sistematici, che nuovi fatti o nuove prove non siano deducibili quando nel giudizio di merito eventualmente instaurato siano maturate le corrispondenti preclusioni all'attività di allegazione ovvero istruttoria.

Pure qui vale però la precisazione secondo cui nessun problema di preclusioni si pone con riferimento a circostanze e mezzi di prova relativi al *periculum in mora*, dal momento che l'esame di quest'ultimo non rientra nell'oggetto della cognizione del giudice della fase di merito (25).

8. Divieto di rimessione al primo giudice

Infine, l'ultima parte del nuovo 4° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c., alla stessa maniera che il 5° co. dell'art. 23, d.lgs. 5/2003, dispone che il giudice del reclamo non possa mai rimettere la causa al primo giudice (26), lasciando così intendere che la soluzione della *vexata quaestio* della struttura rescindente o sostitutivo-devolutiva del reclamo cautelare vada cercata nel secondo senso (27).

---

(25) Nel medesimo senso, cfr. BUONCRISTIANI, *Il nuovo procedimento cautelare*, in CECCHELLA, AMADEI, BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, 130.

(26) La giurisprudenza era già prevalentemente orientata in direzione del divieto della rimessione al primo giudice: cfr., da ultimo, CARTUSO, *Reclamo cautelare e rimessione al primo giudice* (nota a Trib. Modena, 16 giugno 1999, e a Trib. Trani, 2 marzo 1999), in *Rass. dir. civ*., 2000, 932 ss.

(27) Sui termini del dibattito circa la natura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare nel procedimento uniforme, v. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., 123 ss., il quale aveva espresso la propria propensione a ricostruire l'istituto in chiave «sostitutiva» (in tema, cfr. anche DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, a commento critico di Trib. Napoli, 25 marzo 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 216, che aveva statuito, in applicazione di una concezione strettamente rescindente del reclamo, il divieto per il giudice di prendere in esame ragioni non esaminate in prime cure, essendo state considerate assorbite, in un caso in cui la fondatezza dei motivi di reclamo aveva fatto riemergere la loro rilevanza). Dopo che la Corte Costituzionale (con la cit. sentenza 23 giugno 1994, n. 253) ha consentito la proponibilità del reclamo anche contro i provvedimenti negativi, era divenuto ad ogni modo difficile sostenere che esso è un rimedio rescindente puro. Postulando la natura rescindente, si dovrebbe infatti ammettere che, dopo aver visto accogliere il reclamo contro un diniego di tutela, il reclamante, invece di ottenere subito la tutela invocata debba tornare a chiederla al giudice di primo grado (così peraltro è avvenuto, ad esempio, con Trib. Bologna, 30 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 38, che, pur ritenendo erronea la declaratoria di incompetenza pronunciata in primo grado, non ha deciso il merito della questione rimettendo a questo scopo le parti dinanzi al primo giudice).

Se l'intervento riformatore va inteso, come sembra doversi fare, nel senso di una inequivocabile presa di posizione contro la natura rescindente ed in favore della natura sostitutiva del rimedio (e quindi per la configurazione del reclamo non come *revisio prioris istantiae* ma come *novum iudicium*), il giudice di seconda istanza non potrà mai limitarsi a pronunce meramente rescindenti, neppure in presenza delle vicende descritte dagli artt. 353 e 354 c.p.c. (28), ma, annullando l'ordinanza di prime cure, dovrà procedere al riesame della controversia ed emettere un provvedimento che prenda il posto di quello impugnato.

Il nuovo testo dell'art. 669 terdecies, 4° co., c.p.c. dovrebbe dunque vietare, in caso di accoglimento del reclamo, non solo la rimessione del procedimento nella fase precedente (29) ma anche la pura e semplice pronuncia di annullamento che lasci le parti nella necessità di dover nuovamente intraprendere la procedura cautelare (30).

Questa conclusione è del resto da condividere, alla luce del principio di economia processuale e di ragionevole durata dei processi, considerato che in sede di reclamo, specie dopo la chiarificazione operata dalla l. 80/2005 in ordine alla possibilità di allegare fatti e prove nuove, l'ordinamento offre ai soggetti del processo tutti gli strumenti per giungere ad una corretta decisione sulle questioni investite dalla domanda cautelare.

9. Richiamo alle norme sulla impugnazione

Resta aperto il tema dell'applicabilità delle norme dettate dal codice di rito in tema di impugnazioni in generale e di appello, che per la sua struttura devolutivo-sostitutiva è il mezzo di impugnazione più simile al reclamo cautelare, la cui natura di *novum iudicium* non può essere più posta in di-

(28) Così MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *op. cit.*, 94, per il quale «la rimessione in primo grado mal si concilia con le esigenze di rapidità e di semplificazione del rito sommario cautelare», sicché è da evitare anche in presenza dei vizi indicati dagli artt. 353 e 354 c.p.c.

(29) Come avvenuto nel caso deciso da Trib. Bologna, 30 luglio 1998, cit.; nonché come affermato da Trib. Trani, 2 marzo 1999, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 932.

(30) Non dovrebbe quindi essere più possibile emettere provvedimenti del tipo di quello pronunciato da Trib. Napoli, 30 aprile 1997, in *Giur. merito*, 1998, 674, e in *Giur. it.*, 1998, 269, che, sul presupposto della natura solo rescindente e non anche sostitutiva del reclamo cautelare, dopo aver annullato per una questione di rito (mancata indicazione nel ricorso cautelare *ante causam* della causa di merito instauranda), non aveva proceduto al riesame della controversia ma si era limitato a dichiarare la nullità del provvedimento di primo grado.

scussione, dopo le integrazioni all'art. 669 terdecies c.p.c. operate dalla l. 80/2005.

In linea di massima, l'integrazione degli artt. 669 bis ss. c.p.c. con le norme su impugnazioni e appello dovrebbe essere ammessa.

L'espresso divieto di rimessione dettato dal nuovo 4° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c. sembra peraltro impedire, come si è già accennato, l'applicabilità degli artt. 353 e 354 c.p.c., in tema di rimessione della causa, in ipotesi eccezionali, dall'appello al primo grado (31).

E così pure, potendo il tribunale «sempre assumere nuove informazioni e acquisire nuovi documenti» ai sensi dell'art. 669 terdecies, 4° co., c.p.c., sembra evidente l'incompatibilità con la disciplina del reclamo cautelare dell'art. 345 c.p.c. nella parte relativa al divieto di prove nuove (32).

D'altro canto, invece, non sembra sussistano ostacoli all'applicabilità delle norme sull'impugnazione incidentale tardiva, sicché sembrerebbe non possa negarsi all'intimato il potere di proporre reclamo incidentale tardivo, spingendolo così (in attuazione della logica posta a base dell'art. 334 c.p.c.) ad accettare il provvedimento da cui sia uscito soccombente soltanto in parte (33). Non si vede infatti per quale motivo non dovrebbe consentirsi alla parte parzialmente soccombente, che potrebbe essere disposta ad accettare il provvedimento qualora anche l'avversario l'accetti, di attendere la decisione di quest'ultimo senza per questo rischiare di decadere dal termine per reclamare a sua volta nel caso in cui l'altro proponga reclamo.

(31) Per l'opinione che, considerata la natura pienamente devolutiva del rimedio, il giudice del reclamo non debba limitarsi alla pronuncia rescindente ma possa pronunciare nel merito «anche nei casi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c.», in relazione ai quali (ed in particolare per il caso della nullità della notificazione introduttiva e della mancata integrità del contraddittorio) sarebbe da riconoscere al giudice della cautela il potere di impartire i provvedimenti sananti, v. anche OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, cit., par. 5.

(32) Nel medesimo senso, cfr. OLIVIERI, *op. loc. cit.*

(33) In questo senso, OLIVIERI, *Brevi considerazioni*, cit., par. 5, secondo il quale l'opportunità di consentire il reclamo incidentale tardivo emerge anche dalla ristrettezza dei termini per reclamare.