

Udine 1.7.2008

### La novità in materia di procedimento cautelare

L'occasione del presente incontro sono, ovviamente le novità introdotte dalla legge 80 del 2005, atipica legge di conversione di un decreto legge che non si occupava affatto della materia cautelare.

Solo un breve *excursus* su ciò che è avvenuto prima, a partire naturalmente dalla legge 353 del 1990, entrata in vigore (*in parte qua*) il 1°1.1993. Sono dunque passati più di 15 anni da quando ha iniziato ad avere applicazione il c.d. rito cautelare uniforme, disciplinato dagli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c. e caratterizzato soprattutto – rispetto alla obsoleta disciplina previgente – dall'indifferenziata applicabilità a tutte le domande cautelari, dal rispetto del principio del contraddittorio (le ipotesi di cautela concessa *inaudita altera parte* sono divenute eccezionali e di limitatissima durata temporale) e dalla possibilità di proporre un immediato reclamo a giudice collegiale ed *altro* rispetto a quello che ha provveduto sull'istanza.

Dal 1993 al 2005 erano peraltro già intervenute alcune novità di cui tenere conto.

La legge 5.1.1994, n° 25 aggiunse all'art. 669-*octies* un comma (all'epoca era il quarto, ma adesso è il quinto) per chiarire che cosa dovesse intendersi per "inizio del giudizio di merito" nel caso di controversia devoluta ad arbitri.

La seconda, e più importante, fu la sentenza della Corte costituzionale n° 253 del 23.6.1994, la quale dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. nella parte in cui non ammette(va) il reclamo ivi previsto anche avverso l'ordinanza di rigetto della domanda di provvedimento cautelare. Fino ad allora, il testo della legge prevedeva, infatti, che fosse proponibile reclamo soltanto nei confronti del provvedimento che, accogliendo la domanda, avesse disposto o autorizzato una misura cautelare, mentre nessuna seconda sede di esame era ammessa contro il provvedimento di rigetto.

Dal punto di vista del diritto processuale costituzionale, è interessante notare che la Corte adottò questa decisione ricorrendo al principio – ritenuto implicito nell'art. 24 Cost. – della "parità delle armi" tra le parti in lite, così anticipando quanto poi espressamente statuito dal legislatore costituzionale con la riforma dell'art. 111 Cost., il cui attuale secondo comma pone "le condizioni di parità" dei contendenti tra i requisiti essenziali del "giusto processo".

Non meno interessante è porre a confronto quella storica sentenza con la recentissima **Corte cost. 16.5.2008, n° 144**, che – in materia di accertamento tecnico preventivo – ha applicato *a rovescio* il medesimo principio di "parità delle armi". Ha, infatti, dichiarato incostituzionali gli artt.

669-*quaterdecies* e 695 c.p.c. “nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell’istanza per l’assunzione preventiva dei mezzi di prova”. Solo i provvedimenti di rigetto: perché, motiva la Corte, l’accoglimento dell’istanza di istruzione preventiva non pregiudica la controparte (restando impregiudicata la futura decisione del giudice del merito sull’ammissibilità e sulla rilevanza della prova preventivamente assunta), mentre il rigetto – per il trascorrere del tempo – potrebbe privare in maniera definitiva il diritto alla prova del ricorrente (diritto a difendersi provando quale parte integrante del diritto costituzionale di difesa ed esteso anche alla fase cautelare).

Tornando alla sentenza n° 253 del 1994, dal punto di vista dell’interpretazione e della ricostruzione sistematica delle norme sul procedimento cautelare uniforme, in generale, e sul reclamo, in particolare, si può facilmente immaginare l’importanza della differenza tra un reclamo limitato ai soli provvedimenti di accoglimento ed un reclamo esteso a tutti i provvedimenti su domande cautelari.

Sicuramente meno importanti, ma comunque da non dimenticare, sono stati i modesti adattamenti del testo normativo introdotti per renderlo coerente con l’intervenuta modifica del c.d. giudice unico di primo grado e, quindi, con l’abolizione della figura del pretore quale giudice togato di primo grado in determinate materie e per le cause di valore intermedio tra quelle di competenza del giudice di pace e quelle spettanti al tribunale (v., in particolare, l’art. 108 del d. legisl. n° 51 del 1998, che ha modificato l’art. 669-*terdecies* c.p.c.). Questa riforma è entrata in vigore il 2.6.1999.

Il decreto legislativo n° 80 del 1998 ha aggiunto ancora un comma (divenuto il quarto) all’art. 669-*octies* c.p.c., per stabilire che il termine per proporre il giudizio di merito – nel caso di controversie di lavoro del pubblico impiego – decorre dall’inutile spirare del tempo riservato dalla legge all’esperimento del previo tentativo di conciliazione stragiudiziale. Norma interessante perché dimostra che l’improcedibilità della domanda nel tempo riservato al tentativo di conciliazione riguarda soltanto il giudizio di merito e non la domanda cautelare, che deve essere sempre immediatamente esperibile. Principio affermato in termini generali dalla Corte costituzionale, stante il carattere imprescindibile ed essenziale della tutela cautelare nell’ambito del diritto costituzionale di difesa. Segnalo Corte cost. 30.11.2007, n° 403, interpretativa di rigetto che – prendendo spunto dalla disciplina in materia di liti tra utenti e concessionari di servizi pubblici (art. 1, comma 11, legge 31.7.1997, n° 249) – mette l’accento sulla necessità di interpretare tutte le norme che impongono l’esperimento di tentativi di conciliazione prima di rivolgersi all’autorità giudiziaria nel senso che tale obbligatorietà non riguardi e non impedisca l’immediata proponibilità di domande cautelari (principio dunque applicabile anche all’art. 412-*bis* c.p.c.). (Sono poi tante le ipotesi di conciliazione preventiva imposta a pena di improponibilità della domanda: v. **Art. 768-*octies* cc. Controversie**. Le controversie derivanti dalle disposizioni di cui al presente capo sono devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall’articolo 38 del decreto legislativo

17 gennaio 2003, n. 5. Eventualmente sulla base di un patto contrattuale: art. 40, comma 6, d. legisl. n° 5 del 2003; v. anche *franchising* legge 129 del 2004 Art. 7. (*Conciliazione*) 1. Per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 38, 39 e 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni.

Come è noto, con il d. legisl. n° 5 del 2003 (entrato in vigore il 1°1.2004), è stata introdotta una sorta di "microcodice di procedura civile" per le controversie in materia societaria e finanziaria. Gli artt. 23 e 24 hanno rimodellato parzialmente – in quell'ambito – il procedimento cautelare, anche cercando di risolvere i principale problemi e dubbi interpretativi insorti nell'applicazione giurisprudenziale degli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c. È ovvio che di tali "preferenze" del legislatore, anche se espresse con efficacia normativa diretta limitata ad uno specifico settore, non si può non tenere conto in sede di interpretazione del procedimento cautelare uniforme (che però, come si vede, nel frattempo non è più tanto "uniforme", potendosi distinguere un cautelare ordinario ed un cautelare societario o commerciale e magari anche un cautelare industriale: v. artt. 128 e ss. Codice della Proprietà Industriale. D. legisl. n° 30 del 2005).

#### **(Art. 128. Descrizione**

1. Il titolare di un diritto industriale puo' chiedere che sia disposta la descrizione degli oggetti costituenti violazione di tale diritto, nonche' dei mezzi adibiti alla produzione dei medesimi e degli elementi di prova concernenti la denunciata violazione e la sua entita'. 2. L'istanza si propone con ricorso al Presidente della sezione specializzata del tribunale competente per il giudizio di merito, ai sensi dell'articolo 120. 3. Il Presidente della sezione specializzata fissa con decreto l'udienza di comparizione e stabilisce il termine perentorio per la notificazione del decreto. 4. Lo stesso giudice, sentite le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni, provvede con ordinanza non impugnabile e, se dispone la descrizione, indica le misure necessarie da adottare per garantire la tutela delle informazioni riservate e autorizza l'eventuale prelevamento di campioni degli oggetti di cui al comma 1. Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede sull'istanza con decreto, motivato, in deroga a quanto previsto al comma 3. 5. **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.** 6. Il provvedimento perde di efficacia se non e' eseguito nel termine di cui all'articolo 675 del codice di procedura civile. 7. Si applica anche alla descrizione il disposto dell'articolo 669-undicies del codice di procedura civile.

#### **Art. 129. Sequestro**

1. Il titolare di un diritto di proprieta' industriale puo' chiedere il **sequestro di alcuni o di tutti gli oggetti costituenti violazione di tale diritto, nonche' dei mezzi adibiti alla produzione** dei medesimi e degli elementi di prova concernenti la denunciata violazione. Sono adottate in quest'ultimo caso le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate. 2. Il procedimento di sequestro e' disciplinato dalle **norme del codice di procedura civile, concernenti i procedimenti cautelari**. 3. Salve le esigenze della giustizia penale non possono essere sequestrati, ma soltanto descritti, gli oggetti nei quali si ravvisi la violazione di un diritto di proprieta' industriale, finche' figurino nel recinto di un esposizione, ufficiale o ufficialmente riconosciuta, tenuta nel territorio dello Stato, o siano in transito da o per la medesima.

#### **Art. 130. Disposizioni comuni**

1. La descrizione e il sequestro vengono eseguiti a mezzo di ufficiale giudiziario, con l'assistenza, ove occorra, di uno o piu' periti ed anche con l'impiego di mezzi tecnici di accertamento, fotografici o di altra natura. 2. Gli interessati possono essere autorizzati ad assistere alle operazioni anche a mezzo di loro rappresentanti e ad essere assistiti da tecnici di loro fiducia.

3. Decorso il termine dell'articolo 675 del codice di procedura civile, possono essere completate le operazioni di descrizione e di sequestro già iniziate, ma non possono esserne iniziate altre fondate sullo stesso provvedimento. Resta salva la facoltà di chiedere al giudice di disporre ulteriori provvedimenti di descrizione o sequestro nel corso del procedimento di merito. 4. La descrizione e il sequestro possono concernere oggetti appartenenti a soggetti anche non identificati nel ricorso, purché si tratti di oggetti prodotti, offerti, importati, esportati o messi in commercio dalla parte nei cui confronti siano stati emessi i suddetti provvedimenti e purché tali oggetti non siano adibiti ad uso personale. 5. Il verbale delle operazioni di sequestro e di descrizione, con il ricorso ed il provvedimento, deve essere notificato al terzo cui appartengono gli oggetti sui quali descrizione o sequestro sono stati eseguiti, entro quindici giorni dalla data di conclusione delle operazioni stesse a pena di inefficacia.

#### **Art. 131. <sup>(1)</sup> Inibitoria**

1. Il titolare di un diritto di proprietà industriale può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi violazione imminente del suo diritto e del proseguimento o della ripetizione delle violazioni in atto, ed in particolare può chiedere che siano disposti l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto, e l'ordine di ritiro dal commercio delle medesime cose nei confronti di chi ne sia proprietario o ne abbia comunque la disponibilità, secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari. L'inibitoria e l'ordine di ritiro dal commercio possono essere chiesti, sugli stessi presupposti, contro ogni soggetto i cui servizi siano utilizzati per violare un diritto di proprietà industriale. 1-bis. **Se il giudice nel rilasciare il provvedimento cautelare non stabilisce il termine entro cui le parti devono iniziare il giudizio di merito, quest'ultimo deve essere iniziato entro il termine di venti giorni lavorativi o di trentuno giorni di calendario qualora questi rappresentino un periodo più lungo.** Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o, altrimenti, dalla sua comunicazione. 1-ter. **Se il giudizio di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui al comma 1, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia.** 1-quater. **Le disposizioni di cui al comma 1-ter non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile ed agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito.** In tali casi ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito. 2. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

(1) Articolo così modificato dal D.lgs. 16 marzo 2006, n. 140.

#### **Art. 132. Anticipazione della tutela cautelare**

1. I provvedimenti di cui agli articoli 128, 129 e 131 possono essere concessi anche in corso di brevettazione o di registrazione, purché la domanda sia stata resa accessibile al pubblico oppure nei confronti delle persone a cui la domanda sia stata notificata.

#### **Art. 133. Tutela cautelare dei nomi a dominio**

1. L'Autorità giudiziaria può disporre, in via cautelare, oltre all'inibitoria dell'uso del nome a dominio aziendale illegittimamente registrato, anche il suo trasferimento provvisorio, subordinandolo, se ritenuto opportuno, alla prestazione di idonea cauzione da parte del beneficiario del provvedimento.).

E siamo così alla legge di conversione del c.d. decreto legge sulla competitività (legge 14.5.2005, n° 80 entrare in vigore – dopo alcune proroghe del termine originariamente previsto – il 2.3.2006) che ha trasfuso nel c.p.c. ed esteso, quindi, al procedimento cautelare uniforme di generale applicazione buona parte delle (ma non tutte le) nuove disposizioni introdotte in ambito “commerciale” dal d. legis. n° 5 del 2003.

Possiamo distinguere norme effettivamente innovative e norme che adottano una delle soluzioni interpretative già possibili e proposte in base al testo originario.

Le prime possono essere ulteriormente divise in una grossa novità e due banali ritocchi. Questi sono l'elevazione a 60 giorni del termine per

instaurare il giudizio di merito dopo ottenuto il provvedimento cautelare (onde evitarne l'inefficacia) e l'elevazione a 15 giorni del termine per proporre reclamo (contro il provvedimento di accoglimento o di rigetto della domanda cautelare: quest'ultima ipotesi viene ora prevista espressamente, ma ciò rappresenta addirittura una non novità, dopo la sentenza n° 253 del 1994 della Corte costituzionale). Attenzione: nel rito societario sono ancora 10 giorni!

La grossa novità è, invece, l'attenuazione della provvisorietà e del rapporto di strumentalità con il giudizio di merito del provvedimento (di accoglimento) cautelare idoneo ad anticipare gli effetti della decisione di merito. Questo tipo di provvedimento cautelare non è più destinato a divenire inefficace in caso di mancata tempestiva instaurazione o di estinzione del processo di merito a cognizione piena.

Le scelte interpretative del legislatore invece riguardano:

- a) la possibilità di ricorrere alla tutela cautelare anche se la controversia di merito è devoluta ad arbitri irrituali;
- b) la possibilità (anzi, entro certi limiti, necessità) di introdurre fatti nuovi nella fase del reclamo;
- c) la possibilità di revocare o modificare la misura cautelare in base a fatti anteriori alla sua adozione, purché la parte li abbia conosciuti solo successivamente;
- d) (il tentativo di) delimitazione cronologica tra fatti spendibili nella fase del reclamo e fatti spendibili per chiedere la revoca o la modifica;
- e) l'individuazione del momento di decorrenza del termine per proporre reclamo;
- f) la possibilità per il collegio, nella fase di reclamo, di assumere informazioni ed acquisire nuovi documenti;
- g) l'impossibilità per il collegio del reclamo di rimettere il procedimento al primo giudice.

Poiché le novità introdotte dalla legge 80 del 2005 sono molto simili – ma non identiche – a quanto precedentemente disposto dal legislatore delegato del decreto legislativo n° 5 del 2003 per il procedimento cautelare in ambito “societario”, è inevitabile porsi il problema del rapporto, sul piano interpretativo, tra le due discipline. Sicuramente dottrina e giurisprudenza espressesi sul “cautelare societario” tornano utili ai fini dell'interpretazione del novellato procedimento cautelare “codicistico”, laddove le disposizioni dell'uno e dell'altro sono esattamente sovrapponibili.

Più difficile definire i rapporti tra le due discipline, nel caso di significative divergenze, le quali sono sostanzialmente due: a) manca, nel c.p.c., una disposizione corrispondente a quella dell'art. 23, comma 2°, d. legisl. n° 5 del 2003, secondo cui – nel procedimento cautelare *ante causam* – il magistrato designato “provvede in ogni caso sulle spese”; b) manca, nel c.p.c., una disposizione corrispondente a quella dell'art. 23, comma 5°, d. legisl. n° 5 del 2003, secondo cui – nel procedimento cautelare *ante causam* – il reclamo è dato “Contro tutti i provvedimenti in materia cautelare”.

Opinione: non è possibile interpretare le novità del c.p.c. alla luce del

d. legisl. n° 5 del 2003, in quanto quest'ultima è legge speciale ed è anteriore rispetto alla novella del c.p.c.; anzi, è più facile ritenere che le differenze della legge 80 rispetto alla recente disciplina del processo societario denotino la volontà del legislatore di non ripetere (e generalizzare) alcune delle "sperimentazioni" del rito societario. Non è tuttavia impossibile che dalla stessa disciplina del c.p.c. si ricavino alcune norme implicite, in quanto coerenti al sistema ed alla funzione dell'istituto, che risultino almeno in parte coincidenti con disposizioni esplicitate nel rito cautelare societario.

La tecnica del legislatore nella legge 80 del 2005 (e prima nel d. legisl. n° 5 del 2003) di adottare esplicite scelte interpretative tra quelle ipotizzate da dottrina e giurisprudenza denota un'ansia nomofilattica che probabilmente trae origine (più che da una generica sfiducia nei confronti dei giudici e da una generale perdita del senso dei rispettivi ruoli), da uno specifico aspetto che caratterizza lo sviluppo del "diritto vivente" in questa materia: l'elaborazione giurisprudenziale verso la ricerca di interpretazioni condivise – e, quindi, la garanzia di un certo grado di certezza del diritto – è qui prevalentemente affidata ai giudici di merito, posto l'atteggiamento sin dall'origine e costantemente assunto dalla Corte di Cassazione di non considerare ammissibile né il ricorso straordinario ex art. 111 Cost., né il regolamento di competenza, né il regolamento preventivo di giurisdizione avverso i provvedimenti cautelari (e, in particolare, di quelli emessi in fase di reclamo e non ulteriormente sindacabili). Ciò la Corte ha affermato rilevando che quei provvedimenti non hanno né la forma né la sostanza di sentenze (essendo ordinanze destinate ad un'efficacia provvisoria ed inidonee ad assumere valore di giudicato), sicché non può applicarsi loro la garanzia costituzionale prevista, appunto, solo per le sentenze.

Unico caso in cui la Cassazione si è *impietosita* è il conflitto negativo di competenza, ritenendo inaccettabile che una parte si veda negare la competenza da tutti i giudici cui ha rivolto la domanda cautelare: **Cass. 5.12.2003, n° 18680**)

L'aspettativa di un intervento nomofilattico della Corte di Cassazione è condivisa dalla classe forense (altrimenti non si spiegherebbe come mai continuo ad essere presentati molti ricorsi che permettono il copioso reiterarsi della consolidata giurisprudenza sull'inammissibilità) e da almeno parte della dottrina (v. Renato Granata in Giust. civ. 2006, II, 75, che sostiene l'incostituzionalità della ritenuta non impugnabilità in cassazione dell'ordinanza sul reclamo, ed Eugenio Dalmotto, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2007, 270, *de jure condendo*).

A quanto pare, l'unica insensibile a questo "grido di dolore" è proprio la Corte di Cassazione, che ha già fatto in tempo a ribadire la tesi dell'inammissibilità del ricorso anche con riferimento ai nuovi provvedimenti anticipatori a strumentalità attenuata: **v. sent. 7.6.2007 n° 13360**.

Ma il legislatore è venuto incontro a tale aspettativa di certezza del diritto anche con la recente modifica (che non riguarda il procedimento cautelare, ma le regole del processo davanti alla Corte di Cassazione) dell'art. 363 c.p.c. La modifica ha esteso il (desueto) potere del Procuratore Generale di ricorrere alla Corte di Cassazione per l'affermazione di un principio "nell'interesse della legge" anche al caso in cui "il provvedimento

non è ricorribile in cassazione” e ha dato alla Corte la possibilità di pronunciarsi d’ufficio sul principio di diritto, anche quando dichiara il ricorso inammissibile.

E, per quanto possa sembrare un’arma spuntata (da una rapida consultazione del CED della Corte, sembrerebbe che, prima della riforma, l’art. 363 c.p.c. non sia mai stato utilizzato), qualcosa forse si muove, come si evince dalla recente **Sezioni Unite 28.12.2007, n° 27187**, che – pur ribadendo l’inammissibilità di qualsiasi ricorso in Cassazione contro le ordinanze cautelari – ha colto l’occasione di uno di questi ricorsi inammissibili per affermare un importante principio di diritto per quanto riguarda la giurisdizione sulla tutela dei diritti fondamentali (qual è la salute) in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi.

In ogni caso di quest’ansia è bene che i giudici di merito tengano conto e si facciano carico, perché essa ricorda l’importanza dell’obiettivo della (maggiore possibile) certezza del diritto. In effetti, tre sono i valori alla luce dei quali si devono apprezzare la qualità e la resa del procedimento cautelare: la garanzia del contraddittorio (il far bene), la rapidità (il far presto) e la certezza (si potrebbe dire il far con chiarezza e prevedibilità).

La riforma del 1990/1993 ha soprattutto curato – rispetto alle norme previgenti, che poco si curavano delle garanzie della difesa – il far bene, imponendo l’instaurazione del contraddittorio prima di provvedere sulla domanda cautelare (e relegando in termini strettissimi la deroga eccezionale dell’inaudita altera parte) ed introducendo il reclamo davanti ad un giudice collegiale ed altro.

Il far presto è poi una caratteristica intrinseca del procedimento cautelare, che nel 1990 fu mitigata quel tanto necessario per assicurare il rispetto del contraddittorio. La riforma del 2005 ha piuttosto cercato di sfruttare il far presto cautelare al di là del suo intrinseco, ovvero in funzione deflattiva del troppo ingombrante rito a cognizione piena (che potrebbe non essere instaurato, in caso di provvedimento cautelare anticipatorio). In questa direzione, si potrebbe anche andare oltre, estendendo la strumentalità attenuata a tutti i cautelari indistintamente (come auspicato da Remo Caponi, in Foro it. 2006, V, 70) o esportando la sommarietà della cognizione al di fuori dell’ambito del *periculum in mora* (come previsto dall’art. 702-*bis* c.p.c. del c.d. progetto Mastella e, a quanto pare, anche dai progetti di riforma elaborati in questi giorni e come auspicato, in dottrina, da Claudio Cecchella, in *Il Sole 24 Ore* 30.7.2007, ma aborrito da Andrea Proto Pisani, in *Foro it.* 2007, V, 44, il quale ribadisce una grande verità, sempre più trascurata: “L’irragionevole durata dei processi a cognizione piena deriva solo in minima parte da motivi di carattere tecnico procedurale”).

Per quanto riguarda invece la salvaguardia del bene della certezza del diritto processuale – non essendo prevedibile quale impatto effettivo possa avere la riforma dell’art. 363 c.p.c. e non essendo seriamente perseguibile la via del legislatore interpretante (se non a prezzo di creare ulteriore confusione) – è doveroso un richiamo al senso di responsabilità dei giudici di merito, che dovranno: 1) conoscere e tendenzialmente seguire la

giurisprudenza di legittimità che riesce a crearsi in materia per le vie traverse (impugnazioni su sentenze pronunciate sull'opposizione alla decisione sulle spese o sull'inefficacia in caso di contestazione o, ancora, sulle opposizioni all'esecuzione o agli atti esecutivi); 2) preferire soluzioni interpretative che risultino ampiamente condivise e prevalenti, rinunciando a soluzioni magari brillanti, ma troppo originali; 3) evitare soluzioni interpretative che comportino decadenze o rigetti in rito, se non chiaramente desumibili dalle norme o dai principi.

#### DOMANDE.

##### 1) LA STRUMENTALITÀ ATTENUATA.

1°) Quali sono provvedimenti cautelari anticipatori e quali no?

1aa) I 700 sono tutti anticipatori?

1ab) I provvedimenti che *sospendono* l'esecuzione un atto impugnato sono anticipatori?

Si fronteggiano due orientamenti di fondo: a) la tendenza ad allargare il concetto di "anticipatorio", in vista di semplificare l'interpretazione della norma e di massimizzare il desiderato effetto deflattivo della cognizione piena; b) la tendenza a definire il concetto con precisione ed in modo logicamente coerente.

Secondo la prima impostazione le risposte alle tre domande sono le seguenti: 1a) Sono anticipatori tutti i provvedimenti cautelari eccetto i sequestri conservativo e giudiziario; 1aa) Sì, tutti i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* sono anticipatori, ai sensi del novellato art. 669-*octies c.p.c.*; 1ab) Sì, anche i provvedimenti che *sospendono* l'esecuzione un atto impugnato sono anticipatori, perché anticipano (almeno in parte) gli effetti della sentenza di merito.

Secondo l'altra impostazione le risposte alle tre domande sono le seguenti: 1a) Sono provvedimenti cautelari anticipatori soltanto quelli che anticipano i risultati della decisione di merito, facendo ottenere al ricorrente la medesima soddisfazione del proprio diritto che deriverebbe dalla sentenza; 1aa) No, occorre distinguere tra i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* quelli che anticipano una regolamentazione del rapporto *uguale* a quella che deriverebbe dalla sentenza (anticipatori) e quelli che si limitano a disporre in modo che venga assicurata la futura efficacia della sentenza (conservativi); 1ab) No, i provvedimenti che *sospendono* l'esecuzione un atto impugnato non sono anticipatori, perché essi non soddisfano anticipatamente l'interesse del ricorrente all'eliminazione di quell'atto dal mondo del diritto, ma si limitano ad evitare che esso produca effetti (magari irreversibili) nelle more del processo di merito.

Argomenti. A favore della tesi espansiva viene valorizzato innanzitutto il dato letterale per cui la strumentalità attenuata è prevista per i "provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700", apparentemente senza distinzioni. Inoltre, si evidenzia l'esplicita menzione dei "provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno tenuto", che – in particolare i primi – ben possono avere un'efficacia tipicamente conservativa (si pensi al caso dell'autorizzazione a proseguire l'opera previo deposito di una cauzione, per il caso che il denunciante risulti vittorioso nel giudizio di merito). Infine, si rileva che la norma pone l'accento sull'anticipazione dei soli "effetti" della sentenza e non anche del suo contenuto. Sul piano dell'opportunità si osserva che tale soluzione realizza al massimo il potenziale effetto deflattivo voluto dal legislatore e nello stesso tempo evita incertezze semplificando l'interpretazione.

A favore della tesi restrittiva, sul piano letterale, l'uso della locuzione "altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito" che si riverbererebbe in senso limitativo anche sul precedente richiamo dell'art. 700. Soprattutto, si

ritiene coerente alla *ratio* legislativa distinguere volta per volta tra provvedimenti effettivamente anticipatori e provvedimenti soltanto conservativi, al di là del dato formale della norma processuale di riferimento. Sul piano dell'opportunità, si ritiene non auspicabile l'estensione della "stabilizzazione della precarietà" (Massimo Fabiani, in *Riv. Dir. proc.* 2005, 1190) al di là dei precisi limiti in cui essa viene imposta dal legislatore.

Giurisprudenza. Le prime decisioni edite sembrerebbero preferire la tesi estensiva ed affermare, quindi, che tutti indistintamente i provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. sono da considerare anticipatori ai fini dell'applicazione della regola della strumentalità attenuata (**Tribunale Reggio Calabria, 6.11.2006 e Tribunale Ivrea 28.6.2006**, entrambe in *Giur. merito.* 2007, 1674).

Casistica. 1) Ordine d'urgenza di non vendere a terzi azioni societarie, in pendenza della causa volta a fare accertare la violazione della clausola di prelazione (Fabiani). 2) Ordine d'urgenza di astenersi dal deliberare a maggioranza la trasformazione di una s.a.s. in s.r.l. (Tribunale Reggio Emilia 13.1.2006, in *Rivista delle società*, 2007, 121). 3) sospensione del provvedimento deliberato dai comunisti (art. 1109, comma 2°, c.c.) o dall'assemblea dei condomini (art. 1137, comma 2°, c.c.); 4) ordinanza contro la discriminazione razziale (**art. 44 t.u. immigrazione: Cass. 7.3.2008, n° 6172**); 5) sequestro "preventivo" in materia brevettuale.

Soluzione preferita. Per quanto detto sopra in ordine all'obiettivo della certezza del diritto (processuale), è preferibile l'interpretazione estensiva, anche se un po' semplicistica ed irrazionale. Il temuto effetto di stabilizzazione della precarietà non dovrebbe essere un pericolo reale, posto che le parti possono comunque avviare il processo di merito e che il ricorrente che non abbia ottenuto un'effettiva e completa anticipazione dell'attuazione del suo diritto tenderà inevitabilmente a proporlo quanto prima. Peraltro, senza la spada di Damocle del termine perentorio a pena di inefficacia della misura cautelare, il che potrebbe permettere alle parti di curare una soluzione transattiva, trattando – per il tempo da loro ritenuto necessario – sotto l'*ombrello* della concessa cautela. In ogni caso, sempre in vista dell'obiettivo della certezza del diritto, è consolante la prospettiva del probabile futuro intervento – su questo aspetto – della giurisprudenza della Corte di Cassazione, tramite le impugnazioni sulle sentenze che saranno emesse, ai sensi dell'art. 669-*novies* c.p.c., sui contrasti in ordine all'intervenuta inefficacia del provvedimento cautelare.

1ba) Si deve comunque indicare nel ricorso la causa di merito rispetto al quale è strumentale la domanda cautelare?

Sulla risposta affermativa c'è un largo consenso. In effetti, l'individuazione della causa di merito rimane fondamentale per la verifica della competenza del giudice adito in sede cautelare (art. 669-*ter* c.p.c.) e per la verifica della conseguenza dell'inefficacia in caso di rigetto della domanda di merito (art. 669-*novies*, comma 3°, c.p.c.). In ogni caso, la tutela cautelare è e resta strumentale alla protezione di diritti azionabili nelle forme ordinarie, sicché non si può fare a meno di individuare l'azione di merito per la quale si ritiene necessaria una tutela urgente. La valutazione del *fumus boni iuris* altro non è che una prognosi di fondatezza della futura (a questo punto, in certi casi, eventuale) azione di merito, la quale non può pertanto rimanere indeterminata. Naturalmente, resta fermo quanto già acquisito prima della novella, ovverosia che non sono necessarie formule sacramentali e non è necessario precisare le conclusioni che saranno rassegnate nel processo di merito, essendo sufficiente che *si capisca* – anche per implicito – per quale azione di merito si chiede la tutela cautelare. Inoltre, per quanto forse minoritaria nella giurisprudenza di merito (ma dominante in dottrina), va tenuta ferma la regola della sanabilità in corso di procedimento (e nel rispetto del principio del contraddittorio) del vizio consistente nella mancata indicazione della domanda di merito.

In dottrina, si è sostenuto che – nei procedimenti per provvedimenti d’urgenza anticipatori – sarebbe necessaria una compiuta indicazione della *causa petendi*, ma non sarebbe necessario, invece, indicare il *petitum* della causa di merito (Paolo Biavati, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 567). Tuttavia, a ben vedere, senza l’individuazione (almeno per implicito) del *petitum* della causa di merito sarebbe difficile anche stabilire se la misura cautelare richiesta sia effettivamente anticipatoria o meramente conservativa (almeno per chi propende per la tesi restrittiva nella definizione dei provvedimenti anticipatori).

Soluzione preferita. È preferibile ritenere che, su questo aspetto, nulla sia cambiato con l’introduzione della strumentalità attenuata.

Giurisprudenza. Conforme all’opinione qui espressa: Tribunale di Rovereto, 14.6.2004, in *Giur. it.* 2004, 2481; Tribunale di Latina, ord. n° 7503/2004, pubblicata, senza indicazione di data, su [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

### 1bb) Cambia la valutazione del *fumus* ora che il provvedimento è potenzialmente stabile?

Ci si è chiesti se, a fronte della consapevolezza della potenziale stabilità *sine die* del provvedimento cautelare, il giudice debba valutare con maggior rigore il presupposto del *fumus boni iuris*. Parte della dottrina dà per scontato che ciò accada (Eugenio Dalmotto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 269 e Giuseppe Olivieri, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)), mentre altra mette in guardia da un atteggiamento siffatto, che considera un grave errore (Paolo Biavati, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 567).

Soluzione preferita. Anche su questo aspetto, è preferibile ritenere che nulla sia cambiato con l’introduzione della strumentalità attenuata. Il provvedimento cautelare *stabile* è pur sempre un provvedimento cautelare e potenzialmente provvisorio. Sarebbe sbagliato e pericoloso caricare il procedimento cautelare di un maggior approfondimento del *fumus* per dargli, *di fatto*, un ruolo di alternativa sommaria al rito a cognizione piena, che il legislatore non gli ha attribuito.

Piuttosto resta vero, come prima della riforma, che le norme non definiscono il *quantum* di *fumus boni iuris* richiesto per l’accoglimento del provvedimento cautelare. La regola dovrebbe essere che il *fumus* è diverso a seconda del tipo di provvedimento da emanare: si va dalla semplice sussistenza della controversia, sufficiente per un sequestro giudiziario (la cui funzione di custodia di solito andrà comunque a vantaggio dell’uno o dell’altro dei contendenti), ma anche per un provvedimento d’urgenza che rimandi di poco tempo un evento con effetti irreversibili (es.: escussione della garanzia a prima richiesta o pubblicazione del protesto), alla quasi certezza della fondatezza della domanda di merito, necessaria per adottare alcuni provvedimenti d’urgenza con effetti gravi o addirittura irreversibili (come la demolizione di un fabbricato o, se ritenuta possibile, la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale o dell’iscrizione d’ipoteca). Si tratta, in ogni caso, di comparare in concreto *pro e contra* della concessione e della non concessione del provvedimento cautelare, senza fermarsi a considerazioni astratte o nominalistiche. Così, per esempio, il sequestro *conservativo* è tale per il ricorrente, ma può avere effetti devastanti per il resistente. Ed anche la *descrizione* del diritto industriale è o può essere un provvedimento molto più invasivo e pregiudizievole di quello che si potrebbe immaginare.

### 1bc) Cambia la valutazione del *periculum* ora che il provvedimento è potenzialmente stabile?

Vale quanto appena scritto con riferimento al punto 1bb). Considerare meno importante la verifica del *periculum in mora* perché tanto il provvedimento cautelare avrà

comunque la funzione di acquietare le parti, evitando l'instaurazione del processo a cognizione piena, vorrebbe dire non applicare la legge processuale vigente, ma presunte *tendenze evolutive dell'ordinamento* (o possibili recondite intenzioni dei compilatori delle norme) che non è compito del giudice anticipare. Quindi, si deve preferire la tesi (e tenere ferma la linea) che il *periculum in mora* rimane requisito essenziale per la concessione del provvedimento cautelare. Naturalmente, si tratterà dello specifico *periculum in mora* indicato dal legislatore con riferimento a ciascuna misura cautelare.

1bd) Cambiano le “regole” dell'istruttoria (testi invece che “informativi”; c.t.u. anche se lunga e complessa)?

Anche in questo caso, nulla cambia. Peraltro, può essere utile ricordare alcune delle problematiche aperte per quanto riguarda le “regole dell'istruttoria” nel procedimento cautelare. Fermo, comunque, che il problema si pone in generale per tutti i provvedimenti cautelari, senza che rilevi la distinzione tra anticipatori e conservativi. È innanzitutto una facile constatazione che la legge non pone tali regole, limitandosi al precetto generalissimo di omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Detto questo, sembra preferibile la tesi maggioritaria secondo cui il giudice della cautela non ha poteri d'iniziativa istruttoria ufficiosi diversi e più ampi rispetto a quelli che ha nel corrispondente giudizio a cognizione piena. Qualcuno invece sostiene il contrario, così interpretando le parole “procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili” (art. 669-*sexies*, comma 1°), ma la formula è equivoca (ben potendo fare riferimento agli atti indispensabili tra quelli proposti dalle parti) e non si vede perché la tutela cautelare debba avere regole sull'iniziativa istruttoria diverse rispetto a quelle della tutela a cognizione piena alla quale è funzionale.

Per quanto riguarda la scelta dei mezzi di prova, non ci sono particolari divieti, restando affidata alla sensibilità del giudice la scelta del grado di approfondimento necessario, sufficiente e compatibile con la sommarietà del rito. In astratto non è da escludere una c.t.u., anche se auspicabilmente in forme più snelle ed immediate rispetto al rito ordinario. Annosa questione è se i terzi che rendono dichiarazioni sui fatti di causa debbano essere chiamati *testimoni* o soltanto *informativi*. In realtà, la Cassazione penale applica loro il reato di falsa testimonianza, sicché – comunque li si chiami – sarebbe opportuno rispettare quelle formalità che servono a richiamare l'importanza della deposizione e non hanno effetti negativi sulla durata del processo (dichiarazione di impegno a dire la verità).

Più interessante è domandarsi se possano essere utilizzate nel procedimento cautelare prove atipiche che surrogano una prova tipica, come sono le dichiarazioni scritte rese da terzi in luogo della loro testimonianza. Io sono favorevole, perché queste forme possono effettivamente servire ad accelerare il processo, suggerendo di utilizzare di preferenza dichiarazioni con firma autentica, in modo da rendere certa la loro provenienza.

Tendenzialmente inammissibili ed inutilizzabili, invece, prove testimoniali o atipiche in surroga di documenti necessari per la validità di un contratto, perché la produzione del necessario documento non richiede tempi tecnici che giustifichino il ricorso provvisorio ad altri mezzi sostitutivi.

E la scrittura privata disconosciuta ha un qualche valore nel procedimento cautelare? Ritengo di sì, perché – essendo incompatibile con la sommarietà del rito la verifica della sottoscrizione (che dovrà essere riservata all'eventuale processo di merito) – il giudice deve poter sommariamente apprezzare il valore di un documento che potrebbe essere successivamente verificato autentico. Naturalmente, in questo prudente apprezzamento si pretendere una chiara presa di posizione sull'autenticità della parte che ha prodotto lo scritto e, possibilmente, un esplicito preannuncio che l'istanza di verifica verrà proposta.

Analogo discorso di potrebbe fare per l'atto pubblico contro il quale sia preannunciata querela di falso (o, meglio ancora, sia immediatamente proposta in via principale con atto di citazione autonomo), salva la doverosa prudenza nel disattendere – sia pur provvisoriamente – le risultanze di un atto fidefacente.

### 1c) L'accoglimento anticipatorio deve contenere la condanna alle spese?

Premessa: l'art. 669-*septies* c.p.c. quale unica ipotesi di decisione sulle spese prevista nel rito cautelare. Dalla mancanza di una tale norma nell'art. 669-*octies* si ricava il principio per cui, se *deve* seguire il giudizio di merito, la decisione sulle spese del cautelare è riservata alla sentenza che definisce il merito. Siccome nel caso quando la domanda cautelare è respinta *non è detto* che segua una causa di merito, l'ordinanza deve contenere la decisione sulle spese. E siccome la decisione sulle spese incide sui diritti patrimoniali delle parti, è ammessa sul punto opposizione nelle forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo (ma entro 20 giorni!).

Sulla base di queste norme e di questo principio è stato stabilito: 1) in caso di rigetto in sede di reclamo, anche l'ordinanza del collegio *ex art. 669-terdecies* deve contenere la decisione sulle spese, *per analogia* con la previsione dell'art. 669-*septies* (la regola soffre eccezione se, al momento di assumere la decisione, il collegio ha notizia che il giudizio di merito è *già stato instaurato*; cosa che si verifica più frequentemente allorché il provvedimento del primo giudice era stato di accoglimento: v. **Cass. 10.8.2006, n° 18152** sulla decorrenza del termine per proporre il giudizio di merito dalla pronuncia o dalla comunicazione dell'ordinanza del giudice monocratico, anche se viene proposto reclamo); 2) anche, in caso di cessazione della materia del contendere per soddisfazione dell'interesse del ricorrente, si deve decidere sulle spese, eventualmente condannando la parte resistente a rifonderle al ricorrente in base alla soccombenza virtuale. (per riferimenti di dottrina e giurisprudenza, v. Stanislao De Matteis, *La riforma del processo cautelare*, Milano 2006, pp. 461 e ss.)

Per questo, ora che all'accoglimento anticipatorio *non deve necessariamente seguire* il processo di merito, è ampiamente diffusa l'opinione che anche tale provvedimento debba contenere una decisione sulle spese. La mera eventualità che il giudizio di merito venga instaurato in futuro non inibisce la decisione sulle spese, come dimostra il fatto che anche nell'ipotesi esplicitamente prevista del rigetto della domanda cautelare nulla esclude che ad esso segua il processo a cognizione piena su impulso di una qualsiasi delle parti.

Se questo è il principio, ne deriva che l'ordinanza di accoglimento della domanda di tutela cautelare anticipatoria proposta *ante causam* deve contenere la decisione sulle spese di lite, non essendo pendente, e non essendo necessario che penda in futuro, il processo di merito. Ciò, oltretutto, è funzionale all'effetto deflattivo auspicato dal legislatore, in quanto evita che il ricorrente debba avviare comunque il processo di merito, anche non avendone altro interesse, solo per recuperare le spese della fase cautelare.

Giurisprudenza conforme: Tribunale Reggio Calabria, 6.11.2006 e Tribunale Ivrea 28.6.2006, entrambe in *Giur. it.* 2007, 1674; Tribunale Reggio Emilia 13.1.2006, in *Rivista delle società*, 2007, 121).

Certo salta agli occhi il silenzio del legislatore della novella se confrontato con la disposizione introdotta per il rito cautelare "societario": l'art. 23, comma 2, d. legis. n° 5 del 2003, relativo ai soli provvedimenti *ante causam* (a quelli in corso di causa è dedicato l'art. 24), dispone che il magistrato provvede sulle spese "in ogni caso" e "a norma degli artt. 91 e ss. c.p.c.". Tale disposizione sembrerebbe dunque applicabile non solo ai provvedimenti anticipatori, ma anche a quelli conservativi, ovverosia ai sequestri, anche se indefettibilmente legati alla tempestiva instaurazione del giudizio di merito.

Per quanto riguarda la possibilità di utilizzare tale differente disciplina ai fini dell'interpretazione o, addirittura, dell'integrazione di quella del codice, va ribadita

l'opinione contraria, trattandosi di legge speciale anteriore rispetto alla novella del c.p.c. e potendosi quindi piuttosto argomentare che la mancata introduzione di una norma analoga da parte della legge 80 del 2005 denoti la volontà del legislatore di non ripetere (e generalizzare) la "sperimentazione" effettuata nel rito societario (*contra*, per l'applicabilità "estensiva o analogica del 2° comma dell'art. 23", Stanislao De Matteis, *op. cit.*, 466).

Secondo alcuni, peraltro, il principio generale estensibile anche al cautelare del codice sarebbe proprio quello degli artt. 91 e 92 c.p.c., con implicita abrogazione (o assorbimento) dell'art. 669-*septies* e obbligo del giudice di decidere sulle spese anche nei provvedimenti meramente conservativi.

### 1ca) e in corso di causa?

Sempre applicando il principio appena enucleato, si deve, al contrario, concludere che non deve decidere sulle spese l'ordinanza di accoglimento della domanda di tutela cautelare anticipatoria emessa in corso di causa, anche se ciò può frustrare la potenzialità deflattiva dell'ordinanza, impedendo all'attore di abbandonare il processo di merito (magari a fronte dell'inerzia di controparte), se non rinunciando alla rifusione delle spese. Tuttavia, non pare davvero possibile sfruttare oltre la capacità espansiva dell'art. 669-*septies* e non vi sono altre norme cui appigliarsi per sostenere la possibilità di decidere sulle spese (oltretutto, per perseguire l'efficacia deflattiva della decisione sul cautelare in corso di causa, occorrerebbe che l'ordinanza contenesse la condanna alla rifusione delle spese *anche del processo di merito* fino a quel momento sostenute, come infatti si ritiene debba fare il giudice che pronuncia l'ordinanza ai sensi dell'art. 186-*ter* c.p.c.).

Naturalmente se si opta per l'applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. si potrebbe anche dire che l'ordinanza cautelare definisce il procedimento cautelare – anche se in corso di causa – e deve decidere sulle spese. Ma la cosa sarebbe inutilmente macchinosa, dovendosi dare luogo ad inutili opposizioni *ex art.* 645 c.p.c., invece di decidere tutti gli aspetti riguardanti le spese con la sentenza che definirà il merito.

PARENTESI: l'impugnazione della decisione sulle spese.

La Corte di Cassazione insegna che l'opposizione dell'art. 645 c.p.c. si può esperire non solo contro la condanna alla rifusione delle spese, ma anche contro l'eventuale compensazione (**Cass. 1° 8.2003, n° 11709**).

Inoltre, in caso di rigetto con decisione sulle spese, la parte che voglia contestare soltanto la decisione sulle spese può scegliere se proporre reclamo o l'opposizione *ex art.* 645 c.p.c. In questo caso, il termine per l'opposizione decorre dopo definito il reclamo o spirato il termine per proporre il reclamo. Se invece si è scelto di reclamare ed il reclamo non viene accolto, è ancora esperibile l'opposizione contro la prima decisione sulle spese ed eventualmente anche contro quella adottata dal collegio (**Cass. s.u. 28.12.2001, n° 16214**; *contra*, successivamente, **Tribunale di Catania 11.3.2004**, in *Giust. civ.* 2005, I, 1644, che ammette la sola opposizione nel caso in cui si contesti soltanto la decisione sulle spese).

Un altro importante insegnamento della Corte Suprema è che, oltre alla condanna alle spese, nel procedimento cautelare può essere chiesta e deve essere decisa la domanda di condanna al risarcimento dei danni da lite temeraria, ma solo quella dell'art. 96, comma 1°, non quella del comma 2° (nel caso in cui si lamenti un danno dall'esecuzione del provvedimento cautelare poi revocato), perché questa presuppone un accertamento negativo del diritto di controparte, accertamento che non può essere contenuto nell'ordinanza. La domanda va dunque proposta nel giudizio di merito, eventualmente appositamente instaurato (**Cass. 26.6.2002, n° 8738**).

### 1cc) È poi possibile riformare la decisione sulle spese nel successivo

## processo di merito eventualmente instaurato?

È questa l'implicazione più delicata della prevalente interpretazione secondo cui l'ordinanza di accoglimento anticipatorio deve contenere la decisione sulle spese di lite (e quindi, normalmente, in base al principio della soccombenza, la condanna del resistente alla rifusione in favore del ricorrente). Che succede se poi, nel giudizio di merito, magari instaurato dal resistente, si accerta l'inesistenza del diritto cautelato? Il provvedimento cautelare diventa inefficace (art. 669-*novies*, comma 3°), ma può essere riformata la decisione sulle spese? Si potrebbe anche dire di no, perché – applicandosi estensivamente il principio contenuto nell'art. 669-*septies* – si deve riconoscere che, nell'ipotesi inversa, l'eventuale sentenza di accoglimento nel merito successiva al rigetto cautelare non avrebbe alcun titolo per *ridecidere* sulle spese del procedimento cautelare. Tuttavia, il “sentimento del diritto” ci dice che le due ipotesi non sono inversamente equivalenti. Il fatto che il ricorrente si accerti titolare del diritto all'esito del processo di merito, non significa necessariamente che egli abbia subito un torto nel momento in cui gli fu respinta la domanda cautelare. Può darsi che il giudice del cautelare abbia correttamente valutato l'assenza (in quel momento) del *fumus* e, in ogni caso, l'accoglimento della domanda di merito di per sé non contraddice in alcun modo la valutazione sulla carenza del *periculum in mora*. Insomma, la parte ricorrente può essere legittimamente soccombente nel cautelare e vittoriosa nel merito. Ma mai si potrà dire che la parte resistente vittoriosa nel merito abbia legittimamente subito l'adozione nei suoi confronti di una misura cautelare a tutela di un diritto ... inesistente. Il rigetto della domanda di merito imporrebbe di riconsiderare la sua soccombenza nel cautelare. Del resto, per quanto riguarda i danni conseguenti all'esecuzione del provvedimento cautelare, il resistente vittorioso nel merito potrà ottenere con la stessa sentenza la condanna del ricorrente al risarcimento dei danni (art. 96, comma 2°, c.p.c.). Ma il recupero delle spese del procedimento cautelare sarà più difficile, stante il principio di contestualità tra decisione sulle spese e processo al quale si riferiscono e stante l'esistenza di un altro specifico rimedio a cognizione piena: artt. 669-*septies*, comma 3°, e 645 c.p.c. da esperirsi entro un termine “perentorio” ormai spirato. Certo questo rimedio – che riguarda anche l'*an* della condanna e non solo il *quantum* – presuppone che venga semplicemente rivalutata la decisione sulle spese sulla base del materiale a disposizione del giudice della cautela, il che è cosa diversa dal riconsiderare quella decisione sulla base dell'esito del processo di merito. Forse, l'unica soluzione possibile è quella di estendere il potere dovere del giudice che rigetta la domanda di merito (e che conseguentemente deve dichiarare l'inefficacia della misura cautelare) di dare “le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente” (art. 669-*novies*, commi 2° e 3°, c.p.c.) fino al punto di disporre la restituzione di quanto ricevuto dalla parte soccombente a titolo di rimborso spese della fase cautelare e di rifondere alla parte vittoriosa quanto da questa speso per pagare il proprio difensore in quella fase.

### 1d) La successiva revoca ex art. 669-*decies* c.p.c, quando non c'è processo per il merito, deve contenere la decisione sulle spese?

La prospettiva di provvedimenti cautelari efficaci a tempo indeterminato senza che sia avviato il processo di merito rende assai più probabile l'evenienza che “il giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare”, invece del giudice del merito, si trovi a decidere sull'istanza di revoca (o modifica) della misura (evenienza precedentemente relegata all'ipotesi di azione di merito devoluta alla giurisdizione di giudici stranieri ovvero ad arbitri ovvero esercitata nel processo penale). In questo caso, è doveroso domandarsi se il giudice che decide sull'istanza di revoca o di modifica debba provvedere sulle spese del procedimento. In proposito, però tacciono non solo l'art. 669-*decies* c.p.c., ma anche la giurisprudenza di merito e, stranamente, quasi tutta la dottrina. Comunque, poiché la

decisione sulla revoca esaurisce un procedimento contenzioso dovrebbe valere il principio generale espresso dall'art. 91 c.p.c., applicabile al di là del caso del processo a cognizione piena deciso con sentenza (v., da ultimo, Cass. 16.5.2007, n° 11320; in senso favorevole alla decisione sulle spese nel subprocedimento per la revoca: S. De Matteis, *op. cit.*, pag. 433, che cita anche E. Campese - A. Scarpa, *I procedimenti cautelari e possessori*, Milano, 2005, pag. 84). Ma, a quel punto, quale rimedio contro la (non gradita) decisione sulle spese? Sembrerebbe inevitabile applicare a questa decisione sulle spese esattamente la stessa disciplina prevista dalla legge ed elaborata dagli interpreti per la decisione sulle spese adottata nell'ordinanza che decide – in prima fase – sulla domanda cautelare, nel senso che sarà esperibile l'opposizione *ex artt. 669-septies* e 645 c.p.c. e, forse, il reclamo *ex artt. 669-terdecies* c.p.c. (su questo aspetto si dovrà tornare in seguito).

1da) Anche per la fase della concessione? (cioè deve decidere se revocare o no anche la decisione sulle spese presa in quella fase?)

Ci si potrebbe anche chiedere se il giudice che (accogliendo la relativa istanza) revoca il provvedimento cautelare possa o debba rivedere anche la decisione sulle spese adottata in quella sede. In senso contrario militano diversi argomenti. Innanzitutto, il fatto che la revoca debba essere disposta su circostanze di fatto diverse e, di solito, sopravvenute rispetto a quelle considerate ai fini dell'adozione della misura cautelare. Più importante ancora, il fatto che l'originaria decisione sulle spese era sottoposta allo specifico rimedio dell'opposizione, da esperire entro il termine "perentorio" di 20 giorni, sicché essa deve ritenersi divenuta irrevocabile (a maggior ragione, come è ovvio, se l'opposizione è stata effettivamente proposta e decisa con sentenza) almeno nell'ambito della tutela cautelare. Un dubbio potrebbe insorgere se la revoca venga richiesta ed ottenuta sulla base di un fatto preesistente al provvedimento, ma conosciuto solo successivamente dalla parte resistente (e magari noto, invece, al ricorrente). In questo caso potrebbe sembrare equo permettere al resistente-istante per la revoca di recuperare le spese della prima fase che lo vide ingiustamente soccombente. Anche qui potrebbe tornare utile il potere del giudice della revoca di disporre i necessari ripristini, qualora si ritenga che anch'egli ne sia dotato, in applicazione analogia dell'art. 669-novies (v. E. Merlin, *I limiti temporali di efficacia, la revoca, la modifica*, in G. Tarzia (a cura di) *Il nuovo processo cautelare*, Milano 1993, 299, pag. 367).

1db) È reclamabile il provvedimento che decide sull'istanza di revoca o modifica?

Il tema non è nuovo, essendo oggetto di dibattito dottrinale dall'indomani della pubblicazione della legge n° 353 del 1990 e di contrastanti decisioni giurisprudenziali dall'indomani della sua (parziale) entrata in vigore il 1° .1.1993.

Argomenti. A favore della tesi restrittiva: la necessità di evitare un ulteriore appesantimento del cautelare, a scapito delle energie disponibili per la trattazione delle controversie ordinarie; il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, che non sarebbero estensibili analogicamente; la non utilizzabilità, quale "fonte" dell'estensione, della sentenza n° 253 del 1994 della Corte costituzionale, posto che questa non è affatto fondata sulla costituzionalizzazione del principio del doppio "grado" in materia cautelare, ma soltanto sulla disparità dei mezzi messi a disposizione del ricorrente e del resistente nel procedimento originario per la concessione della cautela; la facoltà illimitata di riproporre *ex novo* l'istanza cautelare, in mancanza di un precedente provvedimento di rigetto a fare da filtro ai sensi dell'art. 669-septies. A favore della tesi espansiva: la tassatività dei mezzi di impugnazione non è principio necessariamente applicabile al reclamo, la cui natura di mezzo di impugnazione in senso tecnico è incerta; inoltre, esso, quale strumento tipico del procedimento cautelare, deve trovare le sue caratteristiche e la sua disciplina all'interno del

*microsistema* al quale appartiene (v. in tal senso l'indicazione contenuta in Corte cost. sent. 7.12.1996, n° 421); infine, impedendo il reclamo contro la revoca l'originario ricorrente sarebbe indotto a riproporre *ex novo* il ricorso cautelare (non essendo limitato dall'art. 669-*septies* c.p.c.), per incassare il rigetto (probabilmente dal medesimo magistrato che ha disposto la revoca, qualora sia pendente la causa di merito: artt. 669-*decies* e 669-*quater*) e poi reclamare contro il rigetto; con il che si allungano soltanto i tempi necessari per ottenere un controllo del collegio sulla revoca e l'appesantimento processuale non è certo evitato, ma anzi accentuato (occorre però riconoscere che la semplificazione conserverebbe la sua efficacia nei casi di rigetto dell'istanza di revoca).

Giurisprudenza. In senso favorevole: Tribunale di Roma, 27.6.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1086 e in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 768, con nota di M.P. Gasperini; Tribunale di Nocera Inferiore, 11.1.1996, in *Rep. Foro it.* 1996, voce "Procedimenti cautelari" n° 105; Tribunale di S. Maria Capua Vetere, 5.11.1996, in *Foro it.* 1997, I, 1634; e, forse, Tribunale di Marsala, 5.9.1995, in *Giur. merito*, 1996, 239, che però, nonostante la massima e la nota di R. Micangeli, sembra abbia trattato un reclamo su una "revoca" *ex art. 669-sexies* e non *ex art. 669-decies*; Tribunale di Padova, 12.11.1998, in *Giur. it.* 2000, 87; Tribunale di Lucca, 13.10.1999, in *Giur. it.* 2000, 1855; Tribunale di Torino, 20.11.2001, in *Giur. it.* 2002, 1405; si dichiara favorevole al reclamo contro la revoca *ex art. 669-decies* c.p.c. anche Tribunale di Lanciano, 26.7.2002, in *Giur. it.* 2003, 920, che però ha dichiarato inammissibile il reclamo avverso la revoca del sequestro ai sensi dell'art. 684 c.p.c., ipotesi giudicata del tutto diversa per presupposto ed effetti. In senso contrario, Tribunale di Napoli, 25.11.1994, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1653; Tribunale di Milano, 16.1.1995, in *Foro it.*, 1995, I, 1353; Tribunale di Torino, 29.3.1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 907; Tribunale di Roma, 26.5.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1091; Tribunale di Milano, 29.8.2002, in *Giur. it.* 2003, 1394. Tra le pronunce favorevoli, particolarmente interessanti sono quelle (Tribunale di Roma, 27.6.1995, e Tribunale S. Maria Capua Vetere *citt.*), che delimitano l'oggetto della cognizione sul reclamo avverso il provvedimento di revoca (o modifica o reiezione delle relative istanza) alla sola verifica dell'effettivo mutamento delle circostanze (e della sua incidenza sulla valutazione circa il perdurare di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*), senza possibilità di riesaminare complessivamente le ragioni poste a base dell'originario provvedimento cautelare. Delimitazione senz'altro da condividere e che ricalca i principi già affermati in numerose sentenze della Corte Suprema in materia di misure cautelari penali, per distinguere il riesame dell'ordinanza cautelare dall'appello avverso il provvedimento che decide sull'istanza di revoca della misura cautelare medesima.

1dbb) È utile, sul piano interpretativo, il confronto con l'art. 23, comma 5, del d. legisl. n° 5 del 2003?

Nella legge 80 del 2005 l'assenza di norme sull'estensione dell'oggetto del reclamo (a parte la non novità della previsione esplicita della reclamabilità dei provvedimenti di rigetto) contrasta con la scelta operata poco prima dal legislatore delegato con la disciplina dell'art. 23, comma 5, del decreto legisl. n° 5 del 2003, che ha inteso precisare (o estendere) la reclamabilità a "tutti i provvedimenti in materia cautelare".

Opinione preferibile: non è possibile estendere al c.p.c. una disposizione relativa al "cautelare societario" non ripetuta nella legge 80 del 2005. Tuttavia, poiché lo stesso "microsistema" del rito cautelare uniforme induce a ritenere reclamabili i provvedimenti sulle istanze di revoca o modifica, in quanto costituiscono espressione del medesimo potere giurisdizionale cautelare che si esercita accogliendo o rigettando le originarie domande cautelari, il mancato "recepimento" nel c.p.c. della disposizione dell'art. 23, comma 5, d. legisl. n° 5 del 2003 va valorizzato soltanto nel senso di una volontà del legislatore di non prendere posizione sull'estensibilità del reclamo anche ad altri provvedimenti "in materia cautelare", come quelli sull'attuazione o sull'inefficacia.

1dc) Chi è competente a decidere sull'istanza di modifica o revoca del provvedimento emesso (o modificato) in fase di reclamo, quando non pende la causa di merito?

Due opinioni a confronto: a) deve decidere il giudice monocratico della prima fase; b) deve decidere il collegio del reclamo.

A favore della seconda tesi si rileva l'opportunità che il giudice che rigettò la

domanda cautelare non sia chiamato a decidere sulla revoca della misura adottata dal collegio riformando la sua decisione, perché potrebbe essere facilmente indotto a disporre la revoca sulla base delle proprie originarie considerazioni. Inoltre, si osserva che l'originario art. 669-*decies*, comma 2°, ma anche l'attuale comma 3°, attribuiscono la decisione sulla revoca al "giudice che ha emanato il provvedimento cautelare", che non potrebbe certo essere identificato con il giudice che rifiutò di emanarlo.

A favore della prima tesi un flebile dato testuale, ovverosia la sostituzione, nel novellato comma 2°, della locuzione "giudice che ha emanato il provvedimento cautelare" con l'altra "giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare". Sul piano dell'opportunità, si ritiene più pratico che della revoca si occupi un giudice monocratico, piuttosto che il collegio.

È opportuno precisare che l'alternativa non riguarda la competenza in senso tecnico, ma soltanto la composizione dell'organo decidente (nemmeno la scelta dei magistrati che dovranno decidere, non essendo necessariamente detto che il magistrato monocratico debba essere lo stesso che provvede sull'istanza cautelare nella prima fase o che il collegio debba decidere nella medesima composizione con cui decise il reclamo). Detto questo, la soluzione favorevole al giudice monocratico si impone nel caso in cui si ritenga che il provvedimento sulla revoca sia reclamabile, per evitare i complessi meccanismi del reclamo contro il provvedimento cautelare collegiale. Del resto, l'inconveniente della posizione "sospetta" del giudice che rigettò la domanda rispetto all'istanza di revocare il provvedimento poi emesso dal collegio si può facilmente aggirare designando un magistrato singolo diverso non necessariamente il medesimo magistrato (sull'interpretazione delle parole "giudice che ha emanato il provvedimento cautelare" come riferite all'ufficio giudiziario e non alla persona fisica del magistrato, v., con riferimento all'art. 669-*duodecies* sull'attuazione, Cass. 12.1.2005, n° 443).

1dd) Chi è competente a decidere sull'istanza di modifica o revoca in caso di estinzione del processo di merito (che non comporti l'inefficacia) non formalmente dichiarata con apposita ordinanza?

Apparentemente, il nuovo comma 2°, dell'art. 669-*decies*, prevede la competenza del "giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare" solo se il processo di merito è "stato dichiarato estinto". Quindi, nel caso in cui si sia verificata l'ipotesi di estinzione, ma questa non sia stata formalmente dichiarata con ordinanza o sentenza, ai sensi degli artt. 307, comma 4°, e 308 c.p.c. sembrerebbe permanere la competenza del "giudice istruttore" o del giudice della causa di merito. Tuttavia, si ritiene preferibile la soluzione contraria – ovverosia quella che permette di rivolgersi direttamente al giudice della cautela, dal quale ottenere anche la dichiarazione *incidenter tantum* di estinzione del processo di merito, in analogia a quanto statuito dalla cassazione nell'analogo caso della dichiarazione di esecutorietà del decreto ingiuntivo per estinzione del processo di opposizione (v. art. 653, comma 1°, c.p.c. – la cui formula è analoga – e Cass. 23.5.1986, n° 3465).

Anche in questo caso, è opportuno precisare che la competenza in quanto tale è riferita all'ufficio giudiziario e non alla persona fisica del magistrato, sicché normalmente la distinzione tra "giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare" e "giudice istruttore" della causa di merito non si porrà in termini di competenza, ma di ripartizione del lavoro all'interno dell'ufficio secondo le previsioni tabellari. Infatti, la competenza a decidere il cautelare è stabilita *per relationem* alla competenza a decidere il merito (artt. 669-*ter* e 669-*quater* c.p.c.) e la competenza non è più contestabile nel successivo processo di merito, se non eccetta l'incompetenza nel procedimento cautelare (Cass. 8.3.2007, n° 5335; ove, peraltro, non mi pare si dica che si tratti di una competenza esclusiva).

1e) esiste un'autorità del provvedimento cautelare "stabilizzato" nel successivo processo di merito?

La dottrina evidenzia che il "diverso processo" nel quale non è invocabile l'autorità del provvedimento cautelare è anche il processo di merito volto all'accertamento del diritto cautelato (*contra* v., però, la motivazione della sentenza n° 27187 del 2007 delle sezioni

unite, a pag. 16). In quel processo, l'attore in senso sostanziale sarà sempre il ricorrente – anche se convenuto con azione di accertamento negativo – e su di lui graverà l'onere della prova secondo i consueti principi.

1f) Il provvedimento cautelare anticipatorio diviene inefficace in caso di rigetto in rito della domanda di merito?

La questione era già discussa – con riferimento a tutte le misure cautelari – prima della recente riforma. Si tratta di un'ipotesi, non espressamente prevista dal legislatore e che alcuni la ritengono analoga alla non tempestiva instaurazione ovvero all'estinzione del giudizio di merito, piuttosto che all'accertamento dell'inesistenza del diritto. In linea di principio, pur nella varietà delle argomentazioni, era piuttosto consolidata in dottrina l'opinione secondo cui la sentenza che non accoglie la domanda di merito per motivi di rito provoca l'inefficacia della misura cautelare, senza necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza stessa (v., in giurisprudenza, Pretura di Roma, 19.2.1997, in *Giur. merito* 1998, 236, con riferimento ad un'ipotesi di nullità del ricorso introduttivo della causa di merito; invece, esplicitamente in senso contrario all'inefficacia della misura cautelare a seguito di una sentenza in rito nel processo di merito: Tribunale di Messina, 7.12.1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 556 ss., con nota di G. Nicotina). Tuttavia alcuni autori sottolineavano la fondamentale distinzione tra sentenze in rito che definiscono il processo – sia pur in primo grado – e sentenze in rito – in particolare le sentenze dichiarative di incompetenza – che non lo definiscono, autorizzandone la traslazione presso altro giudice (art. 50 c.p.c.), le quali ultime non dovrebbero comportare l'inefficacia del provvedimento cautelare (E. Merlin. e G. Frus, il quale mette anzi in dubbio in termini generali "l'idoneità della sentenza processuale – anche diversa dalla declinatoria di competenza – non passata in giudicato a travolgere la misura cautelare"; l'Autore argomenta la propria opinione anche sulla base dell'art. 669-*quater* c.p.c., il quale attribuirebbe al solo giudice davanti al quale pende la causa di merito la competenza ad emettere il provvedimento cautelare in corso di causa, anche nel caso in cui egli sia – e sappia di essere – in realtà incompetente per la decisione di merito). Da un punto di vista operativo, la soluzione prevalente in dottrina comporta che il giudice del merito, nel pronunciare una sentenza di non accoglimento della domanda per motivi di rito deve dichiarare l'inefficacia e provvedere per il ripristino, a meno che non si tratti di una sentenza di incompetenza che consente la *translatio iudicii* secondo il meccanismo di cui all'art. 50 c.p.c.

Ora però, nel senso dell'irrelevanza, ai fini dell'efficacia del provvedimento cautelare, della sentenza della domanda che rigetta la domanda di merito in rito, v. **Cass., sez. lav., 21.8.2007, n° 17778**).

Per quanto riguarda il caso particolare dei provvedimenti anticipatori, si ritiene che il giudice debba considerare, inoltre, se il vizio in rito sia tale da inficiare anche la decisione sul cautelare (ad es. difetto di giurisdizione) ovvero soltanto il processo di merito (ad es. nullità dell'atto di citazione: Ghirga e Caponi).

1g) si applica la nuova disciplina nei procedimenti cautelari instaurati dopo il 1°3.2006 nell'ambito di un processo di merito già pendente a quella data?

Art. 2, comma 3-*quinquies*, d. l. n° 35 del 2005, convertito e "rimpolpato" dalla legge 80: la nuove norme si applicano ai procedimenti instaurati dopo il 1°3.2006. Il riferimento generico ai "procedimenti" ritengo renda preferibile la tesi che si debba guardare solo alla data di instaurazione del giudizio di merito, anche se proposto in corso di processo di merito già pendente.

1h) il provvedimento cautelare anticipatorio è soggetto all'imposta di registro, ai sensi dell'art. 8, comma 1°, della parte I, della tariffa allegata al d.P.R. 131 del 1986?

L'Agenzia delle Entrate lo sostiene. “definisce, anche parzialmente, il giudizio”.

## 2) LE SCELTE INTERPRETATIVE DEL LEGISLATORE.

2a) come opera l'art. 156-*bis* disp. att. c.p.c. nel caso di controversia devoluta ad **arbitri non rituali**?

Si ritiene sufficiente la presentazione della domanda giudiziale (di solito deposito del ricorso per decreto ingiuntivo) volta ad ottenere un titolo esecutivo sulla base del loro irrituale.

Si rileva che l'ammissibilità della domanda cautelare anche nel caso di controversia devoluta ad arbitri irrituali viene affermata dal legislatore nel momento in cui gli arbitrati irrituali dovrebbero diventare molto meno frequenti, stante la regola della qualificazione espressa in tal senso nella clausola compromissoria (art. 808-*ter*, comma 1°, c.p.c.), mentre prima la Cassazione sosteneva che, nel dubbio sulla volontà delle parti, si dovesse ritenere irrituale l'arbitrato stante l'eccezionalità delle deroghe alla competenza di legge.

2b, 2c e 2d) Il disegno dei **nuovi artt. 669-*decies* e 669-*terdecies* c.p.c.**

Uno dei problemi che ha subito assillato gli interpreti del procedimento cautelare uniforme è stato quello della delimitazione dei confini tra revoca e reclamo.

Il dibattito si poneva sostanzialmente in questi termini. La comune definizione del reclamo cautelare come rimedio di tipo solo latamente impugnatorio a critica libera, con il quale si possono denunciare sia *errores in procedendo* che *errores in iudicando* – e, quindi, di mezzo di controllo dell'operato del primo giudice avrebbe dovuto indurre a ritenere non deducibili fatti nuovi: né preesistenti ma non allegati nella prima fase, né tanto meno sopravvenuti rispetto alla decisione reclamata. La tesi contraria alla deducibilità di fatti nuovi in sede di reclamo era inoltre preferita dagli interpreti perché teneva ben distinti i rispettivi ambiti di operatività del reclamo (controllo della correttezza della decisione cautelare) e della revoca (verifica del perdurare dei presupposti che avevano giustificato l'adozione della misura).

Senonché, il divieto di introdurre nella fase di reclamo fatti nuovi sopravvenuti trova (e trovava già all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo rito cautelare uniforme) una insuperabile contraddizione nel disposto dell'ultimo comma dell'articolo 669-*terdecies* c.p.c. che, proprio sulla base di “motivi sopravvenuti”, consente la possibilità che sia disposta la sospensione dell'esecuzione del provvedimento cautelare in attesa della decisione finale sul reclamo (v. A. Proto Pisani, *op. cit.*, 88, per un accenno alla genesi della norma, introdotta all'ultimo momento e volta a trovare un compromesso tra i favorevoli ed i contrari all'efficacia sospensiva automatica della proposizione del reclamo). Dunque i motivi sopravvenuti, se potevano rilevare ai fini della sospensiva, non potevano non rilevare anche ai fini della decisione sul reclamo e, secondo l'opinione prevalente in dottrina, ciò implicava – già prima della recente riforma – l'ammissibilità, in sede di reclamo, anche dell'allegazione di fatti preesistenti e precedentemente non allegati (in senso contrario v. però, in dottrina, A. Proto Pisani, *op. cit.*, 89, e, in giurisprudenza, Tribunale di Catania, 23.3.1995, in *Foro it.* 1995, I, 2271; Tribunale di Termini Imerese, 12.2.2001, in *Giur. it.* 2002, 1416).

Ora il legislatore ha decisamente abbracciato la tesi della proponibilità con il reclamo di fatti nuovi (o comunque non esaminati dal primo giudice), ma ha cercato comunque di delimitare chiaramente l'ambito dei fatti spendibili con l'istanza di revoca (o modifica) e quello dei fatti spendibili con il reclamo. In sostanza: tutti i fatti

cronologicamente compatibili con la possibilità di essere *spesi* nel reclamo (avvenuti o conosciuti finché pende il reclamo) “debbono essere proposti nel ... relativo procedimento” (“nel rispetto del principio del contraddittorio”). Viceversa i fatti sopravvenuti (o di cui è sopravvenuta a conoscenza) dopo che è stato emesso il provvedimento cautelare, possono essere posti a fondamento di un’istanza di revoca (o di modifica) soltanto “Salvo che sia stato proposto reclamo” o “esaurita l’eventuale fase del reclamo”.

È mia opinione che l’*actio finium regundorum* non sia perfettamente riuscita (ci sono alcuni pasticci inevitabili quando il legislatore pretende di emanare disposizioni troppo minuziose ed interpretative di sé stesso), ma che l’esistenza di fatti e circostanze spendibili o nel reclamo o con l’istanza di revoca non si un problema. Ferma la prevalenza del reclamo e l’impossibilità di spendere lo stesso fatto proponendo *entrambi* i rimedi, non c’è nulla di male che la parte possa *scegliere* di lasciare passare il termine per reclamare, ovvero aspettare che il reclamo si esaurisca, per poi porre un fatto nuovo a base di un’istanza di revoca, purché sia un fatto sopravvenuto (o di cui è sopravvenuta la conoscenza) dopo il “provvedimento cautelare” (*rectius*: dopo il termine ultimo per sottoporlo all’esame del giudice della cautela, ovverosia la fine dell’udienza e la riserva del giudice).

2ba) fino a quando possono essere allegati fatti nuovi nella fase di reclamo?

“nel rispetto del principio del contraddittorio” significa non oltre la fine dell’udienza di discussione, oppure è possibile fare istanza al collegio che ormai si è riservato di decidere, prima che depositi l’ordinanza?

2bb) In caso di allegazione in udienza, è doveroso un rinvio per permettere la replica di controparte e/o per acquisire o assumere le prove dei fatti nuovi?

2bc) Solo il reclamante può allegare fatti nuovi o anche la controparte (per supportare la domanda cautelare, in ipotesi accolta nella prima fase, nonostante i fatti nuovi introdotti dall’avversario)?

Qui bisognerebbe studiare le ricadute della nuova disciplina sull’ampia riproponibilità della domanda cautelare respinta (art. 669-*septies*), che ormai non si giustifica in alcun modo, dopo che i provvedimenti di rigetto sono anch’essi reclamabili (eccezione di incostituzionalità?)

2bd) Possono proporsi con il reclamo fatti preesistenti ed anche conosciuti (o di cui non si possa dare la prova della successiva conoscenza) e non sottoposti all’esame del primo giudice?

Si tratterebbe di capire cos’è il reclamo: un mezzo di impugnazione atipico o una prosecuzione del medesimo procedimento cautelare, nel quale non sono previste preclusioni?)

2ca) che cosa significa “mutamenti nelle circostanze”?

La minima ampiezza attribuibile alla formula adottata dal legislatore la faceva corrispondere soltanto ai fatti extraprocessuali che accadono dopo l’emanazione del provvedimento cautelare e dopo il termine per il reclamo, o la riserva del giudice sul reclamo, o, comunque, non sottoposti all’esame del giudice del reclamo (per tale interpretazione restrittiva v. soprattutto F. Tommaseo; E. Merlin, in *Le Nuove leggi civ. comm.* 1992, 374 ss.; in giurisprudenza, Pretura di Parma, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 489 ss.). Tra gli argomenti a favore di tale impostazione si adduceva innanzitutto il significato letterale delle parole “mutamenti” e “circostanze”; forte era poi la preoccupazione di fissare una demarcazione netta tra i rimedi della revoca e del reclamo; si invocava altresì l’esistenza di un “giudicato cautelare” che potrebbe essere superato, quanto alla valutazione del *fumus boni iuris*,

soltanto dalla sentenza di merito – che infatti normalmente provoca l’inefficacia del provvedimento – e non permetterebbe una verifica in corso di causa sulla base delle risultanze istruttorie nel frattempo acquisite (G. Basilico, in *Giur. it.*, 1994, IV, 25, aderendo alla tesi restrittiva, ne trae la conseguenza che il “mutamento nelle circostanze” può riguardare soltanto il *periculum in mora* e mai il *fumus*).

Vi è sempre stata, peraltro, un’ampia tendenza ad allargare – in vario modo – il significato della formula legislativa. Abbastanza accettata era l’idea della rilevanza dello *ius superveniens* (A. Attardi; per la precisazione che in questo concetto rientrano sia la nuova norma di legge – che sia immediatamente applicabile al caso concreto – sia un eventuale nuovo accordo tra le parti, v. E. Merlin, *op. loc. cit.*)

Controversa era la possibilità di consentire nuove allegazioni di fatti preesistenti (E. Caputo, *La nuova normativa sul processo civile*, Padova, 1993, 391) e la possibilità di tener conto dell’esito delle prove assunte nel corso del processo di merito (G. Frus; in giurisprudenza: v. Tribunale di Messina, 15.12.1997 in *Giur. merito*, 1998, 936; Tribunale di Parma, 13.6.1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 488 ss.; Tribunale di Udine, 14.12.1994, in *Foro it.*, 1995, I, 2295; Tribunale di Firenze, 15.5.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1097 s.; Tribunale di Bari, 25.3.1993, in *Foro it.*, 1993, I, 1680 ss.; Tribunale di Foggia, 12.7.1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2983). Si adducevano, a favore delle varie tesi che ampliano i presupposti della revocabilità, i seguenti argomenti: essa consente una migliore e più elastica realizzazione dei principi di strumentalità e di provvisorietà dei provvedimenti cautelari; è più coerente con l’attribuzione al giudice istruttore della causa di merito (nel caso che questa penda davanti a giudice civile dello Stato italiano) della competenza a disporre la revoca (e la modifica), perché, se dovessero essere rilevanti soltanto le circostanze extraprocessuali, meglio sarebbe stato fissare in termini generali la competenza del giudice che ha emesso il provvedimento cautelare; ricalca quanto già comunemente ammesso nell’interpretazione dell’art. 708 c.p.c., di identico contenuto letterale (G. Frus; A. Proto Pisani); non sacrifica in realtà alcuna perfetta separazione tra i rimedi della revoca e del reclamo, perché questa non sarebbe comunque raggiungibile, residuando in uno spazio di intersezione perlomeno i fatti sopravvenuti temporalmente compatibili con la loro allegazione in sede di reclamo, ma che la parte potrebbe non allegare, riservandoli per una domanda di revoca (in tal senso v. la stessa E. Merlin, *op. loc. cit.*).

Comunque esclusa la possibilità di sottoporre nuovamente all’esame del giudice lo stesso quadro fattuale, eventualmente condito di nuove argomentazioni giuridiche, già allegato in sede di procedimento per l’emissione della misura cautelare. È pertanto da escludere che la revoca o la modifica possano essere frutto di un puro e semplice *ius poenitendi* del giudice.

Oggi il legislatore è intervenuto nel dibattito prevedendo esplicitamente che i “fatti anteriori” siano rilevanti per la revoca o la modifica del provvedimento cautelare, ma ha contemporaneamente posto il limite dell’onere per l’istante di fornire la prova “del momento in cui ne è venuto a conoscenza”, momento che deve collocarsi “successivamente al provvedimento cautelare”. Si tratta di una soluzione per così dire intermedia tra la pura e semplice rilevanza dei fatti anteriori e non sottoposti prima all’esame del giudice della cautela (pretendendosi, in più, che si provi che quei fatti erano allora ignoti alla parte che ha interesse a farli valere) e la rimessione in termini della parte che omissa di allegare i fatti (perché non si richiede di provare anche che l’ignoranza sia stata incolpevole).

2cb) è (ancora) possibile revocare o modificare il provvedimento cautelare sulla base delle risultanze istruttorie del giudizio di merito, prima della relativa sentenza?

Direi di sì, il legislatore ha inteso ammettere e limitare l’introduzione di fatti anteriori non allegati nella prima fase o nel reclamo, ma non ha escluso con ciò che il concetto di mutamento delle circostanze comprenda anche il mutamento del quadro probatorio, sempre, naturalmente, che penda il processo di merito. Se non pende il processo di merito non possono essere dedotte nuove prove su fatti già allegati od allegabili, per riconsiderare la valutazione del *fumus* fatta dal giudice della cautela.

2cc) occorre provare anche il carattere incolpevole della non conoscenza del fatto anteriore?

La norma non lo prevede, anche se la dottrina che aveva posto l’accento sull’opportunità di limitare l’allegazione di fatti anteriori aveva ritenuto che fosse opportuno fare un’eccezione soltanto per i fatti ignorati *incolpevolmente*.

2cc) “Devono” essere spesi nel reclamo – e non possono essere quindi posti a base dell’istanza di revoca – solo i fatti sopravvenuti rispetto al provvedimento o anche i fatti precedenti di cui il reclamante abbia conoscenza dopo il provvedimento ma in pendenza del reclamo o del

termine per reclamare?

La lettera della legge, a leggerla bene, sembra nel primo senso e la soluzione potrebbe essere preferibile, posto che la fase del reclamo appare poco adatta a contenere anche l'istruttoria sulla data della conoscenza del fatto anteriore.

2cd) è possibile per il giudice del reclamo ignorare l'allegazione di fatti anteriori asseritamente non conosciuti e decidere riservando quei fatti ad un'eventuale domanda di revoca?

2da) fatti anteriori al provvedimento cautelare o alla riserva per la decisione sulla domanda cautelare?

2db) circostanze e motivi sopravvenuti fino alla riserva del collegio in sede di reclamo o anche nelle more tra riserva e deposito della decisione?

2ea) decorre il termine per il reclamo in caso di mera comunicazione che il provvedimento è stato adottato?

2eb) è sufficiente la comunicazione via fax (art. 134, comma 4°, c.p.c.)?

2fa) istruttoria del collegio o istruttoria delegabile al relatore?

2fb) il collegio (e prima di lui il giudice designato) ha poteri istruttori ufficiosi diversi e superiori rispetto a quelli del giudice della cognizione piena?

2fc) la cognizione del collegio è limitata dalle domande ed eccezioni contenute in reclamo e replica al reclamo o si estende a tutta la materia del contendere della prima fase?

2ga) in caso di nullità della prima fase (per es. irregolarità della notificazione del ricorso introduttivo) il divieto di rimessione al primo giudice comporta la decisione sul merito della domanda cautelare del collegio o il rigetto in rito?