



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)



Capitolo 1

LA TUTELA CAUTELARE ATIPICA ASPETTI GENERALI, PRESUPPOSTI E CONTENUTI

di Elena Brandolini

L'azione cautelare, in presenza di tutti i presupposti di legge, assume la funzione di garanzia ulteriore che la legge accorda al titolare del diritto allo scopo di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale tramite la neutralizzazione del pregiudizio che potrebbe derivare alla parte istante dalla durata del processo a cognizione piena.

A questo riguardo norma fondamentale è l'art. 700 c.p.c. che consente, alla presenza dei requisiti richiesti, (fumus boni iuris e periculum in mora), la realizzazione immediata di quegli effetti che il titolare del diritto mira a conseguire e che la ritardata esecuzione renderebbe vani.

Il c.d. "provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c." è, infatti, finalizzato alla emanazione di provvedimenti innominati o atipici di urgenza attraverso i quali, colmando le lacune del sistema, in nessun caso l'organo giudicante viene ad essere sprovvisto dei poteri necessari per far fronte alle molteplici necessità del caso concreto.

Sommario: 1. La tutela cautelare: disciplina generale – 1.1. Tipologie – 2. I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. – 2.1. Presupposti e contenuti del provvedimento – 2.2. Aspetti procedurali – domanda – vicende del provvedimento – reclamo – 3. La tutela cautelare nel giudizio civile – 3.1. Procedimento sommario di cognizione e tutela cautelare – 4. La tutela cautelare nel processo amministrativo (cenni) – 5. La tutela cautelare nel processo amministrativo-contabile (cenni) – 6. Art. 700 c.p.c.: situazioni giuridiche soggettive suscettibili di tutela – 6.1. I diritti soggettivi – 6.2. I diritti a contenuto patrimoniale – 6.3. I diritti potestativi – 7. Conclusioni – 8. Appendice.

Casi: 1. Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. Come si configura la residualità? – 2. Tutela cautelare e abuso del diritto. – 3. Regolamento di competenza. È ammissibile nel caso di procedimento cautelare? – 4. Ordinanza cautelare d'urgenza: è ammissibile il ricorso per Cassazione per violazione di legge?



Riferimenti normativi: Codice di procedura civile: Libro Quarto, Titolo Primo, Capo terzo (artt. 669-*bis*-702 c.p.c.). D.L. 14/03/2005, convertito nella L. n. 80/2005. L. n. 52/2006. L. n. 54/2006. L. 18/06/2009, n. 69.

1. LA TUTELA CAUTELARE: DISCIPLINA GENERALE

I tempi per l'espletamento di un processo possono, a volte, essere lunghi e, pertanto, nelle more potrebbe paventarsi il pericolo di un mutamento delle condizioni di fatto tali da rendere impossibile, a processo concluso, la soddisfazione del diritto al quale lo stesso è preordinato.

Allo scopo di evitare ciò il legislatore ha previsto e normato i **“provvedimenti cautelari” finalizzati, principalmente, ad assicurare la conservazione dello stato di fatto, affinché la decisione avvenga *re adhuc integra*.**

La disciplina della tutela cautelare è la risultante delle riforme in tema di rito cautelare uniforme culminate con il D.L. 14/03/2005, convertito nella L. n. 80/2005 e nella L. n. 52/2006 a cui devono aggiungersi le modifiche apportate agli artt. 708 e 709-*ter* c.p.c. in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli, nonché quelle di cui alla L. n. 54/2006 ed alla nuova disciplina processuale prevista per le cause relative al risarcimento per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali di cui alla L. n. 102/2006 nonché, da ultimo, le novelle apportate dalla L. 18/06/2009, n. 69 sulla riforma del processo civile. Le modifiche da ultimo apportate, hanno interessato in particolare l'art. 669-*septies* c.p.c. e l'art. 669-*octies*, c.p.c.

Nello specifico, le modifiche in discussione prevedono, da un lato l'eliminazione della possibilità di fare opposizione alla condanna alle spese pronunciata dal giudice in fase cautelare *ante causam* e, dall'altro lato, che, nel pronunciare un provvedimento cautelare idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, il giudice debba sempre provvedere sulle spese del procedimento cautelare.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Nell'ambito del Titolo Primo “Dei procedimenti sommari”, del Libro Quarto del codice di procedura civile, il Capo terzo si occupa dei procedimenti cautelari (artt. 669-*bis*-702 c.p.c.) e si presenta, a sua volta, distinto in cinque sezioni, le quali sono rispettivamente destinate ai procedimenti cautelari in generale (artt. 669-*bis*-669-*quaterdecies* c.p.c.), al sequestro (artt. 670-687 c.p.c.), ai procedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto (artt. 688-691 c.p.c.), ai procedimenti di istruzione preventiva (artt. 692-699 c.p.c.), ai provvedimenti d'urgenza (artt. 700-702 c.p.c.).

Si tratta di una disciplina unitaria che si deve considerare come “disciplina generale” perché si applica a tutti i procedimenti cautelari disciplinati nella sezione II, III e V (tranne

ai procedimenti per l'istruzione preventiva, cui è applicabile il solo art. 669-*septies*) e, in quanto compatibile, agli altri procedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali (ad es. descrizione, accertamento, perizia e sequestro in materia di diritto d'autore, artt. 161 e 162, L. 22/04/1941, n. 633 ss.mm.). Tuttavia la disciplina procedimentale non è esaustiva in quanto si deve integrare con la disciplina dettata nelle successive Sezioni con riguardo ai singoli procedimenti cautelari. In particolare, al procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* si applica interamente la disciplina di cui agli artt. 669-*bis* a 669-*quaterdecies* c.p.c.

Devesi osservarsi, comunque, che, se anche classificati tutti come procedimenti cautelari, le quattro tipologie ricomprese al citato Capo terzo sono diversamente disciplinate in base ai relativi provvedimenti.

Occorre, inoltre, sottolineare che la tutela sommaria e la tutela cautelare devono essere tenute distinte stante che la prima (quella sommaria) può anche non essere cautelare, mentre la seconda (quella cautelare) è comunque anche sommaria, ma gode di autonomia processuale.

Sostanzialmente l'azione cautelare, in presenza di tutti i presupposti di legge, assume la funzione di garanzia ulteriore che la legge accorda al titolare del diritto allo scopo di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale tramite la neutralizzazione del pregiudizio che potrebbe derivare alla parte istante dalla durata del processo a cognizione piena.

A questo riguardo norma fondamentale è l'art. 700 c.p.c. che consente, alla presenza dei requisiti richiesti, (*fumus boni iuris e periculum in mora*), la realizzazione immediata di quegli effetti che il titolare del diritto mira a conseguire e che la ritardata esecuzione renderebbe vani.

Il c.d. provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* è, infatti, finalizzato alla emanazione di provvedimenti innominati o atipici di urgenza attraverso i quali, colmando le lacune del sistema, in nessun caso l'organo giudicante viene ad essere sprovvisto dei poteri necessari per far fronte alle molteplici necessità del caso concreto.

Pertanto in relazione alla natura giuridica dei provvedimenti d'urgenza, se ne afferma la natura cautelare, e l'art. 700 c.p.c. viene inteso come norma di chiusura del sistema, in quanto volta a soddisfare le esigenze cautelari per le quali non è stato previsto un procedimento cautelare tipico.

Rispetto a quest'ultimo, quindi, il provvedimento d'urgenza assolve ad una funzione sussidiaria o complementare in quanto applicabile quando il diritto da tutelare risulti sprovvisto di altre forme di tutela tipizzata. In conseguenza, il ricorrente *ex art. 700 c.p.c.* ha l'onere di allegare in giudizio l'insussistenza di rimedi giuridici tipici idonei ad assicurare la stessa tutela con la medesima efficacia ed urgenza.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Come del resto costantemente ribadito dalla giurisprudenza di merito «Il testo dell'art. 700 c.p.c. con l'espressione «fuori dai casi regolati nelle precedenti sessioni di questo capo» individua quale primo limite da superare per la concessione della tutela cautelare atipica quello della residualità rispetto a tutti i procedimenti cautelari espressamente previsti dal legislatore benché la giurisprudenza normalmente estenda la portata delle clausole di salvezza a tutte le misure cautelari nominate anche non regolate dal Capo II del libro IV del codice; quanto alle posizioni giuridiche soggettive tutelabili, la riserva di residualità con cui apre la disposizione dell'art. 700 c.p.c. preclude l'utilizzabilità dei provvedimenti d'urgenza soltanto quando si voglia per il loro tramite tutelare un diritto da un *periculum in mora* già contemplato nel prevedere una misura cautelare tipica» (Trib. Catanzaro, sez. I civ., Ord., 14/07/2014, in www.personaedanno.it).

Quanto al **difetto di residualità**, lo stesso è stato oggetto di orientamento interpretativo costante e conforme, di recente anche ribadito dal **Tribunale Modena sez. II, con ordinanza del 05/06/2015**.

CASO 1. - TUTELA D'URGENZA EX ART. 700 C.P.C. COME SI CONFIGURA LA RESIDUALITÀ?

Fatto: il Tribunale Modena sez. II, nella persona del Giudice designato, con ordinanza del 05/06/2015, ha ritenuto fondata l'eccezione d'inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per difetto di residualità, come da orientamento interpretativo costante e conforme della giurisprudenza. Il Giudice adito condanna il ricorrente per aver instaurato la controversia giudiziale in modo temerario.

Domande delle parti: il ricorrente proponeva ricorso ai sensi degli artt. 669-*bis* e 700 c.p.c. chiedendo un provvedimento di ordine di cessazione di condotta antiggiuridica altrui consistente nell'esclusione dalla fornitura di acqua corrente della porzione di proprietà esclusiva del ricorrente stesso, e precisamente: l'immediato ripristino dell'erogazione della fornitura d'acqua in proprio favore.

Il condominio convenuto si costituiva eccependo l'inammissibilità del ricorso cautelare per mancata indicazione della causa di merito nonché l'infondatezza dello stesso in fatto e diritto.

Il ricorso veniva rigettato con ordinanza in data 19/02/2015 in quanto ritenuto affetto da insuperabili profili di inammissibilità. Alla soccombenza seguiva la condanna alle spese processuali.

Circa due mesi dopo il ricorrente proponeva nuovo ricorso chiedendo, in via principale, la reintegrazione nel possesso ai sensi degli artt. 1168 c.c. e 703 c.p.c. e, in subordine, il provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., di immediata reintegrazione nel possesso del servizio di rete idrica comprensivo dell'ordine al Condominio resistente di provvedere al ripristino del servizio suddetto; in via ulteriormente subordinata,

il ricorrente chiedeva di ordinare al suddetto Condominio, l'immediato ripristino dell'erogazione della fornitura d'acqua.

Il condominio convenuto si costituiva in giudizio eccependo: 1) la carenza di legittimazione attiva in sede possessoria in quanto il ricorrente era solo il detentore, peraltro *sine titulo*, dell'immobile essendo stato con atto di pignoramento spogliato del possesso dello stesso e delle relative pertinenze; 2) l'assenza di prova, nel merito, del possesso; 3) l'infondatezza, nel merito, dell'azione possessoria per carenza di prova, non essendo stato individuato l'oggetto dello spoglio subito in considerazione anche che non è configurabile lo spossessamento dell'acqua; 4) la sussistenza nella specie dei presupposti per l'eccezione "*feci sed iure feci*"; 5) l'inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 700 c.p.c. proposta contestualmente ad altra domanda e subordinatamente al rigetto di quest'ultima, per difetto di residualità; 6) l'insussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Particolarità del caso: il caso in esame permette di approfondire le problematiche legate alle valutazioni di ammissibilità dell'azione cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, atteso il carattere di residualità che caratterizza tale azione.

Nel caso al suo esame il Tribunale di Modena ha ritenuto, altresì, il ricorso al suo esame affetto da palese difetto di strumentalità, trattandosi del medesimo profilo di inammissibilità rilevato in occasione del precedente ricorso, all'uopo precisando che: «Nel sistema processuale innovato dal c.d. rito "competitivo" (D.L. n. 35/2005), la strumentalità della cautela al merito è stata attenuata, non essendo più doverosa, ma solo facoltativa, l'instaurazione del relativo giudizio di merito (art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.). Ciononostante, l'indicazione della domanda di merito sottesa alla cautela è tuttora doverosa, anche agli effetti dell'individuazione della competenza per territorio e materia del giudice adito (art. 669-*ter* c.p.c.), a pena di inammissibilità del ricorso stesso» (Trib. Modena 28/05/2014, in *Jurisdata Giuffrè*).

In specie, il Tribunale di Modena ha ritenuto fondate le eccezioni di parte resistente¹ e dichiarato l'inammissibilità della domanda cautelare per difetto di residualità all'uopo richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale.

¹ In particolare il Tribunale di Modena ha ritenuto anche che il ricorso fosse affetto da infondatezza nel merito in proposito precisando che: «non sussiste un oggetto di possesso, e conseguentemente dello spoglio, nella fattispecie: il "servizio di rete idrica" non può essere, di per sé, oggetto di possesso, essendo – oltre che concetto non identificato sul piano giuridico – privo di supporto materiale; lo spoglio di servitù di acquedotto non è configurabile perché, nella già indicata qualità di occupante abusivo, il ricorrente non ha il diritto di utilizzo delle acque previsto dall'art. 1033 C.c.; se invece l'oggetto del possesso viene individuato nell'acqua potabile stessa, valgono le già ricordate obiezioni illustrate dalla giurisprudenza in tema di contratto di somministrazione sull'assenza materiale di un oggetto di possesso e di spoglio, perché l'interruzione di fornitura non comporta spoglio essendo l'acqua in corso di prelievo già consumata (o accumulata), mentre non è configurabile lo spoglio per quella eroganda, che non può essere oggetto di possesso attuale, perché prima dell'apprensione vi è soltanto potenziale disponibilità del bene, realizzabile mediante la concreta utilizzazione, solo con la persistente collaborazione dell'ente erogatore e, nella specie, del condominio;

CHECK-LIST

Ai fini dell'ammissibilità dell'azione *ex art.* 700 c.p.c. il Giudice, oltre alla verifica della sussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, deve verificare se, in astratto, e, quindi, indipendentemente dalle ragioni che in concreto ostano all'esercizio dell'azione o la rendono infondata nel merito, l'ordinamento appresti una forma tipica di tutela, che consenta di conseguire, in via d'urgenza, la tutela innominata prevista dagli art. 700 ss. c.p.c. (c.d. principio di residualità)².

Come sostenuto dalla giurisprudenza di merito³, in forza di detto principio

- non possono conseguirsi effetti propri di altre misure cautelari tipiche mediante il ricorso ai provvedimenti d'urgenza;
- non si può ricorrere a tale strumento per interferire con l'efficacia di una misura cautelare tipica riducendone o integrandone la sfera di azione;
- non può sospendersi l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali;
- deve escludersi l'ammissibilità di provvedimenti di urgenza quando, per l'affermazione del diritto cautelare, siano esperibili procedimenti sommari tipici;
- deve escludersi l'ammissibilità del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. se la pretesa cautelare del ricorrente (in specie azione quasi possessoria) avrebbe dovuto essere proposta con le forme del ricorso per danno temuto, ai sensi dell'art. 688 c.p.c., che consente la tutela cautelare finalizzata a neutralizzare il pericolo derivante dal particolare modo di essere di una cosa, a prescindere dall'attività umana (ed anzi nel caso di inerzia del proprietario della cosa da cui deriva il pericolo).

Come da costante ed uniforme orientamento giurisprudenziale, si verifica poi il difetto di strumentalità del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. e la domanda deve essere dichiarata inammissibile quando la stessa:

1. non contiene la precisa indicazione dell'instaurando giudizio di merito⁴;
2. non contiene circostanziati elementi di individuazione della domanda di merito cui si ricollega in via di strumentalità necessaria⁵.

Analogamente, il sequestro conservativo non può essere autorizzato se nella domanda cautelare proposta *ante causam* non è individuato il giudizio di merito che si intende instaurare⁶.

c) è fondata nella specie l'eccezione "*feci sed iure feci*", atteso che il disposto normativo dell'art. 63, 3° c., disp. att. C.c. attribuisce – in via di autotutela e senza ricorrere previamente al giudice – all'amministratore condominiale il potere di sospendere al condomino moroso l'utilizzazione dei servizi comuni suscettibili di godimento separato, e, dopo la modifica normativa che ha eliminato la previsione "ove il regolamento lo consenta", l'esercizio di tale potere configura un potere-dovere dell'amministratore condominiale il cui esercizio è legittimo ove, come nel caso di specie, la sospensione sia effettuata intervenendo esclusivamente sulle parti comuni dell'impianto, senza incidere sulle parti di proprietà esclusiva del condomino moroso (...)» (Trib. Modena, sez. II, Ord. 05/06/2015, in www.iusexplorer.it).

² Trib. S. Maria Capua V., sez. lav., 12/02/2013, in www.iusexplorer.it.

³ Trib. Nola, sez. II, 29/01/2013; Trib. Bari, sez. III, 27/09/2012 in www.iusexplorer.it.

⁴ Trib. Catania 26/08/1993, in *Giur. it.* 1994, I, 2, 675.

⁵ Trib. Catania 06/04/1994, in *Giur. it.* 1995, I, 2, 28.

⁶ Trib. Parma 18/12/2000, in *Giur. it.*, 2001, 1163.

Diversamente non comporta l'inammissibilità della domanda la mancata indicazione delle conclusioni di merito nel ricorso cautelare purché l'esame complessivo dell'atto consenta al giudice di individuare i termini della domanda⁷.

Sempre la giurisprudenza di merito⁸ ha ulteriormente chiarito che non è sanabile in sede di reclamo l'originaria nullità dell'istanza cautelare *ante causam* per mancata indicazione della causa di merito in quanto non è consentito al giudice del reclamo, una volta ravvisata detta nullità, rimettere le parti innanzi al giudice di prima istanza, in applicazione analogica dell'art. 354 c.p.c.

I provvedimenti d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., sono pertanto "atipici" in quanto per essi il legislatore non provvede e definire e ad individuare i vari *pericula* ma lascia il sistema aperto: ciò in quanto essi sono destinati ad esplicare la loro funzione in caso di fondato pericolo che una situazione giuridicamente protetta, durante il tempo occorrente per farla valere giudizialmente, sia minacciata da un pregiudizio imminente e irreparabile, di talché il giudice adito può fornire la tutela richiesta attraverso i provvedimenti che, nel caso concreto, appaiono più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito. Anche il carattere di "atipicità", al pari di quello della "residualità", sta anche a significare **che non è ammissibile la tutela d'urgenza se, a difesa del diritto da tutelare in via cautelativa, si possano utilmente esperire i procedimenti sommari tipici**, di natura non cautelare, oppure sia prevista una fase sommaria urgente tipizzata in sede di processo ordinario di cognizione piena.

Pertanto **il ricorso alla tutela cautelare innominata resta inammissibile allorquando l'istante possa concretamente disporre di un'azione cautelare tipica** in grado di raggiungere un equivalente grado di abilità ad assicurare gli effetti della decisione di merito. Il principio è stato, anche di recente, ulteriormente riaffermato dalla giurisprudenza di merito che ha evidenziato che la stessa disposizione normativa (art. 700 c.p.c.) «subordina l'ammissibilità della tutela atipica d'urgenza al presupposto dell'imminenza e dell'irreparabilità del pregiudizio correlato al tempo occorrente per far valere il diritto in via "ordinaria" o meglio quando sussista uno strumento processuale alternativo che preveda una fase destinata a concludersi con un procedimento sommario esecutivo, deve verificarsi tuttavia, caso per caso, se la residuale misura d'urgenza sia giustificata dal fatto che quel dato provvedimento sommario conclusivo di fase non soddisfi già le medesime esigenze di cautela a cui è preordinata la tutela atipica» (**Trib. Catanzaro, sez. I civ., Ord. 14/07/2014**, in www.personaedanno.it).

In considerazione del pericolo reale, **la tutela accordata può assumere anche il carattere di "anticipazione" della decisione definitiva** (invero l'adozione

⁷ Trib. Roma 1476/01, in *Lavoro nella giur.*, 2001, 1196.

⁸ Trib. Modena 16/06/1999, in *Giur. mer.*, 1999, 964; con specifico riferimento al regime di strumentalità attenuata introdotto dal D.L. n. 35/2005, cfr.: Trib. Modena 26/04/2006; Trib. Modena 20/06/2007; Trib. Modena 13/09/2007; Trib. Modena, Ord., 23/02/2011; tutte in *Jurisdata Giuffrè*.

di un provvedimento d'urgenza a contenuto anticipatorio, costituisce l'esito tipico di un ricorso ex art.700 c.p.c.). Si sottolinea, in proposito, che il termine cautelare, affiancato a "tutela" non indica una generica funzione atta a preservare i diritti di colui che richiede il provvedimento quale funzione demandata a qualsivoglia azione, bensì quella specifica di assicurare, in via provvisoria, ed in via di strumentalità ipotetica che gli accadimenti che possono verificarsi durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo ordinario, non si risolvano in un danno per colui che risulterà vittorioso. I provvedimenti cautelari tipici ed i provvedimenti d'urgenza rappresentano, pertanto, *species* dello stesso *genus* ma, tuttavia, sono tra loro profondamente differenti.

Infatti, come sinteticamente riportato nella **tabella n. 1** ed evidenziato a livello normativo nella successiva **tabella n. 2**, diversamente dai provvedimenti cautelari tipici, che vengono emessi al termine di una cognizione sommaria e sono inidonei a regolare definitivamente il rapporto giuridico controverso, quelli d'urgenza *ante causam* ex art. 700 c.p.c., al pari dei provvedimenti cautelari anticipatori, esplicano la loro efficacia indipendentemente dal giudizio di merito tanto che le misure cautelari concesse prima dell'inizio della causa di merito non perdono efficacia se l'azione ordinaria non viene proposta o se il processo a cognizione piena si estingue. Infatti, in base alla disciplina introdotta con D.L. 14/03/2005, n. 35, conv. in L. 14/05/2005, n. 80, è venuto meno il principio di strumentalità del provvedimento ex art. 700 c.p.c. rispetto al giudizio di merito.

Tabella n. 1

Considerazioni di sintesi	
Provvedimenti cautelari tipici	Provvedimenti d'urgenza
Sono provvedimenti emessi al termine di una cognizione sommaria	Provvedimenti che possono essere <i>ante causam</i>
Sono provvedimenti tipizzati	Sono atipici e residuali
Sono inidonei a regolare definitivamente il rapporto giuridico controverso. L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo	Hanno stabilità e attitudine ad assumere valore di cosa giudicata indipendentemente dall'intervento e dalla pronuncia successiva del giudice di merito
Sono strumentali in quanto funzionali alle statuizioni di una futura decisione di merito	Rimangono efficaci anche se il giudizio di merito non è iniziato o si estingue
	Sono invocabili solo in assenza di tutela tipizzata

La disposizione di riferimento è l'art. 669-*octies* c.p.c., comma 6 (tabella n. 2), il quale esclude sia che la disciplina della decadenza possa applicarsi per i provvedimenti di accoglimento *ex art. 700 c.p.c.*, sia la non applicabilità, per questo tipo di provvedimenti, della necessaria previsione del termine per l'inizio della causa ordinaria. Ne discende che la disposizione testé citata conferisce alle misure cautelari d'urgenza una particolare connotazione di stabilità e di attitudine ad assumere valore di cosa giudicata, indipendentemente dall'intervento e dalla pronuncia successiva del giudice di merito.

Tabella n. 2

Provvedimento di accoglimento	
Art. 669-<i>octies</i> c.p.c.	<ol style="list-style-type: none">1. L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-<i>novies</i>.2. In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni.3. Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione.4. Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni.5. Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

Provvedimento di accoglimento	
	<p>6. Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-<i>novies</i> non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.</p> <p>7. Il giudice, quando emette uno dei provvedimenti di cui al sesto comma prima dell'inizio della causa di merito, provvede sulle spese del procedimento cautelare.</p> <p>8. L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.</p> <p>8. L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo.</p>

1.1. Tipologie

I provvedimenti cautelari e conservativi si distinguono in: provvedimenti tipici il cui contenuto è predeterminato *ex lege* e **provvedimenti atipici e/o anticipatori** per i quali la legge affida al Giudice la determinazione del contenuto più opportuno ed appropriato in relazione al diritto di cui si chiede la tutela, ai quali si aggiungono i **provvedimenti c.d. "misti"** che combinano profili sia anticipatori che conservativi e la cui frequenza in sede di tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* è alquanto elevata.

La distinzione fra provvedimenti cautelari conservativi e cautelari anticipatori è strettamente connessa alla gravità del presupposto del c.d. ***periculum in mora*** in relazione al quale devono tenersi distinte le situazioni di pericolo da infruttuosità da quelle derivanti da tardività del provvedimento a cognizione piena.

Le prime (**pericolo da infruttuosità**) sussistono in caso di comprovato rischio che, nelle more del giudizio di merito, sopraggiungano eventi tali da rendere impossibile, inutile o comunque difficoltosa la concreta attuazione della decisione a cognizione piena. In tal caso la tutela cautelare è finalizzata

a garantire l'assicurazione preventiva dei mezzi utili a rendere possibile l'esecuzione del provvedimento principale. A detto pericolo si risponde, infatti, con i **provvedimenti conservativi (sequestro conservativo e giudiziario)**. Le seconde (**pericolo da tardività**) sussistono nel caso di comprovato rischio che la tutela del diritto da soddisfare arrivi troppo tardi. Per esse il pericolo consegue alla fisiologica durata del processo che, protraendo nel tempo lo stato di insoddisfazione del diritto conteso, concretizza una causa di pregiudizio. A detto pericolo si risponde con i **provvedimenti anticipatori e vi rientrano gran parte delle ipotesi di cui all'art. 700 c.p.c.**

La dicotomia tutela cautelare conservativa – tutela cautelare anticipatoria è da sempre nota alla più autorevole dottrina che distingue tra prevenzione conservativa (mantenimento di uno stato di fatto) e innovativa (anticipata modifica di una situazione giuridica). Tuttavia la più recente dottrina, pur mantenendo ferma la distinzione di che trattasi, osserva come nessuna misura cautelare possa essere veramente solo conservativa o solo anticipatoria in quanto tutte idonee a innovare la situazione giuridica ad esse sottesa, ma nessuna in grado di anticipare effettivamente tutti i contenuti della sentenza di merito.

2. I PROVVEDIMENTI D'URGENZA EX ART. 700 C.P.C.

- Al fine di ottenere l'emanazione di un provvedimento cautelare, la parte istante deve proporre la domanda con **ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente**. Il ricorso deve contenere l'indicazione delle condizioni proprie dell'azione cautelare (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e, per i procedimenti *ante causam*, degli elementi della causa di merito. Detti elementi sono fondamentali per l'individuazione e la determinazione della competenza.
- Per l'**individuazione del giudice competente** si prendono in considerazione gli artt. 669-ter, quater e quinquies c.p.c. che disciplinano in modo organico la competenza nei procedimenti cautelari in generale.
- **I contenuti del provvedimento ed il procedimento** attraverso il quale il giudice arriva alla decisione in merito alla domanda formulata da parte ricorrente sono disciplinati dal codice di procedura civile agli articoli da 669-sexies a 669-terdecies.

2.1. Presupposti e contenuti del provvedimento

Dal tenore letterario dell'art. 700 c.p.c. si ricava che i presupposti, ossia le condizioni di ammissibilità del procedimento cautelare d'urgenza sono:

1) la sussidiarietà;

2) il *fumus boni iuris*;**3) il *periculum in mora*.**

Del carattere sussidiario si è già detto. Si ricorda qui brevemente che il provvedimento d'urgenza può esser emesso solo fuori dai casi di sequestro, di denuncia nuova opera e di danno temuto e di istruzione preventiva. Infatti qualora nel caso di specie sussistono i presupposti per l'adozione di taluno degli altri citati provvedimenti cautelari, o previsti in norme di legge particolari, il giudice dovrà necessariamente dichiarare l'inammissibilità della domanda. Quanto al ***fumus boni iuris***, l'art. 700 c.p.c. prevede la concessione del provvedimento d'urgenza ad istanza di chi abbia «fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile». Pertanto il diritto di cui si chiede la tutela deve essere delineato in via preventiva, e deve trattarsi di un diritto la cui violazione, nelle more del giudizio di merito, comporta un pregiudizio tale da non consentire l'attesa della definizione mediante la sentenza. Per ***fumus boni iuris*** deve intendersi la «ragionevole apparenza del diritto», oppure la «verosimiglianza in merito alla fondatezza della pretesa dedotta». Si tratta di un requisito oggettivo del provvedimento che si fonda sulle allegazioni delle parti, e che è sottoposto ad un vaglio di cognizione semplificata da parte del giudice, al quale non è richiesta la cognizione piena ed esaustiva tipica del giudizio di merito. All'uopo bisogna anche considerare che, di norma, come si vedrà più avanti la tutela accordata in via d'urgenza dall'art. 700 c.p.c. si riferisce, principalmente, ai diritti soggettivi, e in particolare ai diritti costituzionalmente tutelati.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Prima della riforma introdotta con la L. n. 80/2005 il provvedimento d'urgenza poteva esser concesso dal giudice del giudizio cautelare in presenza di una semplice verosimiglianza di diritto e del suo fondamento, ovvero in presenza di una credibilità del fondamento della domanda attorea mentre successivamente alla riforma del 2005 la portata del predetto requisito risente della possibilità, da parte dell'ingiunto, di accettare il provvedimento, che oltre ad essere anticipatorio della pronuncia di merito, sia anche risolutivo della vertenza ***inter partes*** (c.d. "**ultrattività**" del provvedimento cautelare). In tale prospettiva il giudice della cautela è tenuto a valutare la probabilità del fondamento della pretesa attorea con maggior rigore, proprio per l'attitudine ad assumere valore di cosa giudicata del provvedimento concesso prima della causa di merito.

Il requisito del ***periculum in mora*** è espressamente indicato nell'articolo 700 c.p.c. laddove la tutela cautelare atipica viene riservata a favore di chi «ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile» per cui «può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

Il ***periculum in mora*** deve esser presente non solo al momento della proposizione del ricorso, ma deve **permanere anche in corso di causa**⁹.

Secondo la dottrina, il pregiudizio colpisce il diritto nella sua **fase "dinamica" (esercizio del diritto)** e non nella sua **fase "statica" (semplice titolarità del diritto)**. In conseguenza, il pregiudizio compromette la possibilità di realizzare il contenuto del diritto di cui si chiede la tutela e il titolare (persona) del diritto viene in considerazione laddove vi sia il pericolo di soddisfacimento dell'interesse sotteso al diritto in questione.

Posto che lo scopo della tutela atipica è quello di neutralizzare gli effetti negativi dell'evento pregiudizievole, **il pregiudizio** che consente la concessione del provvedimento cautelare atipico **deve essere "imminente"**, nel senso che deve sussistere una congrua probabilità che l'evento dannoso prospettato si verifichi.

La giurisprudenza di merito unanimemente non ritiene ravvisabile la sussistenza del presupposto dell'imminenza del *periculum in mora* laddove tra l'asserito pregiudizio e la proposizione della domanda trascorra un apprezzabile ed ingiustificabile lasso di tempo¹⁰.

Inoltre il pregiudizio deve esser **irreparabile**, non in termini assoluti, ma fondato sulla prospettazione del caso concreto, nel senso che dalla mancata concessione del provvedimento positivo può discendere per l'istante un danno non reintegrabile in forma specifica o per equivalente nel corso di un giudizio di merito (in termini anche: Tribunale di Napoli 26 aprile 2000).

Ovviamente non può formare oggetto di tutela atipica il fatto di pericolo che il soggetto istante abbia contribuito a causare con una propria condotta.

In relazione al contenuto dei provvedimenti che il giudice può emettere, si osserva che, nel decidere sull'istanza cautelare **il giudice**, sentite le parti ed 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**.

In caso di decisione inaudita altera parte il provvedimento del giudice **assume la forma del "decreto motivato"**. In proposito si precisa che il giudice può procedere in deroga al principio del contraddittorio tra le parti solo quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare

⁹ Cfr. Trib. Ivrea 12/10/2005.

¹⁰ Si ritiene, infatti che: «ai fini dell'accertamento del *periculum in mora* occorre analizzare puntualmente la situazione di fatto, al fine di accertare se effettivamente si giustifica l'adozione, alla stregua di una cognizione comunque sommaria, di un provvedimento invasivo e a sua volta potenzialmente lesivo delle ragioni di chi lo subisce, quel presupposto va escluso allorché tra il verificarsi dell'evento prospettato come dannoso e la proposizione della domanda giudiziaria sia decorso un apprezzabile periodo di tempo» (Trib. Napoli, Ord., 05/09/2002).

l'attuazione del provvedimento. In caso, comunque e qualora sia necessario ai fini del decidere, il decreto motivato viene emesso previa assunzione di sommarie informazioni. Ad ogni modo, caso la decisione è di natura assolutamente provvisoria: infatti il giudice fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto, e a tale udienza, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con il decreto motivato.

Ai sensi dell'art. 669-septies che disciplina il provvedimento di rigetto, assunto con ordinanza, nelle due ipotesi di incompetenza e di rigetto nel merito, **l'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda** così come l'ordinanza di rigetto non preclude la riproposizione dell'istanza per il provvedimento cautelare quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Deve ritenersi sempre riproponibile *ex art. 669-septies c.p.c.* il provvedimento che non decide nel merito l'istanza cautelare. Il regime del rigetto per incompetenza, previsto dal primo comma della norma, e caratterizzato dalla mancanza di preclusioni, è infatti, esemplificativo del regime di ogni rigetto in rito (Trib. Napoli 18/03/2005).

In altri termini, per la declaratoria d'incompetenza il codice di rito stabilisce che la parte può riproporre la domanda in epoca successiva senza particolari preclusioni, in caso di rigetto nel merito è possibile riproporre la domanda solamente se si verificano mutamenti nelle circostanze o se vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. Come recentemente sostenuto dalla giurisprudenza di merito «L'art. 669-septies dispone il divieto della riproduzione del ricorso cautelare, salvo le eccezioni previste dalla norma, quando sia stata già emessa una ordinanza di rigetto e, pertanto, presuppone un procedimento cautelare a contraddittorio integro con la notifica del ricorso e del decreto a controparte.» (Trib. Nola 03/01/2013).

CASO 2. - TUTELA CAUTELARE E ABUSO DEL DIRITTO

Fatto: Il Tribunale di Milano, Sezione Specializzata dell'Impresa sez. A, con ordinanza 12/03/2016, in un caso di richiesta di tutela cautelare per contraffazione di marchi e violazione dei diritti di esclusiva, dopo avere sottoposto al contraddittorio il tema dell'abuso del processo e della identità delle domande cautelari, preso atto dell'avvenuta discussione del procedimento cautelare davanti ad altro Tribunale, ha ritenuto la domanda cautelare formulata inammissibile.

Domande delle parti: parte attrice chiedeva, in via cautelare, i medesimi provvedimenti già chiesti ad altro giudice sulla base delle medesime contestazioni, volti a far cessare le predette violazioni e ad inibire il commercio dei prodotti.

Parte resistente chiedeva in via pregiudiziale l'accertamento della litispendenza del procedimento con altro, uguale, pendente innanzi ad altro giudice o, in subordine, la sospensione *ex art.* 295 c.p.c. e, nel merito, il rigetto per difetto delle condizioni dell'azione cautelare.

Particolarità del caso: il caso in esame permette di approfondire il tema delle preclusioni alla proposizione di istanze cautelari in assenza dei presupposti di cui all'art. 667-*septies* c.p.c. e delle correlate conseguenze anche in termini di **abuso del processo**.

In specie il Tribunale di Milano, giudice successivamente adito, ha ritenuto la domanda cautelare formulata inammissibile con la seguente motivazione: «L'ordinanza di rigetto preclude la proposizione di istanze cautelari in assenza dei presupposti di cui all'art. 667-*septies* c.p.c. Nel caso di specie nessuno di tali presupposti è stato allegato a fondamento della domanda cautelare. Peraltro, quand'anche ricorressero le ipotesi che consentono la riproposizione dell'istanza cautelare anteriormente rigettata, esse devono essere prospettate al giudice del reclamo, quando sono pendenti i relativi termini. Come si evince dal coordinato disposto degli artt. 667-*septies*, 669-*decies* e 669-*terdecies* c.p.c., in pendenza della fase di reclamo, tutti i fatti dedotti o deducibili devono essere fatti valere in tale fase. Orbene, nel caso di specie, l'istanza cautelare è inammissibile, perché: 1) la ricorrente ha riproposto la medesima istanza cautelare in assenza delle situazioni che integrano la fattispecie di cui all'art. 669-*septies* c.p.c.; 2) in pendenza del termine per proporre il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto, l'istanza cautelare va riproposta, quando sussistano le condizioni di cui all'art. 669-*septies* c.p.c., innanzi al Tribunale della fase del reclamo. A fronte di tali valutazioni, non assumono alcun rilievo, nel caso di specie, le articolate argomentazioni dei difensori relative all'applicabilità, o meno, ai procedimenti cautelari degli istituti della litispendenza, continenza e/o della sospensione *ex art.* 295 c.p.c. Parimenti non assumono rilievo dirimente quelle relative al tema – assai controverso – dell'inammissibilità quale sanzione derivante dalla condotta di abuso processuale. Nel caso di specie, infatti, la sanzione dell'inammissibilità è la conseguenza della riproposizione di identiche istanze cautelari, nonostante sia *medio tempore* intervenuta la pronuncia di un provvedimento negativo al di fuori delle ipotesi consentite, nonché della loro proposizione, in pendenza di reclamo, ad un giudice diverso del reclamo» (Trib. Milano, sez. specializzata dell'impresa, sez. A, Ord., 12/03/2016)

Se l'ordinanza di incompetenza o di rigetto è pronunciata prima dell'inizio della causa di merito, con essa il giudice provvede definitivamente sulle spese del procedimento cautelare.

Ciò in quanto la decisione negativa ha l'attitudine a definire il procedimento cautelare medesimo.

La condanna alle spese è immediatamente esecutiva.

Il provvedimento di accoglimento è disciplinato, invece, dall'art. 669-*octies* c.p.c. il quale stabilisce che l'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salvo il caso in cui la causa di merito sia devoluta alla cognizione di un giudice straniero o ad un arbitrato italiano o estero.

Se il giudice nell'ordinanza di accoglimento non si pronuncia in ordine alla fissazione del termine per la proposizione del giudizio di merito, l'art. 669-*octies* stabilisce che comunque la causa di merito deve esser fissata entro il termine perentorio di sessanta giorni.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Si osserva, quanto ai termini, che gli stessi sono stati rideterminati dall'art. 2, comma 3, lett. e)-*bis*, D.L. 14/03/2005, n. 35, conv. in L. 14/05/2005, n. 80 (in origine erano determinati in giorni trenta).

Detti termini decorrono dalla pronuncia dell'ordinanza, se avvenuta in udienza, o dalla sua comunicazione.

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

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

Come già ricordato l'art. 669-*octies* c.p.c., al comma 6, esclude sia che la disciplina della **decadenza** possa applicarsi per i provvedimenti di accoglimento *ex art.* 700 c.p.c., sia la non applicabilità, per essi e per gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai **provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto** ai sensi dell'art. 688, della necessaria previsione del termine per l'inizio della causa ordinaria. In tal modo conferisce alle misure cautelari d'urgenza una particolare connotazione di stabilità e di attitudine ad assumere valore di cosa giudicata, indipendentemente dall'intervento e dalla pronuncia successiva del giudice di merito. Dispone, altresì, che il giudice, quando emette uno dei summenzionati provvedimenti prima dell'inizio della causa di merito, deve provvedere sulle spese del procedimento cautelare (disposizione introdotta

con l'art. 50, comma 2, L. 18/06/2009, n. 69 che ha inserito un nuovo comma 7 all'art. 669-*octies* c.p.c.).

La norma stabilisce anche che **l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al richiamato sesto comma**, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa.

L'ultimo comma dell'art. 669-*octies* c.p.c. stabilisce che l'autorità del provvedimento cautelare non può esser invocata in un processo diverso da quello in cui è stato concesso. Pertanto la tutela cautelare risulta definita nell'alveo della domanda principale, che delimita i confini del provvedimento provvisorio.

Con la novella apportata al codice dal D.L. 14/03/2005, n. 35, conv. in L. 14/05/2005, n. 80, ai sensi del sesto e settimo comma del novellato art. 669-*octies* c.p.c., **viene meno il principio di strumentalità del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. rispetto al giudizio di merito.**

In altri termini si affievolisce la necessaria strumentalità del procedimento atipico d'urgenza, che mantiene tale effetto in via meramente eventuale.

Pertanto, alla luce delle disposizioni introdotte dal D.L. 14/03/2005, n. 35, conv. in L. 14/05/2005, n. 80, l'inizio della causa di merito nei provvedimenti d'urgenza è divenuta mera facoltà delle parti, e non un onere del richiedente vittorioso.

Sempre in relazione al contenuto del provvedimento, si sottolinea che, proprio in virtù del carattere atipico dei provvedimenti innominati, **non si richiede che sia una sostanziale coincidenza tra il contenuto del medesimo e il *petitum* della connessa causa di merito.** Come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità: «I provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. hanno di norma il carattere dell'atipicità, nel senso che vanno adottati, secondo le circostanze, allo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito ma non devono necessariamente anticipare il prevedibile contenuto della medesima. Ne consegue che il provvedimento d'urgenza con cui si ordina la reintegrazione nel posto di lavoro di un lavoratore il cui licenziamento appaia illegittimo non ha necessariamente contenuto ed efficacia analoghi a quelli di un ordine di reintegrazione emesso ai sensi dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 con la sentenza di merito e che quando, come nella specie, l'ordine di ripristino del rapporto intervenga in via d'urgenza a seguito di denuncia di illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, il provvedimento assicura in via provvisoria la ripresa del lavoro e della relativa retribuzione, ma non vale ad accertare l'obbligo datoriale del pagamento della retribuzione maturata nel periodo intermedio, onde deve ritenersi che il suddetto provvedimento cautelare sia inidoneo a fondare la domanda di tali retribuzioni azionate dal lavoratore in sede monitoria» (Cass., sez. I, 09/07/2004, n. 12767).

2.2. Aspetti procedurali – domanda – vicende del provvedimento – reclamo

In precedenza si è evidenziato che **il procedimento cautelare si instaura su domanda della parte interessata** che propone la domanda con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente.

Se ante causam, cioè prima dell'inizio della causa di merito, la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito, quali individuati dall'art. 669-ter c.p.c.

Se in corso di causa, ossia la causa è già pendente nel merito, il ricorso va presentato al giudice della stessa, nei termini di cui all'art. 669-quater c.p.c.

Quando la domanda viene presentata **in pendenza del termine per l'impugnazione**, il ricorso va presentato al giudice che ha pronunciato la sentenza.

In caso di giudizio pendente avanti al **giudice straniero** e il giudice italiano non sia competente a decidere nel merito, art. 669-quater, comma 5, rimanda all'art. 669-ter, comma 3, che indica come competente il giudice del luogo in cui dovrebbe essere eseguito il provvedimento cautelare.

La regolamentazione delle specifiche **ipotesi di inefficacia del provvedimento cautelare** si trae dal disposto di cui all'art. 669-novies c.p.c., la cui *ratio* ispiratrice va desunta dal nesso strumentale fra fase sommaria cautelare e giudizio di merito.

In relazione, pertanto, alle vicende successive alla sua emanazione, il **provvedimento cautelare perde efficacia** non solo nei casi di **mancata prestazione della cauzione** o di **mancato inizio del processo nel termine perentorio fissato dal giudice o dalla norma**, ma anche:

- 1) **quando la parte** che aveva ottenuto il provvedimento cautelare positivo **non abbia presentato in Italia la domanda di esecutorietà della sentenza straniera o del lodo arbitrale** entro i termini eventualmente previsti, a pena di decadenza, dalla legge o dalle convenzioni internazionali;
- 2) **quando sia stata pronunciata una sentenza straniera** (anche non passata in giudicato) **o un lodo arbitrale che dichiarino inesistente il diritto per il quale il provvedimento cautelare era stato richiesto**.

Da un punto di vista meramente procedurale, nei due casi precedentemente richiamati si applica l'art. 669-novies, comma 2, c.p.c. con l'instaurazione di un procedimento incidentale autonomo per la declaratoria d'inefficacia, ad impulso della parte interessata.

In caso di accoglimento della domanda volta ad ottenere un provvedimento di natura cautelare, sia esso di sequestro preventivo o giudiziale, sia esso richiesto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., è facoltà del

Giudice di subordinare l'efficacia del provvedimento al deposito di una cauzione, ossia al versamento di una somma di denaro quale anticipo di un'eventuale condanna della parte istante al risarcimento dei danni in favore del convenuto, qualora nel corso del giudizio di merito emergesse l'infondatezza delle pretese attoree.

Ciò significa che il dispositivo dell'ordinanza cautelare dovrà contenere anche le disposizioni per il versamento della fissata cauzione.

La mancata osservanza del termine e delle modalità di versamento della cauzione da parte dell'istante determina l'inefficacia del provvedimento

I DATI DELL'ESPERIENZA

In merito, si osserva che il codice di rito limita le ipotesi di **apposizione della cauzione** alle sole ordinanze di accoglimento (art. 669-*sexies*), di conferma (art. 669-*sexies*) o di modifica (669-*decies*), con ciò di fatto relegando questa particolare cautela ai provvedimenti emessi in contraddittorio pieno tra le parti, con esclusione dei decreti emessi inaudita altera parte.

Nella ipotesi in cui il giudice abbia, con il provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare, stabilito il versamento della cauzione, ponendola a carico del parte istante e indicando le modalità di deposito, la mancata prestazione della cauzione determina l'inefficacia della concessa misura a cautela in quanto la cauzione costituisce una sorta di condizione per l'efficacia dell'ordinanza di accoglimento, attesa la sua funzione di garanzia del soddisfacimento delle ragioni della parte convenuta laddove si procedesse contro l'istante per l'eventuale giudizio di risarcimento danni per la soccombenza nella fase di merito.

In proposito la giurisprudenza di merito ha, da sempre, sostenuto che: «Deve essere dichiarato inefficace il provvedimento che ha concesso il sequestro conservativo "ante causam" nell'ipotesi in cui l'istante non abbia versato la cauzione imposta dal giudice con il provvedimento di accoglimento, e nell'instaurare il giudizio di merito abbia richiesto la convalida del sequestro ma non abbia proposto la domanda alla quale il provvedimento cautelare era strumentale» (Trib. Roma 21/01/1994).

Per quanto, invece, concerne la **permanenza dell'ipotesi d'inefficacia del provvedimento cautelare in caso di mancato inizio del giudizio di merito** nel termine perentorio, se *ante causam*, si è già sottolineato che essa non vale per i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, così come per i provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito previsti dal codice civile o da leggi speciali, e per i provvedimenti di denuncia nuova opera e danno temuto (art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.).

Permane tuttavia detta eventualità per le autorizzazioni *ante causam* di **sequestro giudiziario e conservativo** (artt. 670 e 671 c.p.c.), e dei **procedimenti d'istruzione preventiva** (artt. 692 ss. c.p.c.) per i quali

la declaratoria d'inefficacia non è automatica, ma su istanza della parte interessata che dovrà depositare un ricorso (incidentale) a ciò finalizzato.

Depositato il ricorso, il giudice con proprio decreto fissa in calce al medesimo l'udienza di convocazione delle parti. Decreto e ricorso devono essere notificati alla controparte, a cura del ricorrente, nel termine perentorio stabilito dallo stesso giudice.

Nel corso dell'udienza di convocazione, in assenza di contestazioni, il giudice può con ordinanza esecutiva e senza altre particolari formalità, dichiarare **l'inefficacia del provvedimento cautelate** dando le disposizioni per il ripristino dello *status quo ante*.

Diversamente, in caso di contestazioni insorte tra le parti, il giudice decide con sentenza (provvisoriamente esecutiva), salva la possibilità di provvedere per la revoca o la modifica del provvedimento come previsto dall'art. 669-*decies* c.p.c.

Ugualmente inefficace è l'ordinanza di accoglimento qualora il diritto a cautela del quale era stata emessa, venga dichiarato inesistente con una sentenza anche non passata in giudicato (art. 669-*novies*, comma 2, c.p.c.). In tal caso la declaratoria d'inefficacia avviene o con la stessa sentenza che afferma l'insussistenza della pretesa attorea o con apposita ordinanza emessa a seguito di ricorso al giudice del procedimento cautelare.

Un particolare caso di perdita di efficacia del provvedimento cautelare è contemplato nell'ultimo comma dell'art. 669-*novies* c.p.c., che disciplina le ipotesi in cui la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o di un arbitrato.

Infine, per quanto concerne la revoca del concesso provvedimento in via cautelare, si osserva che **la revoca**, come pure la **modifica**, va disposta, con ordinanza, dal giudice istruttore della causa di merito su istanza di parte. La decisione può conseguire solo a seguito dell'accertamento della sussistenza di elementi nuovi, non precedentemente presi in considerazione, o su **mutamenti sopravvenuti** (art. 669-*decies* c.p.c.). in altri termini, la revoca e/o modifica può avvenire solamente se si sono verificati dei mutamenti nelle circostanze oggettive che hanno determinato la concessione del provvedimento cautelare *ante causam* e, come precisato dai giudici di merito, con il termine "mutamento nelle circostanze" devono intendersi «mutamenti di diritto e delle risultanze istruttorie che vengono acquisite al fascicolo processuale nel corso del processo, ed anche le circostanze preesistenti ma non allegare precedentemente» (Trib. Bari 25/03/1993)

Per la sola ipotesi del **sequestro conservativo** l'art. 684 c.p.c. prevede la revoca del provvedimento concessorio con ordinanza non impugnabile del giudice istruttore qualora la parte offra idonea cauzione per l'ammontare del credito che ha causato il sequestro, e per le spese legali in ragione del valore delle cose sequestrate.

Per quanto riguarda la giurisdizione, in caso di processo civile pendente avanti ad un giudice straniero o ad un arbitro o se l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale la revoca o la modifica vanno chiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare (art. 669-*decies*, ult. comma).

Avverso i provvedimenti cautelari emessi in primo grado, sia *ante causam* che in corso di causa, è ammesso il **reclamo** su istanza della parte soccombente, che instaura un **giudizio cautelare di secondo grado**.

Il reclamo, che si configura come rimedio esperibile avverso ogni provvedimento concessivo o negatorio della cautela, integrale o parziale, per qualsiasi ragione, di rito o di merito, è disciplinato dall'art. 669-*terdecies* c.p.c. ed il relativo procedimento dagli artt. 737 (forma della domanda e del provvedimento) e 738 (procedimento) c.p.c.

Il reclamo deve essere proposto con ricorso da depositarsi nella cancelleria del Giudice competente nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore. Su di esso si pronuncia un giudice diverso da quello che ha pronunciato il primo provvedimento e la composizione del giudice del reclamo è sempre collegiale. Del Collegio non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento gravato.

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

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

La pronuncia del collegio, ad ogni modo, è sempre provvisoria, anticipatoria della decisione sul merito di cui alla sentenza conclusiva del processo, sempre e comunque revocabile o modificabile nel corso del giudizio di merito, e destinata ad esser assorbita alla decisione finale.

La rimessione al primo giudice non è consentita, in quanto il provvedimento del giudice del reclamo ha efficacia sostitutiva della prima pronuncia, e nella fase di reclamo il collegio prende in esame tutta la questione, non limitandosi ad un'analisi del solo provvedimento impugnato.

L'ordinanza emessa in sede di reclamo ha la caratteristica della strumentalità rispetto alla decisione di merito e della provvisorietà tipica dei provvedimenti cautelari.

Avverso la stessa non sono ammissibili né il **regolamento preventivo di giurisdizione** (Cass. SS. UU., 06/05/2003, n. 6889; Cass. SS. UU., 15/03/2002, n. 3878), né il **regolamento di competenza** (Cass. 09/09/1996, n. 8178) e va escluso il **ricorso straordinario per Cassazione di cui all'art. 111 Cost.** non essendo tale ordinanza idonea al giudicato.

CASO 3. - REGOLAMENTO DI COMPETENZA. È AMMISSIBILE NEL CASO DI PROCEDIMENTO CAUTELARE?

Fatto: la Cassazione civ., sez. VI, con ordinanza del 20/01/2015, n. 797 in sede di regolamento di competenza ha stabilito che giudizio proposto ai sensi degli artt. 669-*octies* e *novies*, c.p.c., all'esito della fase cautelare *ante causam*, può essere validamente instaurato davanti al giudice competente, ancorché diverso da quello della cautela. Ciò in quanto nel giudizio cautelare non opera il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 c.p.c., in quanto applicabile esclusivamente al giudizio a cognizione piena.

Domande delle parti: originariamente parte ricorrente proponeva ricorso *ante causam* ex art. 700 c.p.c., chiedendo la reintegra nel posto di lavoro al Tribunale di Milano deducendo una illecita interposizione di manodopera e la illegittimità del licenziamento ad essa intimato. Il ricorso veniva rigettato dal giudice adito. Parte ricorrente, non proponeva reclamo e instaurava con il c.d. rito Fornero, il giudizio di merito innanzi al Tribunale di Treviso sperando le stesse domande già preannunciate in sede cautelare davanti al Tribunale di Milano.

Il Tribunale di Treviso, dichiarava la propria incompetenza per territorio a favore del Tribunale di Milano sul rilievo che la parte ricorrente non avrebbe potuto disconoscere la competenza del giudice da essa stessa (liberamente) evocato nella fase d'urgenza. Avverso tale provvedimento, parte ricorrente esperiva regolamento di competenza. Parte convenuta costituitasi in giudizio instava per il rigetto del ricorso.

Il Pubblico Ministero rendeva le proprie conclusioni nel senso dell'accoglimento del ricorso ritenendo la competenza del Tribunale di Treviso.

Particolarità del caso: il caso in esame permette di approfondire la problematica dell'ammissibilità o meno della proposizione del regolamento di competenza in materia di procedimenti cautelari, anche nell'ipotesi di duplice declaratoria d'incompetenza formulata in sede di giudizio di reclamo.

In proposito la Cassazione, con l'ordinanza in esame, ha preliminarmente ribadito il proprio orientamento in relazione al fatto che «nel rito Fornero di cui alla L. n. 92/2012, art. 1, comma 47 ss., il giudizio a cognizione piena è soltanto eventuale ed è attivabile con l'opposizione (art. 1, comma 51), per cui se questa non viene proposta l'ordinanza conclusiva della fase sommaria è idonea a passare in giudicato. Conseguentemente è necessario che il giudice della fase sommaria del procedimento di cui all'art. 1, comma 48, ammetta ed esamini la questione di rito (nel caso di specie la competenza) e decida sulla stessa. Solo così, infatti, è possibile evitare un possibile conflitto di giudicati sulla stessa questione, nel pieno rispetto dei principi (posti alla base della disciplina prevista dall'art. 39 c.p.c.) di unitarietà della giurisdizione e di economia processuale». La Cassazione ha quindi precisato che non può dubitarsi dell'ammissibilità del regolamento di competenza in relazione ad una ordinanza (che ha dichiarato – nel caso *de quo* – l'incompetenza) emessa nella fase sommaria

del rito Fornero all'uopo richiamando l'orientamento espresso in proposito dalle proprie Sezioni Unite con la sentenza 29/07/2013, n. 18189.

Con detta sentenza la Suprema Corte, nell'affermare l'inammissibilità della proposizione del regolamento di competenza in materia di procedimenti cautelari, (anche nell'ipotesi di duplice declaratoria d'incompetenza formulata in sede di giudizio di reclamo), aveva motivato tale decisione facendo leva sulla natura giuridica di un provvedimento declinatorio della competenza in sede cautelare, che, in quanto caratterizzato dalla provvisorietà e dalla riproponibilità illimitata, non può «essere oggetto di una procedura di regolamento atteso che l'eventuale decisione, pronunciata in esito al procedimento disciplinato dall'art. 47 c.p.c., sarebbe priva del requisito della definitività». Diversamente, nel caso del procedimento ai sensi dell'art. 1, comma 48 ss., della Legge Fornero deve ritenersi che una pronuncia sulla competenza emessa nella fase sommaria sia dotata di stabilità e pertanto, non sussistendo le ragioni di cui sopra per negare l'ammissibilità, il regolamento di competenza in tal caso deve ritenersi ammissibile.

In relazione, poi, alla individuazione del giudice competente, la Cassazione si è espressa a favore del Tribunale di Treviso ritenendo superato l'orientamento interpretativo che giunge a ritenere radicata in modo incontrovertibile la competenza per il giudizio di merito dinanzi al giudice adito in sede cautelare, laddove nessuna norma tanto prevede, né consente.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Cass., sez. VI, Ord. 20/01/2015, n. 797, in *www.iusexplorer.it*
(...)

L'orientamento condiviso dalla ordinanza impugnata muove dalla considerazione che il rapporto di strumentalità tra la misura cautelare ed il procedimento di merito non è venuto meno a seguito delle modifiche all'art. 669-*octies* c.p.c., operate dal D.L. n. 35/2005, conv. in L. n. 80/2005 e che la misura cautelare richiesta *ante causam* si configura tutt'ora come forma anticipata di tutela, pur essendo venuta meno la necessità della instaurazione del giudizio di merito ai fini della conservazione della misura cautelare concessa.

Tale orientamento interpretativo è da ritenere ormai superato dalla più recente giurisprudenza di questa Corte, cui anche questo Collegio intende dare continuità, condividendola appieno. Secondo tale ultimo indirizzo, l'omessa rilevazione dell'incompetenza (derogabile od inderogabile) da parte del giudice o l'omessa proposizione della relativa eccezione ad opera delle parti nel procedimento cautelare "*ante causam*" non determina il definitivo consolidamento della competenza in capo all'ufficio adito anche ai fini del successivo giudizio di merito, non operando nel giudizio cautelare il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 c.p.c., in quanto applicabile esclusivamente al giudizio a cognizione piena (Cass. n. 2505/2010 e Cass. n. 24869/2010).

Come osservato da questa Corte con ordinanza n. 9416/2012, «già con risalente giurisprudenza era stato infatti affermato che la competenza per il giudizio di merito successivo alla procedura di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., deve essere stabilita in base alle norme generali, senza che una preclusione possa derivare dal provvedimento cautelare che pure implicitamente contenga anche l'indicazione di questo giudice, atteso che tale provvedimento non può essere vincolante nel giudizio di merito, che costituisce un nuovo ed autonomo processo e non già la continuazione di quello sommario (cfr., Cass. n. 4204/1986 e Cass. n. 5760/1992); più di recente la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che l'omessa rilevazione dell'incompetenza (derogabile od inderogabile) da parte del giudice o l'omessa proposizione della relativa eccezione ad opera delle parti nel procedimento cautelare *ante causam* non determina il definitivo consolidamento della competenza in capo all'ufficio adito anche ai fini del successivo giudizio di merito, non operando nel giudizio cautelare il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 c.p.c., in quanto applicabile esclusivamente al giudizio a cognizione piena, cosicché il giudizio proposto ai sensi degli artt. 669-*octies* e *novies* c.p.c., all'esito della fase cautelare *ante causam*, può essere validamente instaurato davanti al giudice competente, ancorché diverso da quello della cautela (cfr., Cass., nn. 2505/2010; 24869/2010)».

In senso conforme, da ultimo, si è espressa questa stessa Sottosezione Lavoro con ordinanze nn. 11788 del 26/05/2014 e 4888 del 28/02/2014.

Alla luce di quanto esposto la competenza va determinata facendo applicazione della regola di cui all'art. 413 c.p.c., comma 2, che contempla, alternativamente, anche il giudice nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza (nel caso de quo è pacifico tra le parti che gli attuali ricorrenti lavoravano presso (*omissis*) in provincia di Treviso).

Pertanto deve essere dichiarata la competenza per territorio del Tribunale di Treviso.

CASO 4. - ORDINANZA CAUTELARE D'URGENZA: È AMMISSIBILE IL RICORSO PER CASSAZIONE PER VIOLAZIONE DI LEGGE?

Fatto: la Cassazione civile sez. I, con sentenza del 20/01/2015, n. 896, ha riaffermato che il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7 è proponibile avverso provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto solo quando essi siano definitivi ed abbiano carattere decisorio, cioè siano in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale per cui contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi *ante causam* ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost.

Domande delle parti: parte attrice instava giudizio per risarcimento dei danni subiti in conseguenza della violazione della normativa antitrust, di cui alla L. n. 287/1990,

nonché dell'art. 81 e art. 82 ss. Trattato UE, in materia di libera concorrenza chiedendo l'adozione di provvedimento d'urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., contenente l'ordine di disapplicazione della normativa censurata, anche previa richiesta di domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 Trattato UE.

Il giudice adito respingeva il provvedimento richiesto e disatteso la domanda pregiudiziale formulata per difetto dei due presupposti per la sua adozione¹¹.

Una delle società intervenute nel giudizio proponeva ricorso per cassazione, avverso il predetto provvedimento.

Gli enti convenuti nel primo giudizio resistevano con controricorso.

Particolarità del caso: il caso in esame permette di approfondire la problematica dell'ammissibilità o meno della proposizione del ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, avverso provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto e come deve essere inteso il concetto di definitività richiesto dalla norma.

Nel caso di specie, la Cassazione, nel riaffermare il proprio consolidato orientamento, quale da ultimo ribadito con sentenza n. 14140/2011, ha ulteriormente sottolineato che il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7 è proponibile avverso provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto solo quando essi siano definitivi ed abbiano carattere decisorio, cioè siano in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Cass., sez. I, sent. 20/01/2015, n. 896, in www.iusexplorer.it

(...)

Nella specie, non si riscontrano tali caratteristiche nel provvedimento impugnato, il quale ha gli stessi caratteri di provvisorietà e di non decisorietà tipici dell'ordinanza oggetto del reclamo (e che ha formato oggetto di reclamo, con esito negativo), essendo destinato a perdere efficacia per effetto della sentenza definitiva di merito (nel frattempo, pure intervenuta) e, pur coinvolgendo posizioni di diritto soggettivo, non statuisce su di esse con la forza dell'atto giurisdizionale idoneo ad assumere autorità di giudicato. Del resto, con specifico riferimento ai provvedimenti d'urgenza (rilasciato o negati) questa stessa Corte (SS. UU., Sent., n. 27187/2007) ha stabilito il

¹¹ In specie detto giudice aveva ritenuto che non sussisteva il *fumus boni iuris*, perché le azioni di nullità e risarcimento del danno non potevano avere ad oggetto provvedimenti legislativi di rango primario (anche in ossequio al principio di separazione dei poteri) e perché la domanda introduttiva era limitata alla dichiarazione di nullità della disposizione di legge provinciale, non anche alla sua disapplicazione, sollecitata solo in sede di domanda del provvedimento d'urgenza. Quanto al *periculum in mora*, lo stesso poteva ritenersi sussistente per carenza del requisito dell'irreparabilità del pregiudizio avente esclusiva natura economica.

principio, a cui occorre dare continuità perché pienamente condiviso dal Collegio, secondo cui, anche nel sistema processuale delineatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui al D.L. n. 35/2005, art. 2, comma 3, lett. e-*bis*) convertito, con modificazioni, nella L. n. 80/2005, contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi *ante causam* ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto detti provvedimenti sono privi di stabilità e inidonei al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito.

Quanto, infine, alla **disciplina di attuazione e di esecuzione dei provvedimenti cautelari**, il codice di procedura distingue tra il **rito dedicato ai sequestri** (che seguono una propria strada, dovuta alla particolarità del provvedimento concessorio che incide sul patrimonio della parte ingiunta con un anticipo di pignoramento) e le **modalità attuative di cui alle altre misure cautelari**.

In particolare:

- per i provvedimenti cautelari che hanno ad oggetto somme di denaro l'esecuzione avviene nelle forme di cui agli artt. 491 ss. c.p.c. (ovvero nelle forme del pignoramento) per quanto compatibili;
- per i provvedimenti aventi ad oggetto obblighi di fare, non fare, consegna o rilascio il giudice del provvedimento sovrintende alla loro attuazione dettandone le modalità specifiche e, laddove vi siano contestazioni o difficoltà particolari, dispone con ordinanza, sentite le parti, i provvedimenti opportuni (art. 669-*duodecies*, ult. comma).

3. LA TUTELA CAUTELARE NEL GIUDIZIO CIVILE

La sezione intitolata "**Dei procedimenti cautelari in generale**", contenente la disciplina generale unitaria per tutti i procedimenti cautelari, è **stata introdotta dalla L. 26/11/1990, n. 353**, e specificatamente dall'art. 74, con decorrenza dal 01/01/1993 che ha, altresì, modificato, mantenendone inalterate le rubriche, le numerazioni originarie del Capo III.

I provvedimenti cautelari emessi successivamente alla predetta data sono, pertanto, integralmente assoggettati alla nuova disciplina che, seppur generale, deve necessariamente integrarsi con quella dei singoli procedimenti cautelari contenuta nelle successive sezioni, dalla II alla V, del medesimo capo.

Per i provvedimenti cautelari in generale, gli articoli di riferimento vanno dall'art. 669-*bis* al 669-*quaterdecies*. Quest'ultimo delinea l'ambito di applicazione della procedura.

Al procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* si applica interamente la disciplina di cui agli artt. 669-*bis* a 669-*quaterdecies* c.p.c. che regolano il procedimento cautelare uniforme. La riforma di cui alla L. n. 353/1990 ha difatti abrogato l'art. 702 c.p.c. che disciplinava il procedimento cautelare atipico. Pertanto, quanto alla natura giuridica, **i provvedimenti d'urgenza sono inquadrati tra le misure cautelari e sono provvedimenti "atipici"** (detti anche: "**innominati**") in quanto per essi il legislatore lascia il sistema aperto, in modo che possano esplicare la loro funzione qualora sussista un fondato motivo di temere che una situazione giuridicamente protetta, durante il tempo occorrente per farla valere sia minacciata da un pregiudizio imminente e irreparabile¹².

Il giudice, adito con ricorso, può fornire la tutela richiesta attraverso i provvedimenti che appaiono più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

Per essi, si ricorda che, in base alla disciplina introdotta con D.L. 14/03/2005, n. 35, conv. in L. 14/05/2005, n. 80, **è venuto meno il principio di strumentalità rispetto al giudizio di merito.**

Ciò precisato e come già evidenziato, la novella del 1990 ha introdotto una disciplina unitaria che si deve considerare generale perché si applica a tutti i procedimenti cautelari disciplinati nella sezione II, III e V (con esclusione, quindi, dei procedimenti per l'istruzione preventiva disciplinati nella sezione IV, cui è applicabile il solo art. 669-*septies*) e, in quanto compatibile, agli altri procedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali (ad es. descrizione, accertamento, perizia e sequestro in materia di diritto d'autore, artt. 161 e 162, L. 22/04/1941, n. 633 ss.mm.).

Ne consegue che anche oggi, nonostante siano unitariamente classificati come procedimenti cautelari, le quattro tipologie ricomprese al terzo capo sono diversamente disciplinate a seconda dei relativi provvedimenti e che la tutela sommaria e la tutela cautelare devono essere tenute distinte

Ad ogni modo, **le regole delineate** dal legislatore nell'ambito del procedimento cautelare unitario **costituiscono il punto d'approdo**, a livello normativo, **del riconoscimento della valenza costituzionale della tutela cautelare**, quale momento interno e coesenziale alla tutela giurisdizionale più generalmente intesa. Conseguentemente, una volta riconosciuto che la facoltà di agire in giudizio per la protezione dei diritti e degli interessi legittimi ingloba anche il diritto di veder preservata l'utilità e l'integrità della pronuncia giudiziaria, non poteva non essere avvertita l'esigenza di conformare al modello costituzionale del processo di cognizione anche i procedimenti che, pur variamente strutturati, sono preordinati a porre il bene controverso al riparo da un pregiudizio irreparabile e/o grave e che, pertanto, quelle regole assumono valenza di veri e propri principi generali.

¹² Vedi schemi riepilogativi n. 1 e n. 2 in appendice.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Occorre, in proposito, ricordare che originariamente nel codice del 1942 non esisteva un corpo unitario di regole applicabile a tutti i provvedimenti cautelari, tipici o atipici, richiesti prima o nel corso del giudizio a cognizione piena. Nel libro quarto del codice di procedura civile, infatti, venivano disciplinati vari procedimenti non aventi caratteri comuni all'infuori di quello meramente negativo di differire dal procedimento ordinario. Il gruppo più corposo dei procedimenti speciali di cognizione era compreso sotto il titolo dei procedimenti sommari, nell'ambito dei quali si collocano i procedimenti cautelari e possessori, i quali, caratterizzati da una situazione di pericolo o comunque da una ragione d'urgenza, determinano la necessità di adottare provvedimenti sulla base di una sommaria cognizione. Al quadro composito delle norme sulla competenza, faceva, quindi, riscontro la diversa e talvolta contrapposta disciplina dei singoli modelli procedurali, quanto, ad esempio, a garanzie del contraddittorio ovvero ad efficacia e durata delle singole misure cautelari. Ne derivava una congerie di forme procedurali quanto mai frammentaria e disorganica in rapporto alla disciplina fortemente e irrazionalmente differenziata delle singole misure *stricto o lato sensu* cautelari disseminate nel codice civile, in quello di rito e nelle leggi speciali. E in tale quadro non soltanto finiva spesso per restare nell'ombra il carattere di provvisorietà e di strumentalità delle misure cautelari, ma anche le garanzie costituzionali del diritto d'azione e di difesa subivano non poche e non lievi limitazioni.

Sulla base della normativa oggi in vigore, **nella disciplina unitaria del procedimento cautelare si possono riconoscere le seguenti fasi** (schema riepilogativo n. 3 in appendice):

- a) **fase di autorizzazione del provvedimento cautelare** che costituisce una tipologia di procedimento di cognizione e si svolge su istanza di parte. In tal caso, **il provvedimento adottato dal giudice** adito, all'esito dell'udienza di comparizione delle parti, può **assumere sia la forma del decreto motivato** (previa eventuale assunzione di sommarie informazioni qualora la convocazione del convenuto possa pregiudicare l'attuazione del provvedimento medesimo) **che quella dell'ordinanza**. Se positivo, ha il contenuto di una pronuncia di autorizzazione della misura cautelare, tuttavia il provvedimento non è definitivo, e può esser revocato per il mutamento delle esigenze cautelari o può esser dichiarato inefficace in caso di mancata attuazione nei termini. In caso di rigetto la stessa istanza può esser riproposta solamente nel caso in cui si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. Al riguardo la giurisprudenza di merito (si cita per tutte la sentenza del Trib. Roma 12/02/2007) ha sovente ricordato che ai fini dell'art. 669-*septies* c.p.c. non costituisce circostanza nuova la produzione di ulteriore certificazione

che nulla aggiunge allo stato di fatto già posto a base del primo ricorso *ex art. 700 c.p.c.* (accolto con ordinanza annullata in sede di reclamo);

b) fase di attuazione o di esecuzione della misura cautelare che presenta caratteristiche strutturali assimilabili a quelle dell'esecuzione forzata:

il provvedimento autorizzatorio costituisce un titolo valido per ottenere l'esecuzione coattiva di quanto stabilito dal giudice della cautela, e realizza l'effetto anticipatorio tipico connesso alla funzione cautelare. Il provvedimento autorizzatorio deve prevedere l'attività concreta da porre in essere per ovviare alle conseguenze negative della permanenza della lesione. Si sottolinea che gli effetti anticipatori della misura cautelare conseguono non tanto alla sua autorizzazione quanto alla concreta esecuzione della misura stessa poiché solo l'effettiva esecuzione sul bene della vita consente di ottenere l'utilità richiesta;

c) fase d'impugnazione, meramente eventuale, che consente un controllo sul provvedimento autorizzativo

la cui attuazione può incidere durevolmente e talora irreparabilmente sulla situazione tra le parti. L'impugnazione avverso le ordinanze cautelari si propone unicamente con reclamo, con esclusione di ogni altra forma di gravame. Al riguardo la giurisprudenza ha sovente ricordato, da un lato, che «A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 353 del 1990 (provvedimenti urgenti per il processo civile) è inammissibile il regolamento di competenza avverso i provvedimenti in materia cautelare, in quanto i medesimi essendo privi del carattere della definitività sono impugnabili unicamente con il reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c.» (Cass., sez. III, 07/12/2000, n. 15524; Cass. SS. UU., Ord. 19/10/2007, n. 21860 in *www.cassazione.net*) e, dall'altro, che «In tema di procedimenti cautelari è inammissibile la proposizione del regolamento di competenza, sia in ragione della natura giuridica dei provvedimenti declinatori della competenza – inidonei, in quella sede, ad instaurare la procedura di regolamento, in quanto caratterizzati dalla provvisorietà e dalla riproponibilità illimitata – sia perché l'eventuale decisione, pronunciata in esito al procedimento disciplinato dall'art. 47 c.p.c., sarebbe priva del requisito della definitività, atteso il peculiare regime giuridico del provvedimento cautelare nel quale andrebbe ad inserirsi» (Cass. SS. UU., Ord., 29/07/2013, n. 18189, in *www.cassazione.net*).

3.1. Procedimento sommario di cognizione e tutela cautelare

Il **procedimento sommario di cognizione**, ispirato all'esigenza di rendere più celere la definizione delle controversie, è uno speciale rito a cognizione piena ma a trattazione semplificata, introdotto nell'ordinamento processuale

italiano dalla L. 18/06/2009, n. 69, entrata in vigore il 04/07/2009, quale vero e proprio rito alternativo al processo a cognizione ordinaria.

Il procedimento prevede che la conoscenza dei fatti ai fini della decisione venga acquisita attraverso un'istruttoria particolarmente semplificata, tale da assicurare una accelerazione dei tempi del giudizio.

I DATI DELL'ESPERIENZA

Disciplinato dagli artt. 702-*bis*, 702-*ter* e 702-*quater* c.p.c., il procedimento è stato novellato dal D.Lgs. 01/09/2011, n. 150 che ha introdotto l'obbligatorietà del procedimento sommario per alcune fattispecie, nonché del D.L. 12/09/2014, n. 132 (c.d. "decreto giustizia"), convertito dalla L. 10/11/2014, n. 162, che ha introdotto (art. 14) l'art. 183-*bis* al c.p.c. che dispone in materia di passaggio, su disposizione del giudice, dal **rito ordinario al rito sommario di cognizione** nelle cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica.

In tali casi il giudice, nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio anche mediante trattazione scritta, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'art. 702-*ter* (che regola il procedimento sommario di cognizione) e, a tal fine, invita le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria. Se richiesto, può fissare una nuova udienza, un termine perentorio (non superiore a quindici giorni) per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali nonché un termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria.

Ad ogni modo **il procedimento sommario di cognizione si caratterizza proprio dalla sommarietà dell'istruzione**, che si si giustifica con la scelta fatta dall'attore di **definire il procedimento con un rito più snello e, quindi, più veloce**, che sfocia con una ordinanza idonea a passare in giudicato. Ciò ha comportato divergenze di opinioni sia in dottrina che in giurisprudenza in relazione **all'ammissibilità in detto procedimento della tutela cautelare d'urgenza**.

Occorre tuttavia sottolineare che, come anche affermato dalla giurisprudenza di merito: **«Il requisito della sommarietà riguarda le forme attraverso le quali si svolge il processo** (la cui scelta è sostanzialmente rimessa alla valutazione del giudice, salvo l'ineludibile limite del rispetto del contraddittorio) **ma non il contenuto dell'accertamento posto a base della decisione**, il quale accertamento deve invece tendere alla verifica della fondatezza delle allegazioni di parte in termini di verità (processuale) e non già di mera verosimiglianza. Deve rilevarsi, difatti, che sebbene l'art. 702 *ter*, comma 5, c.p.c., richiami quasi testualmente la norma di cui all'art. 669-*sexies*, comma 1, c.p.c., **la diversità del contenuto della cognizione rispetto al procedimento cautelare uniforme si giustifica pienamente ove si**

consideri il fatto che l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario – oltre ad essere immediatamente esecutiva ed a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione – **è idonea a produrre gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.** (v. art. 702-*quater* c.p.c.) **e non presenta i caratteri di una** (seppur solo eventuale) **strumentalità rispetto ad altro giudizio.** Va affermato, quindi, che la sommarietà del procedimento deve intendersi riferita essenzialmente alla fase istruttoria, nel senso che essa deve essere semplice e concentrabile in tempi ristretti, altrimenti il giudice è tenuto a "convertire il rito" fissando l'udienza di cui all'art. 183 cpc» (Trib. Taranto, Ord., 01/03/2010).

Sul punto, la dottrina maggioritaria propende per l'ammissibilità sia della tutela cautelare *ante causam* che della tutela cautelare endoprocessuale per cui, in assenza di una norma che escluda la compatibilità fra i diversi istituti, ottenuta la tutela cautelare *ante causam*, dovrà ritenersi ammissibile la presentazione di un ricorso in citazione *ex art. 702-bis* c.p.c., così come dovrà ritenersi possibile l'inserimento nel ricorso in citazione *ex art. 702-bis* c.p.c. una pretesa cautelare.

In senso positivo si è espressa, di recente, anche il Tribunale di Napoli con decreto 02/07/2015 che, in accoglimento della domanda cautelare avanzata dal ricorrente nell'ambito di un giudizio sommario di cognizione proposto ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c., ha sospeso l'efficacia del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con il quale era stata disposta la sospensione del ricorrente dalla carica di Presidente di un Consiglio Regionale.

4. LA TUTELA CAUTELARE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO (CENNI)

Il processo amministrativo, a differenza di quello civile, è un **processo documentale**, ossia fondato sulla documentazione che le parti allegano a sostegno delle proprie richieste, ed è caratterizzato dal principio della domanda (art. 34, D.Lgs. 02/07/2010, n. 104).

Il D.Lgs. n. 104/2010 (nuovo codice del processo amministrativo), come modificato dal D.Lgs. 14/09/2012, n. 160, fa propri i principi generale del codice di procedura civile, salvo i casi in cui il processo amministrativo presenti peculiarità specifiche, per le quali detta, invece, regole autonome ed, inoltre, nell'ottica del recepimento del mutato assetto del processo medesimo, che, da strumento di mera verifica formale della legittimità dell'atto impugnato, diviene strumento di tutela del rapporto e di accertamento della spettanza del bene della vita al cittadino leso dall'azione amministrativa illegittima, introduce una fase istruttoria molto più vicina a quella processual-civilistica nonché la possibilità per il Collegio giudicante di motivare la sentenza attraverso i fatti non contestati dalle parti (art. 7).

Sul piano sostanziale, quindi, **il nuovo Codice opera lo sforzo di adattare il processo amministrativo tradizionale**, ossia incentrato sul modello impugnatorio, **alla mutata realtà derivante dall'evoluzione normativa nazionale ed europea e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale**, che hanno progressivamente riconosciuto al giudice amministrativo nuovi strumenti di **tutela, analoghi a quelli di cui dispone il giudice ordinario**.

Ciò, ovviamente, ha inciso anche in relazione alla tutela cautelare e d'urgenza. **Il nuovo Codice infatti ha profondamente modificato il processo cautelare** rispetto al sistema previgente, quale delineato dall'art. 21, L. n. 1034/1971, come modificato dalla L. n. 205/2000.

L'intervento apportato dal Codice reca in primo luogo una **sistemazione organica della materia**, quindi conferma la concomitante sussistenza del *periculum in mora* e del *fumus boni juris* quali presupposti per l'attivazione della tutela cautelare, articola la struttura del giudizio cautelare in una fase collegiale ed una fase monocratica, eventuale ed anticipatoria, rafforza il contraddittorio e la tempestività del procedimento ed articola diversi tipi di tutela in relazione al diverso grado di urgenza (tabella n. 3).

Quest'ultimo, differenziato in «**pregiudizio grave ed irreparabile**», «**estrema gravità ed urgenza**» ed «**eccezionale gravità ed urgenza**», **si pone alla base delle misure cautelari collegiali (art. 55), monocratiche (art. 56) e ante-causam (art. 61)**.

In particolare viene generalizzato l'istituto della tutela *ante causam*, in precedenza prevista solo in relazione al contenzioso in materia di appalti pubblici, attivabile antecedentemente alla proposizione del ricorso principale, nei casi di eccezionale gravità ed urgenza tali da non consentire nemmeno la dilazione fino alla data della camera di consiglio (art. 61).

Elemento comune alla tutela richiesta in sede collegiale che in quella presidenziale, monocratica è la espressa previsione normativa della necessaria richiesta di fissazione dell'udienza di merito quale condizione di procedibilità dell'azione cautelare mentre **presupposto imprescindibile per la pronuncia, sia collegiale che monocratica, è la sussistenza della giurisdizione e della competenza del giudice adito**.

Per quanto concerne, invece, le novità più rilevanti in materia di procedimento si distinguono quelle contenute negli artt. 57, 60 e 62.

Più specificatamente **l'art. 57, che dispone in materia di spese del procedimento cautelare**, stabilisce che il giudice, con l'ordinanza che decide sulla domanda, deve provvedere sulle spese della fase cautelare e che la pronuncia sulle spese conserva efficacia anche dopo la sentenza che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza. Nel previgente assetto normativo, invece, la decisione sulle spese del procedimento cautelare era meramente provvisoria ed eventuale (art. 21, legge TAR, come modificato dalla legge 205/2000).

L'art. 60, che **dispone in materia di definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare**, preclude la possibile definizione del giudizio di merito già in fase cautelare qualora una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.

Infine **l'art. 62**, che **si occupa dell'appello cautelare**, stabilisce che contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato, da proporre nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza, ovvero di sessanta giorni dalla sua pubblicazione, in tal modo dimezzando il termine ordinario per la proposizione dell'appello cautelare, prima fissato in giorni sessante dalla notifica dell'ordinanza.

Tabella n. 3

Tutela cautelare nel processo amministrativo	
misure cautelari collegiali (art. 55)	<p>il Codice scandisce le tempistiche della procedura e delle attività delle parti. Si prevede anche che l'ordinanza collegiale che concede la tutela cautelare deve sempre contenere la fissazione della data di discussione dell'udienza di merito e viene espressamente stabilito che presupposto dell'adozione di misure cautelari è la ritenuta sussistenza della competenza da parte del giudice adito il quale, in caso contrario, deve necessariamente chiedere regolamento di competenza trasmettendo l'apposita ordinanza al Consiglio di Stato.</p> <p>Di interesse anche l'art. 58 inerente la revoca o modifica delle misure cautelari collegiali e la riproposizione della domanda cautelare respinta.</p> <p>Presupposto: pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso</p>
misure cautelari monocratiche (art. 56)	<p>Sono finalizzate all'adozione di misure cautelari provvisorie, nell'ambito della quale si evidenzia il maggior ruolo attribuito alla figura del Presidente il quale, prima dell'emanazione del decreto, può sentire le parti disponibili fuori dell'udienza, senza formalità ed anche separatamente.</p> <p>Presupposto: estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio</p>

Tutela cautelare nel processo amministrativo	
misure cautelari <i>ante-causam</i> (art. 61)	<p>Sono attivabili già prima della proposizione del ricorso principale, nei casi di eccezionale gravità ed urgenza tali da non consentire la dilazione fino alla data della camera di consiglio. La decisione sull'istanza cautelare, da parte del Presidente o di un magistrato da lui delegato, è adottata a seguito di un'escussione delle parti solo eventuale, omessa ogni formalità. Il decreto pronunciato <i>ante causam</i> che rigetta l'istanza cautelare non è impugnabile, fatta salva la possibile riproposizione di analoga tutela dopo l'avvio del giudizio di merito mentre il decreto di accoglimento, anch'esso non appellabile, è sempre modificabile e revocabile fin quando conserva efficacia. Il decreto concessivo della misura cautelare richiesta ha una efficacia temporale massima di 60 giorni che viene meno se nei 15 giorni successivi alla pronuncia la parte non propone il ricorso con la domanda cautelare, da depositare unitamente alla domanda di fissazione dell'udienza</p> <p>Presupposto: eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale</p>

Da quanto detto si evincono chiaramente i caratteri, gli stessi che connotano la tutela cautelare nel processo civile, che qualificano la misura cautelare nel processo amministrativo: il **carattere interinale** che vuole una misura cautelare che valga per la durata del processo e fino alla conclusione di questo, dopo di che l'unica cosa che conta è la sentenza che definisce il giudizio; il **carattere anche anticipatorio** che vuole la misura cautelare come strumento volto a consentire l'effetto utile della sentenza anticipandone provvisoriamente gli effetti; il **carattere atipico** che vuole una misura cautelare che renda effettiva la strumentalità in quanto consente l'adozione di misure calibrate sulla situazione specifica e che siano di volta in volta idonee, in relazione ad essa, a garantire l'effettività della tutela.

Di seguito si riporta un esempio di richiesta di misura cautelare monocratica ex art. 56. Si ricorda in proposito che la domanda di misure cautelari monocratiche può essere proposta unitamente al ricorso/domanda cautelare, oppure con distinto ricorso notificato alle controparti e che anche per esse si richiede, a pena di improcedibilità, la presentazione dell'istanza di fissazione udienza per il merito (fatta eccezione per il caso in cui la stessa debba essere fissata d'ufficio).

F001

RICORSO EX ART. 56, D.LGS. N. 104/2010 (MISURE CAUTELARI MONOCRATICHE)

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA REGIONE

ricorso *ex art.* 56 codice del processo amministrativo

Ecc. mo Sig. Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione

il sig. / la sig.ra, nato/a a, il .././../, residente in, via/piazza, n., C.F.

oppure

la società, in persona del legale rappresentante sig. / sig. ra, nato/a a, il .././../, residente in, via/piazza, n., C.F., con sede in, via/piazza, P. IVA

rappresentato/a e difeso/a, per mandato a margine del presente atto, dall'avv. C.F. del foro di, presso lo studio del quale in, via/piazza, elegge domicilio [... *la mancanza degli elementi identificativi del ricorrente e del difensore determina nullità del ricorso, v. art. 44 e 40 D.Lgs. 104/2010...*]

ricorrente, nella causa promossa con ricorso del, notificato in data

contro

..... [*la mancata indicazione della amministrazione resistente è ipotesi di nullità, v. art. 44*]

nonché nei confronti di

.....

per l'annullamento, previa sospensiva / per la condanna di

- dell'atto notificato / pubblicato / comunicato in data [indicare specificamente modalità di conoscenza dell'atto impugnato] [nullità, v. art. 44]

- del conseguente provvedimento di

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale

CHIEDE

ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 56 Codice del Processo Amministrativo, che vengano disposte misure cautelari provvisorie sussistendo il presupposto di legge dell'estrema gravità ed urgenza.

In particolare, in relazione alla sussistenza del presupposto indicato e richiesto dalla legge si rileva che «inserire elementi dimostrative dei presupposti di legge per la concessione delle misure cautelari ossia: del pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione del ricorso e dei profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso».

Alla luce di quanto sopra dedotto e rilevato, voglia l'Ecc. mo Presidente del TAR adito accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

1) in via cautelare, disporre la sospensione del provvedimento impugnato (*o qualsiasi altra misura cautelare richiesta*)

Luogo e data

Firma del difensore

ISTANZA DI FISSAZIONE DELLA DISCUSSIONE NEL MERITO (*condizione di procedibilità dell'azione cautelare, v. art. 56, comma 1*)

Il sottoscritto avv., rappresentante e difensore del ricorrente in forza di mandato a margine del presente atto,

chiede

che sia fissata udienza di trattazione del presente ricorso.

Luogo e data,

firma avv.

5. LA TUTELA CAUTELARE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO-CONTABILE (CENNI)

A decorrere dal 07/10/2016 è entrato in vigore il nuovo codice della giustizia contabile (D.Lgs. 26/08/2016, n. 174), adottato ai sensi dell'art. 20, L. 07/08/2015, n. 124, che contestualmente abroga, tra le altre disposizioni, il R.D. 13/08/1933, n. 1038 contenente il previgente regolamento di procedura. Anche nel nuovo codice viene mantenuto (art. 25) il rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile, tuttavia, diversamente dal previgente art. 26, R.D. 13/08/1933, n. 1038 che operava il rinvio alle norme ed ai termini della procedura civile, la novella legislativa opera il rinvio alle sole norme

di attuazione del codice di procedura civile che, se compatibili, trovano applicazione anche nel processo contabile in relazione a quanto non espressamente previsto nell'All. 2 al Codice, recante le «norme di attuazione del codice della giustizia contabile».

Il novello codice disciplina le azioni a tutela del credito erariale al Capo I del Titolo II (artt. da 73 a 82).

I P.M. contabili dispongono di tutte le altre azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI (dedicato alla tutela dei diritti), Titolo III (dedicato alla responsabilità patrimoniale), Capo V (dedicato ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale), del codice civile e, quindi, sono autorizzati ad attivare, nei confronti dei presunti responsabili di danni erariali, l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.), quella revocatoria (art. 2901 c.c.) nonché il sequestro conservativo nei confronti del debitore e dei terzi (art. 2905 c.c.). Nell'ambito del processo di responsabilità amministrativo contabile, **la procedura cautelare d'urgenza si configura principalmente come sequestro conservativo ante causam** dei beni mobili ed immobili di proprietà del soggetto nei confronti del quale sia configurabile una responsabilità per danno erariale, comprese le somme o cose allo stesso dovute da terzi.

Detta misura, sempre che ne ricorrano le condizioni, può essere richiesta dal Pubblico ministero contabile al Presidente della Sezione competente a conoscere del merito del giudizio, nella fase c.d. "pre-processuale" – e, quindi, *ante causam* – contestualmente all'invito a dedurre (atto nel quale sono esplicitati gli elementi essenziali del fatto, di ciascuna condotta contestata e del suo contributo causale alla realizzazione del danno contestato).

Il sequestro conservativo può essere richiesto anche contestualmente all'atto di citazione (atto che instaura il giudizio), in corso di causa, con separato ricorso sempre al Presidente della Sezione competente a conoscere del merito del giudizio, e durante la pendenza dei termini per l'impugnazione.

Dispone l'art. 77 del novello codice che quando vi sia fondato timore che nelle more della decisione di appello le garanzie patrimoniali del credito vengano meno, il Pubblico ministero, contestualmente alla proposizione del gravame, o con separato atto, può chiedere alla Sezione d'appello davanti alla quale pende il giudizio, il sequestro conservativo dei beni mobili e immobili del presunto responsabile, comprese somme e cose allo stesso dovute, nei limiti di legge.

Ovviamente, **il provvedimento cautelare, se ante causam, perde efficacia se il giudizio di merito non è iniziato nel termine perentorio fissato nell'ordinanza di accoglimento** ai sensi dell'art. 74, comma 5, del nuovo codice, **oppure nel caso in cui il giudizio di merito si estingue successivamente al suo inizio.**

Il provvedimento cautelare **perde altresì efficacia se con sentenza**, anche non passata in giudicato, **è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso, ovvero se con la sentenza che definisce il giudizio è stata respinta la domanda risarcitoria** riguardante la parte nei cui confronti è stato eseguito il sequestro conservativo.

6. ART. 700 C.P.C.: SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE SUSCETTIBILI DI TUTELA

Delineati i profili generali della tutela cautelare e, soprattutto della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, occorre, a questo punto esaminare, nei confronti di quali situazioni giuridiche soggettive la stessa sia esperibile.

Nel fare rinvio ai successivi capitoli che si occupano specificatamente delle tutele d'urgenza in sede amministrativa e del procedimento cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo, in questa sede ci si limita ad esaminare le situazioni suscettibili di tutela innanzi al giudice ordinario.

Sappiamo che, come regola di carattere generale, al giudice d'urgenza è consentito di adottare il provvedimento che più gli appaia congruo rispetto al fine di assicurare provvisoriamente gli effetti sulla decisione di merito. Ciò discende direttamente **dell'elasticità del contenuto che connota l'art. 700 c.p.c.** Si deve, tuttavia, osservare come la giurisprudenza costituzionale abbia, sin da tempi meno recenti, evidenziato che «l'art. 700, proprio a causa della genericità dei poteri che conferisce al giudice, incontra tutti i limiti desumibili da una sua interpretazione nel sistema vigente e – come esattamente pone in rilievo la difesa dello Stato – non consente, quindi, che siano adottate misure che risultino vietate da altre norme dell'ordinamento: a maggior ragione se si tratti di norme di rango costituzionale» (Corte cost. 09/07/1970, n. 122).

È chiaro che questo ulteriore presupposto assume un diverso rilievo in relazione all'interpretazione che si vuole attribuire al concetto di **irreparabilità del pregiudizio**, che, come si vedrà in prosieguo di trattazione, costituisce un requisito per l'adozione del provvedimento d'urgenza da parte del giudice adito.

6.1. I diritti soggettivi

In relazione al **diritto soggettivo**, le disposizioni codicistiche hanno dato vita ad una tutela cautelare d'urgenza che sul piano contenutistico è **atipica** (art. 700 c.p.c.), mentre sul piano processuale è configurata come una **tutela preventiva o ante causam** (art. 669-*ter* c.p.c.), potenzialmente erogata **inaudita altera parte** (ossia in eventuale assenza, almeno in prima fase, di regolare instaurazione del contraddittorio: art. 669-*sexies* c.p.c.).

La lettera dell'art. 700 c.p.c., un po' genericamente, in ordine alla situazione giuridica soggettiva che si ritiene possa essere oggetto di tutela cautelare, si

limita a considerare quella tutela relativa ai **diritti suscettibili di essere fatti valere in via ordinaria**, escludendo soltanto quelle situazioni non riconducibili ai diritti soggettivi, vale a dire, ad esempio, **gli interessi semplici e di fatto**. Dal tenore letterale della norma, pertanto, non è possibile distinguere se, nell'ambito dei diritti soggettivi, tra diritti assoluti e diritti relativi, sia possibile riservare tale tipo di tutela alla prima di tali categorie piuttosto che alla seconda.

Sull'argomento molto è stato scritto, in dottrina ed in giurisprudenza.

Infatti, stante l'ampia flessibilità derivante dal dettato normativo, l'orientamento interpretativo più rigoroso e restrittivo arriva alle considerazioni che siffatta forma di tutela si conforma ai soli **diritti assoluti**, cioè solo di quei diritti che sono suscettibili di subire un pregiudizio "irreparabile", da intendersi come danno non suscettibile di reintegrazione in forma specifica. **In conseguenza, il campo di applicazione della disposizione verrebbe ad essere limitato all'oggetto del procedimento di merito** (in quanto è il diritto che con tale procedimento si vuol tutelare che ha necessità di essere assicurato nelle more) ed inoltre **si dovrebbe escludere la concessione della tutela ex art. 700 sia per i diritti di obbligazione, sia per quelli potestativi**. Come ben evidenziato dalla giurisprudenza di merito, infatti «I primi, come tali, non potrebbero essere mai pregiudicati dalle more del giudizio, salvo poi i riflessi di tale diritto su situazioni sostanziali sottostanti di rilevanza costituzionale o comunque a carattere non strettamente patrimoniale. Per quanto riguarda i secondi, pregiudicato potrà essere soltanto il conseguimento del bene in seguito all'accoglimento della domanda; in tale caso, però, la tutela per tale pregiudizio può essere ottenuta anche con il tramite di un sequestro giudiziario, senza la necessità di ricorrere al provvedimento ex art. 700 c.p.c. Nessun problema si pone, invece, per i diritti assoluti, rispetto ai quali la violazione che determina il ricorso alla tutela giurisdizionale si risolve in un impedimento all'esercizio o al godimento del diritto e quindi può determinare, se mantenuta o prolungata per tutta la pendenza del processo, un irreparabile pregiudizio. I casi più significativi sono rappresentati dalla tutela dei diritti della persona, per i quali qualsiasi somma concessa a titolo di risarcimento del danno sarebbe considerata inadeguata a compensare il titolare del pregiudizio subito per il periodo in cui permane la violazione del diritto» (**Trib. Pisa 28/02-04/03/2014**).

Ed anche più di recente la giurisprudenza di merito ha ricordato che «l'irreparabilità del pregiudizio – sottesa alla concessione della cautela ex art. 700 c.p.c. – può concretamente configurarsi laddove sia in discussione la lesione di posizioni aventi carattere assoluto e dotate di rilievo e protezione a livello primario o costituzionale, principalmente attinenti alla sfera personale, la cui tutela richieda l'immediatezza dell'intervento e per i quali la *restituito in integrum* risulta complessa o inattuabile e pressante è, invece, l'esigenza

di soluzioni di tutela preventiva ed a contenuto inibitorio; il pregiudizio irreparabile, invece, non sussiste laddove siano in discussione aspetti di carattere prettamente economico, rispetto ai quali la necessità dell'intervento immediato non può ravvisarsi con esclusivo riferimento a tali profili, dovendo ulteriormente allegare e dimostrare l'entità del pregiudizio e le ragioni che ne fanno paventare l'effettività irreparabilità» (Trib. Udine 07/04/2015).

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, solo **la lesione o la minaccia di lesione di diritti assoluti** (es. **diritti della personalità, le libertà costituzionalmente protette** ecc.) farebbero conseguire quel **pregiudizio irreparabile**, inteso come probabile **irrisarcibilità**, che legittimerebbero la richiesta di provvedimenti cautelari d'urgenza atipici, *ex art.* 700 c.p.c. mentre dovrebbe ritenersi negata una tutela cautelare d'urgenza per **i diritti di credito e per i diritti potestativi** in quanto essi non presuppongono un potere immediato sul bene e il danno che il titolare del diritto potrebbe patire sarebbe sempre e comunque monetizzabile *ex post*.

6.2. I diritti a contenuto patrimoniale

Nell'ambito della categoria dei diritti a contenuto patrimoniale, occorre distinguere tra:

- **diritti a contenuto patrimoniale e funzione non patrimoniale**
- **diritti a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale.**

I primi sono particolari categorie di diritti di credito che, pur avendo contenuto patrimoniale (in ciò concretandosi la prestazione del debitore) risultano funzionalmente destinati a garantire al titolare il godimento di una situazione di libertà e/o soddisfazione di bisogni primari (es. diritto alla retribuzione, *ex art.* 36 Cost., diritto alla salute, *ex art.* 32 Cost., etc.).

I secondi ineriscono ai diritti di credito e ai rapporti meramente obbligatori. Fermo restando quanto già affermato in relazione ai diritti soggettivi, deve osservarsi che, sulla base dell'evoluzione interpretativa del concetto di irreparabilità del pregiudizio, **la giurisprudenza più recente ha ritenuto che la tutela atipica possa essere invocata anche per i diritti a contenuto patrimoniale in quanto volti a garantire al titolare il soddisfacimento dei bisogni primari di rilevanza costituzionale, ovvero per diritti a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale e, quindi, per diritti di credito e per rapporti meramente obbligatori** (Trib. Novara, Ord., 24/08/2015).

A tal proposito è stato, però, sottolineato che, proprio al fine di non snaturare i caratteri propri del rimedio cautelare d'urgenza, il requisito del *periculum in mora*, in tali casi, va apprezzato con particolare rigore, avendo riguardo alla qualità ed alla posizione del titolare del diritto minacciato ed alla natura e portata dei beni e degli interessi strumentalmente connessi con quello

azionato con ricorso d'urgenza, ulteriormente specificando che «allorquando il pregiudizio paventato con il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* concerne i diritti di credito, si ritiene possa sussistere la irreparabilità solo se vi sia un notevole scarto tra il beneficio fruibile mediante l'immediato soddisfacimento ed i risultati conseguibili attraverso i rimedi ordinari, in ragione della peculiare situazione, anche economica, della parte, dell'entità del credito o dell'attività svolta dall'istante» (**Trib. Novara, Ord., 24/08/2015**).

Ancor più puntualmente il Tribunale Massa con decisione del 15 marzo 2016, emessa in sede di giudizio di reclamo, nel ricordare che «quale principio giuridico **pacifico**, sancito costantemente ed **univocamente** da molto tempo (**ossia fin dalla seconda metà degli anni sessanta del secolo scorso, dunque da circa, cinquant'anni**) dalla **unanime** giurisprudenza di legittimità e di merito, non solo che il ricorrente *ex art. 700 c.p.c.* ha uno **specifico** onere di allegare in giudizio l'insussistenza di rimedi giuridici tipici idonei ad assicurare la stessa tutela con la stessa efficacia ed ampiezza (ossia il requisito della sussidiarietà), ma anche e soprattutto che il sequestro giudiziario è **pacificamente** richiedibile (e, ove ne sussistano tutti i presupposti, adottabile) quando la parte ricorrente chieda la restituzione in via urgente del bene sulla premessa di volere esperire **un'azione contrattuale**, compresa, in particolare, **l'azione di impugnazione del contratto preliminare di vendita** comportante la condanna della parte convenuta al rilascio dell'immobile» **ha riaffermato che l'irreparabilità del pregiudizio**: «è per costante e pacifica giurisprudenza, ritenuto sussistente unicamente in quattro ordini di ipotesi attinenti al pericolo di lesione grave ed imminente avente ad oggetto: 1) diritti personali (specie se inviolabili); 2) diritti patrimoniali strettamente strumentali al soddisfacimento di esigenze esistenziali della persona (credito alimentare, retributivo o previdenziale); 3) diritti patrimoniali il cui pregiudizio è pacificamente ritenuto irreparabile (perdita dell'avviamento commerciale) purché la chiusura dell'impresa o la *mala gestio* della stessa risultino pacifiche oppure specificamente allegate e rigorosamente provate; 4) diritti patrimoniali il cui pregiudizio non è normalmente irreparabile ma che lo può essere nel caso concreto a condizione che il creditore abbia dedotto e provato in giudizio elementi specifici ed oggettivi a supporto della tesi della ridotta capacità economica del debitore in relazione all'ammontare del credito (contrattuale o *extracontrattuale*)» (**Trib. Massa, dec. 15/03/2016**).

Nel tempo, quindi, la giurisprudenza di merito ha ritenuto che la limitazione dell'applicabilità dei provvedimenti d'urgenza ai soli diritti assoluti strideva con l'intento perseguito dal legislatore attraverso l'introduzione della tutela *ex art. 700 c.p.c.*

Sul punto è stato, infatti, affermato che: «deve essere considerato che nella prassi non tutte le situazioni sostanziali tutelate con tale provvedimento rientrano nella categoria dei diritti assoluti; sicché tale rimedio viene

spesso utilizzato per la tutela di situazioni "impensate ed impensabili" dal legislatore del 1942. Ci si intende riferire a quei "nuovi" diritti che, nati dal diffondersi della evoluzione di massa e dallo sviluppo tecnologico dei sistemi informativi, non hanno trovato "o l'hanno trovata con il passare del tempo" una adeguata collocazione nel catalogo delle situazioni sostanziali tutelabili di derivazione codicistica. Il vastissimo impiego del provvedimento d'urgenza trae origine, come già accennato, soprattutto dalla definizione adottata dal legislatore, dal carattere innominato ed atipico di tali provvedimenti, ma anche dal carattere sussidiario e residuale della tutela offerta dalla norma. Ed è proprio dalla così ampia applicazione della disposizione da parte della giurisprudenza che, con l'intento di estendere la possibilità di avvalersi dei provvedimenti atipici, altri autori sono dell'avviso che non occorre prestare attenzione alla distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi quanto piuttosto al fatto che il bene o l'utilità richiesti abbiano o meno la caratteristica della infungibilità: questa caratteristica determinerebbe la impossibilità, per il titolare, di procurarsi un altro bene di mercato in attesa della decisione sul merito. Non potrebbero, quindi, rimanere esclusi dall'area di utilizzo dell'art. 700 i diritti relativi, sempre che «il loro oggetto sia determinato o determinabile in modo sufficiente ad individuare il pericolo di irreparabile danno inerente alla durata del giudizio ordinario» (**Trib. Pisa 28/02-04/03/2014**).

Sempre la richiamata giurisprudenza di merito, in considerazione del fatto che il dettato normativo (art. 700 c.p.c.) stabilisce che il provvedimento emesso deve essere quello che, secondo le circostanze, appaia più idoneo ad assicurare gli effetti della decisione sul merito, ha quindi sostenuto che: «la natura provvisoria e cautelare dei provvedimenti assicurativi ex art. 700 c.p.c. impone normalmente al giudice della cautela di assicurare, e per quanto possibile di disporre, misure a contenuto ed effetti di natura reversibile, o che determinino conseguenze facilmente rimovibili dalla futura sentenza definitiva. In questo senso, con l'art. 700 c.p.c. si può concedere una tutela provvisoria, che tende ad imporre l'adempimento di obblighi di fare o di non fare la cui legittimità sarà poi oggetto del procedimento ordinario di merito. Dunque, i provvedimenti d'urgenza assolveranno ad una funzione diversa da quella anticipatoria tutte le volte che vengano invocati per impedire non il pericolo insito nel perdurare della situazione antigiuridica (che sarà oggetto della tutela ordinaria), bensì il pericolo di un mutamento della situazione di fatto e di diritto, che possa ostacolare «l'effettività pratica del provvedimento finale di merito». In questa ultima ipotesi il provvedimento di tutela urgente si discosterà, quindi, nel contenuto e negli effetti, dal provvedimento definitivo di merito e svolgerà rispetto ad esso una funzione tipicamente conservativa» (**Trib. Pisa 28/02-04/03/2014**).

Oggi, quindi, è pacifica la riconoscibilità della tutela d'urgenza per **i crediti di retribuzione** in considerazione della loro funzionale strumentalità al soddisfacimento delle esigenze alimentari del lavoratore e della sua famiglia, per **il diritto all'integrità fisica e del completo sviluppo della personalità umana**, per **il diritto alla fruizione di un servizio pubblico essenziale** gestito in regime di monopolio o concessione, per **il diritto dell'impresa creditrice**, funzionale all'art. 41 Cost., **a non cadere nella situazione d'insolvenza** prodromica all'instaurazione di una procedura concorsuale quale effetto dell'inadempimento altrui e per **il diritto alla salute** nonché per tutti gli altri diritti a contenuto analogo, previo accertamento rigoroso e concreto del *periculum in mora* addotto dall'istante, tenuto all'onere della prova.

Secondo l'interpretazione più ragionevole e sistematicamente conforme ai principi generali della tutela giurisdizionale dei diritti, infatti «la nozione di irreparabilità del pregiudizio, se per un verso non può intendersi in senso tanto ristretto da rendere impossibile il ricorso alla tutela cautelare, essendo sempre concepibile, in astratto, una qualche forma di riparazione posteriore alla lesione, per altro verso nemmeno può estendersi in modo tale da ammettere la concessione dei provvedimenti cautelari in ogni caso, senza distinzione. Il pregiudizio temuto, dunque, può dirsi irreparabile, come tale in grado di giustificare la cautela, in presenza, se non di una vera e propria impossibilità di reintegrazione, a posteriori, nella posizione soggettiva violata, almeno di un'estrema difficoltà di accertamento del danno nel suo preciso ammontare. Di conseguenza, un minacciato pregiudizio di carattere patrimoniale non è da considerare irreparabile ogni qual volta sia pur possibile ottenere, nel futuro giudizio di merito, un risarcimento per equivalente, laddove è concedibile la tutela d'urgenza nei soli casi in cui il danno economico si accompagni inscindibilmente alla lesione di un interesse non patrimoniale – ad esempio, nei rapporti di lavoro – ovvero, comunque, il danno si presenti di non pronta liquidazione, per la complessità delle indagini richieste per la conversione in termini monetari – ad esempio, nei rapporti commerciali» (Trib. Oristano, Ord., 03/04/2015; in senso conforme anche Trib. Napoli, Ord, 07/11/2013 e Trib. Napoli, Ord, 26/04/2000).

Allo stesso modo, sia pure con maggiori oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali, **può ritenersi riconoscibile anche per i diritti patrimoniali il cui pregiudizio non è normalmente irreparabile però lo può divenire nel caso concreto** a condizione che il creditore abbia dedotto e provato in giudizio elementi specifici ed oggettivi a supporto della tesi della ridotta capacità economica del debitore in relazione all'ammontare del credito, indipendentemente dall'origine, contrattuale o *extracontrattuale*, dell'obbligazione dedotta in giudizio.

Del resto **il dato testuale dell'art. 700 c.p.c.**, laddove riconosce l'esperibilità dell'azione cautelare in caso di paventato pregiudizio irreparabile nelle more del tempo occorrente a far valere **un diritto in via ordinaria, legittima l'inclusione dell'intera categoria dei diritti soggettivi perfetti nell'ambito di applicazione della norma.**

Del resto occorre anche ricordare che i diritti di credito hanno assunto un rilievo sempre maggiore nella realtà socio – economica. Infatti, per la loro effettiva tutela merita considerazione l'esplicita previsione di norme sostanziali volte a consentire una tutela specifica dei diritti relativi (artt. 2930, 2931, 2932 c.c.) e la previsione di norme processuali volte ad anticipare quanto più possibile la tutela del credito pecuniario (artt. 423 c.p.c. e 186-*bis, ter, quater* c.p.c.). Tutto ciò nella consapevolezza che è opportuno assicurare anche al titolare di un diritto di credito una tutela cautelare effettiva al pari del titolare di un diritto reale ed assoluto considerato, anche, che la previsione di un risarcimento non sempre vale a ristorare il creditore della mancata realizzazione immediata dell'interesse perseguito (Si evidenziano alcune pronunce giurisprudenziali che, seppur lontane nel tempo, appaiono ancora oggi rilevanti per la migliore comprensione della questione: Trib. Milano 12/10/1985; Trib. Udine 22/06/1995; Trib. Modena 24/03/1998; Trib. Roma 06/11/1998).

Detto ciò, occorre analizzare come si configura la tutela cautelare d'urgenza, *ex art. 700 c.p.c.*, rispetto alle obbligazioni aventi per oggetto **prestazioni fungibili** e quelle avente per oggetto le **prestazioni infungibili**.

In relazione a queste **ultime (obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni infungibili)** non vi sono dubbi circa l'esperibilità della procedura cautelare d'urgenza: ben posso paventarsi per esse pericoli da ritardo legati alla durata del processo ordinario chiamato ad accertare la fondatezza della pretesa.

Si pensi ad esempio al titolare di una azienda affittata che agisce in giudizio per la risoluzione del contratto di affitto e la restituzione della stessa ed al pregiudizio, irreparabile, che lo stesso può subire nelle more del giudizio a causa della mancata disponibilità del bene locato, conseguente alla preclusione del suo diritto all'esercizio o il godimento del bene infungibile aggredito. Diritto che non sempre può essere pienamente tutelato con il riconoscimento del risarcimento del danno liquidato con la sentenza definitiva.

In relazione alle prime (**obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni fungibili**, ossia beni, come le somme di denaro, che possono essere facilmente sostituiti), **si impone un intervento molto penetrante del giudice della cautela ai fini dell'accertamento dell'irreparabilità del pregiudizio** onde evitare qualsiasi tentativo di trasformare la fase cautelare del giudizio, che si caratterizza per una cognizione sommaria, in una fase anticipatoria del merito, con tutela piena del diritto. Come sottolineato dal Tribunale di Roma «i crediti pecuniari, proprio per la mancanza del requisito della irreparabilità,

possono formare oggetto di provvedimenti di urgenza solo in casi del tutto eccezionali, ossia solo laddove sia eccessivamente difficile la determinazione dell'ammontare del risarcimento o quando questo sia di entità tale che il pagamento determinerebbe la lesione di altri diritti assoluti o sarebbe difficilmente ripetibile» (Trib. Roma, sez. IX civ., Ord., 24/06/2015).

Occorre, a tal proposito, sottolineare anche che i diritti di credito hanno ricevuto esplicita tutela processuale attraverso l'introduzione di strumenti a cognizione sommaria, anticipatori della condanna (gli artt. 423 –ordinanza per il pagamento di somme –, 186-*bis* – ordinanza per il pagamento di somme non contestate –, 186-*ter* – istanza d'ingiunzione –, 186-*quater* – ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione – c.p.c.), la cui invocabilità riduce notevolmente le possibilità di accesso alla tutela d'urgenza.

Pertanto, le ipotesi residuali che, oggi, permettono di richiedere una tutela d'urgenza atipica per le obbligazioni aventi per oggetto somme di denaro o altri beni fungibili, evidenziano un concetto di **pregiudizio irreparabile che prescinde dalla possibile monetizzazione ex post della lesione**, sempre possibile per i diritti di credito, in quanto **valorizzano il diritto all'adempimento contrattuale che** merita, di essere tutelato in fase cautelare e che **non può sempre ritenersi equivalente al risarcimento del danno**.

6.3. I diritti potestativi

I **diritti potestativi** sono tutti quei diritti che consentono al titolare di operare un mutamento della sfera giuridica di un altro soggetto.

In relazione all'applicabilità della tutela cautelare atipica in relazione agli stessi si contendono il campo due orientamenti contrapposti.

Il primo nega l'ammissibilità della tutela d'urgenza per detti diritti basando le proprie argomentazioni, da un lato, sul principio della necessaria correlazione, che in specie mancherebbe, tra la condanna e l'esecuzione forzata e, dall'altro, sull'impossibilità per il provvedimento atipico urgente di garantire al titolare del diritto stesso più di quanto possa ottenere con la sentenza che chiude l'accertamento del diritto a cognizione piena.

Il secondo orientamento ammette la tutela cautelare atipica per essi considerando il concetto di irreparabilità del pregiudizio non tanto con riferimento al diritto fatto valere quanto al titolare dello stesso, al fine di garantirgli l'effettività di tutela cautelare. In tal modo l'ammissibilità della tutela d'urgenza permetterebbe solo di anticipare, nella ricorrenza dei presupposti di legge, gli effetti materiali consequenziali alla sentenza costitutiva.

Ad ogni modo, si registrano pronunce giurisprudenziali (anche più lontane nel tempo: Pret. Roma 31/05/1972; Pret. Roma 30/11/1979; Trib. Ascoli Piceno 27/11/1984) che hanno riconosciuto che anche per tali situazioni giuridiche può configurarsi un reale pericolo di lesione nelle more di definizione del

giudizio di merito. La giurisprudenza più recente è stata interessata in particolar modo dalle controversie in materia societaria e di trasferimento della proprietà immobiliare.

In relazione al diritto del socio non amministratore di consultare i libri sociali e i documenti relativi alla gestione, l'esperibilità del ricorso all'art. 700 c.p.c. è stato affermato (Trib. Milano 30/10/2004; Trib. Chieti 31/05/2005; Trib. Taranto 13/07/2007) qualora finalizzato all'esercizio del proprio diritto alla tutela della posizione soggettiva di singolo socio) mentre nell'ambito dell'obbligo di trasferire la proprietà di un immobile, si è ritenuto che possano essere configurabili, in presenza del *fumus bonis iuris* e del *periculum in mora*, solo i provvedimenti cautelari d'urgenza atti a consentire al promissorio acquirente di anticipare l'utilizzo del bene in questione: In tali casi, infatti, il provvedimento che permetta di disporre del diritto di proprietà dell'immobile potrà essere conseguito solo ed unicamente al termine del giudizio di merito, caratterizzato dalla cognizione piena.

7. CONCLUSIONI

A conclusione della trattazione dei profili generali della tutela cautelare in genere e della tutela d'urgenza in particolare, si ritiene di riepilogare, a corredo della stessa, le questioni giurisprudenziali più significative emerse in argomento.

A fini di completezza dell'esposizione si riportano, in via del tutto eccezionale ed a completamento della tabella riepilogativa delle stesse (tabella n. 4), le parti motive di interesse delle sentenze ivi richiamate.

Tabella n. 4

Sintesi questioni giurisprudenziali	
<p>Efficacia del provvedimento</p> <p>Il provvedimento cautelare perde efficacia quando la sentenza di merito, sebbene non ancora passata in giudicato, dichiara l'inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso (ed anche nell'ipotesi inversa, sostituendosi la sentenza di merito al precedente titolo)?</p> <p>I provvedimenti di urgenza perdono ogni efficacia e vigore a seguito della decisione emessa nel successivo giudizio di merito?</p> <p>Il convenuto ha l'onere di prendere immediata e precisa posizione in ordine ai fatti primari asseriti dall'attore a sostegno della propria domanda e tale onere è a pena di decadenza?</p>	<p>Cass. 09/01/2014, n. 301</p>

Sintesi questioni giurisprudenziali	
<p>Ai sensi del comma 3 dell'art. 669-novies c.p.c. il provvedimento cautelare perde efficacia quando la sentenza di merito, sebbene non ancora passata in giudicato, abbia dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso (ed anche nell'ipotesi inversa, sostituendosi la sentenza di merito al precedente titolo: cfr. Cass. 04/06/2008, n. 14765).</p> <p>Non è dovuta un'espressa confutazione degli argomenti a suo tempo accolti in sede di emissione della misura, atteso che il giudizio di merito non si pone come una sorta di fase impugnatoria di quello cautelare.</p>	
<p>Situazioni giuridiche tutelabili</p> <p>Il provvedimento d'urgenza deve essere limitato alla sola tutela dei diritti assoluti?</p> <p>Restano esclusi dall'area di utilizzo dell'art. 700 i diritti relativi?</p> <p>Un'obbligazione pecuniaria può essere suscettibile di tutela in via d'urgenza?</p> <p>Che tipo di tutela può assicurare il Giudice della cautelare?</p> <p>Nel tempo la giurisprudenza di merito ha ritenuto che la limitazione dell'applicabilità dei provvedimenti d'urgenza ai soli diritti assoluti strideva con l'intento perseguito dal legislatore attraverso l'introduzione della tutela <i>ex art.</i> 700 c.p.c.</p> <p>La giurisprudenza più recente ha ritenuto che la tutela atipica possa essere invocata anche per i diritti a contenuto patrimoniale in quanto volti a garantire al titolare il soddisfacimento dei bisogni primari di rilevanza costituzionale, ovvero per diritti a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale e, quindi, per diritti di credito e per rapporti meramente obbligatori.</p> <p>Il Giudice della cautela deve accertare l'irreparabilità del pregiudizio onde evitare qualsiasi tentativo di trasformare la fase cautelare del giudizio in una fase anticipatoria del merito, con tutela piena del diritto.</p>	<p>Trib. Pisa, Ord., 28/02/2014</p> <p>Trib. Udine, sez. lav. Ord., 07/04/2015, n. 1116</p> <p>Trib. Roma, sez. XI, Ord., 24/06/2015</p> <p>Trib. Oristano, Ord., 03/04/2015</p> <p>Trib. Massa, Ord., 13/03/2016</p>

Sintesi questioni giurisprudenziali	
<p>Funzione sussidiaria e Residualità</p> <p>È possibile esperire il rimedio della tutela cautelare d'urgenza <i>ex art. 700 c.p.c.</i> in presenza di altri rimedi tipizzati?</p> <p>Non è ammissibile la tutela d'urgenza se, a difesa del diritto da tutelare in via cautelativa, si possano utilmente esperire i procedimenti sommari tipici, di natura non cautelare, oppure sia prevista una fase sommaria urgente tipizzata in sede di processo ordinario di cognizione piena.</p>	<p>Trib. Catanzaro, sez. I civ., Ord., 14/07/2014</p> <p>Trib. Modena, sez. II, Ord., 05/06/2015</p>
<p>Divieto di riproposizione del ricorso - abuso del diritto</p> <p>Il ricorrente può riproporre la medesima istanza cautelare in assenza delle situazioni che integrano la fattispecie di cui all'art. 669-<i>septies</i> c.p.c.?</p> <p>In pendenza del termine per proporre il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto e in presenza delle condizioni di cui all'art. 669-<i>septies</i> c.p.c., a quale giudice l'istanza cautelare va riproposta?</p> <p>Nel caso in cui il ricorrente chieda, in via cautelare, i medesimi provvedimenti, sulla base delle medesime contestazioni, a giudici diversi aditi in successione, si configura l'ipotesi di abuso del processo?</p> <p>L'ordinanza di rigetto preclude la proposizione di istanze cautelari in assenza dei presupposti di cui all'art. 667-<i>septies</i> c.p.c.</p> <p>In pendenza del termine per proporre il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto, l'istanza cautelare va riproposta, quando sussistano le condizioni di cui all'art. 669-<i>septies</i> c.p.c., innanzi al Tribunale della fase del reclamo.</p> <p>L'ipotesi dell'abuso è configurabile ma deve essere valutata dal giudice alla luce dei fatti di causa</p>	<p>Trib. Milano, sez. specializzata dell'impresa, sez. A, Ord., 12/03/2016</p>
<p>Regolamento di competenza</p> <p>Si ritiene ammissibile la proposizione del regolamento di competenza nel caso dei procedimenti cautelari?</p> <p>No. Non è ammissibile la proposizione del regolamento di competenza in materia di procedimenti cautelari</p>	<p>Cass. SS. UU., 29/07/2013, n. 18189</p> <p>Cass., sez. VI, 20/01/2015, n. 797</p>

Sintesi questioni giurisprudenziali

Ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.

L'art. 111, comma 7, Cost. prevede la possibilità del ricorso per Cassazione per violazione di legge avverso a tutte le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale. Detto rimedio risulta applicabile anche alle ordinanze emesse a seguito di procedimento cautelare?

No. Va escluso il ricorso straordinario per Cassazione di cui all'art. 111 Cost. non essendo l'ordinanza cautelare idonea al giudicato.

Cass., sez. I,
27/12/2013,
n. 28673

Cass., sez. I,
20/01/2015, n. 896

Efficacia del provvedimento

Cass. 09/01/2014, n. 301

Non è necessario che il ricorso per cassazione adotti formule sacramentali o provveda all'esatta indicazione numerica di una delle ipotesi previste dall'art. 360 c.p.c., ma è pur sempre necessario che esso venga articolato in specifici motivi riconducibili in maniera immediata ed inequivocabile ad una delle cinque ragioni di impugnazione stabilite dalla citata norma codicistica.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 669-*novies* c.p.c. il provvedimento cautelare perde efficacia quando la sentenza di merito, sebbene non ancora passata in giudicato, abbia dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso (ed anche nell'ipotesi inversa, sostituendosi la sentenza di merito al precedente titolo).

I provvedimenti di urgenza hanno natura strumentale e funzione cautelativa del tutto provvisoria e sono per loro stessa natura destinati a perdere ogni efficacia e vigore a seguito della decisione emessa nel successivo giudizio di merito, nella quale rimangono assorbiti e caducati, con l'esaurimento della funzione cautelare che li caratterizza.

Non è dovuta un'espressa confutazione degli argomenti a suo tempo accolti in sede di emissione della misura, atteso che il giudizio di merito non si pone come una sorta di fase impugnatoria di quello cautelare.

Situazioni giuridiche tutelabili

Trib. Pisa, Ord., 28/02/2014

È inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. avanzato dalla curatela del fallimento nell'ipotesi in cui, nelle more del giudizio di merito nel quale si richiede la risoluzione di un contratto di affitto d'azienda per mancato pagamento del corrispettivo periodico per l'affitto di azienda, venga richiesta d'urgenza la restituzione degli esercizi commerciali, essendo disponibili i rimedi tipici del sequestro nelle varie forme

e, soprattutto, il rimedio disciplinato dall'art. 30, L. n. 1978/382 che consente il rilascio dell'immobile con ordinanza costituente titolo esecutivo.

Anche a seguito dell'ampliamento delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili con l'art. 700 c.p.c., una richiesta di tutela di una posizione meramente creditoria (come tale non suscettibile di subire un pregiudizio irreparabile, se non in linea di fatto) in concomitanza con l'esistenza di altri specifici istituti come il sequestro nel caso di perdita di garanzia del credito oppure nel caso di pregiudizio derivante dal ritardo i provvedimenti anticipatori di cui agli artt. 186-*bis* ss. ed il procedimento monitorio ex art. 633 c.p.c., non integra i presupposti di legge per la concessione della tutela cautelare d'urgenza.

L'azione volta ad ottenere la restituzione dell'azienda a seguito dell'azionato recesso dal contratto di vendita configura una controversia sulla proprietà o sul possesso del bene di cui al ricorso, nell'ambito della quale può ordinarsi il sequestro giudiziario dell'azienda, con contestuale nomina del custode, laddove ricorra il grave pregiudizio richiesto dalla legge (in specie: nelle more del giudizio ordinario il comportamento inerte della resistente, da tempo morosa, avrebbe potuto determinare la chiusura dell'azienda che, pertanto, sarebbe stata sottratta alla pretesa restitutoria del ricorrente o quantomeno ne avrebbe potuto alterare l'assetto complessivo).

Trib. Udine, sez. lav., Ord., 07/04/2015, n. 1116

L'irreperibilità del pregiudizio sottesa alla concessione della cautela ex art. 700 c.p.c. può concretamente configurarsi laddove sia in discussione la lesione di posizioni, principalmente attinenti alla sfera personale, aventi carattere assoluto e dotate di rilievo e protezione a livello primario o costituzionale, la cui tutela presupponga l'immediatezza dell'intervento; laddove siano, invece, in discussione aspetti di carattere prettamente economico, la necessità dell'intervento immediato non può ravvisarsi con esclusivo riferimento a tali profili, dovendo essere ulteriormente allegato e dimostrato che la semplice riparazione economica potrebbe non consentire il recupero dell'integrità dei predetti valori primari.

La modesta entità delle prestazioni richieste non consente di ravvisare un pregiudizio aventi le menzionate caratteristiche, neppure nell'ipotesi della paventata irripetibilità delle somme versate.

Trib. Roma, Sez. XI, Ord., 24/06/2015

Qualora il pregiudizio paventato abbia unicamente carattere pecuniario, non si integrano gli estremi della irreparabilità necessaria ai fini della concessione del provvedimento di urgenza che, in tal caso, impone la prova da parte del ricorrente della irreparabilità costituita dalla insufficienza di una futura riparazione pecuniaria del danno.

I crediti pecuniari, proprio per la mancanza del requisito della irreparabilità, possono formare oggetto di provvedimenti di urgenza solo in casi del tutto eccezionali, ossia solo laddove sia eccessivamente difficile la determinazione dell'ammontare del risarcimento o quando questo sia di entità tale che il pagamento determinerebbe la lesione di altri diritti assoluti o sarebbe difficilmente ripetibile.

Trib. Oristano, Ord., 03/04/2015

Ai fini della concessione di un provvedimento d'urgenza la legge presuppone, quale necessaria condizione, l'esistenza di un rapporto immediato e diretto tra il contenuto dell'invocato provvedimento urgente e gli effetti della futura sentenza di merito, con la conseguente implicazione, generalmente accettata, che in via d'urgenza non è ammessa la possibilità di conseguire effetti diversi e più ampi rispetto a quelli astrattamente riconosciuti dall'ordinamento giuridico e concretamente conseguibili in via ordinaria.

La sommarietà della cognizione, con ridotta istruzione e accertamento limitato alla probabile esistenza del diritto a cautela del quale una parte agisce nei confronti dell'altra, non dispensa il giudice dall'obbligo di verificare, anche nel procedimento cautelare, la sussistenza delle condizioni dell'azione, quali sono considerate la legittimazione e l'interesse ad agire e resistere in giudizio, il cui difetto preclude la concessione dei provvedimenti d'urgenza.

Il pregiudizio temuto può dirsi irreparabile, come tale in grado di giustificare la cautela, in presenza, se non di una vera e propria impossibilità di reintegrazione, a posteriori, nella posizione soggettiva violata, almeno di un'estrema difficoltà di accertamento del danno nel suo preciso ammontare. Di conseguenza, un minacciato pregiudizio di carattere patrimoniale non è da considerare irreparabile ogni qual volta sia pur possibile ottenere, nel futuro giudizio di merito, un risarcimento per equivalente, laddove è concedibile la tutela d'urgenza nei soli casi in cui il danno economico si accompagna inscindibilmente alla lesione di un interesse non patrimoniale.

Trib. Ordinario Massa, sez. unica civ., Ord., 13/03/2016

Si è in presenza di una controversia sulla proprietà o il possesso ai fini della concessione del sequestro giudiziario non soltanto quando siano o saranno esperite le caratteristiche azioni di rivendica, manutenzione o reintegrazione, ma anche nel caso che sia stata proposta o debba proporsi una azione contrattuale che, se accolta, importi condanna alla restituzione di un bene, o in ipotesi azioni di personali aventi ad oggetto la restituzione della cosa da altri detenuta.

Il termine possesso, usato unitamente a quello di proprietà, non va inteso in senso strettamente tecnico, rientrando in esso anche la detenzione qualificata e non qualificata del bene.

È ammesso il sequestro giudiziario nel caso in cui sia esperita o debba esperirsi l'azione di risoluzione, rescissione, nullità, annullamento o accertamento della simulazione di un rapporto obbligatorio che si riferisca ad un bene suscettibile di formarne oggetto, se collegata alla pretesa di ottenere la riconsegna dello stesso bene, persino nel caso in cui il sequestrante intenda rientrare nella disponibilità della cosa al solo fine di distruggerla.

Il sequestro giudiziario è pacificamente richiedibile (e, ove ne sussistano tutti i presupposti, adottabile) quando la parte ricorrente chieda la restituzione in via urgente del bene sulla premessa di volere esperire un'azione contrattuale, compresa, in particolare, l'azione di impugnazione del contratto preliminare di vendita comportante la condanna della parte convenuta al rilascio dell'immobile.

L'inserimento nel ricorso per sequestro giudiziario della istanza di nomina del ricorrente quale custode del bene immobile comporta, se accolto, l'ottenimento, in via cautelare, proprio della medesima tutela *ex art. 700 c.p.c.* finalizzata ad ottenere il rilascio, in via cautelare, dell'immobile a favore dello stesso.

Funzione sussidiaria e residualità

Trib. Catanzaro, sez. I civ., Ord., 14/07/2014

La riserva di residualità con cui apre la disposizione dell'art. 700 c.p.c. preclude l'utilizzabilità dei provvedimenti d'urgenza soltanto quando si voglia per il loro tramite tutelare un diritto da un *periculum in mora* già contemplato nel prevedere una misura cautelare tipica.

Il ricorso alla tutela cautelare innominata resta inammissibile allorquando l'istante possa concretamente disporre di un'azione cautelare tipica in grado di raggiungere un equivalente grado di abilità ad assicurare gli effetti della decisione di merito.

La domanda di provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* il cui scopo è quello di tutelare in via provvisoria una situazione di diritto, ha, però, natura e caratteri radicalmente diversi dalla proposizione di un'azione possessoria, mirante a tutelare una situazione di fatto, che può essere suscettibile di tutela anche se non corrisponda a un'azione di diritto ove la stessa sia astrattamente configurabile.

In presenza di una sostanziale diversità, quanto alla natura giuridica, fra i provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c. e quelli di cui all'art. 703 c.p.c. dev'essere escluso il potere di riqualificazione della domanda da parte del giudice

È inconfigurabile il possesso di servitù di parcheggio, cosicché il rimedio *ex art. 700 c.p.c.*, in quanto non finalizzato alla tutela di un diritto, non può ritenersi inammissibile.

Trib. Modena, sez. II, Ord., 05/06/2015

È inammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, difettando il requisito della residualità del provvedimento d'urgenza invocato, se la pretesa cautelare del ricorrente – diretta ad

ottenere rimedi urgenti per l'eliminazione delle infiltrazioni patite – avrebbe dovuto essere proposta con le forme del ricorso per danno temuto, ai sensi dell'art. 688 c.p.c., che consente la tutela cautelare finalizzata a neutralizzare il pericolo derivante dal particolare modo di essere di una cosa, a prescindere dall'attività umana (ed anzi nel caso di inerzia del proprietario della cosa da cui deriva il pericolo).

La ripetizione di un ricorso affetto dai medesimi difetti di presupposti di inammissibilità di un precedente specifico è sanzionabile ai sensi dell'art. 96 c.p.c., applicabile anche ai provvedimenti cautelari.

Divieto di riproposizione del ricorso – abuso del diritto

Trib. Milano, sezione specializzata dell'impresa, sez. A, Ord., 12.3.2016

L'ordinanza di rigetto preclude la proposizione di istanze cautelari in assenza dei presupposti di cui all'art. 667-*septies* c.p.c.

Pertanto, quand'anche ricorressero le ipotesi che consentono la riproposizione dell'istanza cautelare anteriormente rigettata, esse devono essere prospettate al giudice del reclamo, quando sono pendenti i relativi termini.

In pendenza della fase di reclamo, tutti i fatti dedotti o deducibili devono essere fatti valere in tale fase.

La riproposizione di identiche istanze cautelari, nonostante sia medio tempore intervenuta la pronuncia di un provvedimento negativo al di fuori delle ipotesi consentite, nonché della loro proposizione, in pendenza di reclamo, ad un giudice diverso del reclamo, non solo comporta l'inammissibilità del ricorso ma configura una condotta sanzionabile ex art. 96, comma 3, c.p.c. (in specie: parte ricorrente aveva proposto la medesima domanda cautelare ad autorità giudiziarie diverse, insistendo, sulla base dei medesimi fatti lesivi, per l'accoglimento della domanda, e ciò persino dopo l'emissione da parte di altro giudice, preventivamente adito, di un provvedimento di merito che aveva rigettato l'istanza, con il palese scopo di ottenere, nell'ultima sede adita, una sostanziale riforma del detto provvedimento, avverso il quale aveva anche proposto reclamo davanti al Tribunale, con evidente tecnica di *forum shopping*).

Regolamento di competenza

Cass. SS. UU., 29/07/2013, n. 18189

In materia di procedimenti cautelari è inammissibile la proposizione del regolamento di competenza, anche nell'ipotesi di duplice declaratoria d'incompetenza formulata in sede di giudizio di reclamo, sia in ragione della natura giuridica dei provvedimenti declinatori della competenza – che, in sede cautelare, non possono assurgere al *genus* della sentenza e sono, pertanto, inidonei ad instaurare la procedura di regolamento in quanto caratterizzati dalla provvisorietà e dalla riproponibilità illimitata – sia perché

l'eventuale decisione, pronunciata in esito al procedimento disciplinato dall'art. 47 c.p.c., sarebbe priva del requisito della definitività, in ragione del peculiare regime giuridico del procedimento cautelare nel quale andrebbe ad inserirsi.

Cass., sez. VI, 20/01/2015, n. 797

Nella fase sommaria del procedimento previsto dalla L. 28/06/2012, n. 92 (Legge Fornero), art. 1, commi 48 ss., è consentita una pronuncia sulla competenza (o litispendenza o continenza o connessione).

Nel rito Fornero di cui alla L. n. 92/2012, art. 1, comma 47 ss., il giudizio a cognizione piena è soltanto eventuale ed è attivabile con l'opposizione, per cui se questa non viene proposta l'ordinanza conclusiva della fase sommaria è idonea a passare in giudicato.

Nel caso del procedimento ai sensi dell'art. 1, comma 48 ss. della Legge Fornero una pronuncia sulla competenza emessa nella fase sommaria è dotata di stabilità e pertanto, non sussistendo le ragioni individuate dalle Sezioni Unite per negare l'ammissibilità del regolamento di competenza nel caso dei procedimenti cautelari, il regolamento di competenza deve ritenersi ammissibile.

Ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.

Cass., sez. I, 27/12/2013, n. 28673

Deve escludersi ogni carattere definitivo dell'ordinanza che ha autorizzato la misura "cautelare" del sequestro giudiziario, che può essere soggetta ad un giudizio di merito nel quale solamente potrà provvedersi alla disciplina delle spese, da porre a carico della parte soccombente ai sensi dell'art. 91 c.p.c., che di regola può escludersi sia individuabile nella fase cautelare anteriore al processo, nella quale esattamente si rinvia quindi la disciplina delle spese di causa all'eventuale giudizio di merito in ordine alla posizione soggettiva, a cautela della quale è emesso il provvedimento di cui all'art. 670 c.p.c.

Cass., sez. I, 20/01/2015, n. 896

Non è proponibile il ricorso straordinario proposto ai sensi dell'art. 111 Cost. quando abbia ad oggetto l'adozione o la reiezione di provvedimenti d'urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (nella specie: richiesto per ottenere l'ordine di disapplicazione della norma di Legge Provinciale che si assumeva lesiva dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza tra imprese).

Infatti, il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7 è proponibile avverso provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto solo quando essi siano definitivi ed abbiano carattere decisorio, cioè siano in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale.

8. APPENDICE

Si riportano di seguito alcuni schemi esemplificativi

SCHEMA ESEMPLIFICATIVO N. 1 - SINTESI

Il provvedimento d'urgenza può:

esser emesso solamente "fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo..." ovvero fuori dai casi di sequestro, di denuncia nuova opera e di danno temuto e di istruzione preventiva

il provvedimento d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c. costituisce uno strumento di tutela cautelare atipica in tutti quei casi non specificamente disciplinati dal codice di rito, che altrimenti rimarrebbero privi di protezione

Il giudice deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta di provvedimento d'urgenza se sussistono i presupposti per taluno degli altri citati provvedimenti cautelari, o prevista in norme di legge particolari

SCHEMA ESEMPLIFICATIVO N. 2 - FINALITÀ

Il richiesto provvedimento in via cautelare ed urgente deve avere

la funzione di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale

tramite la neutralizzazione del pregiudizio che potrebbe derivare alla parte dalla durata del processo di merito

Ne consegue che la fondatezza della istanza cautelare deve valutarsi alla stregua dell'accertata, concorrente sussistenza dei presupposti indefettibili sia del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora*.

SCHEMA ESEMPLIFICATIVO N. 3 - FASI COMUNI PROCEDURA

fasi
disciplina
unitaria

autorizzazione del
provvedimento cautelare

attuazione/esecuzione
della misura cautelare

impugnazione del
provvedimento (eventuale)



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)