

GIORGIO FRUS

Riflessioni sul *petitum* cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice.

Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, 1998
Disp. 1^a - Dottrina e varietà giuridiche

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(GIÀ DITTA POMBA)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La vigenza del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nel procedimento cautelare: cenni sul dibattito antecedente la riforma del 1990. — 3. (Segue): Il dibattito dottrinale dopo la riforma, sull'indicazione nella domanda dello specifico *petitum* cautelare. — 4. L'assenza di un orientamento giurisprudenziale. — 5. L'applicazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato al procedimento cautelare uniforme e la necessaria indicazione, nella domanda cautelare, del tipo di misura richiesta. — 6. La vaghezza dei criteri di interpretazione del *petitum* della domanda adottati dalla giurisprudenza. — 7. La nostra proposta interpretativa. — 8. La domanda cautelare con un *petitum* indeterminato, e l'indicazione della concreta misura domandata.

1. Come è noto, la norma che regola la «forma della domanda cautelare» si limita a prevedere che essa si proponga con «ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente» (1), senza nulla aggiungere in ordine al contenuto della stessa, che deve, quindi, essere determinato dall'interprete *per relationem* (2).

Mentre per alcuni requisiti di forma sostanza dell'atto introduttivo di un'azione cautelare vi è concordia di opinioni in dottrina, lo stesso non può dirsi rispetto al *petitum* cautelare più propriamente detto.

Infatti, l'unificazione procedimentale fra i vari tipi di misure cautelari ha fatto pronosticare ad alcuni un'evoluzione del contenuto della domanda cautelare in senso assai permissivo, con l'accento posto più sull'*esigenza* di cautela, che sul *tipo* di cautela (3).

In questo contesto, ad oltre quattro anni dall'entrata in vigore della riforma, la tenuità dei richiami normativi relativi al contenuto della domanda cautelare, unita alla mancanza di qualsivoglia orientamento giu-

(1) Cfr. art. 669 *bis* c. p. c.

(2) Al riguardo, il consueto riferimento ermeneutico è costituito dall'art. 125 c. p. c., relativo al contenuto, in generale, degli atti di parte, e dall'art. 693 c. p. c., che disciplina il contenuto della domanda cautelare nel procedimento di istruzione preventiva.

(3) Cfr. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro It.*, 1992, V, 438 e seg.

(4) La formazione di orientamenti giurisprudenziali omogenei in relazione al procedimento cautelare uniforme è certamente resa più difficile dall'assenza pressoché totale della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, stante l'imimpugnabilità dell'ordinanza che pro-

risprudenziale al riguardo (4), sollecita l'interprete ad alcune riflessioni sul *petitum* cautelare, nell'auspicio di contribuire a risolvere una parte almeno dei dubbi che, proprio per la mancanza di una puntuale disciplina di diritto positivo, suscita la materia.

A tali riflessioni è dedicato il presente saggio.

2. Preliminarmente, ci si deve interrogare sull'operatività nel procedimento cautelare del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, codificato dall'art. 112 c. p. c.

La posizione assunta in ordine a tale questione si riflette, infatti, necessariamente, su ogni opinione relativa al contenuto della domanda cautelare.

Nel vigore della disciplina previgente, i punti su cui si è svolto il dibattito in dottrina riguardano la necessità o meno di una stretta coincidenza tra provvedimento cautelare domandato dalla parte e provvedimento concesso dal giudice, e il grado di elasticità discrezionale attribuita al magistrato, in sede di concessione della misura (specie per i provvedimenti d'urgenza), con riguardo al suo contenuto (5), dubbio essendo se e quanto egli sia obbligato al rispetto delle richieste della parte.

Che il principio della domanda, e quello, collegato, della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, influenzino l'intero processo civile, e non soltanto il processo ordinario di cognizione, costituisce un'affermazione diffusa in dottrina (6).

Al riguardo non si dubita, comunemente, della necessità di rispettare il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato anche nell'ambito del procedimento cautelare (7), posto che la domanda cautelare «è una vera e propria domanda giudiziale, tendenzialmente soggetta ai principi dell'art. 112 c. p. c.» (8), norma di portata generale, da

nuncia sul reclamo.

(5) Cfr. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova, 1993, 248; GHIRGA, *Principi generali del processo e misure provvisorie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, 493-496.

(6) Cfr. VERDE, voce «Domanda (principio della)», in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 10.

(7) Cfr. CONSOLO, voce «Domanda giudiziale», in *Digesto Civ.*, VII, Torino, 1991, 62.

(8) Così CONSOLO (LUISO, SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 574.

considerarsi imperativa ed applicabile ad ogni procedimento civile (9).

Peraltro, anche laddove si riconosce l'operatività di tale principio, se ne attenua poi, in una certa misura, il rigore, osservando che la tutela cautelare «è per sua natura tale che non può non essere lasciata al giudice qualche libertà nella specificazione delle cautele più idonee in relazione al caso» concreto (10).

Ma il terreno sul quale si registra una più netta contrapposizione di opinioni sull'applicabilità del principio codificato dall'art. 112 c. p. c. è quello dei provvedimenti d'urgenza.

Rispetto a tali provvedimenti, essendo già individuato *a priori* il tipo di misura richiesta, il dibattito si è indirizzato sul vincolo per la parte nell'indicazione più o meno precisa del contenuto della misura, e sul potere del giudice di derogare a tale contenuto.

Al riguardo, due opposte ricostruzioni si contendono il campo.

Da un lato, si ritiene che l'imperatività del principio di cui all'art. 112 c. p. c. espliciti tutta la sua efficacia anche nell'ambito della tutela urgente (11), con il correlativo obbligo del ricorrente *ex art.* 700 c. p. c. di indicare specificamente il *petitum* mediato, cui il giudice deve attenersi, libero restando egli, invece, di determinare le modalità di esecuzione della misura concessa (12).

Dall'altro, una parte della dottrina rivaluta fortemente il potere discrezionale del giudice di «consegnare i provvedimenti d'urgenza di volta in volta più idonei da emettere» (13), in un'ottica di regolamento provvisorio del rapporto, in attesa che il diritto dedotto in giudizio sia riconosciuto e tutelato all'esito della cognizione ordinaria.

Cosicché, in ultima analisi, dovrebbe ritenersi inapplicabile nel procedimento *ex art.* 700 c. p. c. (ma anche nel giudizio cautelare in generale) il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, inteso come «regola che impone al giudice il divieto di concedere più di

quanto richiesto dalla parte (ultrapetizione) o una cosa diversa (extrapetizione) (14); secondo questa opinione, infatti, il giudice potrebbe emanare il provvedimento d'urgenza anche prescindendo dal *petitum* cautelare della parte istante (15).

Significativo è poi il tentativo di proporre una soluzione intermedia, fondata sulla censura del costume giudiziario, definito «distorto», tipico del ricorrente che, esposti sommariamente i fatti, si rimette completamente al giudice per stabilire lo strumento di tutela *ex art.* 700 c. p. c., senza però «cadere al polo opposto di imporre al giudice il vincolo delle conclusioni specifiche del ricorrente» (16). Si attribuisce quindi al giudice il potere di dare al provvedimento d'urgenza richiesto dalla parte il contenuto più idoneo allo scopo, nel rispetto del principio del contraddittorio, e della posizione dei terzi eventualmente coinvolti, anche di riflesso (17).

Analoga mediazione interpretativa si ravvisa nell'opinione di chi riafferma da un lato il vincolo del principio della domanda anche per il giudice chiamato a pronunciare un provvedimento d'urgenza, ma, dall'altro, considera adeguatamente l'ampia discrezionalità appartenente al magistrato, ritenendo sufficiente che la richiesta della parte di un provvedimento con un determinato contenuto sia effettuata anche solo in termini generici (18).

Prima dell'entrata in vigore della riforma, dunque, le posizioni degli interpreti in ordine alla vigenza del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nel procedimento cautelare erano le più diverse, e, talora, affermazioni rigorose di una regola di generale vigenza di tale principio convivevano con la contestuale affermazione di corpose eccezioni (specie per i provvedimenti d'urgenza) tali da consentire al giudice, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, di andare ben al di là delle richieste della parte, nella concessione della misura cautelare.

prescindendo dalla domanda della parte». Per il riconoscimento di una certa latitudine di poteri al giudice, nell'individuazione del contenuto di un provvedimento d'urgenza, cfr. anche PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c. p. c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 396, secondo cui «il giudice non è vincolato a rispettare né i modelli delle misure cautelari (conservative o anticipatorie) tipiche, né i modelli delle sentenze di merito», senza che però egli possa «creare degli strumenti ed effetti di tutela giudiziaria non solo diversi ma anche formalmente autonomi rispetto al contenuto della futura decisione di merito a cognizione piena ed esauriente».

(15) Così DINI MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1993, 352; va tuttavia notato che nella stessa opera l'Autore, a pag. 489, afferma che «il giudice del procedimento cautelare nel decidere sulla domanda è tenuto a non superare i limiti di quanto richiestogli dal ricorrente, in base al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato... Egli, pertanto, potrà concedere solamente quelle misure cautelari (tipiche o innominate) richieste dal ricorrente, anche se, in ossequio agli ampi margini di discrezionalità che caratterizzano i suoi poteri nella tutela cautelare (e soprattutto nella tutela d'urgenza), deve riconoscersi la possibilità di adattare le misure da concedere alla situazione dedotta nel caso specifico».

(16) CARPI, *La tutela d'urgenza*, in *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale, Rimini, 1986, 68.

(17) CARPI, *op. ult. cit.*, 67 e seg., che suggerisce di sentire, eventualmente in sede di sommarie informazioni, i terzi potenzialmente coinvolti dall'emanazione di un provvedimento d'urgenza; nello stesso senso, cfr. BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1983, 1012. Dissente da tale allentamento dei vincoli per il giudice di attenersi alle conclusioni del ricorrente in via d'urgenza TARZIA, in *Intervento*, in *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale, cit., 157.

(18) Cfr. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 10ª ed., Torino, 1995, III, 349, nota 12.

(9) Cfr. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 249.

(10) Cfr. VERDE, *op. ult. cit.*, 10.

(11) Cfr. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, cit., 205, la quale osserva che la deroga al principio cardinale espresso dall'art. 112 c. p. c. per un procedimento speciale richiederebbe per lo meno un'espressa enunciazione, non presente nella normativa di cui all'art. 700 c. p. c.

(12) Cfr. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 290 e segg. L'Autore, pur reputando che la parte debba indicare, nel ricorso *ex art.* 700 c. p. c., il contenuto della misura richiesta, qualifica (a pag. 314) come meramente irregolare l'atto mancante di siffatta indicazione, con la conseguente possibilità di una rettificazione sanante dell'atto, sollecitata dal giudice ai sensi dell'art. 182 c. p. c., ovvero (a pag. 313) con un'integrazione dello stesso, a seguito degli «schiariamenti» richiesti dal giudice in base all'art. 183 c. p. c.

(13) ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c. p. c.*, 2ª ed., Padova, 1985, 57. Si assegna così al giudice una posizione centrale nella scelta delle misure assicurative, e, al contempo, si individua il necessario vincolo formale del contenuto della domanda *ex art.* 700 c. p. c. nella sola «esatta indicazione del diritto che la parte intende sottoporre a cautela atipica» (pag. 140). Non potrebbe invece — secondo questa opinione — imporsi al ricorrente in via d'urgenza di precisare le conclusioni del giudizio cautelare (né del giudizio di merito), specie nei casi in cui il diritto sia solo minacciato da un pregiudizio, così da non consentire l'individuazione dell'esatto contenuto delle misure cautelari richieste all'atto del deposito dell'istanza.

(14) ARIETA, *op. ult. cit.*, 140; DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1984, 735, il quale osserva che la tutela giurisdizionale d'urgenza sfugge all'applicazione della regola di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato «poiché si ritiene che il giudice abbia il potere di "costruire" il provvedimento caso per caso più adeguato alle esigenze della tutela,

3. Dopo la riforma, il panorama di opinioni è rimasto variegato, anche perché il legislatore «non ha ritenuto di dover risolvere il problema dell'applicabilità alle ordinanze di accoglimento (della domanda cautelare) del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato» (19).

Proprio partendo da questa constatazione, taluno osserva che, con la nuova disciplina, potrà continuare ad intendersi la regola sancita dall'art. 112 c. p. c. «con alquanto elasticità, partendo dal presupposto di una certa fungibilità tra le misure tipiche previste dalla legge» (20).

Altri, più nettamente, attribuiscono il massimo rilievo all'unificazione procedimentale della materia cautelare, pur nell'invarianza dei tipi di provvedimento, ed ipotizzano la piena validità di una «domanda, nella quale la parte, delineata la situazione di fatto e di diritto che darà o che ha dato luogo alla controversia, si rimette al giudice per la determinazione della misura cautelare opportuna» (21). In tal modo, costoro generalizzano l'affermazione dell'inapplicabilità dell'art. 112 c. p. c. al procedimento cautelare, che, in passato, era stata effettuata da una parte della dottrina in relazione ai provvedimenti d'urgenza (22).

In una posizione antitetica si colloca chi ritiene che la nuova disciplina del procedimento cautelare abbia rafforzato gli argomenti a sostegno dell'applicabilità dell'art. 112 c. p. c. in questa materia (23).

I sostenitori di tale opinione propongono di coordinare lo scarno contenuto dell'art. 669 *bis* c. p. c. con i successivi artt. 669 *decies* e *terdecies* c. p. c., i quali presupporrebbero «una chiara delimitazione delle richieste della parte, che consenta, da un lato, di verificare la sussistenza di quei «mutamenti delle circostanze» richiesti dall'art. 669 *decies* c. p. c., e, dall'altro, «al giudice del reclamo di valutare esattamente la situazione su cui è basata la misura sottoposta a riesame» (24).

Ulteriore conforto si trae dall'art. 669 *septies* c. p. c., che, nel ricollegare la riproponibilità della domanda cautelare rigettata ai soli mutamenti nelle circostanze ovvero a nuove ragioni di fatto o di diritto, ri-

(19) Così OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1993, 50 e seg.

(20) Così OBERTO, *op. ult. cit.*, 51.

(21) Cfr. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, cit., 439. Cfr. anche MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», in *Digesto Civ.*, Torino, 1996, XIV, 402, la quale ritiene preferibile una concezione del *petitum* cautelare in termini pratico-materiali, alla stregua della quale non si ritiene necessaria, né, ove effettuata, vincolante per il giudice, l'indicazione del tipo di misura cautelare richiesta, essendo sufficiente la chiara specificazione dello «scopo materiale che la parte si prefigge». In conclusione, secondo l'Autrice, «dominio ed onere della parte è... soltanto l'indicazione del tipo di «bene cautelare» perseguito in senso materiale».

(22) Riferita all'intero procedimento cautelare (e non ai soli provvedimenti d'urgenza), questa ipotizzata assenza di vincoli per il giudice diviene ben più ricca di implicazioni, perché gli attribuisce il potere di concedere alla parte un tipo di provvedimento *diverso da quello domandato*, oppure di concedere il provvedimento ritenuto più idoneo a cautelare il diritto sostanziale, anche nel caso in cui la parte abbia *trascurato di fare una specifica richiesta* di un certo tipo di provvedimento, ma si sia invece limitata a richiedere al giudice i provvedimenti da lui giudicati più opportuni in relazione ai fatti esposti. Per l'enunciazione della tesi dell'inapplicabilità del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ai provvedimenti d'urgenza, successivamente alla legge n. 353 del 1990, cfr. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, 73 e 246 e seg.

(23) Cfr. CONSOLO (LUISO, SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 579 e segg.; SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in *Il nuovo processo cautelare*, cit., 252 e seg.; CIRULLI, *Conte-*

chiederebbe una necessaria specificità nel contenuto della domanda, anche in relazione al *petitum* cautelare (25). Infine, si spende, sul piano testuale, la lettera dell'art. 669 *sexies* c. p. c., laddove, per gli atti di istruzione, si riferisce ai presupposti e ai fini del *provvedimento richiesto*, per trarne la conferma della necessaria indicazione del tipo della misura domandata nel ricorso (26).

4. La giurisprudenza edita si è occupata, ripetutamente, del contenuto della domanda cautelare, concentrando l'attenzione sul nesso di strumentalità con il giudizio di merito. Al riguardo, si è reputato indispensabile che nella domanda proposta *ante causam* siano contenute le conclusioni della causa di merito da far seguire all'ottenimento della misura cautelare (27), ovvero sia fatta menzione della successiva azione di merito (28), oppure, quanto meno, del diritto sostanziale cautelando (29).

Nell'ambito di tali decisioni, si afferma talora — ma come semplice inciso, e senza alcuna specifica motivazione sul punto — che il ricorso cautelare proposto *ante causam* deve contenere l'indicazione del concreto provvedimento cautelare domandato.

E così, ad esempio, il pretore di Vigevano, in un'ordinanza telegraficamente motivata, ha implicitamente ritenuto essenziale l'indicazione della specifica misura oggetto di domanda cautelare, allorché ha escluso la possibilità di richiedere l'emanazione di un sequestro giudiziario in luogo del provvedimento d'urgenza originariamente domandato, non giudicando ammissibile nella fattispecie, anche per l'opposizione della controparte, tale mutamento di domanda in corso di causa (30).

Più nettamente, il Tribunale di Cagliari, in tema di provvedimenti d'urgenza, ha sottolineato che anche nel corso del procedimento cautelare il giudice deve «rispettare il principio della corrispondenza della pronuncia alla domanda», e non può «sostituire d'ufficio una diversa azione a quella effettivamente proposta» (31).

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, essa manifesta talora una posizione di notevole tolleranza, in ordine al *petitum* cautelare, come

nuto, nullità e sanatoria del ricorso cautelare ante causam, in *Giur. di Merito*, 1994, 1011 e 1015; DALMOTTO, *Sul contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 781; CONSOLO (LUISO, SASSANI), *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 432 e seg.; GHIRGA, *op. ult. cit.*, 495.

(24) Così SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 252; GHIRGA, *op. ult. cit.*, 496.

(25) Cfr. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 253.

(26) Cfr. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 253.

(27) Cfr. Pret. Alessandria, 16 marzo 1993, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 775, con nota di DALMOTTO, *Sul contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, e postilla di CHIARLONI, *Contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*; conf. Pret. Frosinone, 23 marzo 1994, in *Nuovo Dir.*, 1994, 671, con nota di LOTITO.

(28) Cfr. Pret. Monza, 3 febbraio 1993, in *Foro It.*, 1993, I, 1693; Trib. Catania, 26 agosto 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 675; Id. Verona, 22 dicembre 1993, *ivi*, 1994, I, 2, 1121, con nota di D'ASCOLA; Id. Catania, 6 aprile 1994, *ivi*, 1995, I, 2, 28, con nota di RAITI, *Inammissibilità del ricorso cautelare ante causam per insufficienti elementi di individuazione del merito cautelando: una surrettizia pronuncia di non liquet?*; Trib. Cagliari, 23 settembre 1993, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 3311.

(29) Cfr. Trib. Cagliari, 7 aprile 1993, in *Riv. Giur. Sarda*, 1994, 351; cfr. anche Id. Nocera Inferiore, 1° agosto 1995, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 238, che ritiene sufficiente «un'ideale descrizione della posizione sostanziale cautelanda».

(30) Cfr. Pret. Vigevano, 1° agosto 1995, in *Foro It.*, 1996, I, 1864, con nota critica di GAMBINERI.

(31) Cfr., in tal senso, Trib. Cagliari, 7 aprile 1993, cit.

quando, richiamandosi al potere-dovere di definire il rapporto sulla base dei fatti prospettati, prescindendo dalla denominazione (eventualmente erronea) effettuata dalla parte, legittima la concessione di un provvedimento di danno temuto in un caso in cui era stata esplicitamente — anche se erroneamente — richiesta l'emanazione di un provvedimento d'urgenza, a tutela della situazione di fatto allegata dalla parte (32).

Al di là di sporadiche pronunce, non si registra dunque un preciso orientamento, in ordine alla necessità o meno di indicare, nella domanda cautelare, lo specifico provvedimento richiesto.

Il quadro di opinioni dottrinali e giurisprudenziali, come si vede, è tutt'altro che univoco.

Del resto, il tenore del dato normativo — specie per i provvedimenti d'urgenza e per i provvedimenti nunciativi di danno temuto — può giustificare una diversità di interpretazioni.

5. Al riguardo, occorre premettere che — a nostro parere — il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (così come il principio della domanda e il principio del contraddittorio, ad esso direttamente correlati), esplica la sua piena efficacia non solo nell'ordinario processo di cognizione, ma anche nel procedimento cautelare.

Vanno infatti secondo noi condivise le ragioni addotte, a sostegno di tale opinione, dalla dottrina antecedente l'emanazione della legge n. 353 del 1990.

Né, d'altra parte, sussiste alcuna norma di nuovo conio che escluda l'applicabilità dell'art. 112 c. p. c. al procedimento cautelare uniforme.

Anzi, la normativa degli artt. 669 *bis* e segg. c. p. c. valorizza il diritto di difesa della parte destinataria di una domanda cautelare (33), e colloca in una posizione sistematica centrale il rispetto del principio del contraddittorio (34), cui il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato risulta strettamente collegato (35).

Orbene, una volta ammessa l'applicabilità del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nel procedimento cautelare uniforme, un primo, diretto effetto di tale principio, ricollegato alla defi-

nizione del «chiesto», ci pare s'imponga: alla parte incombe l'obbligo di indicare nella sua domanda il *tipo* di misura cautelare che richiede al giudice (ad esempio, un sequestro conservativo, un sequestro giudiziario, un provvedimento di istruzione preventiva, un provvedimento d'urgenza, ecc.), senza richiamarsi, genericamente, ai provvedimenti ritenuti dal giudice più opportuni per cautelare il diritto sostanziale dedotto in giudizio.

Se così non fosse, infatti, si verrebbe a negare, in buona sostanza, l'imperatività del principio suddetto, poiché il giudice potrebbe sostituirsi alla parte e addirittura, ragionando in termini volutamente paradossali, potrebbe concedere un provvedimento che la parte non ha mai richiesto, attuando un'ipotesi — non prevista dalla legge — definita di vera e propria «giurisdizione d'ufficio» (36), lesiva del principio del contraddittorio e del diritto di difesa del destinatario della misura cautelare.

D'altro canto, l'obbligo per la parte di indicare nella sua domanda il tipo di misura cautelare richiesta al giudice non si desume unicamente dalla ritenuta operatività nel procedimento cautelare del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Esiste anche un preciso elemento sistematico, che conforta tale opinione.

Infatti — come è stato opportunamente messo in luce (37) — il 1° comma dell'art. 669 *sexies* c. p. c. contiene uno specifico riferimento testuale al «provvedimento *richiesto*» dalla parte con la domanda cautelare, provvedimento i cui «fini» e «presupposti» costituiscono il vincolante riferimento giudiziale per l'ammissione degli atti di istruzione «indispensabili» per la decisione della domanda stessa.

Sembrano invece più flebili altri richiami invocati dalla dottrina favorevole alla massima specificità della domanda cautelare.

Si allude agli artt. 669 *septies*, *decies* e *terdecies* c. p. c., la cui disciplina presupporrebbe una «chiara delimitazione delle richieste della parte» (38).

Infatti, non pare così evidente il collegamento tra il *tipo* di misura richiesta nella domanda cautelare da un lato, e, dall'altro, i mutamenti

richiesti dal ricorrente e contestati dal resistente».

(37) Cfr. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, cit., 253. Cfr. anche la particolare posizione di CIRULLI, *op. ult. cit.*, 1011: l'Autore aderisce all'opinione della necessaria indicazione nella domanda cautelare non solo del tipo di misura cautelare richiesta, ma anche del suo concreto contenuto, richiamandosi al disposto dell'art. 669 *sexies* c. p. c. Quanto, invece, all'applicazione dell'art. 112 c. p. c. al processo cautelare, si limita ad un'osservazione che, apparentemente, dovrebbe condurlo ad escluderla. Infatti, da un lato rileva (a pag. 1011, nota 18) che l'essenza del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato è stata individuata dalla dottrina nella rigorosa correlazione «tra tutti gli elementi della sentenza e i componenti omologhi dell'istanza», sottolineando che la rigidità del contenuto della sentenza condiziona l'identica rigidità della domanda; dall'altro, esclude che la misura cautelare sia rigida, posto che risulta modificabile e revocabile.

A noi sembra arduo sostenere che la parte debba indicare nella domanda il tipo di misura richiesta e il suo concreto contenuto senza ammettere, al contempo, che nel processo cautelare si applichi l'art. 112 c. p. c. Né ci pare rivesta, in proposito, rilievo determinante la considerazione che la misura cautelare è modificabile e revocabile.

Non si vede, infatti, per quale ragione vincolare la parte a menzionare nella domanda il tipo di misura richiesta e il suo concreto contenuto, se poi il giudice può liberamente ignorare tali richieste, non applicandosi l'art. 112 c. p. c.

(38) Cfr. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 252.

(32) Cfr. Cass., 18 gennaio 1994, n. 398, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce «Procedimento civile», n. 115.

(33) Basti pensare alla possibilità riconosciuta di richiedere, in ogni momento, la modifica o la revoca della misura cautelare, ai sensi dell'art. 669 *decies* c. p. c., per intervenuti «mutamenti nelle circostanze».

(34) Che l'art. 669 *sexies* c. p. c. sottrae ad ogni possibilità di deformalizzazione del procedimento, laddove ne impone il rispetto sia in positivo («sentite le parti»), che in negativo («omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio»).

(35) Cfr. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1975, 577 e segg., spec. 601 e 610; mette in luce il nesso strettissimo che corre fra il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e il principio del contraddittorio anche TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 223, ove osserva che la puntuale delimitazione del *thema decidendum* costituisce garanzia del diritto di difesa e pone le parti su un piano di parità processuale.

(36) L'espressione, riferita alla (criticata) discrezionalità del giudice di concedere provvedimenti d'urgenza anche non esplicitamente richiesti dalla parte, è di TARZIA, in *Intervento*, in *La tutela d'urgenza*, *Atti del XV convegno nazionale*, cit., 157, secondo cui «il principio della domanda non può tradursi nel potere del giudice di forgiare come vuole (vero giudice della terza via) il provvedimento richiesto, col solo vincolo del riferimento ai fatti dedotti. Qui si arriva alla giurisdizione d'ufficio e comunque alla violazione del contraddittorio; né tali risultati paiono consentiti dall'atipicità del potere conferito al giudice dall'art. 700, che non si traduce nel potere di emettere provvedimenti diversi da quelli,

di circostanze di cui all'art. 669 *decies* c. p. c., ovvero i motivi di censura deducibili in sede di reclamo.

In altri termini, ove si reputi che la parte non sia tenuta ad indicare nella sua domanda il tipo di misura cautelare, non per questo ne soffrirebbe l'applicazione degli artt. 669 *decies* e *terdecies* c. p. c.

Quanto all'art. 669 *septies* c. p. c., per legittimare la proposizione di una nuova istanza, in caso di rigetto della prima, il legislatore si riferisce (oltre che ai mutamenti delle circostanze) alle nuove ragioni di fatto o di diritto, mentre non prende in considerazione la misura richiesta: cosicché sembrerebbe che l'elemento strutturalmente più rilevante della domanda, ai fini della sua riproposizione, sia costituito dalla *causa petendi*, e non dal *petitum* cautelare, e che l'art. 669 *septies* c. p. c. non soffra influenze interpretative dalla ritenuta necessità, o superfluità, dell'indicazione nella domanda cautelare del *tipo* di misura richiesta.

Peraltro, questi tre ultimi articoli, se pure non rafforzano — a differenza dell'art. 669 *sexies* c. p. c. — l'opinione che ritiene necessaria nella domanda cautelare l'indicazione del *tipo* di misura richiesta, certamente non la contrastano, e consentono, così, di continuare a ritenerla preferibile.

Se si condividono le considerazioni che precedono, il *tipo* di misura cautelare costituirà, da un lato, la necessaria specificazione del *petitum* cautelare nel ricorso *ex art. 669 bis* c. p. c. e, dall'altro, simmetricamente, il limite insuperabile per il magistrato, al quale non sarà consentito di concedere un tipo di cautela diverso.

Cosicché, nel dissenso da quanto sostenuto da una parte della dottrina (39), a noi sembra che debba resistere alla tentazione di desumere dall'unificazione procedimentale cautelare, operata dalla legge, una sorta di «fungibilità» fra le varie misure tipiche.

Coerentemente, il ricorrente non potrà limitarsi ad esporre la situazione sostanziale bisognosa di cautela, rimettendosi poi al giudice per la scelta, fra le misure previste dall'ordinamento, di quella più adatta a quel caso concreto (40).

Specularmente, non ci pare consentita la sostituzione giudiziale del tipo di misura cautelare domandata dalla parte, con altro diverso tipo, pur non richiesto, e pur non oggetto delle difese del resistente, sol perché ritenuto dal giudice più consono a porre rimedio alla situazione denunciata.

6. Sembrerebbe, dunque, che allorché il giudice verifichi che gli è domandato un certo tipo di misura cautelare, per la cui emanazione non sussistono i presupposti previsti dalla legge, sia priva di alcun rilievo la constatazione che, in ipotesi, in quella fattispecie si ravvisino le condizioni per l'emanazione di una diversa misura cautelare.

Questa (provvisoria) conclusione deve, però, confrontarsi con quell'orientamento della giurisprudenza, il quale — con criteri non sempre univoci, come messo in luce dalla dottrina (41) — attribuisce al giudice

(39) OBERTO, *op. ult. cit.*, 51.

(40) *Contra*, cfr. VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, 460, secondo cui «è da ritenere ammissibile un'istanza in cui la parte, esposti i fatti, chiede al giudice di configurare la misura cautelare opportuna».

(41) Cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1980, libro secondo, tomo primo, 82 e seg., dove l'Autore ricorda il «quadro frastagliato e complesso» che offre la giurisprudenza in tema di modificazione del *petitum*.

(42) Cfr. Cass., 12 gennaio 1976, n. 70, in *Mass. Giust. Civ.*, 1976, 36.

(43) Cfr. Cass., 3 settembre 1984, n. 4740, in *Rep. Giust. Civ.*, 1984, voce «Procedimento civile», n. 50; Id., 22 marzo 1984, n. 1922, *ibid.*, voce cit., n. 47; Id., 23 luglio 1993, n. 5074, *ibid.*, voce cit., n. 54.

un'ampia latitudine di poteri, nell'individuazione del *petitum* della domanda della parte.

Al riguardo, si evidenzia che non è necessaria alcuna formula rituale per la proposizione di una domanda (42), cosicché incorrerebbe nel vizio di omesso esame il giudice che, nell'interpretarla, si soffermasse unicamente sulla prospettazione letterale della pretesa, trascurando la ricerca dell'effettivo contenuto sostanziale della stessa (43), se del caso con l'ausilio dei canoni ermeneutici indicati dagli artt. 1362 e segg. c. c. (44).

Addirittura, nel suggerire al giudice i criteri per la corretta interpretazione della domanda giudiziale, la giurisprudenza gli impone di tener conto non soltanto della manifestazione di volontà specificamente formulata ed espressa nelle conclusioni, ma anche di quella che può *implicitamente* o *indirettamente* essere *desunta* dalle deduzioni o dalle richieste delle parti (45).

E dalla vaghezza del criterio di «implicita o indiretta deduzione della volontà della parte» si comprende, agevolmente, quanto ampio e indeterminato sia il potere giudiziale di interpretazione della domanda nei suoi elementi costitutivi, *petitum* compreso.

In questo contesto di vaghezza, attenuano certo la loro incisività i richiami giurisprudenziali — che pure si leggono ripetutamente nei repertori (46) — al necessario rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, e al divieto di sostituire d'ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta.

In applicazione dei sopracitati criteri di interpretazione della domanda, si è affermato che l'esplicito riferimento normativo, citato dalla parte, non inibisce al giudice, adito in sede di ordinaria azione di cognizione, di applicare, per la decisione della lite, una norma sostanziale diversa da quella invocata (47).

Anche in materia cautelare, la Corte di cassazione si è recentemente ricollegata alla «qualificazione giuridica del rapporto» su cui la domanda è fondata, per riconoscere al giudice — nell'ambito di tale potere di qualificazione — la facoltà di emanare una misura cautelare disciplinata da una norma diversa da quella richiamata dalla parte.

In particolare, ove siano ravvisabili, nei fatti prospettati dalla parte, gli estremi previsti per ottenere un provvedimento di denuncia di danno temuto, secondo la Corte di cassazione il giudice ha il poterdovere di applicare le norme relative a tale provvedimento, «anche se l'esercizio della funzione cautelare sia stato erroneamente richiesto con esplicito riferimento all'art. 700 c. p. c.» (48). A sostegno del principio così affermato, si aggiunge, nella massima della sentenza, che «sia i provvedimenti richiesti che quelli concessi (sono) diretti ad evitare che un evento possibile o probabile possa irrimediabilmente pregiudicare interessi tutelati dal diritto» (49).

Giustificazione, quest'ultima, per nulla persuasiva, posto che delle due l'una:

(44) Cfr. Cass., 6 maggio 1987, n. 4205, in *Rep. Giust. Civ.*, 1986, voce «Procedimento civile», n. 38; Id., 30 ottobre 1986, n. 6367, *ibid.*, voce cit., n. 25.

(45) Cass., 5 giugno 1981, n. 3640, in *Rep. Giust. Civ.*, 1981, voce «Procedimento civile», n. 55.

(46) Cfr. Cass., 22 giugno 1995, n. 7080, in *Rep. Foro It.*, 1995, voce «Procedimento civile», n. 181; Id., 23 marzo 1995, n. 3370, *ibid.*, voce cit., n. 182; Id., 20 aprile 1990, n. 3289, in *Mass. Giust. Civ.*, 1990.

(47) Cfr. Cass., 2 agosto 1994, n. 7182, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 788, nella quale lo specifico richiamo della parte alla norma invocata (l'art. 67, n. 2, l. fall.) non ha impedito al giudice di applicare l'art. 67, n. 1, della stessa legge.

(48) Cfr. Cass., 18 gennaio 1994, n. 398, cit.

(49) Cfr. Cass., 18 gennaio 1994, n. 398, cit.

a) o il giudice è vincolato alle richieste della parte, nel rigoroso rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; ed allora, nessun rilievo può attribuirsi al fatto che il provvedimento emanato in luogo di quello domandato sia, in ipotesi, ugualmente diretto ad evitare un pregiudizio al diritto sostanziale cautelando (ma, se così non fosse, perché lo si dovrebbe emanare?);

b) oppure, tutt'al contrario, il giudice può prescindere dalle richieste di parte; ed allora, specularmente, non rileva esaminare il contenuto di tali richieste, che non sono state prese in considerazione dal giudice.

In altri termini, l'unico collegamento giuridicamente rilevante tra il provvedimento domandato dalla parte e quello concesso dal giudice è costituito dal principio di cui all'art. 112 c. p. c.; se si spezza — o si attenua, fino a confonderne i confini — tale collegamento, il *petitum* cautelare viene a perdere ogni giuridica rilevanza, poiché il baricentro della domanda cautelare si sposta, inevitabilmente, verso la *causa petendi*.

7. Queste ambiguità interpretative in tema di *petitum* cautelare, e di rapporti tra richiesta della parte e misura emanata dal giudice, possono a nostro parere dissolversi solo se si impone alla parte di indicare nella sua domanda il tipo di misura richiesta, vincolando il giudice ad attenersi a tale scelta.

In tal caso, occorre non solo escludere che, in assenza di domanda di parte il giudice possa sostituire, ad esempio, un sequestro giudiziario ad un provvedimento d'urgenza; ma anche negare che, con riferimento alle misure dotate di minore specificità (come ad esempio i provvedimenti d'urgenza o i provvedimenti nunciativi di cui all'art. 1172 c. c.) si possa liberamente passare dall'uno all'altro tipo di cautela, semplicemente evocando il potere-dovere giudiziale di qualificazione giuridica del rapporto, che consentirebbe, in ipotesi, di concedere un provvedimento di danno temuto, anche se la parte ha espressamente richiesto un provvedimento d'urgenza (50).

Anzi, sotto questo profilo, proprio il richiamo effettuato dalla parte nel suo ricorso a determinate norme (ad esempio, all'art. 700 c. p. c.) potrà essere utilizzato dal giudice, nell'eventuale genericità di altri elementi formali della domanda, come supporto interpretativo per una corretta individuazione del *petitum* cautelare.

E qualora il giudice, nell'interpretare la domanda, reputi che gli sia richiesto un provvedimento d'urgenza, non potrà a nostro parere sostituirvi d'ufficio, ad esempio, un provvedimento nunciativo di danno temuto, quand'anche secondo lui sussistano, nella fattispecie, le condizioni per emanarlo, proprio perché la parte non glielo ha domandato, e perché la controparte non ha resistito, rispetto a tale non formulata domanda.

Il rapporto tra i provvedimenti d'urgenza e quelli nunciativi di danno temuto, quanto alla possibilità per il giudice di passare dagli uni agli altri anche senza una sollecitazione di parte, merita di essere adeguatamente considerato.

Ed invero, ove si reputi inibita per il giudice la suddetta possibilità in questo caso, a maggior ragione dovrà ritenersi che egli non possa liberamente passare da una misura atipica ad altra tipica o viceversa, ovvero da una ad altra misura tipica.

Riguardo le misure cautelari atipiche di cui all'art. 700 c. p. c., la norma esprime tutta la latitudine di contenuto che possono assumere tali provvedimenti (e la relativa elasticità della domanda della parte e della pronuncia del giudice), laddove consente di chiedere «*al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei*

ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

Un'analoga atipicità della misura cautelare si ravvisa nelle norme che disciplinano i provvedimenti nunciativi di danno temuto (51).

L'art. 1172 c. c., infatti, consente di ottenere che l'autorità giudiziaria «*secondo le circostanze, provveda per ovviare al pericolo*», per il tramite di misure, non predeterminate dalla legge, ma individuate dal giudice, con una valutazione discrezionale che egli deve operare, in rapporto alla concreta situazione di fatto, in modo da impedire l'attuazione del temuto pericolo.

Con un siffatto tenore dei dettati normativi dell'art. 700 c. p. c. e dell'art. 1172 c. c., la parte potrebbe in certi casi essere tentata di richiedere i provvedimenti ritenuti dal giudice più idonei ad evitare il pericolo al diritto dedotto in giudizio, senza specificare se agisce ai sensi dell'una o dell'altra norma.

Pur consapevoli della delicatezza (e, per certi versi, dell'opinabilità) della soluzione, riteniamo che in questo caso l'interprete debba sollecitare il giudice ad un vaglio rigoroso del contenuto della domanda.

E così, ove il tipo di provvedimento cautelare sia indicato specificamente dalla parte nella sua domanda, egli dovrà limitarsi a decidere se concederlo o meno, senza sostituirlo con un altro, da lui reputato preferibile; per contro, ove la domanda sia sufficientemente ambigua da poter essere ricondotta indifferentemente alla tutela d'urgenza, ovvero alla tutela nunciativa di danno temuto, il giudice dovrà invitare la parte a precisare il tipo di provvedimento prescelto.

Un simile rigore è richiesto non da un gratuito ossequio alla forma degli atti, ma dal necessario rispetto del principio del contraddittorio e, più in generale, del diritto di difesa del destinatario della misura cautelare.

Le differenti condizioni per l'emanazione dell'una o dell'altra misura atipica, previste, rispettivamente, dall'art. 700 c. p. c. e dall'art. 1172 c. c., indurranno la parte resistente a vagliare l'accogliibilità della domanda filtrandone la validità e la fondatezza alla stregua dell'uno ovvero dell'altro quadro normativo (si pensi, ad esempio, alla massa di decisioni sull'irreparabilità del pregiudizio *ex art.* 700 c. p. c., che sarebbero inutilmente analizzate dal convenuto per verificare la sussistenza del «pericolo di danno grave e prossimo alla cosa», di cui all'art. 1172 c. c.).

Inoltre, mentre la competenza per la domanda cautelare *ante causam* di un provvedimento d'urgenza coincide — salvo le eccezioni di cui all'art. 669 *ter* c. p. c. — con la competenza per il merito, la competenza per l'emanazione di un provvedimento di danno temuto *ante causam* è fissata in capo al pretore del luogo in cui è avvenuto il fatto denunciato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 21 e 688 c. p. c.

Cosicché, in tutti quei casi in cui le due competenze in concreto non coincidano, assume per il resistente importanza fondamentale comprendere, dalla lettura della domanda cautelare, quale misura si richieda, per eccepire tempestivamente, se del caso, l'incompetenza del giudice adito.

Incompetenza che, invece, potrebbe solo essere tardivamente adottata come censura in sede di reclamo, qualora il giudice avesse la facoltà di sostituire nella sua decisione il provvedimento richiesto (per il quale, in ipotesi, era competente), con l'altro da lui ritenuto più adatto a cautelare la situazione dedotta (per il quale, sempre in ipotesi, competente non era).

La differente competenza per i due provvedimenti qui esaminati consente di scorgere, talora, un interesse per lo stesso ricorrente a che il

procedimento ha natura tipica, nel senso che si concreta soltanto nell'emissione dell'ordine di sospensione dell'opera, con la predisposizione delle relative cautele.

(50) Cfr. Cass., 18 gennaio 1994, n. 398, cit.

(51) E non, invece, i provvedimenti di denuncia di nuova opera, nei quali il contenuto della misura cautelare emanata all'esito del relativo

giudice si attenga al tipo di provvedimento indicato nella domanda, senza poterlo modificare: basti pensare che in tal modo egli non rischia che il tribunale, adito per la richiesta di un provvedimento d'urgenza ex art. 669 *ter* c. p. c., declini la sua competenza in favore del pretore, ai sensi degli artt. 21 e 688 c. p. c., individuando nei fatti esposti in ricorso una situazione cautelabile con un provvedimento di danno temuto. Con l'ulteriore rischio — invero assai remoto, e che si menziona solo come «caso di scuola» — che il pretore declini a sua volta la propria competenza, dando luogo ad un conflitto negativo di competenza, fonte di gravosa perdita di tempo per il ricorrente [e solo recentemente ritenuto risolvibile per il tramite del regolamento di competenza (52)].

Conflitto negativo che invece — vincolando il giudice al rispetto del *petitum* cautelare originario della parte — non potrebbe in questo caso verificarsi.

Né varrebbe replicare che, in tutti i casi in cui la situazione dedotta in giudizio si presenti come astrattamente tutelabile con un provvedimento d'urgenza ovvero con un provvedimento nunciativo di danno temuto, il resistente dovrebbe svolgere le sue difese rispetto ad entrambe le possibili domande (anche se il ricorrente abbia espressamente proposto solo una delle due), per prevenire eventuali iniziative del magistrato, di sostituzione della misura richiesta dalla parte, con quella da lui ritenuta preferibile.

Con tale replica, infatti, si vanifica l'operatività del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, e, sul piano concreto, si costringe il resistente scrupoloso ad un'attività difensiva assolutamente sproporzionata (perché dovrebbe farsi carico di tutti i possibili mutamenti d'ufficio del tipo di cautela richiesta), specie se rapportati con i ristretti tempi che scandiscono il procedimento cautelare.

Laddove, invece, sembra ben più tranquillante e fisiologico onerare il resistente della sola difesa rispetto alla misura cautelare domandata dal ricorrente, nella certezza che il magistrato da questa non si discosterà.

8. Resta da esaminare cosa accada allorché le conclusioni della domanda cautelare ricomprendano, astrattamente, sia l'emanazione di un provvedimento d'urgenza, che di un provvedimento nunciativo di danno temuto, e non sia rinvenibile nell'atto introduttivo neppure un

(52) Cfr. Cass., 12 giugno 1997, n. 5264, in corso di pubblicazione su questa rivista, con nota di CONSOLO, *Processo cautelare e regolamento di competenza fra art. 42 ed art. 45 c.p.c.* (ossia "in seconda battuta").

(53) Per l'affermazione dell'incondizionata riproponibilità della domanda non accolta per ragioni di rito, cfr. Trib. Torino, 21 aprile 1994, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 101.

(54) Sull'applicabilità dell'art. 164 c. p. c. al procedimento cautelare, cfr. CIRULLI, *op. ult. cit.*, 1025. Ammettono la possibilità di ordinare la rinnovazione del ricorso cautelare viziato, ai sensi dell'art. 164 c. p. c., TOMMASEO, *Provvedimenti urgenti per il processo civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, commento agli artt. da 73 a 77*, in *Corriere Giur.*, 1991, 97 e seg.; VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991, 250; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 339; MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», cit., 402; CONSOLO (LUISO, SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 581; *contra* FRUS, *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 615 e segg.; DALMOTTO, *op. ult. cit.*, 783 e, in giurisprudenza, Pret. Milano, 3 febbraio 1993, cit.; Id. Alessandria, 16 marzo 1993, cit.

(55) Per la riconosciuta possibilità di dichiarare nel procedimento cautelare, con decreto *inaudita altera parte*, la sussistenza di questioni processuali impedienti, cfr. Pret. Pescara, 8 febbraio 1993, in *Giur. di Merito*, 1993, 918, relativa all'affermata incompetenza del giudice adito;

richiamo all'uno o all'altro schema normativo di riferimento, che consenta di interpretare la domanda, riconducendola alla richiesta dell'una o dell'altra specifica misura.

L'incertezza assoluta sul *petitum* della domanda cautelare, che si determinerebbe in questo caso, dovrebbe condurre alla dichiarazione di nullità della stessa (53), con invito o meno alla parte ricorrente a rinnovarla o ad integrarla, a seconda che si ritenga o meno applicabile in via analogica al procedimento cautelare l'art. 164 c. p. c. (54).

Per parte nostra, saremmo propensi a ritenere che il giudice debba limitarsi a dichiarare, con decreto (55), la nullità della domanda cautelare per assoluta incertezza sul suo oggetto, nel solo caso in cui gliene venga richiesta l'emanazione *inaudita altera parte*.

In tale ipotesi, infatti, l'assenza in questa fase processuale della parte resistente, sconsiglia, anche per motivi di opportunità, interventi giudiziali «di supplenza» volti ad una rinnovazione o ad un'integrazione della domanda.

Per contro, nel caso in cui venga disposta la preventiva instaurazione del contraddittorio, la presenza di entrambe le parti, unitamente alla considerazione della «deformalizzazione» della trattazione ex art. 669 *sexies* c. p. c. (56), consente al magistrato, sentite le parti, di sollecitare il ricorrente a precisare il *petitum* della sua domanda (ovvero, nella fattispecie che stiamo esaminando, chiarire se in relazione alla situazione fattuale esposta, si invoca una tutela cautelare d'urgenza, ex art. 700 c. p. c., ovvero l'emanazione di un provvedimento nunciativo di danno temuto, ex art. 1172 c. c.), concedendo, se richiesto, un termine al resistente per completare le sue difese, a fronte delle precisazioni della controparte.

Naturalmente, l'ammissibilità di una siffatta precisazione della domanda, inizialmente generica sul *petitum*, sarà negata da chi esclude la modificabilità della domanda cautelare in corso di causa (57).

In senso contrario, potrebbe però richiamarsi non solo la deformalizzazione della trattazione del procedimento cautelare ex art. 669 *sexies* c. p. c., ma anche la possibilità di proporre una domanda cautelare con ricorso depositato direttamente in udienza (58), ovvero con dichiarazione orale, da raccogliere nel verbale di udienza (59).

Ed invero, l'eventuale opposizione della controparte alla precisa-

Trib. Milano, 8 luglio 1993, in *Foro It.*, 1994, I, 612; Id. Ravenna, 14 settembre 1994, *ivi*, 1994, I, 3531.

(56) Recita il 1° comma dell'art. 669 *sexies* c. p. c.: «Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda».

(57) Cfr. Pret. Vigevano, 1° agosto 1995, cit.

(58) Per la ritenuta ammissibilità di una domanda cautelare proposta con ricorso depositato direttamente in udienza, e non nella cancelleria del giudice adito, cfr. Trib. Lecce, 26 aprile 1994, in *Foro It.*, 1994, I, 2249. In dottrina, nello stesso senso, cfr. da ultimo AULETTA, *sub* commento all'art. 669 *bis* c. p. c., in *Codice di procedura civile commentato*, libro quarto, a cura di Vaccarella e Verde, Torino, 1997, 279.

(59) La questione relativa all'ammissibilità della domanda cautelare proposta oralmente in udienza vede divisa la giurisprudenza: per l'ammissibilità, cfr. Pret. Roma, 29 novembre 1994, in *Giur. Lav. Lazio*, 1995, 136; Trib. Salerno, 20 gennaio 1995, in *Foro It.*, 1995, I, 1398; *contra*, cfr. Id. Palermo, 21 aprile 1993, inedita, ma commentata criticamente da ZIINO, *Veri e falsi problemi nella nuova disciplina sui procedimenti cautelari*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1993, 1247 e segg.; Trib. Agrigento, 24 novembre 1994, in *Giur. It.*, 1995, I, 2, 570; Id. Santa Maria Capua Vetere, 5 gennaio 1996, in *Giur.*, 1996, 1421. In dottrina,

zione della domanda cautelare inizialmente generica sul *petitum* (60), sarebbe facilmente aggirabile dal ricorrente, vuoi presentando in udienza un nuovo ricorso che, ferma restando la *causa petendi*, indicasse in maniera precisa il *petitum*, vuoi con una proposizione orale di tale (nuova, o meglio: precisata) domanda, con dichiarazione da inserire nel verbale di udienza.

All'esito di queste nostre riflessioni, che sottoponiamo alla critica del lettore, merita un breve cenno la questione relativa alla necessità o meno che la parte indichi puntualmente il contenuto della misura domandata, allorché richieda l'emanazione di provvedimenti cautelari atipici.

È ovvio che un simile dubbio non si pone per le misure tipiche, per le quali la specificazione del loro contenuto ad opera della parte è resa pleonastica dalla puntuale definizione dello stesso, operata dalla legge.

Per le misure cautelari atipiche (prime fra tutte, i provvedimenti d'urgenza) ci sembra sufficiente che la parte indichi con precisione il tipo di provvedimento, rimettendosi al magistrato per la concreta determinazione del contenuto della misura.

Ciò consente al resistente di difendersi efficacemente, vagliando la validità e la fondatezza della domanda cautelare, precisamente individuata, in relazione al suo quadro normativo di riferimento.

ammettono la proposizione orale della domanda cautelare, con dichiarazione inserita nel verbale d'udienza, OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 701; FRUS, *Sub commento all'art. 669 bis c. p. c.*, in *Le riforme del processo civile*, cit., 701; VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991, 250; LAPERTOSA, *In tema di competenza e procedimento cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 428; MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», cit., 402; CONSOLO (LUISO, SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 575; CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 10; *contra* ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 237; SALVANESCHI, *sub commento all'art. 669 bis*, in *Provvedimenti urgenti per il processo*

E, se il ricorrente ha richiesto al giudice di emanare, *ex art. 700 c. p. c.*, i provvedimenti «che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito», il magistrato potrà specificarne il contenuto in relazione alle caratteristiche del caso concreto, così valorizzando la particolare efficacia di tali provvedimenti, che proprio nella loro atipicità e capacità di adattarsi elasticamente alle esigenze delle singole situazioni rinvencono uno degli aspetti più qualificanti della loro utilità processuale.

Saremmo più cauti, invece, nel lasciare il giudice libero di ignorare le richieste della parte di emanare un provvedimento d'urgenza con uno specifico contenuto, predeterminato nella domanda introduttiva.

In questo caso, il *petitum* della domanda cautelare si è configurato, per scelta del ricorrente, non solo nell'indicazione del tipo di misura cautelare, ma anche nel suo specifico contenuto.

Cosicché, se si ammette che in questo caso il contenuto della misura cautelare sia riconducibile al *petitum* della domanda, non potrà ignorarsi il vincolo che l'art. 112 c. p. c. impone al giudice, di mantenersi nei limiti della domanda, con divieto di sostituire il *petitum* richiesto (in questo caso, il contenuto della misura cautelare indicato dalla parte), con altro diverso, da lui reputato più adatto al caso di specie (61).

civile, *Le nuove leggi civili commentate*, 1992, 294; MONTESANO ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 121.

(60) Il Pretore di Vigevano, nella decisione sopra ricordata, ha fatto leva (anche) sull'opposizione della controparte, per negare al ricorrente la possibilità di modificare la domanda cautelare in corso di causa; in dottrina, sostiene che la parte può liberamente passare dalla richiesta di un tipo di misura cautelare alla richiesta di altro tipo di provvedimento MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», cit., 402.

(61) Per la ritenuta «applicazione anche in materia di tutela d'urgenza del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato», cfr. GHIRGA, *op. ult. cit.*, 495.