

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

XXXII Ciclo

Curriculum di Diritto Processuale Civile e Diritto dell'Unione Europea

L'autorità del provvedimento cautelare

Contributo allo studio dell'efficacia dei provvedimenti giudiziali

Felloni Giacomo

Matricola 823008

Tutor: Prof.ssa Maria Cristina Vanz

Coordinatore: Prof. Maurizio Arcari

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Dicebat Bernardus Carnotensis nos esse quasi nanos gigantium humeris insidentes, ut possim plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine aut eminentia corporis, sed quia in altum subvehimur et extollimur magnitudine gigantea.

(Giovanni di Salisbury, *Metalogicon*, II, 4)

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	V
---------------------------	---

CAPITOLO I

AUTORITÀ GIURIDICA E AUTORITÀ DI FATTO

1. La sfuggente nozione di autorità <i>ex art. 669-octies</i> , 9° comma, c.p.c.	1
Sezione prima	
LA NOZIONE DI “AUTORITÀ” NEL DIRITTO POSITIVO	
2. L’art. 337, 2° comma, c.p.c.	6
2.1. La tesi tradizionale dell’equivalenza tra “autorità” ed “autorità della cosa giudicata”	8
2.2. La tesi della autorità di fatto della sentenza	10
2.3. La tesi di E.T. Liebman	12
2.4. L’opinione giurisprudenziale	16
2.5. Autorità ed efficacia della sentenza nel sistema attuale	20
3. Altre ipotesi di “autorità” del provvedimento giudiziale	22
3.1. Il “rito societario”: il d.lg. n. 5/2003	22
3.2. L’art. 624, 3° comma, c.p.c.	24
4. Brevi considerazioni provvisorie sulla nozione di “autorità” del provvedimento nel diritto positivo	26
Sezione seconda	
L’AUTORITÀ <i>EX ART. 669-OCTIES</i> , 9° COMMA, C.P.C.	
5. Premesse sulla definizione di autorità del provvedimento cautelare	28
6. “Autorità” del provvedimento cautelare come giudicato	29
6.1. Incompatibilità tra tutela cautelare e cosa giudicata	32
6.2. Strumentalità funzionale come ostacolo al giudicato	37
7. L’“autorità” come fenomeno metagiuridico: l’ <i>auctoritas</i>	40
8. L’autorità “di mero fatto” del provvedimento cautelare	45
8.1. Il sistema dei <i>référé</i> s nel diritto francese	47

8.2. (segue) Evoluzione dell'istituto	50
8.3. (segue) L'autorità del provvedimento di <i>référé</i>	52
8.4. Invocabilità dell'autorità di mero fatto in un diverso giudizio	56
9. L'autorità giuridica del provvedimento cautelare: la sua "imperatività" tra le parti	58
9.1. L'efficacia giuridica del provvedimento cautelare	62
10. L'"autorità" ex art. 669- <i>octies</i> , 9° comma, c.p.c. ed ex art. 337, 2° comma, c.p.c.: alcune brevi considerazioni conclusive	66

CAPITOLO II

RAPPORTI TRA AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO E DIRITTO CAUTELATO

1. Provvedimento cautelare e prescrizione	69
1.1. L'interruzione della prescrizione	70
1.1.1. L'effetto interruttivo istantaneo	71
1.1.2. L'effetto interruttivo permanente	74
1.2. L' <i>actio iudicati</i> e la tutela cautelare	78
2. L'usucapione del diritto conseguente al provvedimento cautelare	80
2.1. Interversione del possesso e provvedimento giudiziale	81
3. L'invocabilità degli effetti del provvedimento cautelare su prescrizione e usucapione in un diverso giudizio	88
4. La ripetizione dell'indebito	92
4.1. La non doverosità della prestazione spontaneamente adempiuta in ottemperanza al provvedimento cautelare	94
4.2. L'adempimento conseguente all'attuazione del provvedimento cautelare. Rinvio	99
5. Provvedimento cautelare e garanzie reali	99
5.1. L'iscrizione di ipoteca e la sua cancellazione	100
5.2. La riduzione di ipoteca	107
6. Tutela cautelare e diritti sostanziali. Cenni conclusivi	111

CAPITOLO III
DECISIONE CAUTELARE E GIUDIZIO DI MERITO

1.	L'instaurazione del giudizio di merito	115
1.1.	L'onere della prova nel giudizio <i>ex art. 669-octies</i> , 6° comma, II pt., c.p.c.	122
1.2.	Autorità del provvedimento cautelare e interesse ad agire nel giu- dizio di merito	132
2.	Individuazione del regime di stabilità applicabile alla misura interinale e rilevanza della qualificazione del giudice cautelare	133
2.1.	Conseguenze e rimedi delle parti in caso di erronea qualificazione del giudice cautelare	138
3.	Il provvedimento cautelare come prova in un diverso giudizio	143
3.1.	Il provvedimento cautelare come prova scritta <i>ex art. 634 c.p.c.</i>	149
3.2.	(segue) Autorità “documentale” del provvedimento cautelare	155

CAPITOLO IV
AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE
IN UN GIUDIZIO NON DICHIARATIVO

1.	La nozione di “diverso processo” <i>ex art. 669-octies</i> , 9° comma, c.p.c. ...	159
Sezione prima		
AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE IN SEDE DI ATTUAZIONE-ESECUZIONE		
2.	L'efficacia esecutiva del provvedimento cautelare	161
3.	Ammissibilità dell'opposizione all'attuazione-esecuzione di una misura cautelare	171
3.1.	Le doglianze spendibili nel giudizio di opposizione all'attuazione- esecuzione dei provvedimenti cautelari	180
3.2.	La sospensione <i>ex art. 624 c.p.c.</i> del processo attuativo-esecutivo a seguito di opposizione all'esecuzione. Rinvio	189

4. La ripetizione di quanto pagato in sede di attuazione-esecuzione di una misura cautelare	190
5. Note conclusive sull'invocabilità dell'autorità del provvedimento cautelare nel processo esecutivo	195

Sezione seconda

AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE
IN ALTRO GIUDIZIO CAUTELARE

6. Interferenze tra giudizi cautelari	198
6.1. La sospensione <i>ex art. 624 c.p.c.</i> dell'attuazione-esecuzione instaurata in forza di misura cautelare	207

<i>Conclusioni</i>	211
--------------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	I
---------------------------	---

<i>Giurisprudenza</i>	XXIV
-----------------------------	------

INTRODUZIONE

Lo studio dell'autorità del provvedimento cautelare è un tema molto approfondito, ma, al contempo, bisognoso di razionalizzazione. Molti Autori, infatti, a partire dalla profonda riforma che ha interessato la tutela cautelare per opera del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, si sono interrogati sulla portata da attribuire all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., che, come è intuibile, rappresenta il punto di partenza di ogni indagine sull'autorità del provvedimento cautelare.

Le indagini, talora molto approfondite, che sono state svolte sulla tutela cautelare a seguito della riforma del 2005 e dell'introduzione della seconda parte dell'art. 669-*octies* c.p.c. si sono però concentrate o sull'attitudine dei provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata a stabilizzarsi, ovvero su singole questioni che presupponevano un'interpretazione dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., che, però, restava sullo sfondo della trattazione.

Il presente lavoro muove, invece, da una prospettiva diversa rispetto all'approccio tradizionale dello studio della stabilità dei provvedimenti cautelari. Da un lato, infatti, si cercherà di svolgere un'indagine il più possibile omogenea dell'autorità del provvedimento cautelare, cercando di cogliere quegli aspetti che uniscono tutela cautelare a strumentalità piena e tutela cautelare a strumentalità attenuata, sulla premessa che i punti di contatto tra le due categorie di provvedimenti siano maggiori dei punti di divisione. Dall'altro lato, si cercherà di fornire una risposta organica ai singoli interrogativi che hanno interessato, specialmente nell'ultimo decennio, la tutela cautelare.

Una tale attività presuppone, logicamente, un doppio passaggio. In primo luogo, occorre fornire una definizione di autorità del provvedimento giudiziale e di autorità del provvedimento cautelare, in qualche modo prescindendo dall'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., che della disciplina di tale autorità rappresenta solamente un tassello. Solo dopo aver individuato le diverse sfaccettature di cui si compone una tale autorità si potrà passare all'esame dei singoli profili che, volta per volta, sono state ricondotti nello studio di una tale nozione.

Come si osserverà nel corso della trattazione, ogni indagine circa la nozione, sfornita di definizione legislativa, di "autorità", non può prescindere dallo studio della nozione di autorità ed efficacia della sentenza elaborata da Liebman negli anni '30 dello scorso

secolo e perfezionata, non senza il contributo di altri autorevoli Autori, nei decenni successivi. All'esame dell'autorità della sentenza e degli altri provvedimenti giurisdizionali è, pertanto, dedicata la prima parte del primo capitolo. Sarebbe, infatti, un'attività sterile l'indagine della nozione di autorità del provvedimento cautelare, senza prima individuare i termini fondamentali del dibattito sulla autorità del provvedimento giudiziale in cui il legislatore nel 2005 si è, seppur forse maldestramente, inserito.

La seconda parte del primo capitolo sarà, invece, destinata all'esame di tutti i possibili significati che la nozione oggetto della presente indagine può assumere, cercando di stabilire, volta per volta, come tali possibili significati (tutti, a nostro avviso, predicati riferibili alla tutela cautelare) possano rapportarsi con la formulazione letterale dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.

Solo all'esito di una tale indagine sarà possibile procedere ad esaminare i limiti entro cui l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso giudizio.

Per lo sviluppo di tale ricerca si è scelto, per meglio rispettare le diverse sfumature che tale nozione può assumere, di tripartire il lavoro.

Anzitutto, è opportuno analizzare i limiti entro cui l'autorità del provvedimento cautelare produce effetti (o, se si preferisce, ricorrendo alla formulazione dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., è invocabile) nei confronti del diritto sostanziale. Tale indagine si rivela particolarmente proficua perché il provvedimento cautelare produce, con maggiore ampiezza, i propri effetti, non soggiacendo ai limiti previsti dalla norma da ultimo richiamata.

Solo all'esito di un tale percorso si può così procedere all'esame delle interferenze tra tutela cautelare e processo. Da un lato, si può esaminare l'ipotesi, più frequente, in cui l'autorità del provvedimento cautelare sia invocato in un diverso giudizio di merito, solitamente instaurato *ex art. 669-*octies*, 1° e 2° comma, c.p.c.* (per la tutela cautelare a strumentalità piena), ovvero *ex art. 669-*octies*, 6° comma, II pt., c.p.c.* (per la tutela cautelare a strumentalità attenuata).

In conclusione del lavoro si prenderanno in esame i rapporti tra tutela cautelare e giudizi non di merito e, dunque, procedimenti esecutivi e cautelari, cercando di stabilire se anche questi giudizi possano essere ricompresi dell'ambito applicativo dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., la cui formulazione letterale è piuttosto ampia.

Come il lettore avrà intuito, lo studio dell'autorità del provvedimento cautelare comporta l'esame di una molteplicità di istituti, tanto di diritto processuale quanto di diritto sostanziale, il cui esame è preliminare ad ogni studio in materia. Si è scelto di non prendere in considerazione qualsiasi istituto che possa entrare in contatto con la tutela cautelare, dal momento che una tale indagine non avrebbe giovato alla nostra indagine, sotto un duplice profilo. Da un lato, l'estensione dell'indagine ad una tale quantità di istituti, pressoché sovrapponibili alla totalità degli argomenti del diritto civile e del diritto processuale civile, avrebbe compromesso la serietà della ricerca. Dall'altro lato, è innegabile che lo studio delle interferenze tra tali istituti e la tutela cautelare non sarebbe neppure stata di particolare utilità scientifica, atteso che, nella maggior parte delle ipotesi, l'autorità e l'efficacia dei provvedimenti cautelari non divergono in nulla da quelle di qualsiasi altro provvedimento giudiziale.

Si è, pertanto, scelto di selezionare quei soli istituti la cui interazione con la provvisorietà della tutela cautelare presentano un qualche interesse, sia sul piano pratico (che nemmeno in questa sede merita di essere trascurato), sia sul piano teorico. Il lettore avvezzo allo studio della tutela cautelare potrà, così, osservare come alcuni degli istituti presi in considerazione siano stati oggetto di indagine in altri studi sui provvedimenti cautelari, seppur spesso con soluzioni diverse. La selezione e l'esame di altri istituti è, invece, per quanto ci consta, pressoché inedita negli studi sull'autorità del provvedimento cautelare.

Si è, così, cercato di fornire un esame il più possibile completo non solo della nozione di autorità nel suo aspetto statico, ma altresì nel suo aspetto dinamico, in relazione alle interferenze con il diritto sostanziale e processuale.

Spetta, ora, al lettore stabilire se un tale tentativo sia riuscito, ma confidiamo che, comunque, il presente lavoro possa costituire un contributo per ogni successiva indagine sull'autorità non solo dei provvedimenti cautelari, ma, più in generale, dei provvedimenti giudiziali.

CAPITOLO I

AUTORITÀ GIURIDICA E AUTORITÀ DI FATTO

SOMMARIO: 1. *La sfuggente nozione di autorità ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.* – 2. *L’art. 337, 2° comma, c.p.c.* – 2.1. *La tesi tradizionale dell’equivalenza tra “autorità” ed “autorità della cosa giudicata”.* – 2.2. *La tesi della autorità di fatto della sentenza.* – 2.3. *La tesi di E.T. Liebman.* – 2.4. *L’opinione giurisprudenziale.* – 2.5. *Autorità ed efficacia della sentenza nel sistema attuale.* – 3. *Altre ipotesi di “autorità” del provvedimento giudiziale.* – 3.1. *Il “rito societario”: il d.lg. n. 5/2003.* – 3.2. *L’art. 624, 3° comma, c.p.c.* – 4. *Brevi considerazioni provvisorie sulla nozione di “autorità” del provvedimento nel diritto positivo.* – 5. *Premesse sulla definizione di autorità del provvedimento cautelare.* – 6. *“Autorità” del provvedimento cautelare come giudicato.* – 6.1. *Incompatibilità tra tutela cautelare e cosa giudicata.* – 6.2. *Strumentalità funzionale come ostacolo al giudicato.* – 7. *L’“autorità” come fenomeno metagiuridico: l’auctoritas.* – 8. *L’autorità “di mero fatto” del provvedimento cautelare.* – 8.1. *Il sistema dei référés nel diritto francese.* – 8.2. *(segue) Evoluzione dell’istituto.* – 8.3. *(segue) l’autorità del provvedimento di référé.* – 8.4. *Invocabilità dell’autorità di mero fatto in un diverso giudizio.* – 9. *L’autorità giuridica del provvedimento cautelare: la sua “imperatività” tra le parti.* – 9.1. *L’efficacia giuridica del provvedimento cautelare.* – 10. *L’“autorità” ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. ed ex art. 337, 2° comma, c.p.c.: alcune brevi considerazioni conclusive.*

1. *La sfuggente nozione di autorità ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.*

“L’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

Con queste poche parole il legislatore del 2005, con d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, riteneva di aver risolto sul nascere ogni dibattito sul destino del provvedimento cautelare, per come disegnato con quella riforma.

Come noto, infatti, nel 2005 la tutela cautelare è stata profondamente riformata, con l’eliminazione, per alcuni provvedimenti indicati all’art. 669-octies, 6° comma, c.p.c., della necessità di instaurare il giudizio di merito secondo quanto prescritto, come regola generale, dall’art. 669-octies, I pt., c.p.c.

Questa innovazione ha comportato un ripensamento della stessa stabilità dell’ordinanza cautelare, destinata a non essere più inevitabilmente provvisoria, sicché, in difetto di un’opposta decisione di merito è destinata a sopravvivere *sine die*.

Si spiega così perché la nozione di “autorità”, seppure, come vedremo ampiamente studiata in relazione alla sentenza, non fosse mai neppure stata, fino a quel momento, affrontata in relazione ai provvedimenti cautelari.

Infatti, la questione è stata per la prima volta presa in considerazione in seguito all'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata¹. Prima di tale momento, del resto, il provvedimento cautelare non poteva *de iure condito*² neppure essere concepito come autonomo dal giudizio di merito. Solamente a seguito dell'attenuazione, ad opera del legislatore, del nesso di strumentalità strutturale³ tra giudizio cautelare e giudizio di merito si è manifestata l'esigenza di disciplinare nel diritto positivo la stabilità del provvedimento cautelare.

¹ Per l'utilizzo di tale espressione si veda, a titolo esemplificativo, COMASTRI, sub *art. 669-octies*, in BRIGUGLIO – CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, I, Padova, 2007, 165; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 11° ed., Torino, 2017, 217; DEMARCHI, *Le modifiche ai procedimenti cautelari in generale ed al procedimento di ingiunzione*, in DEMARCHI, *Il nuovo rito civile*, II, Milano, 2006, 96; GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 787; GIORDANO, *Riflessioni sulla c.d. strumentalità attenuata nel «nuovo» procedimento cautelare uniforme*, in *Giur. merito*, 2006, 1946; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO – LUISO – MENCHINI – SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, I, Milano, 2006, 73; SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 283.

In giurisprudenza si vedano Trib. Isernia, 15 settembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 98 ss.; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27863, in *De iure*; Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, 210; Trib. Napoli, 20 novembre 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2016.

Non sono, peraltro, mancate altre espressioni quali, senza pretesa di esaustività, “strumentalità eventuale” (TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 125, la quale preferisce tale espressione a “strumentalità attenuata”, per le ragioni indicate in TISCINI, *op. ult. cit.*, 144), “strumentalità allentata” (così si esprimeva la relazione ministeriale al D.Lg. n. 5/2003 consultabile in *La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario: schema di decreto legislativo*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 514 ss. spec. 517), “strumentalità debole” (MANDRIOLI – CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, 26° ed., Torino, 2017, 275, pur ammettendo altresì l'espressione “strumentalità attenuata, per le ragioni indicate in MANDRIOLI – CARRATTA, *op. ult. cit.*, 305 n. 59), “ultrattività” (ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, 2° ed., XI, Padova, 2011, 29, il quale utilizza altresì l'espressione “allentamento del rapporto di strumentalità”; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, I, in CHIARLONI – CONSOLO (a cura di), *I provvedimenti sommari e speciali*, II, Torino, 2005, 656).

² Ben diversa poteva invece apparire la questione *de iure condendo*. Sin dalla commissione presieduta da E.T. Liebman (il cui progetto di riforma è consultabile in *Riv. dir. proc.*, 1981, 504 ss. spec. 512 ss.) si prevedeva, all'art. 28, 1° comma, lett. d), un'attenuazione della strumentalità tra il provvedimento cautelare ed il giudizio di merito. Nel medesimo senso si esprimeva altresì l'art. 43 del progetto elaborato dalla commissione presieduta da G. Tarzia (consultabile in *Riv. dir. proc.*, 1996, 945 ss. spec. 964).

³ Con tale espressione ci si riferisce a quel fenomeno, già descritto da Calamandrei, per il quale i provvedimenti cautelari sono “immancabilmente *preordinati* alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo” (CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 175). Di conseguenza, per “strumentalità strutturale” si intende quel vincolo che lega giudizio cautelare e giudizio di merito, tale per cui, in difetto del giudizio di merito i cui effetti sono stati assicurati interinalmente, l'ordinanza che ha deciso il giudizio cautelare perde efficacia. La riforma non ha, invece, inciso sulla nozione di strumentalità funzionale, con la quale si indica la necessità che il provvedimento cautelare sia concessa al fine di assicurare la fruttuosità di un (ormai, come visto, eventuale) giudizio di merito. Del resto, poiché tale requisito si traduce, in ultima analisi, nell'altra faccia della medaglia del *periculum in mora*, si comprende come, qualora questo venisse meno, ci si troverebbe al di fuori della stessa tutela cautelare.

Peraltro, benché il nono comma del citato art. 669-*octies* c.p.c. sia stato scritto proprio alla luce della tutela cautelare ultrattiva, la lettera della norma in commento non si presta ad interpretazioni restrittive⁴. A differenza infatti dei commi 7° ed 8° del medesimo articolo, la cui disciplina, rispettivamente in punto di spese e di estinzione del giudizio di merito, è espressamente circoscritta ai “provvedimenti di cui al sesto comma” (e, dunque, “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”), nessuna analogia limitazione vi è in relazione all’invocabilità dell’autorità in un diverso giudizio.

Con ciò, naturalmente, non si vuole negare rilievo alla centralità che la tutela cautelare a strumentalità attenuata ha avuto nella redazione di tale previsione, ma solamente evidenziare che sarebbe metodologicamente errato, a parere di chi scrive, offrire una interpretazione restrittiva, incentrata sulle peculiarità della tutela prevista all’art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c., dimenticandosi che analoghe conclusioni dovrebbero essere applicabili anche alle ipotesi di tutela a strumentalità piena.

Del resto, poiché la riforma del 2005 non ha in alcun modo inciso sulla strumentalità funzionale del provvedimento cautelare⁵, sarebbe un grave errore operare distinzioni artificiose tra le due categorie di tutela interinale che superino il solo ambito della strumentalità strutturale.

Pertanto, al fine di poter condurre un’indagine sul significato da attribuire alla nozione di autorità è necessario tenere ben presente che essa deve essere compatibile non solo, come è ovvio, con la tutela cautelare a strumentalità attenuata, ma altresì con la tutela a strumentalità piena.

Tanto premesso sull’ambito applicativo dell’oggetto della nostra indagine, è necessario osservare come, nel nostro ordinamento, non vi sia alcuna definizione di “autorità” di un provvedimento giudiziale né, tantomeno, cautelare, che possa guidare l’operatore giuridico nell’interpretazione dell’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.

⁴ L’osservazione è già rinvenibile in BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008, 216 ss. Conf. VULLO, *Procedimenti cautelari in generale*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2017, 258 s. In senso contrario, seppur apoditticamente, in motivazione Cass., 3 ottobre 2016, n. 19720, in *De Jure*.

⁵ V. *supra* n. 3.

Tale lacuna appare però frutto di una scelta legislativa.

Infatti, la norma contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. riprende quanto previsto, limitatamente alle materie soggette al rito societario (indicate all'art. 1 del d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5), dall'art. 23, 6° comma, del medesimo provvedimento, in relazione alla tutela cautelare⁶. Nella relazione ministeriale che accompagnava tale decreto, il legislatore delegato aveva però avuto modo di chiarire come l'utilizzo di tale espressione fosse dipesa dalla circostanza che questa fosse “di ascendenza dottrinale e perciò molto investigata nelle sue implicazioni”⁷, così richiamando, seppur implicitamente, la nozione di “autorità” della sentenza *ex art. 337*, 2° comma, c.p.c.⁸.

Dunque, nel rito societario, il legislatore non aveva ritenuto necessario fornire una definizione di “autorità” del provvedimento cautelare poiché – si riteneva – su tale questione si era già espressa la dottrina, seppur in relazione alla diversa ipotesi di “autorità” della sentenza. Pertanto, secondo il legislatore delegato, sarebbe stato sufficiente, per interpretare la norma, il rinvio a quell'ampio dibattito dottrinale.

Una analoga espressa giustificazione di tale scelta lessicale difetta per la l. n. 80/2005, ma le medesime ragioni che avevano spinto il legislatore del 2003 ad introdurre una tale previsione sono agilmente trasponibili anche alla riforma del 2005, essendo entrambe le norme espressione del medesimo intento riformatore della tutela cautelare.

Infatti, a sostegno di tale conclusione vi è, anzitutto, la perfetta identità sul punto tra le due norme (rispettivamente l'art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c. e l'art. 23, 6° comma, d.lg. n. 5/2003). Anche a prescindere da tale ovvia osservazione, occorre poi osservare come sia l'introduzione del rito societario sia la riforma della tutela cautelare siano entrambe avvenute durante la XIV legislatura (e a distanza di soli due anni): è, dunque, sin troppo evidente la volontà del legislatore di estendere il regime di maggior stabilità della strumentalità attenuata, dopo una prima fase sperimentale in cui essa era stata applicata limitatamente alla sola materia societaria, ad ogni altra materia.

Del resto, identiche conclusioni si imporrebbero anche in difetto di una *voluntas le-*

⁶ Il tenore letterale della norma era il seguente: “in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo”.

⁷ La relazione è consultabile in *La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario: schema di decreto legislativo*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 515 ss. spec. 517.

⁸ Su cui rinviamo *infra* pff. 2 ss.

gis: prima del 2005, le uniche norme che si riferivano all'invocabilità *aliunde* dell'autorità di un provvedimento erano l'art. 23, 6° comma, d.lg. 5/2003 e proprio l'art. 337, 2° comma, c.p.c. Sicché l'interprete non avrebbe potuto che ricorrere, per la definizione dell'espressione contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., proprio a tali previsioni di legge.

Ad ogni modo, la scelta di riferirsi alla "autorità" di un provvedimento, senza offrirne una contestuale definizione appare, come vedremo, fonte di notevoli difficoltà esegetiche, dal momento che, seppur "molto investigata nelle sue implicazioni", l'espressione "autorità", contenuta all'art. 337, 2° comma, c.p.c., non è affatto pacifica nella sua interpretazione⁹. Si è, anzi, persa un'occasione per chiarire, una volta per tutte, la portata della norma da ultimo citata, benché, come vedremo in conclusione del presente capitolo, muovendo dall'interpretazione dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. sia possibile ricavare utili elementi anche per reinterpretare l'art. 337, 2° comma, c.p.c. o, quantomeno, per rimeditarlo.

⁹ Motivo per cui, sin dai primi commentatori, si è rilevata l'inopportunità della scelta legislativa di rinviare a tale dibattito (su v., in proposito, *infra* pf. 2): FRUS, *Sub art. 23*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 671.

Sezione prima

LA NOZIONE DI “AUTORITÀ” NEL DIRITTO POSITIVO

2. *L'art. 337, 2° comma, c.p.c.*

Come si è già accennato, fino al 2003 l'autorità di un provvedimento giudiziale (della sentenza, in particolare) era contenuta e disciplinata dal solo art. 337, 2° comma, c.p.c., dettato in materia di impugnazioni.

In particolare, tale norma, rubricata “sospensione dell'esecuzione e dei processi”, dopo essersi premurata, al primo comma, di stabilire che, di regola, l'impugnazione della sentenza non è idonea a sospenderne l'esecuzione¹⁰, aggiunge, al secondo comma, che “quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso, se tale sentenza è impugnata”. Tale norma non disciplina, dunque, espressamente l'autorità della sentenza, ma solamente una sua conseguenza, nel caso in cui essa sia invocata in un diverso processo.

A ciò si aggiunga, sin da ora, che, nonostante l'affermata simmetria tra l'art. 337, 2° comma, e l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., le due disposizioni appaiono tra loro antitetiche. Mentre, infatti, la prima, nel disciplinare la sospensione del secondo giudizio, ammette che tale “autorità” sia invocabile *aliunde*, tale possibilità è invece esplicitamente esclusa dalla seconda norma.

Benché la scelta di richiamare il dibattito formatosi sull'art. 337, 2° comma, c.p.c. sia stata rivendicata dal legislatore delegato del 2003, essa non può che lasciare perplesso l'interprete, quantomeno per due ragioni. La prima, di carattere sistematico, consiste nell'errore di considerare equivalenti, sul piano dell'autorità, una sentenza ed un provvedimento cautelare: infatti, a tacer d'altro, quest'ultimo, a differenza della prima, è provvisorio e, pertanto, intrinsecamente più precario. In secondo luogo, se, da un lato, è innegabile che l'espressione “autorità” sia stata oggetto di vaste ed articolate indagini ad opera della dottrina, tuttavia, come vedremo tra poco, i risultati a cui tale dibattito ha portato non sono per nulla pacifici.

Per convincersi dell'inopportunità della scelta legislativa, è sufficiente richiamare i

¹⁰ Ciò, quantomeno, a far data dall'entrata in vigore della l. 26 novembre 1990, n. 353. In precedenza, si prevedeva, invece, all'opposto, un'eccezione a tale principio qualora la sentenza fosse stata appellata.

più significativi epiteti attribuiti in dottrina all'art. 337, 2° comma, c.p.c.: così, senza pretesa di esaustività, la disposizione in esame è stata definita “svarione dei compilatori”¹¹, “disgraziatissimo articolo”¹², disposizione “non felice”¹³ o “piuttosto oscur[a] e problematic[a]”¹⁴. Si tratta, dunque, di norma che non è mai stata particolarmente apprezzata dagli interpreti, per il suo obiettivo cripticismo.

Del resto, al tenore letterale non particolarmente chiaro si aggiunge, come già anticipato, la nota polemica che ha appassionato gli studiosi sul rapporto tra efficacia ed autorità della sentenza civile, in relazione al quale, a partire dal 1940, ha assunto rilevanza anche l'art. 337, 2° comma, c.p.c., sconosciuto nel codice di rito del 1865.

Mentre, infatti, ai sensi dell'art. 337, 2° comma, c.p.c., “quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata”, il codice del 1865 prevedeva esclusivamente due ipotesi in cui poteva essere disposta la sospensione: la revocazione (art. 504 c.p.c. 1865) e l'opposizione di terzo (art. 515 c.p.c. 1865). In entrambi i casi, dunque, era fuor di dubbio che la norma ivi contemplata si applicasse solamente alla sentenza già passata in cosa giudicata (altrimenti, non sarebbe neppure stato possibile esperire i suddetti mezzi di impugnazione).

Analoga soluzione non è, invece, stata accolta nel 1940, dal momento che il legislatore ha unificato le due previsioni in un'unica norma, non più contenuta, come in passato, nella disciplina dei singoli mezzi di impugnazione, ma nel capo contenente la disciplina generale delle impugnazioni (capo I del titolo III del libro II del codice di rito) ed ha utilizzato un'espressione (“autorità”) non solo inedita nel codice del 1865, ma che il legislatore non si è premurato neppure di definire.

Sull'interpretazione da offrire a tale espressione si è, pertanto, sviluppato un acceso dibattito che ha coinvolto, inizialmente, la sola dottrina e che si è progressivamente esteso alla giurisprudenza, sino, come si vedrà, all'intervento delle Sezioni Unite.

Chi scrive è ben consapevole che le poche pagine che seguono non sono sufficienti

¹¹ ALLORIO, *Postilla*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 28.

¹² ALLORIO, *op. loc. citt.*

¹³ VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, 55 n. 105; MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 327.

¹⁴ REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, 2° ed., Milano, 1953, 277, il quale la definisce altresì “disposizione sperduta”; CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, 26.

ad analizzare esaurientemente tutti i termini del ricco dibattito sviluppatosi per tutta la seconda metà del XX secolo sull'interpretazione dell'"autorità" della sentenza, in relazione al quale hanno avuto modo di esprimersi tutti i Maestri, sin dall'immediato secondo dopoguerra.

Pertanto, al fine di evitare superficiali o incomplete ricostruzioni del dibattito¹⁵, si è preferito porre l'attenzione solamente sugli elementi che potranno proficuamente essere utilizzati ai fini della nostra indagine sulla nozione di "autorità" del provvedimento cautelare.

2.1. *La tesi tradizionale dell'equivalenza tra "autorità" ed "autorità della cosa giudicata"*.

Secondo la teoria classica, a lungo prevalente in dottrina, l'art. 337, 2° comma, c.p.c. non avrebbe in nulla innovato rispetto agli artt. 504 e 515 c.p.c. 1865, dal momento che l'"autorità" della sentenza dovrebbe essere intesa come autorità della cosa giudicata¹⁶. Di conseguenza, il meccanismo disciplinato dalla norma in esame opererebbe solamente qualora la sentenza sul rapporto pregiudiziale (già passata in giudicato) sia impugnata con un mezzo straordinario di impugnazione e, dunque, con la revocazione straordinaria o con l'opposizione di terzo ordinaria o revocatoria, analogamente a quanto già prevedeva il codice del 1865.

Gli argomenti a sostegno di questa tesi possono così essere, brevemente, riassunti.

Anzitutto, si adduceva una ragione eminentemente storica: come abbiamo già osservato, l'art. 337, 2° comma, c.p.c. si è limitato a trattare unitariamente un istituto che, nel previgente codice, veniva trattato da due distinti articoli, senza però voler estendere in alcun modo l'ambito applicativo della fattispecie ivi contemplata. Del resto, una diversa volontà legislativa non sarebbe ravvisabile né dai lavori preparatori né dalla

¹⁵ Per un riassunto del dibattito nella sua interezza, con particolare riferimento alla sospensione ed ai suoi presupposti, si vedano, tra i tanti, CERINO-CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzioni*, Padova, 1973, 73 ss. n. 57; CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 257 ss.

¹⁶ ALLORIO, *Postilla*, cit., 28; ATTARDI, *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 266; CIPRIANI, voce *Sospensione del processo I*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1994, 10; ID., *Le sospensioni*, cit., 295; CERINO-CANOVA, *Le impugnazioni*, cit., 73 ss. n. 57 spec. 78; MENCHINI, voce *Sospensione I*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 24 s.; TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 288 ss.

relazione al Re Imperatore che accompagnava il codice del 1940¹⁷.

L'argomento più interessante ai fini della presente indagine, che consiste, a ben vedere, nella vera e propria premessa dogmatica della tesi in esame, si fonda sulla mancanza di efficacia dichiarativa sino al passaggio in giudicato della sentenza¹⁸, mentre una tale efficacia – seppur provvisoria – è ammessa in relazione ai capi accessori di condanna¹⁹.

Si spiega così l'utilizzo, quasi sinonimico, frequente soprattutto in passato, di espressioni tra loro distinte, quali “effetto dichiarativo” e “cosa giudicata”²⁰, quasi che il primo non potesse neppure concepirsi senza la seconda.

Una conferma di tale tesi si fonderebbe, con particolare riferimento all'oggetto della nostra indagine, sulla interpretazione sistematica dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. con quanto prevede l'art. 297 c.p.c. Secondo tale norma, la sospensione del processo dipendente permarrebbe sino al passaggio in giudicato della sentenza, che decide la causa pregiudiziale senza possibilità per le parti di proseguire il giudizio sino a tale momento finale: in altri termini, secondo tale impostazione, l'art. 297 c.p.c. prescriverebbe l'irrelevanza, ai fini della prosecuzione (e, dunque, della decisione), della sentenza resa nel diverso giudizio ogniqualvolta venga in rilievo una questione pregiudiziale *sub iudice*; e ciò sino al suo passaggio in giudicato.

Senonché – osservano i sostenitori di tale tesi – tale norma si pone in contrasto con la lettera dell'art. 337, 2° comma, c.p.c., il quale riconosce al giudice la facoltà (e non

¹⁷ Infatti, come osserva TRISORIO LIUZZI, *La sospensione*, cit., 285, sia nel progetto preliminare Solmi sia nel progetto definitivo Solmi, la facoltà di sospendere il giudizio era prevista nei soli casi di revocazione (art. 402, 3° comma, progetto preliminare ed art. 417, 2° comma, progetto definitivo) e di opposizione di terzo (art. 410, 2° comma, progetto preliminare e art. 425, 2° comma, progetto definitivo). Dal momento che la soluzione legislativa veniva radicalmente mutata solamente nella versione definitiva del codice, senza che tale scelta fosse in alcun modo giustificata, si potrebbe essere portati a credere in una svista legislativa. Si spiega così la ragione per cui ALLORIO, *Postilla*, cit., 28, ha definito la norma in esame uno “svarione dei compilatori”.

¹⁸ È questa la tesi classica, sostenuta, esemplificativamente, da CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, 28 ss.; ALLORIO, *Postilla*, cit., 24 s. Peraltro, SEGNI, *Regiudicata civile*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1936, XIV, 178 ss., ora in *Scritti Giuridici*, I, Torino, 1965, 604, ritiene irrilevante la circostanza che la sentenza possa avere efficacia esecutiva, dal momento che l'efficacia esecutiva sarebbe un istituto del tutto diverso dall'accertamento.

¹⁹ CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 63. In giurisprudenza, Cass., 26 marzo 2009, n. 7369, in *Foro it.*, 2009, I, 2699 ss.; Cass., 10 novembre 2004, n. 21367, in *Il civilista*, 2011, VI, 65, con nota di PENUTI, *La provvisoria esecutività delle sentenze di primo grado non definitive: ambito di applicazione*.

²⁰ Significativo, sotto questo profilo, ci pare ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, ora in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 113.

già l'obbligo) di sospendere il processo. Pertanto, secondo l'unica lettura coerente delle due norme, gli artt. 295 e 297 c.p.c. si applicherebbero ai casi di impugnazione ordinaria, mentre l'ambito applicativo dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. sarebbe circoscritto ai casi di impugnazione straordinaria.

Infine, sempre ai fini della presente indagine, di particolare interesse è l'argomento per il quale l'espressione "autorità", anteriormente all'approvazione del codice di procedura civile, era sempre stato riferito, anche dagli stessi sostenitori della tesi contraria (ed, in particolare, come vedremo tra poco, dallo stesso Liebman), alla immutabilità degli effetti della decisione e, dunque, al giudicato²¹.

In conclusione, dunque, secondo tale tesi, il riferimento all'"autorità" contenuta all'art. 337, 2° comma, c.p.c. dovrebbe essere interpretata restrittivamente come "autorità di cosa giudicata". Di conseguenza, la sospensione del giudizio prevista dalla citata norma dovrebbe essere possibile, analogamente a quanto previsto nel codice del 1865, solamente qualora la decisione – la cui "autorità" sia invocata *aliunde* – sia stata impugnata con un mezzo di impugnazione straordinaria.

2.2. La tesi della autorità di fatto della sentenza.

Una variante dell'opinione appena ricordata, pur escludendo una qualche autorità giuridica di accertamento in capo alla sentenza impugnata con i mezzi ordinari (autorità che potrebbe derivare solo dal giudicato), ritiene che l'art. 337 c.p.c. possa comunque essere interpretato nel senso di riconoscere quantomeno una limitata autorità di mero fatto, derivante dalla "intrinseca attendibilità di cui è pur sempre dotata la sentenza non ancora passata in giudicato"²². Detta autorità permetterebbe così alla sentenza di svolgere una qualche attività probatoria nel diverso giudizio sulle questioni in fatto comuni alle due cause, ferma restando però la possibilità del secondo giudice di

²¹ Così CIPRIANI, *Le sospensioni del processo*, cit., 296; TRISORIO LIUZZI, *La sospensione*, cit., 290. L'obiezione non pare, però, insuperabile e, a ben vedere, non può considerarsi come un reale punto di contrasto con la tesi di Liebman: v. pff. 2.3 e 4.

²² VELLANI, *Appunti*, cit., 56. Conf. CARPI, *L'efficacia «ultra partes»*, cit., 28 s.; PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 809; REDENTI, *Diritto processuale*, cit., II, 260 e 277; GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1988, 613 s.; MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 34 s. n. 61. In giurisprudenza, Cass., 11 gennaio 1991, n. 206, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 43 s.; Cass., 3 luglio 1987, n. 5840 in *Foro it.*, 1988, I, 1950 ss., con nota di TRISORIO LIUZZI. Nel medesimo senso sembra, seppur *incidenter*, RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 273 s. n. 89.

disattendere quanto statuito dal primo²³.

Secondo tale impostazione, dunque, sarebbe necessario interpretare la nozione di “autorità” ex art. 337, 2° comma, c.p.c. in senso “atecnico”²⁴: pertanto, la norma in esame risulterebbe applicabile ogniqualvolta la sentenza venga utilizzata in un diverso processo²⁵, seppur con un’efficacia minore rispetto a quella che gli artt. 295 e 297 c.p.c. riconoscono alla cosa giudicata.

Secondo questa impostazione, dunque, la nozione di “autorità” avrebbe un significato molto simile a quello romanistico di *auctoritas*²⁶.

Benché, secondo i sostenitori di tale tesi, la sentenza produca i suoi effetti solamente con il passaggio in giudicato formale, tuttavia la circostanza che un giudice si sia già pronunciato su una questione pregiudiziale (pur essendo la decisione soggetta ad impugnazione) non potrebbe essere trascurata dal giudice della causa connessa.

Del resto, a sostegno di tale conclusione si osserva come non sia necessario attendere il passaggio in giudicato dell’impugnazione dal momento che, secondo l’*id quod plerumque accidit*, la decisione di primo grado si fonda su un’attività completa di trattazione e istruzione della causa²⁷, sicché sarebbe antieconomico attendere, per poterlo invocare *aliunde*, il passaggio in giudicato di una decisione tendenzialmente stabile.

Dunque, tale tesi tiene ben distinti gli effetti giuridici della sentenza – consistenti, per quanto qui rileva, nell’accertamento²⁸ che consegue alla formazione della cosa giudicata – da quelli meramente materiali della stessa. Tale attendibilità non deriverebbe, dunque, dall’art. 337 c.p.c., il quale si limita a prendere atto di un accadimento storico

²³ CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., Padova, 2008, 68; opinione poi in parte superata, pur con riserve, a seguito di Cass., S.U., 19 giugno 2012, n. 10027 (su cui vedi *infra* pf. 4), in ID., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di “svaporamento”*, in *Corr. giur.*, 2012, 1143 ss.

²⁴ Così GIUSSANI, *op. loc. citt.*, il quale riconduce nell’ambito applicativo dell’art. 337, 2° comma, c.p.c. anche il caso di produzione in giudizio della sentenza a sostegno delle argomentazioni difensive di parte, purché, naturalmente, la sentenza verta su una questione pregiudiziale.

²⁵ A differenza della tesi tradizionale, l’interpretazione in esame individua, invece, l’elemento distintivo tra l’art. 295 e l’art. 337, 2° comma, c.p.c. non tanto in relazione al momento in cui la sentenza passa in giudicato quanto piuttosto in relazione al giudizio nel quale la “autorità” è invocata: qualora si tratti di processo dipendente dovrebbe trovare applicazione la disciplina ex art. 295 c.p.c., negli altri casi di connessione dovrebbe, invece, trovare applicazione il regime ex art. 337, 2° comma, c.p.c.: CARPI, *L’efficacia «ultra partes»*, cit., 27 ss.; MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali*, cit., 34 s. n. 61.

²⁶ Su cui v. *infra* pf. 7.

²⁷ GIUSSANI, voce *Sospensione*, cit., 614.

²⁸ Non interessa in questa sede prendere in esame la tesi, autorevolmente sostenuta (SEGNI, *Regiudicata*, cit., 611), che vorrebbe escludere l’accertamento tra gli effetti della sentenza, sulla base dell’osservazione per cui questo sarebbe, a ben vedere, il suo contenuto.

– quale l’avvenuta pronuncia di una sentenza in un diverso processo – per disciplinarne (sul piano giuridico) le conseguenze.

2.3. *La tesi di E.T. Liebman.*

Come noto, Liebman fu il primo a teorizzare una distinzione tra efficacia ed autorità della sentenza, affermando che ogni sentenza, dal momento stesso in cui essa viene pronunciata, ha una sua propria efficacia, indipendentemente dal consolidamento dei propri effetti²⁹ (consolidamento che prende il nome, in tale sistematica, di “autorità”). Di conseguenza, secondo questa tesi, il giudicato non rappresenterebbe un effetto della sentenza ulteriore a quelli che la stessa già produce sin dalla sua pronuncia, ma solamente una qualità di tali effetti, che consiste nella loro immutabilità.

Tuttavia, tale efficacia provvisoria – e fu questo il vero punto di contrasto con i sostenitori della tesi maggioritaria all’epoca della pubblicazione della tesi³⁰ – non riguarderebbe il solo capo condannatorio (peraltro ormai definitivamente sancita all’art. 282 c.p.c. come modificato dalla l. 26 novembre 1990, n. 353³¹), ma altresì quella di accertamento.

A sostegno di tale conclusione, Liebman affermava che la sentenza, come ogni altro

²⁹ La tesi fu dapprima esposta in LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, ora in *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962, *passim*, e successivamente ribadita in altri scritti, tra cui, in particolare, ID., *Manuale di diritto processuale civile*, I, 8° ed. a cura di Colesanti e Merlin, Milano, 2012, 263; ID., *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 2 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 2 ss.

³⁰ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1936, rist. 1992, 39. In epoca più recente, sul punto, v., esemplificativamente, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1994, 239 s.

³¹ L’art. 282 c.p.c. è del resto invocato, a sostegno del proprio *decisum*, dalle stesse decisioni giurisprudenziali (su cui v. *infra* pf. 2.4) che hanno, nella sostanza, accolto la concezione di Liebman. Nel medesimo senso, tra i tanti, VERDE, *Diritto processuale civile*, II, 5° ed. a cura di Auletta, Califano, della Pietra e Rascio, Bologna, 2017, 209, nonché, in tema di efficacia delle sentenze costitutive, MARELLI, *L’esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1100 ss. spec. 1109 ss.

Peraltro, oltre all’art. 337, 2° comma, c.p.c., una conferma dell’immediata efficacia dei capi di mero accertamento della sentenza potrebbe apparentemente ravvisarsi proprio nell’art. 282 c.p.c., il quale non circoscrive, come invece gli artt. 431 e 447-*bis* c.p.c., la propria portata alle sole sentenze di condanna. Tuttavia, il solo argomento letterale non pare sufficiente a superare l’impossibilità di “eseguire”, nelle forme del III libro del codice di rito, un capo di mero accertamento.

Per una ricostruzione del dibattito formatosi sul rapporto tra l’art. 282 c.p.c. e la provvisoria efficacia dichiarativa delle sentenze di mero accertamento, v. esemplificativamente IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l’inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 296 ss.; ZULBERTI, *La provvisoria esecutività della sentenza di primo grado*, in DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 2267 ss.

atto emanato da un pubblico potere (ed, *in primis*, l'atto amministrativo) sarebbe dotato di "imperatività", caratteristica con la quale si designa l'attitudine di un atto ad incidere unilateralmente sulla sfera giuridica altrui. Postulato di tale affermazione è la c.d. "presunzione di legittimità"³², secondo cui il provvedimento (amministrativo ma, in questa concezione, altresì giudiziale) sarebbe efficace a prescindere dalla sua validità, la quale può essere esclusa solamente dal giudice dell'impugnazione (giudice amministrativo ovvero, nel caso in esame, giudice *ex art. 161 c.p.c.*). Forte di questa "presunzione di legittimità", l'imperatività della sentenza si manifesterebbe sin dalla sua pronuncia³³. Pertanto, quella caratteristica che nel diritto amministrativo prende il nome di imperatività, con specifico riferimento alla sentenza ed, in particolare, alla sua funzione di accertamento, prende il nome, nella sistematica in esame, di "efficacia naturale della sentenza"³⁴.

Tale tesi meriterebbe (ed ha meritato) un ben maggiore approfondimento di quello che può esserle dedicata in questa sede, in cui, per ragioni espositive, ci limiteremo ad approfondire solamente quegli aspetti rilevanti per la nostra indagine ed, in particolare, esattamente quella efficacia naturale della sentenza che Liebman riconurrà, pochi anni dopo, proprio nella nozione di "autorità" *ex art. 337, 2° comma, c.p.c.*

Infatti, nel tracciare gli elementi essenziali della propria sistematica, l'illustre Autore, per evidenti ragioni cronologiche, non si era inizialmente potuto occupare di tale norma, introdotta solo con il nuovo codice di rito³⁵. Tuttavia, già pochi anni dopo l'introduzione del nuovo codice di rito, occupandosi dell'istituto della sospensione nel

³² Per l'analisi (ed i limiti) di questa tesi non solo nel diritto processuale civile, ma altresì nel diritto amministrativo, si rinvia a quanto si dirà *infra*, pf. 9.

³³ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 37 e 94 ss.

³⁴ Per un approfondimento di tale tema si veda, ancora, LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 94 ss. e 103 ss. In realtà, la tesi secondo cui la sentenza sarebbe dotata di una sua propria autorità fin dal momento della pronuncia non è originale del citato A.: già infatti MORTARA, *Manuale della procedura civile*, II, 8° ed., Torino, 1916, 10, aveva teorizzato che la sentenza avesse, sin dalla sua pronuncia, una propria autorità "naturale", corrispondente a quella dell'organo giudiziario. La vera innovazione di Liebman consiste, piuttosto, nell'aver affermato che tale autorità naturale non sia compressa sino al passaggio in giudicato della sentenza, ma che, anzi, essa si manifesti in ogni suo aspetto sin dalla sua pronuncia.

³⁵ "Efficacia e autorità della sentenza" fu infatti pubblicata nel 1935 prima dell'approvazione del nuovo codice di rito. Nella vigenza del previgente codice, infatti, come abbiamo già osservato, gli artt. 504 e 515 c.p.c. 1865 circoscrivevano la norma che sarà poi trasfusa all'art. 337, 2° comma, c.p.c. alle sole impugnazioni straordinarie.

processo civile, aveva percepito la rilevanza di detta norma, venendo in essa una conferma della propria tesi³⁶. Sennonché, la lettera dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. appariva a prima vista, sul piano terminologico, in contrasto con quanto sostenuto pochi anni prima³⁷. Infatti, mentre tale norma sembrava confermare, nella sostanza, la sua tesi, ove l'espressione "autorità" fosse stata intesa come efficacia naturale della decisione, ad opposte conclusioni si doveva giungere qualora essa fosse stata intesa come qualità degli effetti della decisione (e, dunque, come cosa giudicata): se fosse stata invocabile in un diverso giudizio solamente l'autorità della cosa giudicata, la decisione non ancora divenuta definitiva non avrebbe avuto alcun effetto (provvisorio) dichiarativo.

Tuttavia, tale terminologia, incompatibile con la tesi di Liebman, è stata superata dall'Autore proprio in forza dell'intervenuta approvazione del codice del 1940 e, pertanto, in scritti successivi, è stata offerta un'interpretazione della nozione di "autorità" ex art. 337, 2° comma, c.p.c. coincidente non più con quella di giudicato (e, dunque, con una qualità degli effetti della pronuncia), ma con quella di efficacia naturale (e, dunque, con un vero e proprio effetto della sentenza)³⁸.

Del resto, a prescindere dall'espressione utilizzata dal legislatore, la formulazione della norma, a detta del Maestro, non avrebbe potuto permettere l'interpretazione favorevole ad equiparare "autorità" a "cosa giudicata".

Infatti l'argomento storico non potrebbe superare l'inequivoco tenore letterale dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. che non stabilisce alcuna distinzione tra impugnazioni

³⁶ LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153 ss.; ID., *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, cit., 5 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata*, cit., 11. Lo stesso Autore, in uno scritto postumo, riteneva però che da detta norma si potesse prescindere per sostenere la scissione tra efficacia ed autorità della sentenza (ID., *Unità del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 235 n. 4). Conf. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, 3° ed., Napoli, 1956, 419; IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione*, cit., 305 ss.; LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA.VV., *Tutela dei diritti*, in *Tratt. Rescigno*, 2° ed., Torino, 1997, 38 s.; MICHELI, *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 195; PROTO PISANI, *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile. Una parabola di studi*, Milano, 2015, 64; VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, 48. In giurisprudenza, Cass., 20 marzo 1985, n. 2037, in *Foro it.*, 1985, I, 2275 ss.

³⁷ Al riguardo, v. diffusamente LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 25 ss. Del resto, in riferimento all'art. 337, 2° comma, c.p.c. tale circostanza era stata riportata, quale argomento a sostegno dell'equiparazione tra le nozioni di "autorità" e di cosa giudicata da TRISORIO LIUZZI, *La sospensione*, cit., 290.

³⁸ LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria»*, cit., 294. È del resto lo stesso autore che, in *Sentenza e cosa giudicata*, cit., 7, chiarisce come l'introduzione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. abbia inevitabilmente inciso sulla sistematica da lui proposta. In senso ancor più esplicito, sul punto, v. LIEBMAN, voce *Giudicato I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 2 s., in cui l'A. chiarisce che ciò che ai sensi dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. deve essere invocato in un diverso giudizio sono proprio gli *effetti* dichiarativi o costitutivi.

ordinarie e straordinarie. Del resto, qualora il legislatore avesse voluto solamente unificare le previsioni degli artt. 504 e 515 c.p.c. 1865 in un'unica disposizione, avrebbe utilizzato un'espressione più precisa di "autorità". La lettera dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. non sarebbe attribuibile pertanto ad una mera svista dei compilatori, come pretendeva la tesi contraria. Sicché, ogniqualvolta la decisione "pregiudiziale" fosse stata impugnata, la "efficacia naturale" di cui era dotata la sentenza avrebbe imposto al giudice di tenere conto di detta decisione.

Non poteva però sfuggire al Maestro la necessità di coordinare tale previsione con quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 295 e 297 c.p.c. (che impone, come già accennato, la sospensione fino al passaggio in giudicato della sentenza che decide del diritto pregiudiziale). Per superare tale apparente discrasia, Liebman propose dunque di distinguere a seconda della fase in cui si trova il processo sul diritto pregiudiziale. Qualora quest'ultimo non fosse ancora stato deciso sarebbe stato applicabile l'art. 295 c.p.c., con conseguente sospensione necessaria del giudizio; altrimenti, ove già vi fosse stata una sentenza, seppur sprovvista di autorità di cosa giudicata, avrebbe trovato applicazione la norma contenuta all'art. 337, 2° comma, c.p.c.³⁹.

Dunque, mentre nel caso degli artt. 295 e 297 c.p.c. la sospensione del processo è tolta alla discrezionalità del giudice – essendo necessaria una pronuncia sul diritto pregiudiziale da parte dell'organo adito – una simile necessità manca in relazione alla seconda norma, nella quale si prevede che il giudice "possa" sospendere il processo, qualora ritenga errata la decisione.

Non sembra sterile osservare come una tale previsione neghi al giudice chiamato a decidere del diritto dipendente ogni ulteriore scelta. Infatti, esattamente come non avrebbe senso obliterare una decisione *ictu oculi* corretta, con una sospensione necessaria, ugualmente non sarebbe accettabile che il giudice contraddica la "autorità" della sentenza, che pure sussiste. Pertanto, al magistrato si porrebbe una scelta: conformarsi al *decisum* ovvero astenersi dal decidere (e, dunque, sospendere il giudizio), in attesa che si formi la cosa giudicata⁴⁰.

Proprio quest'ultima osservazione ci permette di svolgere due brevi considerazioni conclusive sul punto, che ci saranno utili nel prosieguo della trattazione.

³⁹ LIEBMAN, *Sentenza e cosa giudicata*, cit., 9 s.

⁴⁰ LIEBMAN, *Sentenza e cosa giudicata*, cit., 10.

Anzitutto, nella sistematica proposta da Liebman, l'autorità citata all'art. 337 c.p.c. deve essere intesa come autorità giuridica e non meramente materiale. Tale autorità è infatti idonea ad imporre al giudice un comportamento vincolato: qualora egli ritenga di non condividere la prima decisione non potrà prescindere. Il giudice della causa dipendente sarà costretto – a pena di nullità del procedimento – a sospendere il giudizio in attesa della decisione sull'impugnazione. Altrimenti, egli dovrà conformarsi alla prima decisione, senza poter accogliere solamente alcune argomentazioni, come permetterebbe, invece, un'autorità di mero fatto.

In secondo luogo, l'autorità della decisione *ex art. 337, 2° comma, c.p.c.* non rappresenta una qualità degli effetti della sentenza, e, dunque, non coincide con la nozione di "autorità" elaborata da Liebman nella vigenza del codice del 1865, ma rappresenta un effetto della sentenza ed, in particolare, nella sua efficacia naturale di accertamento.

Sarebbe, dunque, errato utilizzare l'espressione "autorità" in un significato – quello di stabilità degli effetti – che il suo stesso primo sostenitore ha disatteso già pochi anni dopo l'entrata in vigore del codice di rito del 1940.

2.4. L'opinione giurisprudenziale.

Dopo avere inquadrato sul piano teorico l'istituto in esame, è necessario, prima di procedere oltre con la trattazione, brevemente soffermarsi anche sulle soluzioni fornite dalla giurisprudenza – e solo accennate nei precedenti paragrafi – sull'interpretazione dell'art. 337 c.p.c.

Infatti, se, in origine, il dibattito su tale norma ha avuto una rilevanza prettamente teorica, in quanto tassello del più ampio dibattito intorno alla efficacia naturale della sentenza, negli ultimi decenni è stato oggetto di interventi giurisprudenziali, tra loro non sempre omogenei.

Da un lato, vi era un orientamento il quale imponeva un'interpretazione restrittiva della nozione di "autorità" della sentenza⁴¹, tale da farla financo coincidere con la nozione di cosa giudicata: di conseguenza, in ossequio alla teoria tradizionale, si ammetteva la sospensione *ex art. 337, 2° comma, c.p.c.* solamente qualora la sentenza, oramai

⁴¹ Cass., 25 giugno 2002, n. 9279, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1094 s.; Cass., 11 gennaio 1991, n. 206, cit.

immutabile, fosse stata impugnata con un mezzo straordinario di impugnazione. Dall'altro lato, vi era un'opinione – in origine minoritaria – tesa ad ampliare, sulla scia dell'insegnamento di Liebman, tale nozione⁴².

Sulla questione sono infine intervenute le Sezioni Unite della Cassazione con la decisione n. 10027 del 19 giugno 2012, in cui si afferma che «fuori dei casi in cui sia espressamente disposto che un giudizio debba rimanere sospeso sino a che un altro da cui dipenda sia definito con decisione passata in giudicato, intervenuta nel primo decisione in primo grado, il secondo di cui sia stata in quel grado ordinata la sospensione può essere ripreso dalla parte che vi abbia interesse entro il termine dal passaggio in giudicato della detta decisione stabilito dall'art. 297 c.p.c. Definito il primo giudizio senza che nel secondo la sospensione sia stata disposta o ripreso il secondo giudizio dopo che il primo sia stato definito, la sospensione del secondo può solo essere pronunciata sulla base dell'art. 337, comma 2, c.p.c., dal giudice che ritenga di non poggarsi sull'autorità della decisione pronunciata nel primo giudizio»⁴³.

In altri termini, tra la tesi per primo formulata da Liebman e la tesi più restrittiva, le Sezioni Unite sembrano fornire una soluzione intermedia, ma nettamente più vicina alla prima delle due. Infatti, benché il coordinamento tra gli artt. 295 e 297, da un lato, e dell'art. 337, 2° comma, c.p.c., dall'altro, imponga, a pena di un'*interpretatio abrogans* del primo gruppo di norme, la sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. finché il

⁴² Cass., 20 marzo 1985, n. 2037, cit.; Cass., S.U., 26 luglio 2004, n. 14060, in *Giust. civ.*, I, 1168 ss.

⁴³ Cass., S.U., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.*, 2014, I, 936 ss., con note di TRISORIO LIUZZI, *Le sezioni unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità*, e di PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*; in *Famiglia e dir.*, 2013, 450 ss., con nota di VANZ, *Azione di stato e petizione d'eredità: rapporto di pregiudizialità e sospensione necessaria del processo tra antichi dubbi e nuovi principi*; in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683 ss., con nota di MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*; in *Giur. it.*, 2013, 614 ss., con nota di POLINARI, *Le Sezioni unite tornano sull'art. 337, cpv., c.p.c. e riaffermano l'efficacia dichiarativa della sentenza impugnabile. Spunti per una lettura sistematica*; in *Corr. giur.*, 2012, 1322 ss., con nota di ZUFFI, *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*. In argomento, si vedano altresì CAPPONI, *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, in CAPPONI – SASSANI – STORTO – TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, San Mauro Torinese, 2014, 215 ss.; CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi*, cit., 1143 ss.; COREA, *Verso la provvisoria "efficacia" della sentenza non passato in giudicato?*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 489 ss.

Successivamente, conf., tra le tante, Cass., 9 luglio 2018, n. 17936, in *De Jure*; Cass., 7 luglio 2016, n. 13823, *ivi*; Cass., 18 marzo 2014, n. 6207, *ivi*; Cass., 19 settembre 2013, n. 21505, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 935; Cass., S.U., 30 novembre 2012, n. 21348, *ivi*, 2012, 1350 s.

giudizio sulla causa pregiudiziale non sia stato deciso in primo grado, tuttavia, a seguito della decisione, tale norma non rappresenterebbe più un obbligo per le parti, ma una mera facoltà. Di conseguenza, sin dal momento della decisione – e nel termine massimo di tre mesi dal suo passaggio in giudicato, secondo l’interpretazione fortemente estensiva che la Corte offre dell’art. 297 c.p.c. – le parti potrebbero riassumere il giudizio sospeso, senza necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza⁴⁴ (facoltà che però, come detto, la Corte riconosce comunque loro)⁴⁵. Così individuato l’ambito applicativo degli artt. 295 e 297 c.p.c., la Suprema Corte chiarisce però che, ferma restando la facoltà per le parti di riassumere il giudizio anteriormente al passaggio in giudicato della decisione pregiudiziale, qualora questa sia impugnata (anche con mezzo ordinario di impugnazione) dopo la riassunzione, residuerebbe il potere del giudice della causa dipendente di procedere ad una nuova sospensione, questa volta *ex art. 337 c.p.c.*, tenuto conto delle ragioni che, con l’impugnazione, la parte soccombente nella causa pregiudiziale ha allegato per confutare quanto accertato dal giudice di prime cure.

Particolarmente interessante, ai nostri fini, sono le ragioni che la Corte porta a sostegno del proprio *decisum*, le quali si fondano, in buona sostanza su due argomenti: da un lato, il superamento da parte del legislatore del 1990 del secolare principio dell’effetto sospensivo dell’appello⁴⁶; dall’altro lato, la ragionevole stabilità che, nel nostro ordinamento, dovrebbe avere la decisione di prime cure.

La Suprema Corte afferma infatti che il giudizio di prime cure avrebbe una stabilità maggiore rispetto al passato dal momento che la possibilità di ampliare l’oggetto del giudizio in appello è stato pressoché cancellato dalle riforme legislative intervenute sul punto⁴⁷. Dal momento che, dunque, si fonda su un accertamento “pieno” (nel senso

⁴⁴ Resta, naturalmente, preclusa tale possibilità qualora sia la legge a richiedere espressamente la sospensione fino al passaggio in giudicato della decisione sulla causa pregiudiziale, rappresentando comunque l’art. 297 c.p.c. (nell’interpretazione offerta dalla Suprema Corte) *lex generalis* destinata a soccombere rispetto ad una espressa *lex specialis*.

⁴⁵ L’attribuzione alle parti della possibilità di proseguire *ad libitum* il giudizio, nel rispetto di un termine eccessivamente lungo tra il primo e l’ultimo momento utile per l’esercizio di tale onere, è oggetto di aspre critiche da parte di MENCHINI, *Le Sezioni Unite*, cit., 701.

⁴⁶ Su cui v., esemplificativamente, D’ONOFRIO, voce *Appello (diritto processuale civile)*, *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, 733 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4° ed., Milano, 1981, 302.

⁴⁷ È sufficiente, a tacer d’altro, l’analisi delle riforme, sempre più restrittive che hanno via via interessato, sin dal 1990, la disciplina dei *nova* in appello, *ex art. 345 c.p.c.*, nonché, in momento successivo

di insuscettibile di ulteriori integrazioni nei successivi gradi di giudizio), in contraddittorio ed in presenza di un giudice imparziale, la sentenza non ancora passata in giudicato gode di una “presunzione di conformità a diritto”.

Significativo appare inoltre il richiamo, contenuto al §8 della decisione, all’art. 282 c.p.c., come riformato in seguito alla legge del 1990. Infatti, la Suprema Corte afferma inequivocabilmente che «*il diritto pronunciato dal giudice di primo grado qualifica la posizione delle parti in modo diverso da quello dello stato originario (sic) di lite e giustifica sia l’esecuzione provvisoria ..., sia*» – ed è questo il punto – «*l’autorità della sentenza di primo grado*». In altri termini la Suprema Corte, sul presupposto che il giudice non possa prescindere dall’intervenuta pronuncia sul diritto pregiudiziale (la quale incide per regola generale nei rapporti tra le parti, attesa la sua immediata esecutività), afferma che l’accertamento contenuto nella decisione di primo grado non possa qualificarsi *tamquam non esset* nel diverso giudizio, così operando quella scissione tra l’effetto provvisorio di accertamento (o, per dirla con le parole di Liebman, l’efficacia naturale della sentenza) e la sua stabilità.

Dalla lettura della decisione emerge l’adesione della decisione in esame alle tesi di Liebman, seppure senza una perfetta coincidenza⁴⁸. Del resto, non potrebbe essere diversamente, dal momento che i due argomenti addotti dalla Suprema Corte si riferiscono entrambi a riforme intervenute a partire dal 1990.

Tale decisione, riconosce dunque alla decisione ancora *sub iudice* una peculiare “autorità” che, lungi dal rappresentare solamente una persuasività logica derivante dall’accertamento compiuto dal primo giudice, fonda, a ben vedere, una vera e propria autorità giuridica della decisione che consiste in un effetto provvisorio di accertamento simmetrico a quello che l’art. 282 c.p.c. riconosce all’effetto esecutivo⁴⁹.

all’intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte, della centralità assunta, in sede di appello, dalla decisione impugnata a discapito del diritto controverso (centralità sancita dall’attuale formulazione dall’art. 342 c.p.c.).

⁴⁸ CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi*, cit., 1145. Alla luce delle ragioni indicate dalla motivazione della sentenza, sembrerebbe doversi escludere la tesi, pure formulata da Liebman (*Efficacia ed autorità*, cit., 109 ss.) dell’efficacia *erga omnes* della sentenza, la quale esula però dalla presente trattazione (per una sintesi del dibattito sul punto, si veda, a titolo esemplificativo, PROTO PISANI, *I limiti*, cit., 3 ss.)

⁴⁹ Benché la questione sull’efficacia provvisoria della sentenza di primo grado rimanga sullo sfondo nella decisione in esame, occorre tuttavia rilevare come essa appaia la premessa dell’intera motivazione della Suprema Corte, dal momento che, solo in tal modo, può avere un senso il richiamo (seppur, a nostro avviso impreciso: v. n. 31) all’art. 282 c.p.c.

2.5. *Autorità ed efficacia della sentenza nel sistema attuale.*

All'esito della breve indagine svolta nelle pagine che precedono, sembra opportuno muovere alcune brevi osservazioni conclusive sull'autorità della sentenza.

Al riguardo, l'indagine non può che muovere dall'art. 337 c.p.c. ed, in particolare, dall'evoluzione che tale norma ha avuto a partire dal 1940.

In particolare, il riferimento va alla disposizione contenuta al primo comma, rimasta nell'ombra nelle pagine che precedono.

Originariamente, infatti, l'art. 337, 1° comma, c.p.c., sino alla riforma del 1990-1995, prevedeva che la proposizione dell'appello sospendesse, secondo il modello francese, l'efficacia esecutiva della sentenza. Alla luce di tale premessa storica, a nostro avviso, l'interpretazione del secondo comma della disposizione era meno complessa di quanto si è portati a ritenere. Dal momento, infatti, che in quel sistema la sentenza non aveva efficacia esecutiva (vale a dire, nella maggior parte delle ipotesi, quell'efficacia che rappresenta la principale finalità per cui le parti agiscono in giudizio), una norma che riconoscesse al contempo un'efficacia giuridica di accertamento sarebbe stata, se non irrazionale, certamente stridente con un tale sistema: non si comprenderebbe, cioè, perché il legislatore avrebbe escluso l'efficacia esecutiva provvisoria, ma, al contempo, avrebbe riconosciuto efficacia giuridica (seppur parimenti provvisoria) all'accertamento giudiziale.

Al contempo, ugualmente arbitrario sembra il tentativo di circoscrivere la portata del secondo comma alle sole impugnazioni straordinarie, atteso che il primo comma della medesima previsione si riferiva a tutti i mezzi di impugnazione, a prescindere dalla loro natura di mezzo ordinario o straordinario di impugnazione. Sotto tale profilo, dunque, la lettera del previgente codice non era sufficiente a superare l'inequivoco tenore legislativo.

L'art. 337 c.p.c., dunque, a nostro avviso, nella sua versione originaria, dopo essersi premurato di chiarire che la sentenza non poteva essere eseguita in caso di appello, mentre era liberamente eseguibile ove fosse soggetta ad altri mezzi di impugnazione (tanto ordinari quanto straordinari), chiariva che essa non era però *inutiliter data*, atteso che il giudice del diverso processo poteva tenerne conto per decidere, sulla base dell'ovvia massima di esperienza per cui, anche laddove non vi sia giudicato, il giudice tende a conformarsi a (e le parti tendono a valorizzare nelle loro difese) precedenti

conformi resi tra le stesse parti. Il legislatore, dunque, con una notevole sensibilità per la prassi, permetteva al giudice una valutazione pragmatica, secondo le concrete possibilità di stabilizzazione del contenuto della decisione.

Il giudice non era però, come invece ritiene Liebman, vincolato alla scelta se conformarsi ovvero sospendere la causa e ciò per la semplice ragione che la sentenza non ha, nei suoi confronti, alcuna portata precettiva finché essa non acquisti autorità di giudicato. Essa ha, piuttosto, un'efficacia di mero fatto che, proprio in quanto tale, non può essere predeterminata dalla legge, ma deve essere oggetto di attenta ponderazione, secondo le circostanze del caso concreto, da parte del magistrato.

Sulla base di queste premesse, tenuto conto che nel regime vigente sino al 1995 l'appello poteva trasformarsi in uno strumento di abuso ad opera della parte soccombente al solo fine di ritardare l'esecuzione della decisione a sé sfavorevole, il legislatore, con scarsa attenzione per le esigenze sistematiche, ma con innegabile senso pratico, è intervenuto riscrivendo *ab imis* tanto l'art. 282 quanto l'art. 337, 1° comma, c.p.c., riconoscendo ad ogni sentenza efficacia esecutiva, fatta salva la sola possibilità, *ex art. 283 c.p.c.*, di sospenderne, in sede di appello, l'efficacia esecutiva ovvero l'esecuzione ove concorrano “gravi motivi”.

In un tale contesto, la riforma non ha però inciso, a nostro avviso, sull'anticipazione provvisoria degli effetti della sentenza al di fuori di quelli esecutivi⁵⁰.

Ancora oggi, dunque, a nostro avviso l'efficacia di accertamento o, se si vuole, l'“autorità” della sentenza, non può manifestarsi, prima del passaggio in giudicato della decisione, in forme vincolanti per le parti. Proprio in ciò sta l'importanza della previsione *ex art. 337, 2° comma, c.p.c.* che, pur senza incidere sul regime giuridico della sentenza non ancora stabilizzata, ha tuttavia un'influenza di fatto a cui la legge attribuisce un – seppur limitato – effetto giuridico, vale a dire quello di permettere la sospensione del processo.

Con queste necessariamente sommarie premesse sistematiche sull'interpretazione della norma in esame, non si può che salutare con favore l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte nel 2012, quanto al risultato conseguito, seppur meno condivisibile appaia il tentativo di unificare gli effetti dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. con l'efficacia esecutiva della decisione.

⁵⁰ V. *supra* n. 31.

3. Altre ipotesi di “autorità” del provvedimento giudiziale.

Come si è visto, la nozione di “autorità” del provvedimento giudiziale, ignota nel codice del 1865, ha trovato compiuta (e discussa) codificazione solamente nel 1940, con l'introduzione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c.

Tuttavia, tale espressione, poi ripresa all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., è stata oggetto di due ulteriori previsioni, entrambe ormai abrogate, che possono aiutare a comprendere appieno tale nozione.

Il riferimento va, in particolare, all'art. 23, 6° comma, d.lg. n. 5/2003, a cui abbiamo già brevemente accennato *supra*, e all'art. 624, 3° comma, c.p.c., entrambi abrogati dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

3.1. Il “rito societario”: il d.lg. n. 5/2003.

Nei paragrafi che precedono, abbiamo già analizzato la relazione ministeriale al d.lg. n. 5/2003, la quale richiamava, con specifico riferimento all'art. 23, il dibattito formatosi proprio sull'art. 337, 2° comma, c.p.c.

Senza, pertanto, tediare il lettore in inutili ripetizioni, ci concentreremo nel presente paragrafo su un breve inquadramento sistematico dell'art. 23, 6° comma, d.lg. n. 5/2003, con riguardo, da un lato, alla legge di delega e, dall'altro lato, alle altre norme contenute nel medesimo provvedimento⁵¹.

L'art. 23 attua la delega contenuta all'art. 12, 2° comma, lett. c), l. 3 ottobre 2001, n. 366, con la quale si chiedeva al governo di prevedere «*la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare in relazione alle controversie nelle materie di cui al comma 1, con la conseguente definitività degli effetti prodotti da detti provvedimenti, ancorché gli stessi non [acquistino] efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse*».

Tuttavia, mentre il legislatore delegante aveva espressamente richiesto l'esclusione

⁵¹ Per un'analisi della norma e della stabilità del provvedimento cautelare ivi contemplato si vedano, esemplificativamente, SALETTI, *Sub art. 23*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 227 ss. spec. 229; FRUS, *Sub art. 23*, cit., 670 ss.; ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1184 ss.; AMADEI, *Il procedimento cautelare e il giudizio abbreviato*, in AMADEI – SOLDATI, *Il processo societario: prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Rozzano, 2004, 119 ss.

di ogni “efficacia di giudicato” in “giudizi promossi con finalità diverse”, l’espressione, nel decreto delegato, veniva modificata nella formulazione già più volte richiamata. Tale scelta veniva giustificata, nella relazione ministeriale, con la circostanza che il testo della legge delega appariva, sul punto, “criptico”. Lo scetticismo da parte del legislatore delegato si spiega con la circostanza che, come vedremo, non vi era mai stato alcun dubbio sull’inattitudine del provvedimento cautelare ad acquistare autorità di cosa giudicata e che, nel momento in cui la l. n. 366/2001 escludeva l’invocabilità della cosa giudicata “in giudizi promossi per finalità diverse”, implicitamente ne riconosceva, in giudizi promossi con le stesse finalità, tale “efficacia”. Comunque, sulle ragioni di tale equivoco, frutto a parere di chi scrive di una superficiale traduzione della nozione di *autorité de la chose jugée* nell’ordinamento francese, avremo modo di tornare nel prosieguo.

Il secondo aspetto sui cui si ritiene opportuno concentrarsi è rappresentato dall’art. 19 del medesimo d.lg. n. 5/2003, il quale, come noto, disciplinava il c.d. “procedimento sommario di cognizione”; istituto che con il procedimento disciplinato *ex artt. 702-bis ss. c.p.c.* (introdotto nel 2009) non aveva nulla in comune se non il nome.

Non interessa in questa sede prendere in esame le caratteristiche di tale procedimento⁵², salvo rilevare che, ai sensi dell’art. 19, 5° comma, d.lg. n. 5/2003, “*all’ordinanza [che decide il giudizio, n.d.r.] non impugnata non conseguono gli effetti di cui all’articolo 2909 del codice civile*”. Il legislatore, dunque, nel disciplinare un istituto alternativo alla tutela dichiarativa “ordinaria” prevista agli artt. 2 ss. del medesimo decreto, si premurava di chiarire che la sua decisione, ove non appellata, non avrebbe acquistato autorità di cosa giudicata.

Da questo breve *excursus* possiamo dunque trarre alcune conclusioni per meglio interpretare l’art. 23 d.lg. n. 5/2003. In ben due casi – rispettivamente all’art. 12, 2° comma, lett. c), l. 366/2001 e all’art. 19, 5° comma, d.lg. 5/2003 – il legislatore ha chiarito inequivocabilmente quando ha voluto riferirsi all’autorità di cosa giudicata. Ne consegue che, allorché, invece di richiamare espressamente il giudicato, il legislatore si sia riferito alla semplice “autorità” non può che aver inteso richiamare un effetto diverso al giudicato.

⁵² In argomento, esemplificativamente TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato al tramonto?*, Napoli, 2016, 85 ss.; TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., 74.

3.2. L'art. 624, 3° comma, c.p.c.

Un altro riferimento all'espressione "autorità" di un provvedimento, introdotto, quasi contemporaneamente alla riforma del processo cautelare, con l. 24 febbraio 2006, n. 52, e repentinamente eliminato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, era contenuto all'art. 624, 3° comma, c.p.c.

Tale norma, in tema di sospensione del processo esecutivo per opposizione all'esecuzione, prevedeva che, a seguito della definitività della sospensione del processo esecutivo conseguente all'accoglimento della fase cautelare dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. (definitività da intendersi come conseguente al mancato reclamo ovvero conferma in tale sede della sospensione dell'esecuzione), il giudice dell'esecuzione dovesse dichiarare l'estinzione del pignoramento (*sic!*), con la precisazione che "*l'autorità dell'ordinanza di estinzione pronunciata ai sensi del presente comma non è invocabile in un diverso processo*".

Tale regime di stabilità traeva ispirazione, per espressa previsione legislativa, dalla disciplina della tutela cautelare a strumentalità attenuata⁵³, al fine di evitare che il debitore, dopo essere uscito vittorioso dalla fase cautelare, non fosse costretto ad instaurare il giudizio di merito, preferendo il legislatore affidare la valutazione circa l'opportunità di instaurare un giudizio a cognizione piena in capo ad ogni "interessato" (così l'art. 624, 3° comma, c.p.c. nella versione vigente sino al 2009) e, dunque, anzitutto, al creditore procedente (soccombente nella fase di opposizione).

Tuttavia una tale *voluntas legis* appariva incompatibile con la lettera della legge, nella quale si escludeva l'invocabilità in un diverso processo non già dell'ordinanza di sospensione (con i conseguenti corollari in punto di accertamento del *fumus boni iuris* che, effettivamente, avrebbero avvicinato notevolmente la disciplina dei provvedimenti in esame a quella della tutela cautelare), ma dell'ordinanza di estinzione. Senonché, come rilevato pressoché all'unanimità da tutti gli interpreti, l'estinzione del

⁵³ Nella relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 6232/C/XIV si affermava infatti che "*La norma è esplicitamente analoga al nuovo regime introdotto anche per i procedimenti cautelari dalla legge n. 80 del 2005*". Del resto, la circostanza non è sfuggita ai commentatori: LONGO, *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, I, Pisa, 2018, 395; BOVE, *Le opposizioni e le vicende anomale del processo esecutivo*, in BALENA – BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 290; BUCCI – SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2006, 429.

pignoramento (*rectius*, della procedura esecutiva⁵⁴) ha per definizione efficacia circoscritta al procedimento in cui è emesso, trattandosi di provvedimento non decisorio e, comunque, avente un oggetto meramente processuale⁵⁵.

Per superare l'evidente paradosso di escludere l'invocabilità *aliunde* di un'efficacia che non esisteva, si è pertanto proposto, invero non senza una necessaria forzatura del dato letterale, di considerare l'ordinanza di sospensione e quella di estinzione come un "unico atto complesso"⁵⁶, con la conseguenza che non si sarebbe potuto invocare in un diverso processo l'accertamento sull'insussistenza del diritto compiuto dal giudice nella fase cautelare dell'opposizione.

Ad ogni modo, a prescindere dall'espedito utilizzato, era certa, anzitutto, l'impossibilità per il provvedimento di estinzione (eventualmente in combinato con l'ordinanza di sospensione) di impedire al creditore di instaurare un nuovo procedimento esecutivo né al debitore di opporsi nuovamente per le medesime ragioni.

Non può peraltro sfuggire che una tale conclusione, pur essendo probabilmente l'unica sostenibile per dare un senso alla lettera della disposizione, confliggeva, a nostro avviso insanabilmente, con la lettera della norma, la quale circoscriveva tale "autorità" all'ordinanza di estinzione, anche se eventualmente intesa come momento conclusivo di un atto complesso⁵⁷.

Una tale formulazione letterale, dunque, riconosceva *in primis* proprio all'ordinanza di estinzione un'autorità che altrimenti non avrebbe avuto, salvo escluderne l'invocabilità in un diverso processo. Senonché, come abbiamo osservato, l'ordinanza di

⁵⁴ BUCCI – SOLDI, *Le nuove riforme*, cit., 429; PETRILLO, sub art. 624, in BRIGUGLIO – CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, II, Padova, 2007, 655; MENCHINI – MOTTO, *Le opposizioni esecutive e la sospensione del processo di esecuzione*, in ACONE – CONSOLO – LUISO – MENCHINI – MOTTO – MERLIN, *Il processo civile di riforma in riforma*, II, Milano, 2007, 216; TISCINI, *I provvedimenti*, cit., 191.

⁵⁵ BUCCI – SOLDI, *Le nuove riforme*, cit., 430; LONGO, *Contributo*, cit., 400; MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in AA.VV., *Sulla riforma del processo civile. Atti dell'incontro di studio. Ravenna, 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, 55; MONTELEONE, sub art. 624 e 624bis, in CIPRIANI – MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 437; PETRILLO, sub art. 624, cit., 658; TISCINI, *I provvedimenti*, cit., 194; TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato*, cit., 94.

⁵⁶ MENCHINI – MOTTO, *Le opposizioni*, cit., 216; TISCINI, *I provvedimenti*, cit., 195.

⁵⁷ La norma in esame era, infatti, stata definita, durante la sua vigenza, "ultronea", in quanto non aggiungeva nulla a quanto già poteva desumersi in base ai principi generali: BUCCI – SOLDI, *Le nuove riforme*, cit., 430; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 2° ed., Padova, 2009, 1277.

estinzione non ha alcuna efficacia extraprocessuale né tale norma, affrettatamente copiata dalla disciplina del procedimento cautelare uniforme da poco introdotta, avrebbe potuto attribuirgliela *ex imperio*.

Si spiega così l'evidente errore in cui era caduto il legislatore e le ragioni che hanno portato ad una repentina espunzione dalla norma in questione di ogni riferimento all'autorità dell'ordinanza di estinzione avvenuto appena tre anni dopo dalla sua introduzione.

4. *Brevi considerazioni provvisorie sulla nozione di "autorità" del provvedimento nel diritto positivo.*

Dall'analisi che precede possiamo trarre alcuni brevi osservazioni comuni sulla nozione di "autorità" nel diritto positivo, naturalmente prescindendo, per il momento, dall'analisi dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.

Anzitutto, possiamo confermare come nessuna delle norme analizzate si premuri di fornirne una definizione, così giustificando il dibattito, ancora acceso, tra i sostenitori delle diverse soluzioni. Si spiega, così, del resto, la necessità di tutti gli Autori di rintracciare *aliunde* la conferma delle proprie tesi, ricorrendo, a seconda delle diverse ricostruzioni, alla disciplina della provvisoria esecutività delle sentenze, alla disciplina sul giudicato ovvero alle diverse fattispecie di sospensione.

Possiamo tuttavia tracciare un profilo comune, a prescindere dalle soluzioni volta per volta accolte. La nozione di "autorità" coincide sempre con un effetto del provvedimento, sia che si tratti dell'efficacia della cosa giudicata (per i sostenitori della tesi tradizionale), sia che si tratti dell'efficacia naturale della sentenza. Ne consegue che nel vigente codice deve oramai intendersi superata l'autorevole classificazione tra efficacia ed autorità, intendendosi con la seconda una qualità (e non già un effetto) per designare l'immutabilità degli effetti⁵⁸.

Si tratta di osservazione di non poco momento, atteso che permette di superare a monte il problema dell'oggetto dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., atteso che l'"au-

⁵⁸ Come si è già osservato *supra*, infatti, le definizioni utilizzate da Liebman sotto l'impero del codice di rito del 1865 non reggono più al raffronto con la lettera dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. 1940, con la conseguenza che ciò che nel previgente codice era definito dall'Autore come "autorità" deve essere altrimenti definito.

torità” contemplata in tale norma deve certamente qualificarsi come effetto dell’ordinanza, ferma restando ovviamente la necessità di meglio definirne le peculiarità con specifico riferimento alla tutela cautelare.

Possiamo inoltre osservare come sia arduo – se financo non impossibile – tracciare una definizione unitaria, atteso che, come è evidente e come si vedrà meglio nella sezione che segue, ogni provvedimento (sentenza, ordinanza cautelare ovvero provvedimento emesso in sede esecutiva) ha un’efficacia sua propria, che tiene conto delle caratteristiche delle diverse forme di tutela in cui è pronunciato e che non può essere ignorata nel tentativo di fornirne una definizione. Si rischierebbe, infatti, di incorrere nello stesso errore del legislatore del 2006 il quale, nell’erronea convinzione che vi fosse una sola nozione di autorità *bonne à tout faire* ha previsto una norma, quale quella contenuta all’art. 624, 3° comma, c.p.c. del tutto inutile, in quanto finalizzata ad escludere l’invocabilità *aliunde* di un provvedimento che già di per sé non avrebbe potuto produrre alcuna efficacia.

Proprio la circostanza che solamente tale norma è stata riformata nel 2009, mentre quella contenuta all’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. è rimasta immutata, ci induce a ritenere che in tale ultimo caso non si tratti affatto, come invece nel primo, di norma inutile ma, anzi, importante per definire l’efficacia del provvedimento cautelare. Di tale efficacia ci occuperemo, pertanto, nella sezione che segue.

Sezione seconda

L'AUTORITÀ EX ART. 669-OCTIES, 9° COMMA, C.P.C.

5. Premesse sulla definizione di autorità del provvedimento cautelare.

Nei paragrafi che precedono abbiamo brevemente cercato di ripercorrere gli aspetti a nostro avviso fondamentali per comprendere i tratti essenziali della “autorità” del provvedimento giudiziale ed, in particolare, della sentenza.

Prima di procedere con l'esame della soluzione che ci pare preferibile con specifico riferimento a quella del provvedimento cautelare *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. sono opportune alcune brevi permesse, che saranno meglio sviluppata *infra*.

Anzitutto, sarebbe errato ritenere che la norma in esame escluda *tout court* qualsiasi efficacia del provvedimento cautelare. Infatti, sarebbe inconciliabile con il principio di effettività della tutela e, a ben vedere, con le caratteristiche stesse di tale forma di tutela, un provvedimento *inutiliter datum*.

Di conseguenza, appare ineccepibile, quantomeno sul piano formale, la lettera dell'art. 669-octies c.p.c., la quale si limita ad escludere l'invocabilità dell'autorità del provvedimento in un diverso giudizio. Dunque, già dal tenore letterale della norma in esame emerge come il provvedimento cautelare abbia una sua autorità, la quale tuttavia non è utilmente invocabile in un diverso giudizio, sicché il giudice non potrà porre a fondamento della propria decisione quanto statuito in un giudizio cautelare.

È sulla base di questa premessa che muoveremo la nostra indagine, dal momento che, quale che sia l'interpretazione da fornire alla nozione di “autorità”, essa è un effetto di cui il provvedimento cautelare è dotato, salvo il solo divieto di invocarlo in un diverso giudizio.

In secondo luogo, nell'interpretazione dell'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c., si cercherà di ripercorrere il già analizzato dibattito formatosi sull'art. 337, 2° comma, c.p.c., espressamente richiamato dal legislatore nel 2003, valutando, volta per volta, i limiti entro cui le diverse soluzioni dottrinali e giurisprudenziali appaiano compatibili, da un lato, con la natura del provvedimento e, dall'altro lato, con la disciplina prevista all'art. 669-octies c.p.c.

6. “Autorità” del provvedimento cautelare come giudicato.

Anzitutto, la tesi tradizionale, la quale ritiene che il riferimento *ex art.* 337, 2° comma, c.p.c. all’“autorità” della sentenza debba essere inteso come “autorità di cosa giudicata” non può essere condivisa con riferimento all’oggetto della presente indagine.

Infatti, in primo luogo, una tale interpretazione, nel 2003 era già stata oggetto di profonde critiche sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Pare, dunque, irragionevole ritenere che il legislatore abbia aderito ad una tesi in corso di superamento senza premurarsi di prendere espressamente posizione sul tema. Del resto, se davvero il legislatore avesse voluto affermare solamente l’incompatibilità tra tutela cautelare e cosa giudicata, ben avrebbe potuto ricorrere ad una diversa formulazione letterale.

Emblematica, sotto questo profilo, è, infatti, la già accennata disciplina del rito societario. Infatti, mentre il legislatore all’art. 23, 6° comma, d.lg. n. 5/2003 è ricorso alla vaga espressione di “autorità”, all’art. 19 del medesimo decreto delegato, lo stesso legislatore ha esplicitamente escluso, come già visto, che al provvedimento finale di tale giudizio “non conseguono gli effetti di cui all’articolo 2909 del codice civile”. Analoga conclusione vale, del resto, altresì con riferimento all’art. 12, 2° comma, lett. c), l. n. 366/2001, il quale, come parimenti già osservato, escludeva non già l’“autorità” ma l’“efficacia di giudicato” dei provvedimenti interinali. Insomma, se la *ratio* dell’art. 23, 6° comma, d.lg. n. 5/2003 e dell’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. fosse effettivamente stata di escludere la sola autorità di giudicato (*rectius*, di escluderne l’invocabilità in un diverso giudizio) il legislatore ben avrebbe potuto ricorrere alle medesime espressioni già accolte altrove in relazione al medesimo testo di legge⁵⁹. La scelta di ricorrere ad una diversa formulazione letterale dovrà pertanto essere valorizzata dall’interprete per una diversa definizione della nozione di “autorità”.

È però proprio la contiguità tra l’art. 19 e l’art. 23 del d.lg. n. 5/2003 a suggerire, con interpretazione sistematica, che la nozione di autorità non possa sovrapporsi a quella di giudicato.

A tale argomento, di per sé non decisivo, benché rilevante sul piano sistematico, può aggiungersene un secondo, a nostro avviso ben più importante.

⁵⁹ *Contra* QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, 247 s. CATALDI, *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 397 s. rileva la diversa formulazione tra le due norme, che ritiene, tuttavia, giustificata dalla strutturale inattitudine del provvedimento cautelare al giudicato, a differenza dell’acertamento previsto *ex art.* 19 D.lg. 5/2003.

Come abbiamo già anticipato, infatti, la lettera dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. non esclude affatto che il provvedimento sia dotato di "autorità" ma solamente che questa possa essere invocata in un diverso giudizio. Se così stanno le cose, tuttavia, la tesi secondo cui tale nozione dovrebbe coincidere con il giudicato entra in crisi.

Anzitutto, se la norma in esame comporta – come a noi sembra – l'esistenza di una qualche forma di autorità, qualora si ritenesse di equiparare tale nozione a quella di giudicato si arriverebbe a conclusioni paradossali⁶⁰. Portando alle sue estreme conseguenze la tesi qui criticata, si dovrebbe riconoscere che il provvedimento cautelare è idoneo al giudicato, pur non essendo questo invocabile in un diverso giudizio. Soluzione che, all'evidenza, urta frontalmente con la *ratio legis* e – ci sia consentito – con la funzione stessa della tutela cautelare, per come sarà descritta nel prosieguo.

Peraltro, l'attitudine al giudicato di un provvedimento cautelare, benché non spendibile in un diverso giudizio, non sarebbe priva di conseguenze, anch'esse non condivisibili. Benché, infatti, un ruolo preminente debba essere riconosciuto agli effetti negativi (*ne bis in idem*) e positivi (funzione conformativa) che il giudicato ha in un diverso giudizio, occorre tuttavia rilevare come esso produca *ex se* ulteriori effetti sul diritto sostanziale: si pensi, ad esempio, alla cancellazione dell'ipoteca ovvero all'*actio iudicati*⁶¹. Effetti che, ove si riconoscesse in capo ai provvedimenti cautelari l'attitudine al giudicato, dovrebbero estendersi, senza alcuna possibilità di dubbio, anche al provvedimento cautelare.

Si tratta, tuttavia, di soluzione che, come vedremo nel prosieguo, è incompatibile con la struttura della tutela cautelare.

Del resto, a nostro avviso, non potrebbe neppure sostenersi che la norma in esame si sia limitata a ribadire l'incompatibilità tra tutela cautelare e cosa giudicata.

Qualora si volesse infatti ritenere che l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. si sia limitato

⁶⁰ Proprio perciò CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1522, il quale invece identifica l'"autorità" con la cosa giudicata, critica la formulazione legislativa, la quale, letta *a contrario*, sembra escludere la possibilità di invocare in un diverso processo un'autorità che la misura cautelare non avrebbe nemmeno nel proprio processo di merito.

⁶¹ Su questi temi v. più diffusamente il capitolo II.

a ribadire il principio di tradizionale incompatibilità tra tutela cautelare e cosa giudicata⁶², la norma in esame sarebbe pressoché *inutiliter data*⁶³.

Salva infatti qualche, seppur autorevole, opinione minoritaria⁶⁴, peraltro sostenuta proprio in seguito all'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata, l'inedoneità del provvedimento cautelare ad acquistare autorità di giudicato è un principio granitico nel nostro ordinamento⁶⁵, come vedremo tra poco.

Non si comprenderebbero, dunque, le ragioni che avrebbero spinto il legislatore ad un intervento chiarificatore, nel contesto di una profonda riforma del sistema cautelare italiano, quale quella del 2005, qualora la finalità fosse solamente di ribadire un principio immanente della tutela cautelare.

Per superare l'obiezione che precede non pare possibile limitarsi ad affermare la necessità di un intervento chiarificatore alla luce dell'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata.

Anzitutto, una simile conclusione, ancora una volta, contrasta con la lettera dell'art.

⁶² Così, invece, esemplificativamente, CARBONARA, *Limiti oggettivi dell'«anticipazione» giuridica, «strumentalità attenuata» ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in LANFRANCHI – CARRATTA (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, 405. È poi costante in giurisprudenza l'affermazione secondo cui l'incompatibilità della tutela cautelare con la cosa giudicata risiederebbe proprio nell'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.: Cass., 3 ottobre 2016, n. 19720, cit.; Trib. Cuneo, 10 febbraio 2017, in *Redazione Giuffrè*, 2017.

⁶³ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria*, cit., 248, la quale giunge però, da questa premessa, a conclusioni opposte a quelle da noi sostenute, come si vedrà nel paragrafo seguente.

⁶⁴ A favore dell'autorità di giudicato (quantomeno *de iure condendo*) dei provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata si vedano BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 569; QUERZOLA, *La tutela anticipatoria*, cit., 194 ss.; EAD., voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, IV, Torino, 2009, 426 s. Conf., seppure in misura più circoscritta, altresì BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 217 e 227, il quale afferma che i provvedimenti cautelari sono incontrovertibili quantomeno nel giudizio cautelare (per l'analisi di tale tesi rinviamo al capitolo IV, pf. 6).

⁶⁵ LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 253; BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in AA.VV., *Sulla riforma del processo civile*, cit., 77. Conf. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 91 ss.; DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, 50 e 145; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, Napoli, 2006, 149; MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 1249; MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 421; NARDO, *La cosa giudicata sostanziale*, in DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 2889; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 578; ID., *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 538 e 608; SALETTI, *Il processo cautelare, oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 548; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 153. In giurisprudenza, v. Cass., S.U., 28 dicembre 2007 n. 27187, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1437 ss., con nota di GIORDANO, *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*; Cass., 3 ottobre 2016, n. 19720, cit.; Cass., 27 aprile 2010 n. 10069, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 620; Cass., 19 novembre 2010 n. 23504, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1482; Cass., 20 gennaio 2015, n. 896, in *De jure*; Cass., 11 marzo 2015 n. 4904, *ivi*. Nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Cuneo, 10 febbraio 2017, cit.

669-*octies*, 9° comma, c.p.c., il quale riconosce, seppur solo *a contrario*, una qualche forma di autorità a tutti i provvedimenti cautelari. Infatti, tale norma non circoscrive, come già osservato, il proprio ambito applicativo ai provvedimenti “a strumentalità attenuata”, ma detta una disciplina omogenea per ogni provvedimento cautelare, anche “a strumentalità piena”.

Ancora una volta, dunque, ove la lettera dell’ultimo comma dell’art. 669-*octies* c.p.c. si limitasse a ribadire la sola inattitudine al giudicato anche a seguito della riforma del 2005, non si comprenderebbero le ragioni per cui il legislatore non abbia circoscritto, come invece disposto nei commi precedenti, l’ambito applicativo della norma alla sola tutela cautelare a strumentalità attenuata. Certo, si potrebbe replicare che tale omissione debba imputarsi ad una svista, come sarebbe da imputarsi ad una svista anche la formulazione dell’art. 337, 2° comma, c.p.c., ma ci sembra di poter affermare che, se di sviste si tratta, c’è del metodo in esse.

Non pare, insomma, che la nozione di “autorità” *ex art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.* possa coincidere con quella di cosa giudicata.

6.1. *Incompatibilità tra tutela cautelare e cosa giudicata.*

Nel paragrafo precedente abbiamo chiarito come all’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. non pare che il legislatore abbia escluso l’invocabilità *aliunde* dell’autorità di cosa giudicata del provvedimento cautelare, ma un’efficacia da questa diversa (che specificheremo meglio *infra*).

Occorre, però, a questo punto, meglio chiarire il punto.

Benché, a parere di chi scrive, l’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. tratti di un fenomeno diverso dall’autorità di cosa giudicata, sicché sarebbe erroneo riconoscere in quella norma il fondamento dell’incompatibilità tra tutela cautelare e cosa giudicata, ciò non significa affatto, come già anticipato, che il provvedimento cautelare sia idoneo ad acquistare autorità *ex art. 2909 c.c.* Infatti, l’interpretazione da noi auspicata dell’art. 669-*octies* c.p.c. prescinde dalla problematica da ultimo richiamata.

Dunque, non si vuole affatto affermare – come pure in dottrina si è invece talvolta affermato⁶⁶ – che il provvedimento cautelare, quantomeno in astratto, possa permettere un accertamento immutabile, ma solamente che una tale conclusione derivi (salvo che

⁶⁶ V. Autori citati alla n. 64.

con una interpretazione *a fortiori* della norma) dall'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., il quale non si occupa direttamente della attitudine del provvedimento cautelare al giudicato⁶⁷.

Del resto, le ragioni che in passato, anteriormente alla riforma del 2005, giustificavano l'inattitudine dell'ordinanza cautelare ad acquistare autorità di cosa giudicata non sembrano essere in alcun modo state scalfite neppure successivamente.

Ciò deriva, anzitutto, dalle caratteristiche che, tradizionalmente, sono ritenute proprie della tutela cautelare.

Infatti, tra i requisiti di tale forma di tutela vi è non solo la strumentalità rispetto al giudizio di merito, ma altresì la provvisorietà. Con tale ultima espressione si indica la caratteristica per la quale il provvedimento “è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane *nel frattempo*”⁶⁸. Dunque, ai sensi dell'art. 669-*novies*, 3° comma, c.p.c. il provvedimento cautelare, a strumentalità tanto piena quanto attenuata, è destinato ad essere superato dalla decisione di merito. Tale requisito è rimasto immutato, mentre è stata attenuata la sola strumentalità strutturale, dal momento che l'instaurazione del giudizio di merito è ormai facoltativo⁶⁹. Di conseguenza, il provvedimento cautelare, quale che sia il grado di strumentalità strutturale, è sempre incompatibile con la stabilità che l'art. 2909 c.c. riconosce al provvedimento con autorità di giudicato, essendo destinato sempre ad essere superato da una successiva decisione di merito.

Meno significativo, a sostegno dell'inidoneità del provvedimento cautelare ad acquistare autorità di cosa giudicata, sembra invece la cognizione sommaria, sufficiente (ed

⁶⁷ Se infatti, come abbiamo cercato di argomentare *supra*, la lettera della norma ci pare inequivoca nel senso di riconoscere una qualche autorità al provvedimento cautelare, è altrettanto inequivocabile come il legislatore abbia voluto, seppur maldestramente, ribadire come il provvedimento cautelare sia incompatibile con il giudicato. Certo una tale conclusione non è sostenibile sul piano letterale, tuttavia è proprio la preoccupazione che la decisione cautelare vincolasse un altro giudice che ha spinto il legislatore ad intervenire, al contempo cogliendo però l'occasione per meglio precisare entro quali limiti il provvedimento interinale abbia una qualche efficacia.

⁶⁸ CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 168 (corsivo del testo). Il provvedimento cautelare è, dunque, provvisorio nel fine, dal momento che è sempre destinato a venir meno a seguito della decisione di merito (TARZIA, *La tutela cautelare*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., XXXI).

⁶⁹ Non riteniamo, pertanto, di poter condividere la tesi di QUERZOLA, *La tutela anticipatoria*, cit., 194 ss., la quale, all'esito di un ampio percorso argomentativo, arriva ad escludere, in capo ai provvedimenti ex art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c., la stessa funzione cautelare.

invero, secondo taluno, altresì necessaria⁷⁰) ex art. 669-*sexies* c.p.c., ai fini della decisione del giudice cautelare⁷¹.

Infatti di per sé non vi è alcuna incompatibilità tra cognizione sommaria e giudicato: benché tale incompatibilità fosse stata predicata *expressis verbis* già dal legislatore del rito societario⁷², tuttavia sono molteplici le ipotesi in cui si è ritenuto che non vi sia alcuna incompatibilità tra giudicato e cognizione sommaria. Ci si riferisce, in particolare, all'ampia categoria dei c.d. "accertamenti con prevalente funzione esecutiva"⁷³, ossia quei provvedimenti la cui principale finalità non è tanto l'accertamento del diritto (e la sua conseguente immutabilità⁷⁴), quanto l'attribuzione al ricorrente di un titolo esecutivo. Senza poter indugiare in questa sede su una compiuta analisi di tali misure e sulla loro efficacia⁷⁵, ciò che rileva è che tali provvedimenti, pur nascendo provvisori (possono, infatti, essere revocati in presenza di una contestazione ad opera della parte

⁷⁰ Non è raro, infatti, imbattersi in decisioni di merito che rigettano talune istanze istruttorie (in particolare, consulenze tecniche d'ufficio), formulate in un giudizio cautelare, in quanto richiederebbero accertamenti incompatibili con la cognizione – e la durata – del giudizio cautelare: esemplificativamente sul punto, v. Trib. Milano, 2 agosto 2017, *www.ilcaso.it*; Trib. Genova, 29 dicembre 2014, in *De Jure*. Sul ruolo della liquidità della prova in sede cautelare v. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., 466 s.

⁷¹ Escludono ogni rapporto tra forme di tutela ordinarie e giudicato, tra i tanti, ALLORIO, *Nuove riflessioni*, cit., 116; LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., 252. Riconosce, invece, un significativo ruolo alla sommarietà della cognizione TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 158 ss. spec. 170 ss.

⁷² L'art. 12, 2° comma, lett. d), l. n. 366/2001, delegava il governo all'introduzione di «un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio, che conduca alla emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato». Si contrapponeva così la sommarietà della cognizione alla stabilità della cosa giudicata.

⁷³ L'espressione è in CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923, 196 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2° ed., Napoli, 1935, 213 ss.

⁷⁴ Con riferimento all'attitudine del decreto ingiuntivo ad acquistare autorità di cosa giudicata si vedano, esemplificativamente, GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, 2° ed. a cura di Romano, Milano, 2012, 11; TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato*, cit., 22 ss.; MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002, 354 ss.; LA CHINA, *La tutela*, cit., 42. Sul punto, in giurisprudenza, v. Cass., 17 luglio 2018, n. 19113, in *De jure*; Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, *ivi*. Per ogni ulteriore riferimento si veda CONTE, *Procedimento d'ingiunzione*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2012, 265 ss.

È, peraltro, nota la tesi, ormai superata, secondo la quale il decreto ingiuntivo non opposto – come pure l'ordinanza di convalida ex art. 663 c.p.c. – non avrebbe l'efficacia propria della cosa giudicata, ma un'efficacia minore, definita "preclusione *pro iudicato*": REDENTI, *Diritto processuale*, cit., III, 2° ed., Milano, 1954, 25 ss.

⁷⁵ Per una analisi sul punto, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici, si veda, esemplificativamente MENCHINI, *Orientamenti sull'efficacia dei provvedimenti contenziosi sommari non cautelari*, in *Giust. civ.*, 1988, II, 319 ss.

resistente), possono stabilizzarsi ed acquistare una maggiore stabilità nell'accertamento⁷⁶. Una tale soluzione si giustifica proprio con la possibilità riconosciuta alla controparte di proporre opposizione, unitamente all'infruttuoso spirare del termine concesso per tale attività. Siamo, in ultima analisi, in presenza di una vera e propria presunzione *iuris et de iure*, con la quale il legislatore ritiene che la mancata opposizione nei termini equivalga a tacita accettazione del provvedimento derivante dalla correttezza dello stesso.

Dal momento che, ai sensi dell'art. 669-*octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., ciascuna parte può instaurare il giudizio di merito (che, in questa tesi potrebbe essere assimilato ad un giudizio di opposizione), la mancata "opposizione" del provvedimento cautelare rappresenterebbe, per parte della dottrina, una tacita accettazione del suo contenuto. Di conseguenza, lo stesso schema appena analizzato in relazione agli accertamenti con prevalente funzione esecutiva sarebbe, in tale ricostruzione, estensibile anche ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata.

Pertanto, di per sé non vi sarebbe alcuna astratta incompatibilità tra provvedimento cautelare e giudicato, dipendendo solamente da una scelta di diritto positivo – e precisamente quella prevista *ex art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.* – l'accoglimento di una diversa conclusione⁷⁷.

Tuttavia, tale soluzione, nonostante la ricchezza di argomenti addotti a suo sostegno, ci pare in contrasto sia con la funzione della tutela cautelare sia, come del resto riconoscono anche i suoi sostenitori, con la disciplina di diritto positivo.

Anzitutto, abbiamo già spiegato le ragioni per cui l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. prescinde, a nostro avviso, dal dibattito in esame e, di conseguenza, non si potrebbero ricercare al suo interno indicazioni (quantomeno dirette) circa l'attitudine del provvedimento cautelare al giudicato.

A ben vedere, invece, l'incompatibilità tra provvedimento cautelare e stabilità del giudicato è un postulato a monte di tale previsione normativa: proprio perché il provvedimento cautelare è incompatibile con il giudicato il legislatore ha sentito la necessità di disciplinarne l'autorità.

⁷⁶ Magistralmente in argomento, v. già CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 170. Più di recente sul punto si vedano, esemplificativamente, LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., 11; MENCHINI, *Orientamenti*, cit., 321.

⁷⁷ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria*, cit., 196.

Tanto premesso, non ci sembra che vi siano nemmeno ragioni sistematiche che giustificino l'applicazione della disciplina degli "accertamenti con prevalente funzione esecutiva", tali da determinare una qualche forma di stabilità peculiare dei provvedimenti cautelari.

Mentre infatti in relazione agli "accertamenti con prevalente funzione esecutiva" è previsto dal legislatore un termine ultimo entro cui la parte può proporre opposizione⁷⁸, sicché l'ordinamento ben può tollerare un periodo di incertezza prima della cristallizzazione dell'accertamento in attesa che il resistente proponga l'eventuale opposizione a cognizione piena, per i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata non è previsto alcun termine perentorio⁷⁹ per l'instaurazione del giudizio "oppositorio" di merito⁸⁰.

Un termine di vera decadenza è, infatti, previsto solamente, *ex artt. 669-octies*, 1° e 2° comma, e *669-novies*, 1° comma, c.p.c., per i provvedimenti cautelari a strumentalità piena, in relazione ai quali è, però, unanimemente esclusa l'idoneità ad acquistare autorità di cosa giudicata⁸¹.

Di conseguenza, il risultato a cui porterebbe, se sviluppata sino alle sue estreme conseguenze, la tesi in esame sarebbe l'idoneità al giudicato dei provvedimenti a strumentalità piena e non, invece, di quelli a strumentalità attenuata. Se, dunque, le conclusioni

⁷⁸ È sufficiente ricordare il termine di quaranta giorni previsto dall'art. 645 c.p.c. in materia procedimento monitorio. In argomento, v. già CHIOVENDA, *Principii*, cit., 212.

⁷⁹ Tralasciamo volutamente, per il momento, il dibattito formatosi sul ruolo di prescrizione ed usucapione ai fini della stabilizzazione della misura (su cui v. capitolo II).

⁸⁰ L'obiezione non sfugge, del resto, neppure a QUERZOLA, *La tutela anticipatoria*, cit., 198 s., la quale, tuttavia, replica che, di regola, la parte soccombente nel giudizio cautelare instaurerà immediatamente il giudizio di merito, come del resto, sarebbe imposto dal principio di buona fede e correttezza. Inoltre, a ben vedere un termine ultimo sarebbe rappresentato dallo spirare del termine di prescrizione del diritto.

Nessuna di queste repliche pare, tuttavia, dirimente.

Anzitutto, è lo stesso legislatore che esplicitamente, per i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata, esclude un termine per instaurare il giudizio di merito. Sicché pare portare a conclusioni *contra legem* l'inserimento di un (peraltro, non quantificato) termine breve imposto dalla buona fede e correttezza tra le parti.

Quanto alla seconda obiezione, fermo restando che non è pacifico il consolidamento, per prescrizione del diritto, della situazione di fatto creata dal *dictum* cautelare (al riguardo si veda capitolo II, pf. 3), ad ogni modo il termine di prescrizione sarebbe irragionevolmente lungo e, comunque, suscettibile di interruzione e sospensione *ex artt. 2943 e 2945 c.c.* La differenza rispetto ai brevi termini (peraltro decadenziali) che il legislatore usualmente pone per il consolidamento di un provvedimento a prevalente funzione esecutiva appare la miglior riprova di una disomogeneità tra tutela cautelare e tutela cognitiva sommaria.

⁸¹ La stessa dottrina (citata alla n. 64) favorevole ad una qualche forma di stabilità del provvedimento cautelare, la circoscrive, infatti, alla tutela cautelare a strumentalità attenuata.

cui porterebbe questo percorso argomentativo non sono condivisibili, è necessario distaccarsi anche dalle sue premesse.

Quanto precede ci permette, così, di individuare un ulteriore argomento contro l'attitudine dei provvedimenti cautelari ad acquistare autorità di giudicato. Infatti, come abbiamo più volte rilevato, l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. non distingue tra tutela cautelare a strumentalità piena e attenuata. Di conseguenza, dal momento che è opinione unanime la provvisorietà della prima tipologia di misure⁸², non vi sono, a nostro avviso, ragioni per riconoscere stabilità di giudicato ai provvedimenti ultrattivi e non anche a quelli previsti all'art. 669-*octies*, I pt., c.p.c., se non con un'*interpretatio abrogans* parziale della norma.

Peraltro, la conclusione da ultimo criticata è preclusa anche da una ragione di opportunità. Ai sensi dell'art. 669-*octies*, 6° comma, II pt. c.p.c., le parti sono sempre libere di instaurare, anche al di fuori dei casi in cui vi è un termine di decadenza *ex art.* 669-*octies*, I pt., c.p.c., un giudizio di merito, finalizzato proprio all'accertamento (con efficacia di giudicato) del diritto cautelato.

Tuttavia, ove si ritenesse tale stabilità derivante già dal provvedimento cautelare, la norma in esame sarebbe priva di ogni reale utilità.

Certamente non vi sarebbe interesse ad ottenere, con la sentenza di merito, la stabilità del giudicato, dal momento che, in ipotesi, essa sarebbe già propria del provvedimento cautelare. Neppure vi sarebbe interesse ad instaurare il giudizio di merito per mettere in discussione quanto statuito in sede cautelare (vi è una sostanziale identità tra la domanda svolta in sede cautelare e la domanda svolta nel giudizio di merito). Infatti, così opinando, il secondo giudice sarebbe vincolato a quanto accertato in sede cautelare.

Si conferma così che, anche in difetto di ogni previsione *ex art.* 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., il provvedimento cautelare a strumentalità sia piena sia attenuata è incompatibile con la stabilità della cosa giudicata. Di conseguenza, non ci sembra che sia in ciò che risiede il *proprium* di tale norma.

6.2. *Strumentalità funzionale come ostacolo al giudicato.*

Così esauriti gli argomenti di diritto positivo, dobbiamo però indicare un ultimo e forse determinante argomento a sostegno della ontologica provvisorietà della tutela

⁸² Provvisorietà che è del resto confermata dall'art. 669-*novies*, 1° comma, c.p.c.

cautelare a strumentalità tanto piena quanto attenuata.

Come noto, infatti, la concessione del provvedimento cautelare richiede due presupposti: non solo il *fumus boni iuris*, ma altresì il *periculum in mora*. È questo secondo requisito, che consiste nella strumentalità funzionale, il vero elemento distintivo della tutela cautelare che la distingue dalle altre forme di tutela, le quali, pur presupponendo anch'esse una cognizione sommaria, sono ritenute idonee ad acquistare stabilità⁸³. Come si è già più volte osservato, nonostante qualche opinione contraria, la strumentalità funzionale è rimasta immutata anche dopo la riforma del 2005 per ogni provvedimento cautelare, a prescindere dal diverso regime in punto di strumentalità strutturale.

Si tratta di un punto che merita qualche ulteriore chiarimento.

Il giudice cautelare per concedere il ricorso cautelare deve accertare la presenza non solo del *fumus boni iuris* ma altresì del *periculum in mora* e, ove vi fosse efficacia di giudicato, essa coprirebbe, in particolare, il primo dei due requisiti (essendo, nei fatti, l'unico accertamento su cui potrebbe avere rilievo l'effetto conformativo del giudicato). Senonché, il provvedimento cautelare può essere revocato non solo per sopravvenuto difetto di *fumus boni iuris* (che rappresenta, anzi, un'ipotesi marginale)⁸⁴, ma altresì – ed è la regola – a seguito del venir meno di *periculum in mora*. Pertanto, ferma restando l'apparenza del diritto, il giudice cautelare avrebbe il dovere di revocare la misura a suo tempo concessa qualora, nelle more, il pericolo di un pregiudizio sia stato scongiurato per mutamento delle circostanze o per scoperta di fatti sconosciuti in precedenza.

Se queste premesse sono (come ci sembrano) incontestabili, in presenza dei presupposti appena richiamati, il giudice cautelare dovrà procedere ad una revoca *tout court* del provvedimento cautelare, senza poter confermare il provvedimento quanto al *fumus*.

⁸³ CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 171 s., il quale, per tale ragione, contrappone la provvisoria nella formazione del provvedimento degli accertamenti sommari con prevalente funzione esecutiva alla provvisoria nel fine delle misure cautelari. Conf. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 428.

⁸⁴ MERLIN, *La revoca e la modifica*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 469. Del resto, il sopravvenuto difetto di *fumus* non potrebbe che derivare da circostanze le quali, in ultima analisi, consistono in fatti sopravvenuti che comunque non sarebbero preclusi neppure da un eventuale giudicato.

Ne consegue che in questi – tutt’altro che infrequenti – casi, a seguito del sopravvenuto difetto di *periculum* e della conseguente revoca del provvedimento, non vi sarebbe più alcuna misura nell’ordinamento che abbia efficacia di giudicato e ciò, si badi bene, senza che alcun giudice abbia accertato una sopravvenienza in punto di *fumus*.

È proprio questa inscindibilità tra i due requisiti della tutela cautelare che, a nostro avviso, è ontologicamente incompatibile con il giudicato.

Infatti, a seguito della revoca della misura per sopravvenuta carenza di *periculum in mora*, il riconoscimento di un giudicato porterebbe a due risultati alternativi, entrambi inaccettabili: ammettere che un provvedimento in ipotesi istituzionalmente stabile sia travolto per ragioni che esulano dall’oggetto del giudicato stesso (*i.e.* il *fumus boni iuris*) ovvero ritenere che un provvedimento seppur revocato continui a produrre effetti quanto all’oggetto dell’accertamento presupposto.

Quanto precede ci sembra, dunque, sufficiente a dimostrare come l’oggetto stesso dell’accertamento in sede cautelare sia strutturato in modo tale da porre al centro l’esistenza di un *periculum in mora*, di cui il *fumus boni iuris* rappresenta solamente il suo necessario completamento⁸⁵: la mancanza di apparenza del diritto cautelato comporta il venir meno anche del *periculum*, sicché è questa, in ultima analisi, la ragione per cui il giudice è chiamato a verificare anche il requisito del *fumus*⁸⁶.

Nella ricostruzione tra i diversi regimi di efficacia delle misure cautelari e dei provvedimenti di accertamento con prevalente finalità esecutiva, occorre dunque porre particolare attenzione a questa essenziale differenza in punto di oggetto dell’accertamento

⁸⁵ Ci sembra questa l’implicita premessa logica su cui BARLETTA, *La riproposizione*, cit., 217 ss., ritiene che il riferimento al “diverso processo”, per il quale l’autorità del provvedimento cautelare non sarebbe invocabile, debba essere interpretato restrittivamente. Secondo l’A. l’autorità del provvedimento interinale non potrebbe essere invocata in relazione ai processi aventi una funzione diversa da quella cautelare, con la conseguenza che essa opererebbe senza alcun ostacolo per gli ulteriori giudizi cautelari. Sicché il provvedimento cautelare non potrebbe essere modificato/revocato per fatti quantomeno già dedotti nel precedente giudizio cautelare. Una tale interpretazione non ci pare però accoglibile, atteso che difetta una base legale per sostenerla. Benché, infatti, l’art. 12, lett. c), l. n. 366/2001, escludesse, come visto, che il provvedimento cautelare acquistasse “efficacia di giudicato in altri giudizi promossi per finalità diverse” (corsivo nostro), tale soluzione è stata, come visto, ampiamente disattesa dal legislatore delegato che, in luogo dell’efficacia di giudicato, ha preferito ricorrere all’espressione “autorità”, così privando di ogni ulteriore rilevanza il prosieguo della legge delega sul punto. La questione sarà più diffusamente approfondita al capitolo IV, pf. 6, al quale si rinvia per ogni ulteriore osservazione in proposito.

⁸⁶ Del resto, è per tale ragione che il legislatore, nella disciplina dei singoli procedimenti cautelari, si premura di disciplinare i requisiti di *periculum in mora* con maggiore attenzione rispetto al *fumus boni iuris*.

del giudice. Benché in entrambe le forme di tutela la vera *ratio* dell'istituto non sia tanto l'immutabilità dell'accertamento quanto, rispettivamente, l'assicurazione della situazione sostanziale dedotta e la possibilità per il ricorrente di ottenere un titolo esecutivo, l'unico presupposto "funzionale" degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva è l'apparenza del diritto⁸⁷.

Proprio per tali ragioni, solamente tale ultima tipologia di tutela può configurare un'azione di accertamento, dal momento che oggetto della cognizione è pur sempre la sola esistenza del diritto, seppur raggiunta in forme, anche istruttorie, diverse dal modello ordinario. Si spiega così perché, solamente per questi istituti, una volta superata la tradizionale tesi dell'incompatibilità tra cognizione sommaria e giudicato, non vi siano ragioni per escludere l'immutabilità dell'accertamento.

Le osservazioni che precedono non possono invece estendersi ai provvedimenti cautelari, in cui il vero oggetto della cognizione del giudice è il *periculum in mora*. È dunque questa, a nostro avviso, la corretta ricostruzione del rapporto tra tutela cautelare e cosa giudicata.

Si tratta di ricostruzione che non necessita il ricorso all'ambigua lettera dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., ma che si fonda sui principi generali, consolidati ben prima dell'introduzione di detta norma. Ancora una volta, dunque, si conferma come l'introduzione della disposizione in commento non possa fondarsi sulla necessità di chiarire un aspetto – inattitudine delle decisioni cautelari al giudicato – che appariva pacifico anche prima della riforma.

Certamente, la norma ha il pregio di ribadire tale inattitudine al giudicato, se non sul piano letterale quantomeno a *fortiori* (è chiaro che se non è invocabile l'autorità della misura in un diverso giudizio, significa quantomeno che essa è sfornita di ogni autorità di cosa giudicata), ma ci sembra incontestabile che vi sia molto di più nella *ratio legis* e nella sua lettera.

7. L'"autorità" come fenomeno metagiuridico: l'auctoritas.

Escluso che la nozione di "autorità" *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. possa coincidere con la cosa giudicata, è necessario chiarire il significato che, in positivo, tale

⁸⁷ È infatti opinione incontrastata quella per cui, al di là della prevalente finalità esecutiva per cui sono richiesti, detti provvedimenti rientrano nella giurisdizione dichiarativa. Sul punto, esemplificativamente, v. MENCHINI, *Orientamenti*, cit., 323.

espressione può assumere in relazione ai provvedimenti cautelari, al fine di individuare i limiti entro cui tale espressione può rilevare ai fini della norma in commento.

Premettiamo, anzitutto, che, se presa nel suo significato più immediato, l'espressione "autorità" non presenta particolari problemi esegetici. In ambito giuridico essa è stata definita come "*il potere di comando insito nello Stato; ... la persona rivestita di qualche pubblico potere*", con la precisazione che essa "*è degna di ossequio in quanto è la idea stessa della giustizia che opera sulla persona e mediante l'azione legittima spiegata dai pubblici funzionari*"⁸⁸.

Con la medesima espressione, questa volta nel linguaggio comune, si intende, per quanto qui interessa, "*l'azione determinante che la volontà di una persona esercita (per forza propria, per consenso comune, per tradizione, ecc.) sulla volontà e sullo spirito di altre persone*"⁸⁹ e, per estensione, "*stima, credito di cui un individuo gode (per età, virtù, scienza, ingegno, ecc., o per particolare competenza in qualche professione o disciplina) nel far fede, consigliare, guidare, proporre*"⁹⁰.

Dunque, dalla lettura congiunta delle due definizioni appena richiamate emerge una duplice connotazione: da un lato, la nozione di autorità concorre con quella di legittimità e, dall'altro lato, con quella di coercibilità⁹¹. Si può, dunque affermare, in via di prima approssimazione, che l'autorità di un provvedimento è rappresentata dalla sua efficacia coattiva, la quale però, per poter operare, ne presuppone la legittimità. Così intesa, l'autorità è, pertanto, una caratteristica propria di ogni provvedimento statale⁹², non solamente giurisdizionale.

Da quanto precede, emerge che il provvedimento dotato di autorità ha una natura

⁸⁸ Così CONTUZZI, voce *Autorità*, in *Dig. it.*, IV, 2, Torino, 1893-1899, 414.

⁸⁹ www.treccani.it. Parimenti, essa viene definita come "*la capacità di orientare e vincolare il volere e il comportamento altrui per ragioni di prestigio morale, intellettuale, sociale, di supremazia gerarchica o politica*" (*Dizionario enciclopedico del diritto*, I, Novara, 1979).

⁹⁰ www.treccani.it.

⁹¹ INTERDONATO, voce *Autorità*, in *Enc. giur. it.*, I, 5, Milano, 1904, 703; LAVAGNA, voce *Autorità (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 479 s.; STOPPINO, voce *Autorità*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 523 ss. spec. 524 s.; VITTA, voce *Autorità*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 1563 s. Con questa duplicità di significato l'espressione emerge anche in *La piccola Treccani. Dizionario enciclopedico*, Roma, 1995, secondo cui essa designerebbe sia "*la posizione di chi è investito di poteri e funzioni di comando, e la cui forza è basata da un lato sulla sintesi del volere con la legge, dall'altro sul riconoscimento ufficiale della forza stessa*" sia le *attuazione-esecuzione* "*persone che esercitano un potere legittimo*".

⁹² PALERMO, voce *Provvedimenti (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, *passim* spec. 401 ss. e, con particolare riferimento ai provvedimenti giudiziari, 418.

ancipite: da un lato, un'efficacia giuridica che discende dalla sua legittimità (da intendersi come caratteristica del provvedimento pronunciato da un soggetto a ciò legittimato) e, dall'altro, un'efficacia di mero fatto, rappresentata dalla spontanea soggezione dei consociati – e, dunque, a prescindere da eventuali sanzioni – al contenuto della misura.

Se tale distinzione ha una portata limitata per le sentenze, in relazione alle quali l'autorità della cosa giudicata prevale nettamente sulla autorità di fatto⁹³, la questione assume una ben diversa rilevanza in relazione a tutti quei provvedimenti – e in particolare, per quanto in questa sede rileva, in relazione ai provvedimenti cautelari – sforniti di una autorità di cosa giudicata.

Infatti, qualora la nozione di autorità *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. dovesse essere intesa come autorità di fatto, il provvedimento cautelare, in un successivo giudizio, sarebbe *tamquam non esset*; in caso di diversa interpretazione, il provvedimento cautelare continuerebbe ad esistere in un diverso processo e ad influenzare il giudice, seppur come evento storico (inteso come fatto naturalistico), essendo però privo di tutti gli effetti giuridici che la disciplina generale dovrebbe, altrimenti, riconoscergli in quanto provvedimento giudiziale.

Del resto, la caratteristica che un provvedimento sia dotato di autorità di mero fatto e non di autorità giuridica era tutt'altro che infrequente nel diritto romano, come conferma la circostanza che l'espressione “autorità” deriva direttamente dal termine latino *auctoritas*, il quale si riferiva proprio, in primo luogo, a tale autorità morale.

Prima di meglio chiarire quest'ultima espressione è però necessario preliminarmente ricordare che essa, a sua volta, deriva dall'espressione *augēre* (“accrescere”)⁹⁴: l'*auctoritas* designa dunque un *quid pluris* del soggetto di cui è predicato.

Per meglio comprenderne il significato è opportuno sottolineare come l'*auctoritas* sia tradizionalmente contrapposta alla *potestas* e all'*imperium*: mentre queste ultime

⁹³ Peraltro, come già visto *supra* pff. 2 ss., se la questione appare marginale allorché la sentenza sia passata in cosa giudicata, essa appare meno nitida qualora vi sia già una decisione, il cui giudizio di impugnazione è ancora pendente, dovendosi in tali casi applicare l'ambigua disciplina prevista dall'art. 337 c.p.c.

⁹⁴ FERRINI, voce *Auctoritas*, in *Dig. it.*, IV, 2, Torino, 1893-1899, 398; NOCERA, voce *Autorità (storia)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 465. Non interessa in questa sede approfondire il dibattito sull'etimologia di *auctoritas*. Basti qui ricordare che secondo altri studiosi l'espressione deriverebbe dal greco αὐτόσ (“stesso”).

espressioni consistono nell'attribuzione di specifici poteri coercitivi (rispettivamente a talune magistrature civili minori, da un lato, e a magistrature militari di maggior prestigio, dall'altro)⁹⁵ maggiormente carico di sfumature è il significato – non ancora pienamente chiarito dagli interpreti⁹⁶ – della prima espressione, il quale attiene prevalentemente alla sfera del prestigio e dell'autorevolezza, indipendentemente dalla coercibilità di tale potere (è sufficiente, sotto tale profilo, osservare come alla stessa etimologia si ricollegli la figura religiosa degli *augures*).

L'*auctoritas* si fonda, infatti, sul generale consenso da parte dei consociati che si assoggettano volontariamente a colui che la detiene, per il generale consenso di cui questi gode⁹⁷.

Al fine di meglio individuare i tratti comuni di tale predicato è sufficiente brevemente soffermarsi sugli istituti giuridici designati, nel diritto romano, da tale espressione. Essa designa, infatti, istituti tra loro molto diversi, che toccavano tanto il diritto privato quanto il diritto pubblico.

Sotto il primo profilo, l'espressione poteva indicare, ad es., la garanzia del dell'alienante nei confronti dell'acquirente, ovvero il potere di integrazione del tutore rispetto alle limitazioni della capacità giuridica del pupillo (o della donna)⁹⁸. Come si vede, tutte queste nozioni hanno in sé due sfumature: da un lato, sono tutte qualità che concorrono ad integrare una situazione giuridica altrui (ad es., senza l'*auctoritas* del tutore, il pupillo non potrebbe compiere alcuni atti giuridici); dall'altro, nelle ipotesi che precedono, l'*auctoritas* è finalizzata a tutelare una parte (tutela del compratore, tutela del pupillo e così via).

⁹⁵ Su cui v., esemplificativamente, MANTOVANI, *Il diritto e la costituzione in età repubblicana*, estratto da GABBA – FORABOSCHI – MANTOVANI – LO CASCIO – TROIANI, *Introduzione allo storia di Roma*, Milano, 1999, 234 ss. e 240.

⁹⁶ Per una panoramica dei possibili significati – anche sociologici – da attribuire alla nozione di *auctoritas*, si veda ROWE, *Reconsidering the "Auctoritas" of Augustus*, in *The Journal of Roman Studies*, 2013, 1 ss.; GALINSKY, *Augustus' auctoritas and Res gestae 34.3*, in *Hermes Zeitschrift für klassische Philologie*, 2015, 244 ss.

Sul diverso rapporto tra *imperium* e *potestas*, da un lato, e *auctoritas*, dall'altro lato, v., esemplificativamente, GRANT, *The Augustan 'Constitution'*, in *Greece & Rome*, 1949, 98.

⁹⁷ Peraltro, tale assoggettamento può consistere anche nel mero adeguarsi ai consigli offerti: la radice di *auctoritas* è infatti la stessa da cui deriva *auxilium*

⁹⁸ In argomento BOZZI, voce *Auctoritas*, in *Dig. it.*, I, Torino, 1937, 1151 s.; FERRINI, voce *Auctoritas*, in *Dig. it.*, cit., 398; ID., voce *Auctoritas*, in *Enc. giur. it.*, I, 5, Milano, 1904, 656 ss.; CANTARELLA, *Diritto Romano*, Milano, 2010, *passim* spec. 111, 325, 443, 447; NOCERA, voce *Autorità*, cit., 465 s.; SCHERILLO – GNOLI, *Diritto Romano*, 2° ed., Milano, 2005, 148.

Più interessante, ai nostri fini, è però la concezione pubblicistica.

Anzitutto, nel diritto romano è definito “*auctoritas*” il potere del Senato (*auctoritas patrum*) di approvare quanto deliberato dalle assemblee popolari, a pena di invalidità della delibera popolare stessa⁹⁹. Inoltre, l’espressione *auctoritas* caratterizza la vincolatività – più di fatto che giuridica¹⁰⁰ – delle delibere senatorie¹⁰¹.

Così tratteggiati, nei suoi aspetti essenziali, gli elementi che caratterizzano la nozione di *auctoritas* nel diritto romano sia privato sia pubblico, sembra opportuno brevemente soffermarsi su un ultimo aspetto che tale espressione assume nel mondo romano.

Come si è già avuto modo di anticipare, la nozione di *auctoritas* acquista, nel corso dei secoli dell’impero, una nozione sempre più sacrale¹⁰². Una tale connotazione trae origine dalla figura dell’imperatore Ottaviano Augusto, il quale ricorre a tale espressione per indicare la propria superiorità (solamente morale) rispetto al Senato e alle istituzioni repubblicane¹⁰³.

Benché il significato da attribuire a tale nozione, con specifico riferimento alla figura dei primi imperatori, non sia pacifico, l’opinione maggioritaria ritiene che essa designi un potere esclusivamente di fatto, fondato sulla influenza e non sulla forza¹⁰⁴: essa è,

⁹⁹ In particolare, l’*auctoritas patrum* consisteva nella prerogativa, riconosciuta ai senatori, di approvare le decisioni assunte dai comizi curiati e centuriati (assemblee popolari): in difetto di tale sanzione, sarebbe difettata la validità delle delibere di tali assemblee. Pertanto, analogamente a quanto previsto nel diritto privato, altresì nel diritto pubblico era necessario, ai fini della validità delle decisioni delle assemblee popolari, l’integrazione della volontà del popolo con la volontà dei patrizi. Peraltro, a far data dal IV-III secolo a.C., tale funzione fu svuotata del suo contenuto sostanziale per diventare, progressivamente, una mera formalità da esercitare preventivamente all’adozione della decisione delle assemblee popolari (i *patres* avrebbero, pertanto, dovuto farsi *auctores* a prescindere dall’esito della decisione assembleare). In argomento, si vedano BOZZI, voce *Auctoritas*, cit., 1152; FERRINI, *op. loc. cit.*; FIEZER, *Interregnum and Patrum Auctoritas*, in *Mnemosyne*, 1959, 320 ss. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 251; NOCERA, voce *Autorità*, cit., 470; SCHERILLO – GNOLI, *op. ult. cit.*, 54.

¹⁰⁰ Specialmente in età repubblicana sono rare le ipotesi in cui alle delibere del Senato veniva attribuita una vincolatività giuridica (un esempio in senso contrario è offerto dalla *lex de provinciis praetoris* del 101-100 a.C. su cui v. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 255).

¹⁰¹ Essa designava, in particolare, la particolare forza morale di cui erano dotate le decisioni del Senato qualora non fosse possibile adottare un senatoconsulto a seguito dell’*intercessio* del tribuno della plebe (FRIEZER, *op. ult. cit.*, 322).

¹⁰² Ed infatti, con tale nozione giungerà nella cultura medievale, per indicare la reverenza alle Sacre Scritture per poi estendersi progressivamente ai grandi Autori della classicità.

¹⁰³ Si allude alle *Res Gestae*, 34.3, nelle quali Ottaviano Augusto afferma “*post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri, qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt*” (“dopodiché superai tutti in *auctoritas*, ma non ebbi maggiore *potestas* degli altri magistrati miei colleghi”). È, infatti, nota la comune origine etimologica di “Augusto” e di *auctoritas*, tale per cui è *Augustus* colui che gode, seppur a parità di potere, di maggiore *auctoritas*: egli è, insomma, un *primus inter pares*.

¹⁰⁴ HERMES, *op. ult. cit.*, 247. Per ogni opportuno riferimento bibliografico si veda altresì ROWE, *op. ult. cit.*, 3 ss.

dunque, un potere non giuridico – ed è questo il punto – ma prettamente morale. Proprio nella mancanza di potere coercitivo starebbe, dunque, la differenza tra *potestas* e *imperium*, da un lato, e *auctoritas*, dall'altro lato. Quest'ultima espressione, inoltre, a differenza delle prime non presuppone alcuna funzione pubblica: essa si sostanzia nella funzione di guida morale che può essere svolta da chiunque.

Da quanto precede discende pertanto una ulteriore – e, ai nostri fini, decisiva – differenza con il potere coercibile esercitato da chi detiene *imperium* o *potestas*: mentre tali predicati si riferiscono esclusivamente alla carica e, pertanto, vengono meno con la cessazione dell'ufficio e prescindono dalle qualità della persona che ricopre l'ufficio stesso, l'*auctoritas* è caratteristica esclusiva della persona, che prescinde da eventuali cariche pubbliche ricoperte dalla stessa. Di conseguenza, *auctoritas* e *imperium/potestas* non sono espressioni tra loro incompatibili, ma possono tra loro convivere a seconda che venga valorizzato, rispettivamente, l'aspetto personale ovvero le funzioni pubbliche ricoperte da un soggetto.

La breve analisi che precede permette, a nostro parere, di comprendere la caratteristica essenziale, sul piano metagiuridico, della nozione di autorità. Infatti, tale espressione non indica solamente un effetto strettamente giuridico, ma anzi, in primo luogo, un effetto di mero fatto. Sarebbe dunque erroneo, a parere di chi scrive, muovere un'indagine sull'espressione in esame senza, al contempo, soffermarsi su questa duplice natura.

8. L'autorità “di mero fatto” del provvedimento cautelare.

Dalla breve indagine appena svolta abbiamo dunque osservato che non vi è alcun ostacolo a riconoscere autorità di mero fatto ed, al contempo, escludere ogni autorità giuridica. Si tratta, dunque, di effetti tra loro autonomi che non possono essere confusi.

Rinviando al prosieguo della trattazione l'esame dei limiti dell'efficacia giuridica del provvedimento cautelare, ci limitiamo, per ora, ad analizzare se, ed entro quali limiti, l'autorità giuridica del provvedimento cautelare sia invocabile in un diverso processo.

Infatti, il provvedimento cautelare, come ogni altro tipo di provvedimento, ha in sé

un'intrinseca efficacia persuasiva che prescinde da ogni sua eventuale rilevanza giuridica¹⁰⁵. Pertanto, la circostanza che su una determinata questione si sia espresso un precedente organo statale, seppur a cognizione sommaria e su un oggetto non perfettamente coincidente (dal momento che – come già osservato – il provvedimento cautelare presuppone anzitutto una cognizione sul *periculum in mora*), non può che influenzare non solo ogni altro soggetto che sarà chiamato a giudicare del medesimo rapporto, ma altresì – ed anzi in particolare – i destinatari dell'atto stesso.

È proprio su quest'ultimo aspetto che, anzi, si gioca buona parte della funzione deflattiva che il legislatore ha posto a fondamento della riforma del 2005.

Dal momento che si tratta di una questione di mero fatto (cioè l'oggettiva circostanza che un giudice abbia deciso in un determinato modo il ricorso presentato da una parte) non ci pare che l'autorità così intesa possa essere esclusa da una norma di legge.

A favore di questa soluzione milita, anzitutto, una ragione di teoria generale. L'autorità logica del provvedimento cautelare prescinde da ogni profilo giuridico: senza bisogno che al provvedimento cautelare sia riconosciuta alcuna efficacia giuridica, i consociati sono spontaneamente portati ad ascoltare il *dictum* giudiziale. Ne consegue che una norma che escluda giuridicamente un'efficacia di mero fatto non sarebbe nulla di più di una *vox clamantis in deserto*. Infatti, anche laddove si potesse ritenere che tale autorità di fatto non sia astrattamente invocabile in un diverso giudizio, nessuna norma di legge potrebbe mai impedire che questa operi una, seppur indiretta, influenza nei confronti del giudice né, ove questa efficacia meramente persuasiva restasse confinata al di fuori della motivazione della sentenza di merito, potrebbe essere riconosciuto alle parti un potere di impugnazione sul punto.

Del resto, come abbiamo già osservato a proposito della sentenza di primo grado *sub iudice* di appello, nemmeno i sostenitori della teoria tradizionale circa l'interpretazione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. mettono in dubbio che anche la sentenza di primo grado, seppur priva di efficacia giuridica, abbia comunque un'efficacia logico-persuasiva e non si vede per quale motivo una diversa conclusione dovrebbe valere per la tutela cautelare.

¹⁰⁵ Persuasività che aumenta se si considera che il provvedimento è pronunciato da un soggetto terzo ed imparziale quale è un giudice. Per un'interessante indagine di tale profilo v. CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 117 s.

A parte tale primo (ed invero abbastanza ovvio) argomento, la centralità dell'efficacia logica dell'ordinanza cautelare si impone altresì con specifico riferimento al contesto storico in cui è maturata la riforma.

Il legislatore non ha infatti voluto – né, come visto, avrebbe neppure potuto – escludere l'invocabilità dell'autorità di mero fatto in un diverso processo, dal momento che è proprio su tale "autorità" che si fonda l'efficacia persuasiva dell'ordinanza cautelare e, in ultima analisi, la "scommessa" su cui si fonda l'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata. Pertanto, anche qualora si volesse riconoscere all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. un'efficacia per così dire programmatica e non precettiva, tale per cui il giudice di un diverso processo debba valutare con particolare cautela l'attendibilità dell'accertamento cautelare, qualora la nozione di autorità fosse da intendersi come di mero fatto, il legislatore svilirebbe oltre il necessario la funzione deflattiva del provvedimento cautelare, così invitando le parti a contestare quanto statuito in sede cautelare¹⁰⁶.

Se, insomma, la rilevanza di una precedente decisione sul medesimo oggetto appare immanente in ogni processo decisionale, essa appare tanto più importante in relazione al provvedimento cautelare, per il quale tale autorità di fatto svolge un'essenziale funzione conformativa prima ancora che per il giudice per le stesse parti, le quali, proprio in forza della persuasività dell'ordinanza cautelare, potrebbero rendere stabile – nei limiti *ex art.* 669-*octies*, 6° comma, c.p.c. – il *dictum* giudiziale.

8.1. *Il sistema dei référés nel diritto francese.*

Per chiarire meglio quanto affermato nel paragrafo che precede, sembra utile brevemente soffermarsi sul diritto comparato ed, in particolare, sul sistema francese dei

¹⁰⁶ Pertanto, non ci sembra condivisibile quanto afferma TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., 164, la quale esclude che il provvedimento cautelare sia sprovvisto anche di un'efficacia "di mero fatto". L'A. sembra infatti considerare unitariamente, come efficacia di mero fatto, effetti tra loro non omogenei. Un conto è l'efficacia di mero fatto che il provvedimento cautelare ha, in quanto tale e a prescindere da ogni previsione di legge, ben diversa è la questione, su cui torneremo nel prosieguo della trattazione (capitolo III, pff. 3 ss.), se il provvedimento cautelare possa essere utilizzato, in quanto documento, in un diverso giudizio. Infatti, tale questione attiene esclusivamente alla sua efficacia giuridica (e, nello specifico, alla sua efficacia probatoria).

*référés*¹⁰⁷.

Come si è detto, il legislatore, nell'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata e, per quanto qui in particolare rileva, per la definizione di autorità, sembra essersi fortemente ispirato, seppure, come vedremo, con non secondari fraintendimenti, all'ordinamento della tutela provvisoria d'oltralpe.

Tale procedimento è molto diffuso nell'ordinamento francese, tanto da essere definito “*le mode normal*” di tutela *ante causam*¹⁰⁸, il cui provvedimento conclusivo (reso in forma di ordinanza) è pronunciato nel necessario contraddittorio delle parti ed è necessariamente provvisorio¹⁰⁹; caratteristica talmente importante da diventare l'elemento distintivo dell'istituto stesso¹¹⁰. Proprio la provvisorietà permette al giudice una cognizione estremamente rapida, solitamente giustificata dal *periculum in mora*¹¹¹, ed il provvedimento conclusivo offre alle parti una regolamentazione provvisoria degli interessi in causa, nell'attesa della decisione di un (eventuale) giudizio di merito, la

¹⁰⁷ Con l'espressione *référé* non ci si riferisce in senso tecnico alla misura interinale che viene concessa dal giudice ma, più propriamente, al procedimento, il cui elemento determinante è la presenza del contraddittorio tra le parti (elemento che vale a distinguere il procedimento di *référé* da quello, per il resto affine, della *requête*). Peraltro, per ragioni espositive, ci si riferirà a tale espressione sia per indicare il procedimento sia, più tecnicamente, per indicare il provvedimento concesso all'esito del giudizio di *référé*.

¹⁰⁸ L'espressione è di PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, in TARZIA (a cura di), *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985, 158. Conf. CADIET, *Presentazione*, in SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, XI ss.

¹⁰⁹ Senza pretesa di esaustività, si vedano, in materia di *référé*, NORMAND, *Les fonctions des référés*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 73 ss.; PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, cit., 152 ss., nonché, quanto al sistema belga dei *référés*, il quale presenta significative affinità con l'ordinamento francese, altresì DEMEZ – PANIER, *L'autonomie du référé*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, cit., 45 ss.

Con taglio maggiormente comparativistico, si vedano inoltre SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, *passim*, nonché BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 575 ss.; D'AMICO, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli, 2018, 1 ss.; QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., 45 ss.; SILVESTRI, *Il sistema francese dei «référés»*, in PROTO PISANI (a cura di), *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 9 ss.

¹¹⁰ Così, esemplificativamente, BERTIN, v. *Référé civil*, in *Répertoire de procédure civile*, IV, 2° ed., Agg. 1996, Paris Cedex, 1996, 2; CEZAR-BRU – HEBRAUD – SEIGNOLLE, *La juridiction du Président du tribunal*, I, 5° ed. a cura di Odoul, Paris, s.d. (ma 1978), 24; LACABARATS, *Le référé*, in AA.VV., *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*, Paris, 1998, 222. Qualora si richieda un provvedimento *inaudita altera parte* sarà infatti necessario ricorrere al procedimento di *requête* (NORMAND, *Les fonctions*, cit., 73).

¹¹¹ Come si vedrà tra poco, peraltro tale presupposto non è sempre richiesto.

cui instaurazione è, quantomeno a livello normativo¹¹², sempre facoltativa.

La scelta del legislatore di ispirarsi a questo istituto per tracciare la disciplina dei provvedimenti cautelari si intuisce con una certa facilità: tale sistema di tutela gode in Francia di un successo senza eguali, che si caratterizza per la rapidità della decisione, nonché per la relativa stabilità della misura.

Senonché, onde evitare equivoci con l'indagine che si andrà a svolgere, giova chiarire sin d'ora che il *référé* non appartiene alla tutela cautelare. Benché infatti il *periculum in mora* sia storicamente richiesto per la concessione del *référé*, esso non è tuttavia elemento strutturale per identificare tale tipologia di procedimenti¹¹³. L'ordinamento francese ha infatti previsto, a far data dal 1973, alcune ipotesi – in particolare il *référé provision*¹¹⁴ e, nel 1985, il *référé-injonction*¹¹⁵ – la cui concessione prescinde dal requisito del *periculum in mora*.

Ad ogni modo, anche al di fuori di tali ipotesi che, già a livello legislativo, esulano espressamente dall'ambito applicativo della tutela cautelare, occorre osservare come la giurisprudenza abbia progressivamente eroso la rilevanza del *periculum in mora* anche in relazione ai procedimenti tradizionali di *référé*, ammettendo – complice anche una rigorosa applicazione da parte della Cour de Cassation del divieto di conoscere di questioni di merito – mere clausole di stile che, quantomeno in relazione alla parte motiva del provvedimento, nulla precisano in punto di pericolo¹¹⁶.

¹¹² A seguito della concessione dell'ordinanza di *référé*, le parti non hanno l'onere di instaurare il giudizio di merito, analogamente a quanto prevede, oggi, l'art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c. italiano. Peraltro, in taluni casi, la giurisprudenza francese ha eccezionalmente subordinato l'efficacia della misura all'instaurazione del giudizio di merito entro un determinato termine. Ci si riferisce, in particolare, ai noti casi *Mitterand* (TGI Paris, 18 gennaio 1996, in *Sem. Jur.*, 1996, VIII, 22589) e *Léotard* (TGI Paris, 28 ottobre 1997, *ivi*, 1997, L, 22964). Su tali importanti pronunce v., esemplificativamente, SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., 78; D'AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 133 ss.

¹¹³ Come si è già ricordato, vero elemento centrale di questa misura risiede nella necessaria presenza di un contraddittorio tra le parti.

¹¹⁴ In argomento, esemplificativamente, JOMMI, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005, 123; D'AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 170 ss.; SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 209 ss.

¹¹⁵ In argomento, D'AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 188 s.; SILVESTRI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla celebre espressione “*vu l'urgence*” la quale, secondo la costante giurisprudenza, è idonea a soddisfare il requisito di *periculum in mora* (Cass., sez. II, 30 giugno 1960, in *www.legifrance.gouv.fr*; Cass., sez. III, 31 ottobre 1978, in *Bull. civ.*, 1978, III, n. 330, 253). Senonché è sin troppo facile osservare che la strumentalità funzionale con tale espediente viene erosa, quando non eliminata, a vantaggio del *fumus boni iuris*, rendendo così il procedimento di *référé* un vero e proprio giudizio sommario di cognizione.

8.2. (segue) Evoluzione dell'istituto.

Per comprendere l'istituto e, così, per poter tracciare una esauriente definizione di "autorità" di mero fatto è opportuno procedere ad una breve ricostruzione della sua storia: il *référé* ha origini antichissime, risalendo, secondo l'opinione consolidata, all'editto del 22 gennaio 1685¹¹⁷, concesso per l'amministrazione della giustizia nello *châtelet* di Parigi, il quale prevedeva che "*le lieutenant civil pourra ordonner que les parties comparoîtront le jour même dans son hôtel, pour y être entendues, et être par lui ordonné par provision ce qu'il estimera juste*"¹¹⁸.

Veniva così riconosciuto ampio potere discrezionale e *lato sensu* cautelare ad un soggetto (il *lieutenant-civil*) assimilabile all'attuale figura del Presidente del Tribunale di grande istanza. L'editto si premurava così di individuare, per sommi capi, quegli elementi che resteranno salienti anche nella disciplina successiva del *référé*: contraddittorio, provvisorietà e atipicità (il *lieutenant* avrebbe potuto ordinare tutto ciò che ritenesse giusto).

Benché originariamente l'istituto fosse circoscritto al solo *Châtelet* di Parigi, in poco più di un secolo – in piena età napoleonica – esso fu esteso a tutta la Francia, con il *code de procédure civile*¹¹⁹. L'art. 806 del *code* del 1806¹²⁰, in particolare, stabiliva che "*dans tout le cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après*"¹²¹. Centrale, poi, ai nostri fini, era la previsione dell'art. 809, 1° comma, del medesimo codice, il quale affermava perentoriamente che "*les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal ; elles seront exécutoires par provision, sans caution, si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait furni*

¹¹⁷ Pur non essendo mancate tesi che riconducevano l'istituto financo alla disciplina romanistica delle XII tavole, l'opinione consolidata – fatta del resto propria anche nella relazione al codice napoleonico del 1806 – ritiene che l'unico reale precedente fosse proprio quello del 1685. In argomento, v., esemplificativamente, CEZAR-BRU – HEBRAUD – SEIGNOLLE, *La juridiction*, cit., 14.

¹¹⁸ "Il luogotenente civile potrà ordinare che le parti compaiano il giorno stesso presso la sua abitazione, per essere sentite, e per ordinare in via provvisoria quello che stimerà giusto"

¹¹⁹ La relazione di Réal al codice (*Exposé des motifs par M. Réal*, in *Code de procédure civile. Motifs et rapports*, Paris, 1806, spec., in relazione al *référé*, 221 ss.) definiva questa generalizzazione come "*indispensable*".

¹²⁰ Il testo del codice qui riportato è pubblicato in *Code de procédure civile*, Paris, 1806, 179.

¹²¹ "In caso di urgenza, o se si tratterà di statuire provvisoriamente sulle difficoltà relative all'esecuzione di un titolo esecutivo o di una sentenza, si procederà come di seguito previsto"

une”¹²².

La relazione di Réal – di accompagnamento al codice – ribadiva, infatti, in relazione a tali provvedimenti, la provvisorietà, premurandosi di sottolineare l'impossibilità giuridica che essi potessero divenire definitivi¹²³. Nonostante la chiarezza sia del tenore letterale della legge sia della relazione di accompagnamento, era lo stesso Réal ad aggiungere come un tale procedimento, seppur sprovvisto *de iure* di definitività, avesse comunque comportato “*l’extinction totale et définitive par fait, d’une immense quantité de contestaions*”¹²⁴. È proprio tale aspetto che ci offre una chiave di lettura dell'istituto: nato come provvisorio esso era destinato a consolidarsi *de facto*, con la tacita accettazione del *decisum* giudiziale.

Il procedimento di *référé* venne confermato anche nel *Nouveau code de procédure civile* del 1975. Senza voler in questa sede analizzare tutte le sue caratteristiche¹²⁵, confermatrice, almeno nella sostanza se non nella forma, degli elementi distintivi del *référé*, ci limiteremo ad analizzarne la sola stabilità. In particolare, si ribadiva che “*l’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée*”¹²⁶ (art. 488 n.c.p.c.), precisandone, al contempo, la natura di “*décision provisoire*” (art. 484 n.c.p.c.). Di conseguenza, per espressa previsione legislativa, il giudice di merito non avrebbe potuto essere vincolato a quanto accertato dal giudice del *référé*¹²⁷.

Tale punto merita tuttavia alcune riflessioni ulteriori che saranno svolte nel paragrafo che segue.

¹²² “Le ordinanze di *référé* non pregiudicheranno il merito; saranno esecutive provvisoriamente, senza cauzione, se il giudice non ha ordinato che ne sia prestata una”.

¹²³ Si veda, ancora, la relazione Réal, cit., 223. Nel medesimo senso, v. CARRÉ, *Lois de la procédure civile*, IV, 3° ed. a cura di Chaveau, Bruxelles, 1851, 533; RÉGNARD, *De l’organisation judiciaire et de la procédure civile en France*, Paris, 1855, 397.

¹²⁴ Così la relazione, cit., 224.

¹²⁵ Caratteristiche già sin troppo investigate e che, comunque, esulano dalla presente trattazione.

¹²⁶ “L’ordinanza di *référé* non ha, ai fini del merito, autorità della cosa giudicata”.

¹²⁷ PERROT – FRICERO, voce *Autorité de la chose jugée. Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, in *Juris classeur*, VI, DLIV, Paris Cedex, 1998, 17; NORMAND, *La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, cit., 391; CADIET – JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6° ed., Paris, 2009, 454; ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, 2° ed., Paris, 1998, 26; RAU, *Le président du Tribunal de Grande Instance*, II, Paris, 1965, 741; BERTIN, v. *Référé civil*, cit., 3.

Nella giurisprudenza francese v., oltre alle pronunce citate *infra* alla n. 131, Cass., sez. III, 14 gennaio 2009, in www.legifrance.gouv.fr; Cass., II civ., 10 marzo 2005, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, 142, con nota di THERY.

8.3. (segue) *L'autorità del provvedimento di référé.*

Prima di ritornare all'analisi dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. è necessario soffermarsi ancora brevemente sul procedimento di *référé* ed, in particolare, sulla sua peculiare forma di stabilità.

Come si è detto, infatti, tale misura non può mai divenire stabile sul piano giuridico, ma solamente “*par fait*”.

Le ragioni di questa stabilità di mero fatto si fondano, a nostro avviso, su due elementi: da un lato, la persuasività della motivazione e, dall'altro, il prestigio del magistrato chiamato a concedere la misura.

Iniziamo l'analisi da tale secondo profilo per osservare come la più volte citata relazione Réal fondava la definitività di fatto dell'ordinanza di *référé* sul “*discernement*” e sulla “*probité*” del Presidente del Tribunale¹²⁸, unico organo originariamente chiamato a pronunciarsi nei procedimenti di *référé*.

Proprio questo prestigio¹²⁹ ha a lungo precluso ai presidenti degli organi di altre giurisdizioni di pronunciare in *référé*. Ad ogni modo il legislatore ha abbandonato tale atteggiamento restrittivo per procedere ad un progressivo ampliamento di tale potere in capo, inizialmente, al solo Presidente del Tribunal de commerce e, successivamente, ai Presidenti delle altre giurisdizioni. Unico simulacro dell'originaria giurisdizione esclusiva in tema di concessione dei *référés* è rappresentata dall'art. 810 n.c.p.c., secondo il quale i poteri del Presidente del Tribunale di grande istanza si estendono ad ogni altra ipotesi in cui non sia prevista una diversa procedura di *référé*, con la conseguenza che permane in capo a tale soggetto un potere residuale.

Ad ulteriore conferma della stretta correlazione tra autorità del magistrato e conseguente autorità del provvedimento, basti ricordare come a lungo si sia dibattuto sulle conseguenze, in punto di validità della misura, qualora il provvedimento non fosse concesso dal Presidente dal Tribunale ma da un altro soggetto, nei casi in cui nel provvedimento non si fosse dato atto dell'impedimento del Presidente¹³⁰.

Come accennato, se è imprescindibile l'autorevolezza del magistrato che pronuncia la misura, è altrettanto rilevante che quest'ultima sia accompagnata da una persuasiva

¹²⁸ Così, ancora, la relazione, cit., 223.

¹²⁹ CEZAR-BRU – HEBRAUD – SEIGNOLLE, *La juridiction*, cit., 4, ricorrono all'espressione “*haute autorité de ce magistrat*”.

¹³⁰ Per una ricostruzione del dibattito si veda RAU, *Le président*, cit., 734 s.

motivazione che convinca le parti della bontà della decisione, al fine di ridurre al minimo le ipotesi in cui risulti effettivamente necessaria l'instaurazione del giudizio di merito.

La combinazione di tali due elementi garantisce così una stabilizzazione del provvedimento e, attraverso questa, l'autorità del provvedimento provvisorio.

Si tratta, naturalmente di una autorità di mero fatto – il che impedisce alla misura interinale, per riprendere l'efficace, anche se imprecisa espressione del codice napoleonico, di “*faire préjudice au principal*”¹³¹ – ma che, con la necessaria collaborazione delle parti, potrà acquisire, con la loro tacita acquiescenza, qualche stabilità.

Per meglio comprendere questo concetto, conviene brevemente soffermarsi sulla nozione di “*autorité de la chose jugée*”.

Ai sensi del già citato art. 488 n.c.p.c., “*l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*”. Proprio come l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. italiano, la norma, interpretata *a contrario*, riconosce così una *autorité* al provvedimento, la quale è però irrilevante o, se si preferisce, “non invocabile” *au principal* (e, dunque, ai fini del merito¹³²).

Senonché – ed è questo, a nostro avviso, l'equivoco in cui è incorso il legislatore italiano nella scelta terminologica – l'espressione francese non corrisponde perfettamente a quella di autorità della cosa giudicata italiana.

Mentre con tale ultima espressione si intende un fenomeno (non importa, in questa sede, ritornare sul dibattito sulla sua natura di effetto della decisione o di qualità degli effetti della decisione) che, ai sensi dell'art. 324 c.p.c., si forma allorché la decisione sia divenuta ormai definitiva, nel senso di non poter più essere contestata con mezzi ordinari di impugnazione, invece l’“*autorité de la chose jugée*” individua nell'ordinamento d'oltralpe un diverso fenomeno. In particolare, la decisione ha tale *autorité* nel momento stesso in cui essa è pronunciata, a prescindere dalla circostanza che possano

¹³¹ È opinione costante che il giudice di merito non possa essere vincolato a quanto statuito in sede di *référé*, tanto che la decisione di merito che si riporti apoditticamente alla decisione provvisoria rappresenta, secondo la giurisprudenza francese, un diniego di giustizia (così, ad es., Cass., sez. II, 13 novembre 2014, in www.legifrance.gouv.fr). Conf. Cass. Soc., 17 gennaio 2018, *ivi*; Cass., sez. III, 6 marzo 2012, *ivi*; Cass. Soc., 30 gennaio 2008, *ivi*; Cass., sez. III, 8 giugno 1977, in *Bull. Civ.*, 1977, III, n. 253, 193.

¹³² Per un tentativo di delimitare la nozione di “*fond*” in relazione a quella di “*principal*”, solitamente utilizzate come sinonimi, si veda D'AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 125 s. n. 329.

ancora esperirsi mezzi di impugnazioni ordinari¹³³. Un'espressione parzialmente analoga alla "autorità della cosa giudicata" (ma che prescinde totalmente dagli effetti *ex art. 2909 c.c.*) nell'ordinamento italiano è invece "*force de la chose jugée*"¹³⁴, espressione con la quale si intende l'autorità di una sentenza non più suscettibile di impugnazione "ordinaria" e, di conseguenza, suscettibile di essere messa in esecuzione¹³⁵.

Si spiega, così, l'espressione cui è ricorso il legislatore francese all'art. 488 n.c.p.c. In quella sede, infatti, era essenziale specificare che, benché sicuramente il provvedimento conclusivo del procedimento di *référé* abbia, come ogni altro provvedimento deciso da un giudice, *autorité de la chose jugée*, tale autorità non potesse essere invocata ai fini della decisione del merito¹³⁶.

In cosa consiste, però, questa *autorité*, non invocabile "*au principal*"?

Per fornire una risposta, giova muovere dal secondo comma della stessa, il quale prevede che la misura cautelare non possa "*être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles*"¹³⁷.

Essa consiste, dunque, nella sua immodificabilità, fatte salve le sole sopravvenienze.

¹³³ PERROT, voce *Chose jugée*, in *Enc. jur.*, I, 2° ed., Paris, 1978, 6; CHAINAIS – FERRAND – MAYER – GUINCHARD, *Procédure civile*, 34° ed., Paris Cedex, 2018, 837 s. Conf. Cass., II civ., 10 marzo 2005, cit. La circostanza è, del resto, chiarita dallo stesso art. 480 n.c.p.c., a norma del quale "*le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ... a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée...*" ("la sentenza che decide nel suo dispositivo in tutto o in parte il merito ha, sin dalla sua pronuncia, autorità di cosa giudicata"): di conseguenza, tale autorità è acquistata a seguito della pronuncia e non del suo consolidamento.

¹³⁴ PERROT, *op. loc. ult. citt.*

¹³⁵ Nell'ordinamento francese, infatti, la decisione di prime cure non è immediatamente esecutiva, dal momento che l'esecutività è sospesa dalla proposizione dell'appello. Come si noterà, si tratta di un regime pressoché analogo a quello vigente in Italia sino al 1990-1995. Peraltro, nell'ordinamento francese è mezzo di impugnazione straordinario quel mezzo che non sospende l'esecuzione del provvedimento, con la conseguenza che, ad es., il ricorso per cassazione è considerato mezzo di impugnazione straordinario.

¹³⁶ Del resto, in altre ipotesi, il legislatore francese non ha esitato a riconoscere un'*autorité de la chose jugée* anche in ogni altro giudizio di merito: ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui il giudice giudica *comme en matière de référé*. In tali ipotesi, disciplinate dall'art. 492-1 n.c.p.c., il legislatore francese ha previsto che il giudice, investito della cognizione di merito ("*le juge exerce les pouvoirs dont dispose la juridiction au fond*", secondo quanto prevede l'art. 492-1, n. 2, I pt., n.c.p.c.), decida secondo la procedura di *référé*. Ciò sulla base della premessa per cui il giudizio di *référé* garantisca strutturalmente una minore durata dei giudizi. Si tratta, del resto, della medesima convinzione che ha spinto il legislatore italiano ad introdurre innumerevoli procedimenti contenziosi, trattati però con le forme della volontaria giurisdizione. Ad ogni modo il legislatore si è premurato di chiarire che in tali casi l'ordinanza abbia "*l'autorité de la chose jugée relativement aux contestations qu'elle tranche*": il confronto con l'art. 488, 1° comma, c.p.c. rende dunque evidente il differente regime di stabilità immaginato dal legislatore francese per le due tipologie di provvedimenti pronunciati nelle forme del *référé*.

¹³⁷ L'osservazione è di SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., 73 ss.

È, dunque, questa la prima nozione di autorità del *référé*, la quale non differisce significativamente da quanto previsto dall'art. 669-*decies* c.p.c. italiano: si tratta di significato radicalmente diverso rispetto a quanto previsto dall'art. 2909 c.c. italiano.

Tali misure, come abbiamo visto, sono intrinsecamente provvisorie, come conferma l'art. 488 n.c.p.c. Conseguenza di tale previsione è che nell'(eventuale) giudizio di merito instaurato dalle parti, il giudice del merito non sarà vincolato agli accertamenti in fatto ed in diritto operati nel procedimento di *référé*¹³⁸.

Tuttavia, come si è già anticipato, il legislatore non ha affatto escluso tale *autorité*, ma si è limitato a precludere la possibilità che questa sia invocabile in un diverso giudizio di merito. Ciò con la conseguenza che essa sarà opponibile ai giudici del *référé*¹³⁹: solamente l'allegazione di nuove circostanze *ex art. 488, 2° comma, n.c.p.c.* potrà pertanto travolgere, in quei giudizi, quanto accertato dal giudice in sede provvisoria¹⁴⁰.

L'art. 488, 1° comma, n.c.p.c. conferma così solamente il divieto per il giudice di intervenire sul proprio provvedimento, salve le sole circostanze nuove¹⁴¹.

Del resto, tale soluzione sembra imposta dal sistema: qualora le parti potessero sollecitare il giudice a modificare il proprio provvedimento, senza che alcun mutamento nelle circostanze vi sia stato, si comprometterebbe irrimediabilmente quella pace giuridica che il provvedimento di *référé* mira a raggiungere¹⁴².

Ciò non esclude, peraltro, che il provvedimento di *référé* abbia degli ulteriori effetti, che analizzeremo più compiutamente nel prosieguo della trattazione. In questa sede, siano dunque concessi solo alcuni brevi cenni.

Senza analizzare, per il momento, i (peraltro, ristretti) limiti entro cui l'accertamento

¹³⁸ JOMMI A., *Il référé provision*, cit., 97 ss.; PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, cit., 158. Nella giurisprudenza francese v., esemplificativamente, Cass. Soc., 12 gennaio 2012, in www.legifrance.gouv.fr.

¹³⁹ Sotto tale profilo, dunque, appariva maggiormente rispettoso della fonte francese di ispirazione della riforma italiana la previsione contenuta all'art. 12, 2° comma, lett. c, l. n. 366/2001, la quale indirettamente permetteva che l'“efficacia di giudicato” del provvedimento cautelare fosse invocabile in un diverso giudizio promosso per finalità analoghe.

¹⁴⁰ D'AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 127.

¹⁴¹ Cass., sez. II, 27 giugno 2019, in www.legifrance.gouv.fr; Cass. Comm., 6 febbraio 2019, *ivi*; Cass. Comm., 12 marzo 1996, in *Bull. civ.*, 1996, IV, n. 83, 67; Cass., sez. III, 16 maggio 1984, in www.legifrance.gouv.fr; Cass., sez. II, 9 ottobre 1974, in *Bull. civ.*, 1974, II, n. 262, 217; Cass., sez. III, 17 luglio 1974, *ivi*, III, n. 317, 241.

¹⁴² NORMAND, *La caducité et la rétractation*, cit., 391; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Paris Cedex, 2007, 292 e 303.

del giudice del *référé* sia eventualmente spendibile in un diverso giudizio, per il momento occorre brevemente trattare della caratteristica centrale di tale ordinanza: la sua esecutorietà.

A differenza di quanto accade in relazione alle sentenze, per le quali la proposizione dell'appello sospende, *ex art. 539 n.c.p.c.*, l'efficacia esecutoria (come, del resto, era previsto all'art. 337, 1° comma, c.p.c. anche nel sistema italiano sino alla riforma del 1990), l'ordinanza di *référé*, giusta la previsione dell'art. 489 n.c.p.c., “*est exécutoire à titre provisoire*”¹⁴³.

L'esecutorietà del provvedimento presenta, ai nostri fini, una importanza centrale. Non solo, come è ovvio, perché l'utilità del provvedimento è per le parti molto più forte in relazione a tali misure, concesse in tempi molto brevi e, a differenza delle sentenze, suscettibili di esecuzione senza neppure la necessità di attendere la decisione delle impugnazioni, ma soprattutto perché ciò può comportare una modificazione dello stato di fatto idonea a rendere irreversibile – sul piano, beninteso, materiale – l'ordinanza di *référé*¹⁴⁴.

L'insieme delle disposizioni che precedono ha così portato a rendere l'ordinanza di *référé* definitiva nei fatti, fermo restando il divieto di invocare l'*autorité de la chose jugée ex art. 480 n.c.p.c.* in un diverso processo¹⁴⁵.

Esso è, dunque, per riprendere le parole di uno dei più grandi studiosi d'oltralpe della materia, un “*instrument de moralisation de la vie juridique*”¹⁴⁶.

8.4. *Invocabilità dell'autorità di mero fatto in un diverso giudizio.*

Le osservazioni che precedono, sia sistematiche sia di diritto comparato, ci sembrano confermare inequivocabilmente che il legislatore, all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., non ha affatto voluto escludere l'invocabilità in un diverso processo dell'efficacia di

¹⁴³ Norma che riprende l'art. 809 del codice napoleonico. Si tratta di esecutorietà *de droit*, come conferma l'art. 514 n.c.p.c. sicché non è necessario che il giudice statuisca espressamente sul punto (in argomento, BERTIN, v. *Référé civil*, cit., 4; ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, cit., 30).

¹⁴⁴ Benché, come visto, l'art. 806 c.p.c. 1806 escludesse la possibilità per il provvedimento di “*faire préjudice au principal*”, la giurisprudenza, già sotto il regime previgente, aveva permesso tale irreversibilità (Cass., sez. I, 18 gennaio 1989, in www.legifrance.gouv.fr; Cass., sez. III, 11 marzo 1980, *ivi*). Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. HÉBRAUD, in HÉBRAUD – RAYNAUD, *Jurisprudence française en matière de procédure civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, 541 s.). In argomento, si vedano altresì PERROT – FRICÉRO, voce *Autorité*, cit., 18.

¹⁴⁵ CADIET – JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., 455.

¹⁴⁶ NORMAND, *Les fonctions des référés*, cit., 87.

mero fatto del provvedimento.

Questa “autorità logica” è in realtà il fondamento stesso della tutela cautelare a strumentalità attenuata, dal momento che è il principale strumento con il quale le parti possono convincersi della bontà della decisione ed ottemperarvi spontaneamente. Peraltro, è appena il caso di precisare che l’“autorità” di mero fatto della misura, a prescindere da ogni valutazione circa la sua efficacia giuridica, potrà estendersi a tutto l’ordinamento e non solo alle parti, sia per quanto riguarda la sua efficacia persuasiva¹⁴⁷, sia per quanto riguarda eventuali effetti che la concessione o l’attuazione del provvedimento potrà comportare nei confronti dei terzi¹⁴⁸.

Come si vede, in tale concezione vi è una forte affinità con l’*auctoritas* nel diritto romano, cui si è fatto cenno nei paragrafi precedenti: esattamente come tale nozione, anche la “autorità” *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. prescinde dalla sua vincolatività¹⁴⁹. Entrambe si fondano però sulla persuasività e sul generale riconoscimento da

¹⁴⁷ Infatti, ben possono darsi dei casi in cui la decisione cautelare abbia un’efficacia persuasiva (ma non certo giuridica) non solo nei confronti delle parti ma vieppiù dei terzi; ipotesi che, in taluni casi, rappresenteranno il vero e proprio fondamento dell’interesse ad agire del ricorrente.

Si pensi, ad es., in materia di rapporti commerciali, al pregiudizio che potrebbe subire un imprenditore al quale sia contestato un inadempimento inesistente. In tali casi, il principale *periculum in mora* che questi potrebbe subire risiede non nella pretesa azionata dalla controparte ma nella lesione alla sua immagine sul mercato. Gli altri operatori, potrebbero infatti preferirgli imprenditori che appaiano maggiormente affidabili. In questi casi, la presenza di un’ordinanza cautelare, ove si ritenga ammissibile una tutela d’urgenza di mero accertamento, potrebbe persuadere gli altri operatori economici dell’affidabilità dell’imprenditore ricorrente.

¹⁴⁸ Si tratta di pregiudizio meramente fattuale (BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1006 s.) ma che può comportare in capo al terzo pregiudizi di non poco momento. Si spiega così il (relativamente recente) dibattito sulle forme di tutela a cui il terzo può ricorrere, le quali spaziano dall’ammissibilità di un intervento volontario nel processo, quantomeno a condizione che non formuli domande ulteriori (MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 405), alla reclamabilità della misura pregiudizievole da parte del terzo (TARZIA – SALETTI, voce *Processo cautelare*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 852 n. 116; DELLE DONNE, *L’attuazione delle misure cautelari*, Roma, 2012, 207 ss.; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 833 ss.), all’esperibilità di un’opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.* (CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997, 221 ss.) o *ex art. 619 c.p.c.* (VULLO, *L’attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 217 ss.), ovvero, infine, alla legittimazione in capo al terzo di chiedere la modifica o la revoca del provvedimento *ex art. 669-decies c.p.c.* (D’AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 371 ss.). Per una più compiuta ricostruzione del dibattito v. D’AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 350 ss.; VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 470 ss. Per la tutela dei terzi in sede di attuazione dei sequestri v., inoltre, POTOTSCHNIG, *L’esecuzione dei sequestri*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 624 ss.

Ad ogni modo, quale che sia la soluzione preferibile (la cui analisi richiederebbe un ben maggiore spazio di quello concesso in questa sede), è innegabile come l’attenzione della dottrina confermi l’estensione degli effetti (materiali) della misura interinale a tutti i consociati, dal momento che il provvedimento cautelare rileva, nei loro confronti, non tanto come atto ma come fatto giuridico.

¹⁴⁹ Essa prescinde altresì dalla sua coercibilità, dal momento che, come si vedrà meglio nel capitolo IV, benché l’autorità del provvedimento cautelare non sia invocabile *aliunde*, una analoga conclusione non vale per la sua coercibilità *sub specie* di attuabilità, con ogni conseguenza del caso in punto di opposizione all’attuazione-esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*

parte dei consociati (per l'autorità cautelare, sul riconoscimento ad opera delle parti in causa) della loro legittimità.

In tale nozione di autorità che, come si comprende, è prima di tutto fattuale, il ruolo centrale è riconosciuto, analogamente a quanto avviene per il *référé*, alla capacità persuasiva del giudice e, dunque, alla motivazione del provvedimento.

Infatti, solamente attraverso una convincente motivazione, che sia in grado di replicare in modo esaustivo (seppur all'interno di una motivazione succinta *ex art. 134 c.p.c.*) a tutte le difese delle parti, il giudice cautelare potrà prevenire l'instaurazione del giudizio di merito. In effetti, ove le parti si convincano della bontà della decisione interinale, alla quale, pertanto, si conformeranno spontaneamente, nessun ulteriore intervento giudiziale sarà necessario. È, del resto, esperienza comune agli operatori del diritto quella per cui, in presenza di una decisione giudiziale che si fondi su una ricostruzione dei fatti non travisata né superficiale, accompagnata da una motivazione in fatto ed in diritto persuasiva, in grado di confutare la tesi della parte soccombente senza ricorrere a soluzioni apodittiche, le parti di causa sono più inclini a prestare acquiescenza alla decisione.

Peraltro, tanto più questa motivazione sarà efficace, tanto più sarebbe comunque difficile, se non impossibile, escludere che la sua efficacia persuasiva si propaghi per l'ordinamento e condizioni la decisione di un secondo giudice. Non ci sembra dunque questa la direzione in cui deve muoversi l'indagine su quale "autorità" del provvedimento cautelare non sia invocabile in un diverso giudizio.

9. L'autorità giuridica del provvedimento cautelare: la sua "imperatività" tra le parti.

Chiarito, dunque, che il provvedimento cautelare è dotato di autorità di mero fatto e che questa non possa essere esclusa legislativamente, occorre tuttavia stabilire i limiti dell'efficacia giuridica del provvedimento.

Anzitutto, possiamo analizzare gli effetti giuridici che il provvedimento cautelare può produrre ed, in particolare, i suoi effetti imperativi, al fine di stabilire se tale nozione coincida con quella di "autorità" *ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.*

Come abbiamo già osservato, la nozione di "autorità", giuridicamente intesa, comporta, nel linguaggio comune, la coercibilità di un provvedimento sul presupposto che

questo sia stato legittimamente emesso.

Anzitutto, per sgombrare il campo da equivoci è bene premettere che non ci pare pertinente il riferimento alla legittimità del provvedimento, ove inteso in senso giuridico. Con ciò, naturalmente, non si vuole dire che il provvedimento cautelare sia dotato di autorità in quanto sia illegittimo, ma che tale predicato esula dagli elementi essenziali che ne costituiscono l'autorità.

Abbiamo infatti già accennato alle tesi di Liebman, il quale riconduceva alla nozione di "autorità" una sorta di presunzione di legittimità del provvedimento stesso in quanto emesso da un organo statale¹⁵⁰. Tale presunzione, che non si distinguerebbe in nulla dalla analoga presunzione di legittimità degli atti amministrativi, secondo il medesimo Autore corrisponderebbe alla nozione di "imperatività" del provvedimento. Esso sarebbe, infatti, idoneo ad imporsi nei confronti di tutti i consociati a prescindere da ogni valutazione in punto di validità del provvedimento stesso. Infatti, i provvedimenti giudiziali (e, dunque, per quanto rileva in questa sede, i provvedimenti cautelari) sono emessi da un organo statale, peraltro particolarmente qualificato, quale è il giudice¹⁵¹. Di conseguenza, in adesione alla teoria in esame, la presunzione di legittimità si estenderebbe anche a tali provvedimenti, così giustificandone l'imperatività (da intendersi come efficacia del provvedimento).

Tale suggestiva interpretazione non è, però, suscettibile di accoglimento nel nostro sistema di diritto positivo.

Anzitutto, non pare che nel nostro ordinamento viga alcun principio di presunzione di legittimità (e, men che meno, di verità) di una sentenza non ancora immutabile, attesa l'evidente differenza tra un atto amministrativo ed una sentenza¹⁵².

La conseguenza però più inaccettabile di tale ricostruzione risiede nelle conseguenze

¹⁵⁰ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 109 ss. Sostiene l'imperatività di tutti gli atti statuali benché, come vedremo nel prosieguo del presente paragrafo, contesti altrove la presunzione di legittimità che ne sarebbe la premessa, GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, 172 s.

Altresì MORTARA, voce *Appello civile*, in *Dig. it.*, III, 2, Torino, 1890, 674, afferma che la sentenza di primo grado, seppur priva di efficacia sino alla decisione di appello, ha comunque una "presunzione di buon diritto".

¹⁵¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 105. Conf. FAZZALARI, voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 836; CHIZZINI, voce *Provvedimenti del giudice*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 65.

¹⁵² La presunzione di legittimità degli atti amministrativi è stata ritenuta non estendibile alle sentenze già da SEGNI, *Regiudicata*, cit., 604 n. 1; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 37 ss.

a cui una tale interpretazione porterebbe. Infatti, ove la sentenza fosse presunta *ex se* legittima vi sarebbe, in capo alla parte soccombente, l'onere di provarne l'illegittimità, conclusione che è però smentita dal nostro sistema di diritto positivo, dal momento che nel giudizio di appello, secondo la tesi tradizionale, non vi sarebbe alcuna inversione dell'onere probatorio¹⁵³.

Se così stanno le cose, non si comprende in cosa risiederebbe tale presunzione di legittimità.

Essa non potrebbe, infatti, fondare l'inversione dell'onere probatorio, dal momento che una simile possibilità contrasterebbe apertamente con quanto prevede l'art. 2697 c.c., il quale non distingue, in punto di onere probatorio, a seconda che il giudizio sia pendente in primo o in secondo grado.

Essa non potrebbe, però, neppure fondare l'efficacia esecutiva della decisione di primo grado, dal momento che un tale effetto, lungi dal rappresentare una conseguenza di una qualche presunzione di legittimità, è diretta conseguenza di quanto prevedono gli artt. 282 e 337, 1° comma, c.p.c.

¹⁵³ La questione è diventata, tuttavia, più problematica a seguito di Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433 ss., con nota di BALENA – ORIANI – PROTO PISANI – RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*; in *Giur. it.*, 2007, 672, con nota di RONCO, *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell'impugnazione?*. In tale sentenza si afferma che «Essendo l'appellante tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, il cui riesame è chiesto per ottenere la riforma del capo decisivo appellato, l'appello da lui proposto, in mancanza di tale dimostrazione, deve essere, in base ai principî, respinto, con conseguente conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale». Orientamento poi ribadito da Cass., S.U., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Foro it.*, 2013, I, 819 ss., con nota di PROTO PISANI; Cass., 9 aprile 2015, n. 7131, in *Guida dir.*, 2015, XXXIII, 58; Cass., 22 gennaio 2013, n. 1462, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 77.

A tale orientamento (peraltro contestato anche da parte della giurisprudenza: Cass., 8 marzo 2012, n. 3639, in *Foro it.*, 2012, I, 1018; Cass., 21 agosto 2018, n. 20836, in *De Jure*) si è opposta con giusta forza la dottrina dominante, la quale ha osservato, da un lato, come l'art. 2697 c.c. sia norma sostanziale e non processuale e, dall'altro lato, come una presunzione di verità alla sentenza sia riconosciuta al solo giudicato: TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, 142 s. In senso conforme, BALENA – ORIANI – PROTO PISANI – RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, cit., 1438; RONCO, *Appello e mancata (ri)produzione*, cit., 676 n. 8.

Ad ogni modo, anche qualora si volesse condividere la (discutibile) pronuncia delle Sezioni Unite, tale *decisum* si fonda comunque su un'ingiustificata enfaticizzazione della necessità di indicare i motivi di appello (RONCO, *Appello e mancata (ri)produzione*, cit., 675) – necessità peraltro ulteriormente esasperata a seguito della novella dell'art. 342 c.p.c. del 2012 – ma non certo sull'idoneità della sentenza di prime cure di invertire l'onere probatorio tra le parti.

Peraltro, anche nel diritto amministrativo, in seno al quale la presunzione di legittimità è sorta al fine di giustificare l'idoneità dei provvedimenti amministrativi ad incidere nell'altrui sfera giuridica, tale tesi non gode ormai più di grande successo.

Benché in giurisprudenza sia ancora frequente il richiamo alla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo¹⁵⁴, in dottrina si è invece osservato che essa sarebbe inaccettabile, dal momento che comporterebbe, in violazione del diritto positivo, un'inversione dell'onere probatorio¹⁵⁵.

A tale argomento se ne aggiunge poi un secondo, in virtù del quale si osserva come, a tutto voler concedere, potrebbe esservi una presunzione di legittimità solamente finché un giudice non si pronuncia sull'illegittimità della misura, con la conseguenza che, a seguito di tale pronuncia, il provvedimento amministrativo perderebbe la propria esecutorietà. Sennonché anche tale soluzione sarebbe smentita dal nostro sistema di diritto positivo dal momento che l'esecutorietà (e, dunque, proprio quella idoneità del provvedimento di incidere nell'altrui sfera giuridica) viene meno qualora il giudice ordinario abbia disapplicato il provvedimento illegittimo: ne consegue che, se anche il provvedimento accertato come illegittimo e, dunque, privato di quella presunzione, è idoneo ad incidere nella sfera giuridica dei consociati, allora il fondamento di tale efficacia non può certo risiedere in questa presunzione¹⁵⁶.

L'autorità del provvedimento cautelare (e di ogni altro provvedimento giudiziale) prescinde dunque, *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. da ogni valutazione in punto di legittimità.

Se una parte vorrà contestare la legittimità (originaria o sopravvenuta) del provvedimento, dovrà agire nelle forme che la legge le riconosce ed, in particolare, le forme del reclamo *ex art. 669-terdecies* c.p.c. ovvero della modifica/revoca del provvedimento ai sensi dell'art. 669-decies c.p.c.

¹⁵⁴ Cass., 7 maggio 2018, n. 10867, in *De Jure*; Cass., 10 giugno 2016, n. 11962, *ivi*; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1841, *ivi*.

¹⁵⁵ GIANNINI, voce *Atto Amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 187 s. Del resto, proprio muovendo dall'assenza di una presunzione di legittimità, la giurisprudenza ritiene che spetti alla Pubblica Amministrazione la prova degli elementi costitutivi a fondamento della propria pretesa: Cass., 23 maggio 1979, n. 2990, in *Leggi d'Italia*; Cass., 15 novembre 1982, n. 6092, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 2075 s. Conf., più di recente, Cass., 20 gennaio 2016, n. 955, in *Leggi d'Italia*; Cass., 5 novembre 2001, n. 13665, in *De Jure*. Critico, seppur ad altri fini, circa la presunzione di legittimità degli atti statuali, è altresì PROTO PISANI, *I limiti*, cit., 47 ss.

¹⁵⁶ CASETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 253. Per un'ampia ricostruzione del dibattito, nonché per ulteriori riferimenti, si vedano VILLATA R. – RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2° ed., Torino, 2017, 356 ss.

9.1. *L'efficacia giuridica del provvedimento cautelare.*

Esclusa dal perimetro di indagine la legittimità del provvedimento, si deve concludere che caratteristica immanente nella nozione di autorità, giuridicamente intesa, è la sua coercibilità; espressione con cui si indichiamo l' idoneità del provvedimento cautelare di produrre i suoi effetti nei confronti dei consociati.

Come abbiamo già osservato, il provvedimento cautelare appartiene alla categoria dei provvedimenti giudiziari e, in quanto atto di volizione di un organo pubblico, esso consta di un comando, dotato di forza coattiva¹⁵⁷.

Tale efficacia coercitiva, fondamento stesso di ogni provvedimento giudiziale, dal momento che ne garantisce l'effettività, è ancor più importante in relazione alla tutela cautelare, poiché la funzione di tale istituto, come si è già osservato, risiede proprio nell'esigenza di garantire al giudizio di merito quell'effettività che verrebbe messa a rischio dall'eccessiva durata del processo. È dunque chiaro che, ove si negasse efficacia coercitiva al provvedimento cautelare, esso sarebbe privo di ogni utilità per il ricorrente.

Tale effettività trova conferma in una pluralità di norme le quali, esplicitamente, tutelano la coercibilità del provvedimento cautelare.

Anzitutto, ciò emerge con evidenza in relazione alla tutela penale¹⁵⁸. L'art. 388, 2° comma, II pt., c.p. è infatti espressamente dettato in relazione alla elusione di provvedimenti cautelari "a difesa della proprietà, del possesso o del credito", previsione idonea a ricomprendere ogni provvedimento cautelare. Identica conclusione andrebbe predicata anche in relazione al 3° comma del medesimo articolo ed all'art. 388-*bis* c.p. nella parte in cui si riferiscono ai sequestri conservativi e giudiziari.

Quanto precede trova però altresì conferma – ed è questo il punto di maggior interesse per la nostra analisi – nella disciplina processualcivile all'art. 669-*duodecies* c.p.c. che disciplina l'attuazione del provvedimento cautelare, così fondando il dovere,

¹⁵⁷ MICHELI, *Efficacia*, cit., 194; ID., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, 306 s., riprendendo la sistematica di Liebman, riconosce espressamente ai provvedimenti cautelari l'imperatività, escludendone al contempo l'immutabilità.

¹⁵⁸ Sul tema v., anche per ulteriori riferimenti, MANDRIOLI – CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., IV, 316 n. 95 e il corrispondente contenuto nel testo.

in capo agli ufficiali giudiziari, al pubblico ministero ed agli ufficiali della forza pubblica di procedere all'attuazione del titolo¹⁵⁹.

Siamo insomma di fronte ad una pluralità di norme che non solo precisano che il provvedimento cautelare ha una propria efficacia attuativa, ma che impongono altresì alle parti il dovere di adeguarvisi a pena di subire, per le violazioni più gravi, un procedimento penale o, comunque, un'attuazione forzata del *dictum* giudiziale.

Qualora il provvedimento cautelare non avesse, infatti, alcuna reale efficacia (non solo persuasiva e di mero fatto ma altresì) giuridica, ciascuna parte, sia quella soccombente, al fine di rimuovere l'autorità logica del provvedimento, sia quella vincitrice, al fine di consolidare quanto riconosciute dal giudice cautelare, sarebbero costrette *de facto* ad instaurare il giudizio di merito, così svilendo la funzione deflattiva, più volte richiamata, sottesa all'intervento legislativo.

Del resto, una tale soluzione è perfettamente coerente con la lettera dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. dal momento che, come abbiamo più volte osservato, tale norma non esclude affatto, come erroneamente si potrebbe ritenere da una lettura superficiale della stessa, che il provvedimento abbia una sua propria autorità, ma solamente che questa sia invocabile in un diverso giudizio.

Il provvedimento cautelare, fermo restando il divieto di invocare in un diverso giudizio tale efficacia, è, dunque, vincolante nel suo *dictum* tra le parti¹⁶⁰.

Si tratta di un punto su cui conviene spendere qualche altra parola.

A seguito della pronuncia cautelare, la vita delle parti è ormai regolata dall'ordinanza cautelare la quale, proprio per la sua coercibilità, è idonea a divenire, analogamente a quanto abbiamo già osservato in relazione al *référé*, definitiva di fatto¹⁶¹.

Tanto premesso, occorre allora chiarire il significato da attribuire all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., laddove esclude che tale efficacia sia invocabile in un diverso giudizio.

Il legislatore ha infatti voluto escludere che la pronuncia del provvedimento cautelare

¹⁵⁹ Vedremo, nel capitolo IV, entro quali limiti sia applicabile al provvedimento cautelare la disciplina dell'esecuzione forzata.

¹⁶⁰ SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 302 s.; ID., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, 39 s.; GHIRGA, *Le nuove norme*, cit., 796; QUERZOLA, voce *Provvedimenti anticipatori*, cit., 418. Nel medesimo senso, v. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 9° ed., Milano, 2017, 230.

¹⁶¹ SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 303, equipara la situazione di fatto che si viene a creare a seguito della pronuncia cautelare alla situazione del possesso.

sia idoneo a vincolare il giudice di un diverso processo a quanto “accertato” in punto di *fumus boni iuris*. Si tratta di conclusione perfettamente coerente non solo con l’inattitudine della misura cautelare ad acquistare autorità di cosa giudicata (inattitudine che, come visto, non è espressamente contemplata dalla norma in commento), ma, più in generale, con il difetto di ogni efficacia dichiarativa della tutela cautelare, la quale si pone, secondo l’insegnamento ormai costante, quale *tertium genus*, non solo rispetto alla tutela esecutiva ma altresì rispetto alla tutela dichiarativa¹⁶².

Ben si spiegano così le ragioni che hanno indotto il legislatore a precisare che, benché il provvedimento cautelare sia vincolante *inter partes*, in attesa di un provvedimento di merito, esso non è vincolante per il giudice: la previsione è così finalizzata ad escludere ogni efficacia dichiarativa, seppur provvisoria, in capo ad ogni altro giudice, con la conseguenza che non potrebbe trovare alcuna applicazione, ad es., neppure la norma contenuta all’art. 337, 2° comma, c.p.c. nell’ipotesi in cui in un giudizio avente un oggetto dipendente a quello accertato dal provvedimento cautelare fosse invocata l’autorità di un provvedimento cautelare impugnato. La peculiarità di questa previsione legislativa risiede nella circostanza che, sotto tale profilo, essa accoglie *in toto* le tesi di Liebman sulla nozione di autorità, identificando l’autorità del provvedimento con l’efficacia provvisoria (di regola destinata a stabilizzarsi a seguito del passaggio in giudicato della sentenza e, invece, in relazione al provvedimento cautelare destinata a rimanere).

Tanto premesso, occorre però un’ulteriore precisazione.

Benché il provvedimento non abbia efficacia dichiarativa e la sua autorità (come già precisata) non sia invocabile in un diverso giudizio, occorre distinguere a seconda che il provvedimento cautelare produca effetti destinati ad incidere immediatamente sugli istituti di diritto sostanziale ovvero produca effetti vincolanti per le parti, senza con ciò solo modificare il diritto sostanziale.

Tale questione verrà maggiormente approfondita nei capitoli che seguono, ma merita, già in questa sede, qualche precisazione.

In effetti, il provvedimento cautelare, in quanto tale, produce effetti vincolanti solo per le parti: di conseguenza, l’accertamento compiuto dal giudice cautelare indicherà solo la regola di condotta da seguire, ma non potrà rilevare in alcun altro giudizio.

¹⁶² LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., 248.

In questo senso, dunque, il legislatore esclude che in un diverso giudizio, l'accertamento cautelare possa non solo fare stato, ma financo produrre una qualche forma di efficacia naturale, con la conseguenza che nessun altro soggetto dell'ordinamento potrà essere vincolato a quanto dichiarato dal *dictum* cautelare.

Fino a questo punto del ragionamento non pare che vi siano problemi esegetici.

Tuttavia, il provvedimento cautelare è non solo la forma giuridica che contiene il comando cautelare, ma è, esso stesso, fatto giuridico, in quanto tale idoneo ad incidere direttamente nel mondo giuridico¹⁶³. In tali casi, a ben vedere, la norma contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. è inapplicabile atteso che, a seguito del provvedimento cautelare, il regime giuridico si è modificato e, per l'effetto, si sono prodotti effetti, talora irreversibili, sul diritto sostanziale. Di conseguenza, la norma in esame non trova applicazione nel caso di specie per l'assorbente ragione che ciò che viene invocato in un diverso giudizio non è, in questi casi, la "autorità" del provvedimento cautelare, ma, invece, un regime di diritto sostanziale modificatosi a seguito della concessione della misura ma su cui l'autorità della misura interinale ha oramai esaurito i propri effetti.

Un esempio, in materia di rapporto tra tutela cautelare e diritti reali di garanzia aiuterà a comprendere meglio quanto affermato. Si pensi, a titolo esemplificativo, al problema se il provvedimento cautelare possa comportare una cancellazione dell'ipoteca iscritta¹⁶⁴: a nostro parere, quale che sia la soluzione che si predilige circa l'ammissibilità di un tale contenuto dell'ordinanza (e noi, come vedremo, prediligiamo la soluzione negativa), ove si riconosca alla misura un tale effetto, esso sarebbe invocabile in un diverso giudizio, con la conseguenza, ad es., che in una procedura esecutiva con pluralità di creditori, il creditore (già ipotecario anteriormente al provvedimento cautelare) dovrà essere soddisfatto come creditore chirografario. Di conseguenza, qualora

¹⁶³ Insegnano TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24° ed. a cura di Anelli e Graneli, Milano, 2019, 205 s., che si può discorrere di fatti giuridici in senso stretto o naturali "quando determinate conseguenze giuridiche sono poste in relazione ad un certo evento senza che assuma rilievo se a causarlo sia intervenuto o meno l'uomo", con l'ulteriore precisazione che la produzione di effetti da parte di un fatto giuridico in senso stretto non è immanente nel fatto stesso, ma è ricollegato ad una previsione di legge che preveda quell'effetto. Di conseguenza, il provvedimento cautelare, inteso come fatto storico, produce effetti non *ex se* ma solo nei limiti in cui la legge gli ricollegli degli effetti e, comunque, a condizione che tali effetti non siano incompatibili con il regime di provvisorietà e strumentalità proprio della tutela cautelare.

¹⁶⁴ Tale questione verrà analizzata *funditus* al capitolo II, pf. 5.1.

il giudice abbia disposto la riduzione poiché, a suo avviso, il credito è significativamente inferiore a quello iscritto, mentre sull'*an* e sul *quantum* del credito il giudice di merito potrà procedere ad un accertamento *ex novo*, senza alcun vincolo¹⁶⁵, l'ipoteca cancellata, per come iscritta originariamente (e poi cancellata) non esiste più: pertanto, per ritornare all'esempio sopra proposto, la condotta del giudice dell'esecuzione che dichiara esecutivo un progetto di distribuzione *ex art. 596 c.p.c.* nel quale il creditore già ipotecario venga ammesso al chirografo sarà perfettamente legittimo, mentre sarà illegittimo il provvedimento che ammetta per l'intero al grado ipotecario quel medesimo creditore in relazione all'intero credito a seguito di riduzione dell'ipoteca.

Stabilire quando il provvedimento cautelare incide immediatamente sul rapporto di diritto sostanziale e quando, invece, fornisce solo alle parti la regola di condotta, è indagine che deve essere valutata caso per caso, tenuto conto degli istituti volta per volta coinvolti.

Sarà compito dei capitoli che seguono stabilire quando il provvedimento cautelare incida effettivamente sul rapporto tra le parti e quando, invece la sua efficacia sia destinata ad esplicarsi primariamente proprio rispetto ad un organo giudiziario.

10. *L'“autorità” ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. ed ex art. 337, 2° comma, c.p.c.: alcune brevi considerazioni conclusive.*

In conclusione di questa indagine, vorremmo brevemente tornare sulla nozione di “autorità” prevista all'art. 337, 2° comma, c.p.c.

Come visto, il legislatore nel 1940 non si è premurato di definire tale oscura espressione, mai in precedenza codificata, ma ha lasciato alla prassi e alla dottrina l'arduo compito di definire questa nozione. Ugualmente, nel 2003 (e, successivamente, nel 2005), ancora una volta si è persa l'occasione per chiarire il significato di tale espressione non solo ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c., ma anche ai sensi dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. Tuttavia, all'esito dell'indagine che precede possiamo svolgere alcune brevi considerazioni per indicare ciò che l'art. 337, 2° comma, c.p.c. sicuramente non può (più) significare.

Non è il caso di tornare nuovamente sulle ragioni per cui il provvedimento cautelare

¹⁶⁵ Anzi, come meglio si vedrà *infra*, al capitolo III, pf. 3, riteniamo che il giudice del merito non potrebbe neppure fondare la propria motivazione su un richiamo *per relationem* all'ordinanza cautelare.

sia, a nostro avviso, incompatibile con la cosa giudicata e su quelle per cui l'ultimo comma dell'art. 669-*octies* c.p.c. non possa riferirsi a tale autorità. È, invece, opportuno osservare come queste considerazioni fossero ben note al legislatore che, coscientemente, ha preferito disattendere quanto previsto dalla legge delega del rito societario e quanto previsto all'art. 19 dello stesso decreto delegato.

Una tale deliberata scelta non può a nostro avviso non rilevare – come ovvio – per l'interpretazione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c., ma può altresì suggerire che il legislatore, seppur implicitamente, abbia voluto prendere posizione sul dibattito circa l'art. 337, 2° comma, c.p.c.

Se, dunque, si accede alla soluzione per la quale la nozione di autorità *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. non può riferirsi all'efficacia della cosa giudicata (a pena di riconoscere che il provvedimento cautelare sia suscettibile di acquistare tale autorità seppur non invocabile in un diverso processo), analoga conclusione deve valere anche per l'art. 337, 2° comma, c.p.c. Con la conseguenza, a parere di chi scrive, che, benché il legislatore abbia fallito nel tentativo di risolvere definitivamente il dibattito su tale norma (e ferma restando la differente portata che l'espressione assume negli artt. 337, 2° comma, e 669-*octies*, 9° comma c.p.c.), ha quantomeno escluso definitivamente, in modo inequivoco, la tesi tradizionale per la quale l'autorità coinciderebbe con la cosa giudicata, mostrando di voler accogliere, seppur timidamente, la tesi dell'efficacia naturale della sentenza.

CAPITOLO II

RAPPORTI TRA AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO E DIRITTO CAUTELATO

SOMMARIO: 1. *Provvedimento cautelare e prescrizione.* – 1.1. *L'interruzione della prescrizione.* – 1.1.1. *L'effetto interruttivo istantaneo.* – 1.1.2. *L'effetto interruttivo permanente.* – 1.2. *L'actio iudicati e la tutela cautelare.* – 2. *L'usucapione del diritto conseguente al provvedimento cautelare.* – 2.1. *Interversione del possesso e provvedimento giudiziale.* – 3. *L'invocabilità in un diverso giudizio degli effetti del provvedimento cautelare su prescrizione e usucapione.* – 4. *La ripetizione dell'indebitato.* – 4.1. *La non doverosità della prestazione spontaneamente adempiuta in ottemperanza al provvedimento cautelare.* – 4.2. *L'adempimento conseguente all'attuazione del provvedimento cautelare. Rinvio.* – 5. *Provvedimento cautelare e garanzie reali.* – 5.1. *L'iscrizione di ipoteca e la sua cancellazione.* – 5.2. *La riduzione di ipoteca.* – 6. *Tutela cautelare e diritti sostanziali. Cenni conclusivi.*

1. *Provvedimento cautelare e prescrizione.*

Ad una prima lettura verrebbe da chiedersi quale rapporto vi sia tra l'oggetto della nostra indagine e l'istituto civilistico della prescrizione, il quale, come è noto, rappresenta una causa di estinzione del rapporto obbligatorio, conseguente al mancato esercizio, da parte del creditore, del proprio diritto¹.

Benché tale istituto risieda stabilmente all'interno del diritto sostanziale civile, tuttavia, vi sono quantomeno due distinti profili che è opportuno analizzare nella presente sede: da un lato, i rapporti tra l'ordinanza cautelare e l'interruzione della prescrizione e, dall'altro lato, l'idoneità del provvedimento cautelare a modificare eventuali termini brevi di prescrizione *ex art. 2953 c.c. (c.d. actio iudicati)*.

Come si è già osservato nel capitolo che precede, dal momento che il provvedimento cautelare è idoneo a determinare effetti non solo processuali ma altresì di diritto sostanziale, occorre pertanto valutare se tali ultimi effetti possano riguardare la prescrizione e, in caso di risposta affermativa, se un tale effetto sia invocabile in un diverso giudizio.

¹ Si tratta dell'istituto tradizionalmente definito della c.d. "prescrizione estintiva", in contrapposizione alla c.d. "prescrizione acquisitiva", ormai definita nel codice civile del 1940 come usucapione. In argomento, v. GROPPALO, voce *Prescrizione civile*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939, 207 ss.; FERRUCCI, voce *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1957, 642 ss.; VITUCCI, voce *Prescrizione I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1989, 1.

1.1. *L'interruzione della prescrizione.*

Occorre anzitutto osservare come, con l'espressione "interruzione della prescrizione", si indichino due fenomeni tra loro distinti, benché strettamente connessi: l'effetto c.d. interruttivo istantaneo e l'effetto c.d. interruttivo permanente.

Con la prima espressione, disciplinata *ex art.* 2943, 1° comma, c.c., ci si riferisce all'effetto prodotto da un atto interruttivo della prescrizione, con il quale viene cancellato il termine di prescrizione già decorso, con conseguente decorrenza *ex novo* di un altro termine della medesima durata. Con la seconda espressione, disciplinata al secondo comma della medesima norma, si intende invece il fenomeno per il quale il termine di prescrizione interrotto riprende a decorrere solamente a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio².

Come si può agevolmente intuire già dall'introduzione che precede, mentre l'effetto interruttivo istantaneo è conseguenza di un atto giuridico posto in essere dal titolare del diritto³, l'effetto interruttivo permanente⁴ deriva dalla combinazione di tale primo atto con una pronuncia che, in via di prima semplificazione, possiamo definire definitiva.

Risulta dunque chiaro come l'oggetto della nostra indagine riguardi non tanto l'atto idoneo ad interrompere istantaneamente la prescrizione, quanto invece il secondo atto (la decisione) necessario per conseguire l'ulteriore effetto dell'interruzione permanente. È però altrettanto chiaro come non sia fruttuoso prendere in esame tale secondo atto senza aver prima studiato l'effetto interruttivo istantaneo, che di quello permanente è presupposto.

Pertanto, nei paragrafi che seguono analizzeremo prima l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione per poi passare all'esame dell'effetto interruttivo permanente.

² Per l'analisi degli istituti in esame si vedano, esemplificativamente, AZZARITI – SCARPELLO, sub *art.* 2945, in MICHELI – AZZARITI – SCARPELLO, *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1969, 272; BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2012, 601; GALLO, sub *art.* 2945, in BONILINI – CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, III, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milanofiori Assago, 2016, 695; ROSELLI, sub *art.* 2945, in VITUCCI (a cura di), *La prescrizione*, II, 2° ed. a cura di Ruperto, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 107.

³ COSTANTINI, *L'interruzione della prescrizione*, in MONATERI – COSTANTINI, *La prescrizione*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milanofiori Assago, 2009, 148 ss.

⁴ Pur avendo elementi propri della sospensione, si ritiene che tale istituto debba qualificarsi come fattispecie interruttiva, con la conseguenza che si estenderà anche ai terzi che non sono parte del giudizio *ex art.* 1310, 1° comma, c.c. (VITUCCI, voce *Prescrizione*, cit., 12).

1.1.1. *L'effetto interruttivo istantaneo.*

Ai sensi dell'art. 2945, 2° comma, l'effetto interruttivo permanente si può produrre solamente "se l'interruzione [istantanea] è avvenuta mediante uno degli atti indicati dai primi due commi dell'articolo 2943" (norma che indica, per quanto qui rileva, tra gli atti idonei ad interrompere la prescrizione, la "notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo").

Dunque, l'art. 2943, 1° comma, c.c. non sembrerebbe contemplare, ad una prima analisi, tra gli atti idonei ad interrompere la prescrizione, il ricorso cautelare nella sua totalità, ma solamente quei ricorsi finalizzati ad ottenere una tutela conservativa (e, dunque, in ultima analisi, un sequestro ovvero una denuncia di nuova opera).

Si pone, pertanto, il problema di stabilire se anche i ricorsi finalizzati ad ottenere una tutela cautelare anticipatoria abbiano il medesimo effetto, atteso che, nella prassi, sarà proprio in relazione a questi ultimi che avrà particolare rilevanza l'effetto interruttivo della prescrizione, alla luce della loro maggiore stabilità rispetto ai provvedimenti conservativi⁵.

⁵ Peraltro, l'equiparazione tra tutela cautelare a strumentalità piena e tutela conservativa, da un lato, e tutela cautelare a strumentalità attenuata e tutela anticipatoria, dall'altro, non è perfetta, atteso che è lo stesso legislatore a sottoporre alcuni provvedimenti conservativi al regime dell'ultrattività.

Mentre è infatti lo stesso art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c. ad individuare i provvedimenti *extravagantes* (e, dunque, previsti dal codice civile e dalle leggi speciali) da sottoporre al regime di ultrattività proprio con il criterio dell'anticipatorietà, un'analoga conclusione difetta quanto ai provvedimenti espressamente nominati in quella norma.

Esclusa infatti la denuncia di danno temuto che sicuramente rappresenta un provvedimento anticipatorio (SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 289; ID., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, 20), la principale questione che ha interessato gli interpreti riguarda l'applicabilità del regime *ex art. 669-*octies**, II pt., c.p.c. ad ogni provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* (in questo senso, BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in AA.VV., *Sulla riforma del processo civile. Atti dell'incontro di studio. Ravenna, 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, 71; CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, 73; D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (parte III)*, in *Giust. proc. civ.*, 2008, 562; DEMARCHI, *Le modifiche ai procedimenti cautelari in generale ed al procedimento di ingiunzione*, in DEMARCHI, *Il nuovo rito civile*, II, Milano, 2006, 100; GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 791 n. 32; GIORDANO, *Procedimenti cautelari*, in ASPRELLA – GIORDANO, *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, in *Giust. civ.*, 2009, VI suppl., 127; GUAGLIONE, *sub artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, in CIPRIANI – MONTELEONE, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 483; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 291 ss.; ID., *Il nuovo regime*, cit., 19 ss.; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 137. In giurisprudenza v. Trib. Ivrea, 28 giugno 2006, in *Dir. giust.*, 2006, XXXII, 41 ss., con nota di DE GIOIA, *Quel nesso tra fase cautelare e merito. Si allenta la strumentalità necessaria*; Trib. Reggio Calabria, 6 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1674 ss., con nota di GIORDANO, *Provvedimenti di urgenza e strumentalità c.d. attenuata*; App. Milano, 14 febbraio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 155 ss., con nota di GIORDANO, *Qualificazione del provvedimento cautelare e obbligo di*

Proprio in forza del dato letterale, infatti, parte della dottrina ha escluso che l'art. 2943 c.c. sia applicabile ad ogni ipotesi di tutela cautelare, dovendosi escludere dall'ambito applicativo di tale norma la tutela a strumentalità attenuata⁶.

A ben vedere però, il dato letterale dell'art. 2943, 1° comma, c.c. non può, a parere di chi scrive, essere oltremodo valorizzato⁷.

instaurare il giudizio di merito) ovvero solamente a quei provvedimenti che abbiano finalità anticipatoria (ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, 2° ed., XI, Padova, 2011, 29; ARIETA – DE SANTIS – MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, 5° ed., Padova, 2013, 774; BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA – BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 338; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 4° ed., Bari, 2015, 288; BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 565; CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1520; DALMOTTO, sub art. 669-octies, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, 1249; LONGO, sub art. 23, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 459; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO – LUISSO – MENCHINI – SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, I, Milano, 2006, 80. In giurisprudenza, v. Trib. Nocera Inferiore, 23 maggio 2011, in *Il civilista*, 2012, I, 51 ss., con nota di PIANEZZE, *Il ricorso ex art. 700 c.p.c. contro l'illegittima elevazione di protesto e la responsabilità contrattuale della Banca*; Trib. Lamezia Terme, 16 giugno 2014, in *De jure*).

Il presupposto di tale diatriba risiede nella circostanza che i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., a differenza delle altre ipotesi contemplate all'art. 669-octies, 6° comma, c.p.c., hanno un contenuto che, a seconda delle circostanze, può essere conservativo ovvero anticipatorio. Contenuto ancipite che – è stato acutamente osservato – trova la propria conferma proprio nella lettera dell'art. 700 c.p.c., nel quale viene volutamente utilizzata la generica espressione “assicurare”, che rappresenta, a ben vedere, la finalità ultima di tutta la tutela cautelare, sia conservativa sia anticipatoria: CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, cit., 1519.

Il dibattito di cui si è dato conto si giustifica con la non felicissima formulazione dell'art. 669-octies, 6° comma, c.p.c. In effetti, proprio muovendo dalla lettera della norma che richiama indistintamente i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. “e” gli “altri” provvedimenti anticipatori, si è osservato come la norma individuierebbe un unico *genus* (i provvedimenti anticipatori) all'interno del quale vi sarebbero due *species* (i provvedimenti anticipatori previsti nel codice di rito e quelli *extravagantes*). Sempre muovendo dal dato letterale, la contrapposta soluzione ha osservato come il legislatore, a differenza che nel rito societario in cui si accontentava di richiamare i “provvedimenti d'urgenza”, con la riforma del 2005 ha chiarito di volersi riferire a tutti i provvedimenti ex art. 700 c.p.c., con la conseguenza che ogni distinzione tra provvedimenti conservativi ed anticipatori sarebbe artificiosa, attesa la formulazione onnicomprensiva della norma.

Peraltro, tale ultima soluzione appare preferibile anche dal punto di vista sistematico, atteso che, come è stato notato (BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 71; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in PROTO PISANI (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 137; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 290; ID., *Il nuovo regime*, cit., 22; TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., 137), è lo stesso legislatore a prevedere il regime della tutela cautelare a strumentalità attenuata per un provvedimento che è sicuramente conservativo: la denuncia di nuova opera. Sarebbe, dunque, del tutto irrazionale, a fronte dell'ambigua lettera della norma, un'interpretazione eccessivamente restrittiva.

Insomma, il richiamo, contenuto all'art. 2943 c.c., ai soli provvedimenti conservativi non sarebbe sufficiente ad escludere la tutela cautelare a strumentalità piena dal proprio ambito, atteso che, come si è osservato, sono sottoposti a tale regime anche provvedimenti avente contenuto conservativo.

⁶ DALMOTTO, sub art. 669-octies, cit., 1265. In senso restrittivo sembra esprimersi altresì, seppur anteriormente la riforma del 2005, PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, 75.

⁷ È questa, in effetti, l'opinione largamente maggioritaria anche in dottrina. Si vedano, BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 82; CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 136 n. 3; MENCHINI, *Le modifiche*, cit.,

Anzitutto, alla soluzione più restrittiva osta una ragione eminentemente storica.

In effetti, la norma si limita a ripercorrere, quasi letteralmente, quanto previsto all'art. 2125 c.c. 1865, secondo cui la prescrizione poteva essere interrotta in forza di “un atto di sequestro intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso della prescrizione”⁸. Del resto, sino all'introduzione, nel 1940, della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, la tutela conservativa rappresentava l'ipotesi di gran lunga più frequente di tutela cautelare, dal momento che la concezione della tutela cautelare come altresì anticipatoria è conseguenza del pensiero di Calamandrei⁹ che proprio in quegli anni aveva iniziato a diffondersi¹⁰.

A ciò si aggiunga, poi, che, benché sia indiscutibile che l'elenco degli atti idonei ad interrompere la prescrizione sia tassativo¹¹, sarebbe irrazionale circoscrivere alle sole ipotesi di tutela conservativa l'effetto interruttivo della prescrizione, escludendo, invece, quei casi in cui, ancor più della tutela conservativa, la parte non solo agisce per la tutela del proprio diritto, ma richiede una tutela in parte sovrapponibile a quella che otterrebbe nel giudizio di merito. Proprio in tali ultimi casi, anzi, sembra ragionevole ritenere che la parte abbia maggiormente interesse all'interruzione della prescrizione.

Tanto chiarito, resta dunque solo da considerare il momento in cui opera il termine di prescrizione. Sul punto, la lettera dell'art. 2943 c.c. è inequivoca: tale termine inizia a decorrere dalla “notificazione” dell'atto introduttivo del giudizio cautelare. Benché la norma sul punto non sia felicissima, atteso che la litispendenza del giudizio cautelare inizia a decorrere dal deposito del ricorso e non dalla sua successiva notificazione, non vi sono ragioni, a parere di chi scrive, per discostarsi dalla lettera della legge¹².

87 n. 38; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, I, in CHIARLONI – CONSOLO (a cura di), *I provvedimenti sommari e speciali*, II, Torino, 2005, 213; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 296 e 306. Anche BIANCA, *Diritto civile*, cit., VII, 606, interpreta il riferimento alla tutela conservativa come equivalente alla tutela cautelare o di istruzione preventiva. Conf. AZZARITI – SCARPELLO, sub *art. 2943*, in MICHELI – AZZARITI – SCARPELLO, *Tutela dei diritti*, cit., 259.

⁸ In argomento, v., nella vigenza del codice del 1865, GROPPALO, voce *Prescrizione*, cit., 216.

⁹ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 179.

¹⁰ Così CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in www.judicium.it, §3.

¹¹ AZZARITI – SCARPELLO, sub *art. 2943*, cit., 263; COSTANTINI, *L'interruzione*, cit., 148 ss.; FER- RUCCI, voce *Prescrizione*, cit., 650.

¹² AZZARITI – SCARPELLO, sub *art. 2943*, cit., 259; COSTANTINI, *L'interruzione*, cit., 163; NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Milano, 1979, 79.

Conf., in giurisprudenza, Cass., 2 aprile 1981, n. 1876, in *Foro it.*, 1981, I, 1274 ss.; Cass., S.U., 18 ottobre 1982, n. 5395, *ivi*, 1982, I, 3019 ss., con nota di PROTO PISANI.

1.1.2. *L'effetto interruttivo permanente.*

Così individuato il termine da cui inizia a prodursi l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione, occorre stabilirne il termine *ad quem*, che rappresenta il punto di maggiore interesse ai nostri fini. È infatti proprio in relazione a tale profilo che, come si è già anticipato, viene in rilievo l'autorità del provvedimento cautelare e, dunque, i suoi rapporti con il diritto sostanziale.

Come si è già osservato, ai sensi dell'art. 2945, 2° comma, c.c. l'effetto interruttivo permanente si protrae dal momento in cui si produce l'effetto interruttivo istantaneo¹³ sino al momento in cui “passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”. La norma pone, dunque, almeno due questioni in relazione all'ordinanza cautelare: da un lato, se la decisione a cui si riferisce l'art. 2945, 2° comma, c.c. debba essere circoscritta agli atti che abbiano la forma di sentenza e, dall'altro lato, in caso di risposta negativa, occorre individuare il reale significato del richiamo da parte di tale norma all'autorità di giudicato.

La prima questione è, invero, assai più agevole di quanto potrebbe apparire ad una prima lettura. Benché, infatti, l'art. 2945, 2° comma, c.c. circoscriva la propria portata alle sole “sentenze” è altrettanto innegabile come essa faccia riferimento agli “atti indicati dai primi due commi dell'art. 2943”, con la conseguenza che, così ragionando, si dovrebbe accogliere un'*interpretatio abrogans* del richiamo ivi contenuto non solo alla tutela cautelare, ma altresì alla tutela esecutiva, in quanto nessuno di tali giudizi si conclude, di regola, con sentenza¹⁴.

Ci sembra, dunque, sul punto, possibile concludere che il riferimento alla “sentenza” non sia di per sé in alcun modo preclusivo della possibilità di riconoscere alla tutela cautelare un'efficacia interruttiva permanente al decorso della prescrizione.

Ben più seri dubbi pone, invece, il riferimento all'autorità della cosa giudicata, atteso

Ritiene, invece, che l'effetto interruttivo si produca sin dal deposito del ricorso BIANCA, *Diritto civile*, cit., VII, 620.

¹³ Ciò, quantomeno, in via generale (ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 190), pur non mancando ipotesi in cui i due effetti si producono scissi: v., in argomento, SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione*, Milano, 1992, 139 ss.

¹⁴ In argomento, SALETTI, *Processo esecutivo*, cit., 137, il quale rileva come la formulazione – non particolarmente felice – dell'art. 2945, 2° comma, c.c. sia da imputarsi alla centralità assunta, nella stesura della norma, dal processo di cognizione. Conf. BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 83.

Peraltro, TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24° ed. a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2019, 226, sembrano circoscrivere, invece, tale previsione al solo giudizio di cognizione.

che, come si è già ampiamente osservato in precedenza¹⁵, il provvedimento cautelare – ci sembra – è radicalmente incompatibile con ogni autorità di cosa giudicata.

Se così stanno le cose, le possibilità, in linea teorica, paiono due: o si ricorre, nuovamente, ad una interpretazione abrogatrice della norma in esame, oppure è necessario fornire un'interpretazione estensiva della stessa.

In effetti, nella versione originaria del codice di rito, la previsione dell'art. 2953, 2° comma, c.c. poteva avere un proprio ambito applicativo, atteso che a seguito della concessione della misura cautelare era necessario un giudizio di convalida destinato a concludersi con sentenza suscettibile di acquistare autorità di giudicato¹⁶. Ad ogni modo, a seguito della soppressione del giudizio di convalida ad opera della l. 26 novembre 1990 n. 353, la previsione sarebbe destinata a rimanere lettera morta.

Proprio per tale ragione, parte della dottrina, già anteriormente alla riforma del 1990, riteneva che il provvedimento cautelare potesse produrre un effetto interruttivo permanente solamente qualora fosse chiesto in pendenza di causa e a condizione che il giudizio di merito si concludesse con sentenza passata in giudicato¹⁷. Sennonché, a parere di chi scrive, una tale soluzione, di fatto, comporterebbe un'*interpretatio abrogans* della norma in oggetto, atteso che, in caso di ricorso cautelare in corso di causa, l'effetto interruttivo istantaneo già si è prodotto con la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di merito ed è destinato a riprendere solamente a seguito del passaggio in giudicato della pronuncia di merito. Non vi è, dunque, in tale ricostruzione, alcuno spazio di operatività della disciplina in esame per la tutela cautelare.

Dunque, l'unica interpretazione accoglibile è quella secondo cui l'effetto interruttivo permanente si debba produrre anche (e, diremmo, soprattutto) per i provvedimenti cautelari richiesti *ante causam*.

Il vero problema consiste però nell'individuare quale sia il provvedimento idoneo a determinare la cessazione dell'efficacia interruttiva permanente della prescrizione. Al riguardo, i problemi non si pongono tanto in relazione ai provvedimenti cautelari a strumentalità piena quanto, invece, in relazione alla categoria disciplinata *ex art. 669-octies*, 6° comma, c.p.c.

¹⁵ V. *supra* capitolo I, pf. 6.1.

¹⁶ SALETTI, *Processo esecutivo*, cit., 136 n. 105, osserva peraltro come, già anteriormente alla l. 26 novembre 1990, n. 353, che ha eliminato il giudizio di convalida, alcuni processi cautelari (ad es., il procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*) non contemplassero tale ulteriore fase.

¹⁷ PANZA, *Contributo*, cit., 75.

Infatti, in relazione alla prima categoria, ben si potrebbe prospettare- salve le precisazioni che saranno svolte in chiusura del presente paragrafo – un’interpretazione correttiva dell’art. 2945, 2° comma, c.c. la quale faccia salvo l’effetto interruttivo permanente della prescrizione non già sino alla definizione del giudizio cautelare ma sino alla conclusione del giudizio di merito¹⁸ che, *ex art. 669-octies*, 1° comma, c.p.c. deve essere instaurato, a pena di inefficacia *ex art. 669-novies*, 1° comma, c.p.c., entro il termine previsto dalla legge. In effetti, qualora la decisione cautelare venga meno per mancata instaurazione del giudizio di merito non vi sarebbe, almeno in linea teorica, alcuna utilità dell’effetto interruttivo permanente, mentre, ove intervenga una decisione di merito favorevole, la “retroattività” dell’effetto interruttivo permanente sino alla notificazione del ricorso cautelare garantirebbe il principio per il quale la durata del processo non può andare a nocimento della parte che ha ragione. Principio che non solo vale per la disciplina dell’effetto interruttivo permanente della prescrizione ma, anzitutto, proprio per la tutela cautelare.

Molto più complesso appare invece il discorso in relazione ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata per i quali il legislatore non subordina l’efficacia all’instaurazione del giudizio di merito. In tali casi, infatti, dal momento che l’instaurazione del giudizio di merito è meramente facoltativa, la tesi, tradizionalmente prospettata per la tutela cautelare a strumentalità piena, appare inappagante.

Astrattamente le soluzioni potrebbero essere tre.

Anzitutto, potrebbe sostenersi che analoghe conclusioni valgano altresì per la categoria di provvedimenti in esame, con la conseguenza che la prescrizione resterà interrotta sino alla (eventuale) decisione di merito. Senonché, ove si parta dalla premessa che l’istituto della prescrizione è finalizzato a garantire certezza nei rapporti, non sarebbe tollerabile un effetto interruttivo permanente potenzialmente *sine die*, atteso che l’instaurazione del giudizio di merito è, in questo caso, meramente facoltativa *ex art. 669-octies*, 6° comma, c.p.c.

Ugualmente inaccettabile sarebbe, poi, la seconda alternativa, per la quale la disciplina dell’interruzione della prescrizione sarebbe applicabile alla sola tutela cautelare a strumentalità piena e non, invece, a quella attenuata. Abbiamo già preso posizione in

¹⁸ BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 4° ed., Bari, 2015, 281; DALMOTTO, *sub art. 669-octies*, cit., 1265.

più occasioni sulla necessità di fornire una disciplina unitaria in punto di efficacia delle due categorie di provvedimento, le quali differiscono tra loro solo quanto a struttura. In questa sede possiamo dunque limitarci ad aggiungere l'irrazionalità di una soluzione che garantirebbe alla tutela cautelare a strumentalità piena una stabilità maggiore di quella prevista da quella a strumentalità attenuata; ciò in aperto contrasto con la *ratio* sottesa alla riforma del 2005.

È, dunque, preferibile la soluzione intermedia, secondo la quale il riferimento al passaggio in giudicato della decisione *ex art.* 2945, 2° comma, c.c. deve essere interpretato, seppur con un'inevitabile forzatura del dato letterale, al provvedimento che definisce il giudizio¹⁹, sia esso una sentenza ovvero un'ordinanza.

Si tratta, del resto, di soluzione maggiormente coerente anche con le conclusioni raggiunte anche sul rapporto tra tutela esecutiva ed effetto interruttivo permanente della prescrizione²⁰; settore nel quale si pongono problematiche simili a quelle che interessano la materia cautelare.

Tuttavia, ove si acceda alla soluzione da noi sostenuta, analoga conclusione deve essere accolta anche per la tutela cautelare a strumentalità piena, per la simmetria più volte predicata tra le due tipologie di provvedimenti; ciò anche nei casi in cui il giudizio di merito non sia instaurato nei termini di legge o, comunque, si estingua. Anche in tali casi, infatti, benché sia innegabile la minore utilità sul piano pratico, l'effetto interruttivo permanente del provvedimento cautelare potrà sopravvivere (beninteso sino al momento in cui è stato definito il giudizio cautelare) all'estinzione del giudizio di merito e alla conseguente inefficacia sopravvenuta della misura interinale²¹.

¹⁹ Tale conclusione è stata magistralmente prospettata, ben prima dell'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata, da ANDRIOLI, *Sulla interruzione sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 621. Successivamente all'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata, v. BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 83, il quale individua tale momento nella decisione del giudizio di reclamo ovvero nella decorrenza del termine di quindici giorni per la sua proposizione *ex art.* 669-terdecies c.p.c. Conf. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1199 s.; GIORDANO, *Procedimenti cautelari*, cit., 131. Si tratta, del resto, di conclusione accolta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza che si è occupata dell'accertamento tecnico preventivo: v., in giurisprudenza, Cass., 8 agosto 2007, n. 17385, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1538 s., e, in dottrina, NICOTINA, *L'istruzione preventiva*, cit., 79.

²⁰ SALETTI, *Processo esecutivo*, cit., 137 ss.

²¹ Tale soluzione ci pare, del resto, perfettamente coerente anche con quanto prevede l'art. 2945, 3° comma, c.c., il quale, in caso di estinzione del giudizio, fa salvo il solo effetto interruttivo istantaneo. Infatti, diversamente da quanto potrebbe suggerire una lettura superficiale della norma, quest'ultima sarà applicabile limitatamente agli effetti dell'atto introduttivo del giudizio di merito ma non potrà certo

1.2. *L'actio iudicati e la tutela cautelare.*

Così chiariti i rapporti tra provvedimento cautelare ed effetto interruttivo della prescrizione, possiamo passare all'analisi di un ulteriore effetto dei provvedimenti giudiziari, disciplinato all'art. 2953 c.c., ai sensi del quale i diritti sottoposti ad un termine di prescrizione breve, "quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato, si prescrivono con il decorso di dieci anni". Tale effetto ha conservato il nome romanistico di *actio iudicati*²². Esso non trovava alcun riconoscimento nel codice del 1865, ma era tuttavia considerato dall'opinione maggioritaria un effetto connaturato al passaggio in giudicato della sentenza: a seguito della decisione di condanna, sarebbe sorto un nuovo diritto, sottoposto ai termini ordinari di prescrizione, per ottenere la realizzazione del diritto accertato e oggetto di conseguente condanna²³.

Benché fosse stato autorevolmente sostenuto, anteriormente al codice del 1940, che il fondamento dell'*actio iudicati* fosse da ravvisare nell'efficacia esecutiva della decisione e non nella sua stabilità, con la conseguenza che essa sarebbe sorta indipendentemente dal suo passaggio in giudicato²⁴, tuttavia l'opinione maggioritaria, come visto, richiedeva tale ultimo presupposto. Proprio tale concezione è stata, infine, accolta dal codice civile vigente che ha espressamente preso posizione sul dibattito, risolvendolo in favore della tesi maggioritaria.

Così brevemente inquadrato il contesto storico in cui è sorta la norma in esame, la soluzione da offrire in relazione all'applicabilità di tale efficacia al provvedimento cautelare appare abbastanza agevole. Infatti, l'efficacia richiesta ex art. 2953 c.c. per l'*actio iudicati* esula da quella propria della tutela cautelare, trattandosi di effetto che consegue alla condanna con efficacia di giudicato.

retroagire sino al momento della notificazione del ricorso cautelare. Il giudizio cautelare infatti, seppur strumentale, rappresenta pur sempre un diverso giudizio da quello di merito.

Non ci sembra, peraltro, sufficiente a superare quanto precede l'osservazione per cui, a seguito dell'inefficacia della misura cautelare per mancata instaurazione del giudizio di merito nei termini di legge, dovrebbero essere caducati definitivamente gli effetti anche in punto di prescrizione. Tale soluzione, infatti, oltre ad essere smentita, come visto, dall'art. 2945, 3° comma, c.c., è contraddetta anche dal secondo comma della medesima norma, per il quale l'effetto interruttivo permanente si perfeziona e conclude a seguito della conclusione del giudizio, quale che sia la successiva sorte del provvedimento.

²² Sul tema, tra i tanti, v. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2° ed., Napoli, 1935, 158 ss.; AZZARITI – SCARPELLO, sub art. 2953, in MICHELI – AZZARITI – SCARPELLO, *Tutela dei diritti*, cit., 320 ss.; FERRUCCI, voce *Prescrizione*, cit., 652; MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002, 50 ss.; RUPERTO, sub art. 2953, in VITUCCI (a cura di), *La prescrizione*, cit., 267 ss.

²³ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 159; PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, 4° ed., Torino, 1924, 253 s.

²⁴ COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4° ed., Milano, 1929, 577.

A sostegno di tale conclusione non milita tanto il riferimento alla forma di sentenza che deve avere il provvedimento, quanto, piuttosto, il riferimento alla necessità che questo sia passato in giudicato.

Infatti, è opinione consolidata che l'*actio iudicati* non consegua solamente a provvedimenti aventi forma di sentenza ma da ogni atto giudiziale definitivo²⁵, con la conseguenza che non è in questa direzione che deve muoversi l'interprete per escludere la predetta efficacia al provvedimento cautelare.

Ben diverso appare, invece, il profilo concernente la stabilità della misura, dal momento che la *ratio* di tale previsione risiede nell'esigenza di riconoscere un termine di prescrizione ordinario al diritto per così dire reso astratto a seguito della pronuncia²⁶, tale risultato è conseguibile solo ove tale diritto non possa più essere contestato nelle forme ordinarie.

Del resto, tale soluzione si impone anche per ragioni storiche, atteso che l'art. 2953 c.c. risponde, come si è visto *supra*, al dibattito formatosi sui presupposti dell'*actio iudicati*, fornendo una espressa soluzione legislativa allo stesso in favore del presupposto del giudicato. Non ci pare, pertanto, possibile trascurare questa inequivoca *voluntas legis*.

Si può pertanto concludere, con la dottrina consolidata, che l'autorità del provvedimento cautelare non è idonea *ex art. 2953 c.c.* a determinare alcuna modificazione in relazione ai termini di prescrizione legislativamente previsti²⁷.

²⁵ AZZARITI – SCARPELLO, sub *art. 2953*, cit., 321. È questo l'orientamento oramai consolidato in giurisprudenza in materia di efficacia del decreto ingiuntivo: Cass., 24 gennaio 2018, n. 1774, in *De Jure*; Cass., 20 giugno 2017, n. 15157, *ivi*; Cass., 14 luglio 2004, 13081, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1659. Maggiormente scettico sull'ammissibilità di interpretazioni estensive sembra essere RUPERTO, sub *art. 2953*, cit., 277.

²⁶ In questo senso – ci sembra – si esprime MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, 2° ed., Napoli, 1965, 24 s. Conf. RUPERTO, sub *art. 2953*, cit., 273, il quale afferma che “la sentenza è in grado di conferire nuova certezza e stabilità al rapporto” (corsivo nostro).

²⁷ Così BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 84; DALMOTTO, sub *art. 669-octies*, cit., 1265; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 303, ID., *Il processo cautelare, oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 549. Conf., implicitamente, DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 279, il quale si interroga (escludendola) sulla possibilità per il provvedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* di anticipare l'*actio iudicati*, così implicitamente escludendo che la tutela cautelare possa, di per sé, produrre tale effetto.

Nel medesimo senso v. altresì, seppur con riferimento alla più ampia categoria dei provvedimenti decisori senza giudicato, TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., 280 ss., la quale vede, però, in ciò un ostacolo al successo di tali forme di tutela, atteso che le parti potrebbero preferire un provvedimento che resista per un periodo di tempo maggiore al trascorrere del tempo. Si tratta di opinione indubbiamente condivisibile in astratto, ma che lascia qualche dubbio in più con specifico riferimento ai provvedimenti cautelari, vuoi perché il requisito del *periculum* dovrebbe spingere il ricorrente ad ottenere

2. *L'usucapione del diritto conseguente al provvedimento cautelare.*

Prima di trattare la possibilità di invocare in un diverso giudizio gli effetti della disciplina poc'anzi analizzata in tema di prescrizione, giova brevemente soffermarsi sull'ipotesi "speculare" alla prima²⁸, vale a dire l'usucapione del diritto.

È, infatti, riflessione ricorrente in dottrina quella per cui il provvedimento cautelare si consoliderebbe non solo a seguito della prescrizione – vedremo nel prosieguo in capo a chi tra ricorrente e resistente – ma altresì a seguito di usucapione²⁹. In altri termini, secondo tale impostazione, benché il provvedimento cautelare sia in sé provvisorio (e, dunque, precario), tuttavia una volta che lo stato di fatto in cui si è venuto a trovare il ricorrente vittorioso si sia consolidato a seguito degli istituti sostanziali appena richiamati, il resistente soccombente non avrebbe più alcuna forma di tutela.

Si tratta di osservazione su cui astrattamente è impossibile dissentire. Tuttavia, per quello che rileva ai fini della presente indagine, preme analizzare la possibilità che il provvedimento cautelare sia idoneo ad incidere anche su tale istituto e, in caso di risposta affermativa, entro quali limiti.

Come è noto l'usucapione è un modo di acquisto della proprietà (o di altro diritto reale) a titolo originario che consegue al possesso continuato del bene per un determinato periodo di tempo legislativamente previsto. Dunque, elementi costitutivi della fattispecie sono, da un lato, il decorso del tempo (in una misura di regola ventennale *ex art. 1158 c.c.* ma destinata a variare, *ex artt. 1159 ss. c.c.*, a seconda del bene usucapendo e della presenza ovvero assenza della buona fede) e, dall'altro lato, il possesso³⁰.

quanto prima soddisfazione del proprio diritto, vuoi perché sembra che non sia l'*actio iudicati* ma piuttosto la definitività della decisione che semmai può spingere solitamente le parti ad instaurare un giudizio destinato a concludersi con un provvedimento suscettibile di acquistare autorità di giudicato.

²⁸ Si è già avuto modo di osservare come i due istituti siano tra loro a tal punto affini da essere a lungo stati considerati forme di prescrizione, rispettivamente definite estintiva ed acquisitiva (su cui v. GROPALO, voce *Prescrizione*, cit., 207 ss. *passim*; FERRUCCI, voce *Prescrizione*, cit., 642 ss.).

²⁹ CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 136; DEMARCHI, *Le modifiche*, cit., 113; GUAGLIONE, sub *artt. 669 quinques – octies – decies – terdecies*, cit., 478; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 9° ed., Milano, 2017, 228.

³⁰ In argomento, tra i tanti, TROISI – CICERO, *I possessi*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2005, 169; SACCO – CATERINA, *Il possesso*, 3° ed., in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 2014, 460 ss.; RUPERTO, voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1029; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 360.

Al fine di poter, dunque, analizzare gli effetti del provvedimento cautelare sull'usucazione è necessario brevemente ripercorrere i tratti salienti di tali presupposti ed, in particolare, del possesso, verificando se – ed entro che limiti – il provvedimento cautelare possa incidere su tale istituto.

2.1. *Interversione del possesso e provvedimento giudiziale.*

Come è noto, il possesso è uno stato di fatto che si esplica “in conformità alla struttura di un rapporto giuridico reale”³¹ e che, secondo l'opinione tradizionale, consta della compresenza di due presupposti, uno oggettivo (il c.d. *corpus*) ed uno soggettivo (il c.d. *animus*)³². È, dunque, necessario, il potere di fatto sulla cosa³³ (quantomeno nella sua fase iniziale, mentre non è richiesto che tale potere di fatto permanga nel corso dell'intero periodo³⁴), accompagnato dalla volontà di esercitare un potere equivalente ad un diritto reale.

Ciò che più rileva però ai nostri fini riguarda le modalità con le quali il possesso può essere acquistato (o perduto).

Senza voler prendere in considerazione in questa sede l'acquisto a titolo derivativo del possesso³⁵ e limitando l'analisi alla sola ipotesi di acquisto a titolo originario, l'acquisto del possesso richiede, come già osservato, il compimento di atti di ingerenza fisica sulla *res* accompagnati dalla manifestazione del c.d. *animus*. L'ipotesi più interessante, che della precedente rappresenta un caso particolare, è però la c.d. *interversione del possesso ex art. 1141, 2° comma, c.c.* Tale norma, come noto, prevede che il detentore non possa divenire possessore della cosa se non “per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore”.

A tal proposito, è, dunque, necessario chiedersi se il provvedimento giudiziale – ed in particolare la misura cautelare – possa determinare tale *interversione*.

³¹ Così TROISI – CICERO, *I possessi*, cit., 10 s.

³² SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 504 ss.; TENELLA SILLANI, voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 11 ss.; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 346.

³³ NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, 98.

³⁴ Si tratta dell'antico principio per cui “*licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest*”, su cui v. MONTEL, voce *Possesso (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 367; SACCO, voce *Possesso*, cit., 504 s.; TENELLA SILLANI, voce *possesso*, cit., 11 e 38. Maggiormente scettico sulla reale portata di tale principio è NATOLI, *Il possesso*, cit., 37 s. e 114 s.

³⁵ Su cui v. GALGANO, voce *Possesso I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991, 3; TENELLA SILLANI, voce *possesso*, cit., 30 ss. Peraltro, è stato talvolta osservato come il possesso, in quanto stato di fatto, non potrebbe che acquistarsi a titolo originario (MONTEL, voce *Possesso*, cit., 367).

In applicazione degli elementi che costituiscono il possesso, brevemente richiamati in precedenza, a parere di chi scrive, il problema dell'idoneità del provvedimento cautelare ad incidere sulla disciplina dell'usucapione appare mal posto.

Ciò che rileva non è infatti tanto la circostanza che a tutela di un determinato diritto sia stato concesso un provvedimento giudiziale (poco importa se di merito o cautelare), quanto invece gli effetti che tale provvedimento può assumere in relazione agli elementi costitutivi dell'usucapione brevemente tratteggiati nelle pagine che precedono.

Premettiamo subito che il rapporto tra potere giudiziale e possesso non ha mai suscitato particolarmente l'attenzione della dottrina³⁶.

Ad ogni modo, per cercare di offrire una soluzione convincente, è necessario muovere dalla premessa che il possesso è uno stato di fatto. È dunque erroneo ritenere che il provvedimento giudiziale, quale che esso sia, possa, per la propria natura coercitiva (nei termini già analizzati nel capitolo che precede), far acquistare o perdere il possesso. Una tale soluzione sovrapporrebbe, infatti, irragionevolmente il corrispondente diritto reale con lo stato di fatto conforme all'esercizio del diritto stesso; ciò in aperto contrasto con la finalità stessa dell'istituto del possesso, che ben può procedere parallelamente al diritto reale corrispondente.

Tanto premesso, occorre dunque porre al centro dell'indagine il rapporto tra la *res* ed il ricorrente che ha ottenuto il provvedimento cautelare. In particolare, occorre distinguere a seconda che il ricorrente fosse, al momento della concessione del provvedimento, nella disponibilità³⁷ del bene.

Nulla quaestio, ovviamente, nel caso in cui il ricorrente fosse già nel possesso della cosa, atteso che, in tali ipotesi, il provvedimento cautelare si limiterebbe a prendere atto di una situazione di fatto preesistente. Di conseguenza, non solo nel caso di specie può trovare applicazione l'istituto dell'usucapione, ma il relativo termine decorrerà

³⁶ È, infatti, raro imbattersi, negli studi civilistici, in analisi sul rapporto tra provvedimento giudiziale e trasferimento del possesso. Per un'analisi di tali problematiche si vedano CATERINA, *Il possesso*, in GAMBARO – MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, 420 ss.; SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., 197 ss. Nella dottrina processualcivilistica, v., seppur sotto profili in parte diversi da quelli oggetto della presente indagine, FORNACIARI, *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive: una prospettiva possessoria*, in *Giust. proc. civ.*, 2012, 385 ss. spec. 404 ss.

³⁷ Si tratta di espressione volutamente atecnica, idonea a ricomprendere sia il possesso sia la detenzione, atteso che nelle pagine seguenti si cercherà di distinguere gli effetti del provvedimento cautelare a seconda che incida su una situazione di detenzione ovvero di possesso.

dall'originario acquisto del possesso, senza che un nuovo termine inizi a decorrere a seguito del provvedimento cautelare.

Parimenti agevole ci sembra l'ipotesi speculare, in cui il ricorrente, che non era nella disponibilità materiale del bene al momento della concessione del provvedimento cautelare, non l'abbia acquistata successivamente. Si pensi all'ipotesi in cui, a seguito della misura interinale, il ricorrente vittorioso non richieda l'attuazione della misura né il resistente provveda ad una consegna spontanea della *res*. In tali ipotesi, infatti, il provvedimento giudiziale (e, in particolare, quello cautelare) non può sostituire il presupposto del *corpus*³⁸ a pena di snaturare gli elementi costitutivi del possesso che, quantomeno nella sua fase genetica, richiedono, come visto, il potere di fatto sulla cosa.

Di maggiore interesse, ai fini della nostra indagine, sono però altre ipotesi.

Una prima ipotesi può ravvisarsi qualora il ricorrente, che non aveva la disponibilità del bene al momento dell'instaurazione del giudizio cautelare, ne abbia acquistato la disponibilità in forza di attuazione del provvedimento di accoglimento. In tal caso, in effetti, appare difficile escludere che il ricorrente acquisti il possesso della *res*, dal momento che sussistono tutti i presupposti di legge: vi è sicuramente il *corpus*, atteso che il ricorrente è entrato nella disponibilità del bene, come pure l'*animus*, dimostrato – a tacer d'altro – dalla volontà di avvalersi dell'attuazione della misura cautelare.

Peraltro, ad una più attenta analisi, nel caso di specie il "titolo" che giustifica l'acquisto del possesso non è il provvedimento giudiziale in sé quanto, invece, la sua successiva attuazione. Sotto tale punto di vista non vi sarebbe, in effetti, alcuna differenza rispetto all'ipotesi in cui il resistente, riconosciuta anteriormente alla pronuncia cautelare la fondatezza delle pretese del ricorrente, consegna spontaneamente la cosa³⁹. Insomma, nemmeno in tale ipotesi, a parere di chi scrive, vi è un acquisto di possesso a seguito di un provvedimento giudiziale, atteso che esso avviene in forza dell'attività attuativo-esecutiva successiva al provvedimento stesso, ma non è immediata conseguenza della concessione della misura.

³⁸ SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., 198 s.; CATERINA, *Il possesso*, cit., 421.

³⁹ Ipotesi certamente idonea al trasferimento del possesso atteso che, in tale ipotesi, ciò che rileva è il "comportamento, legittimante e giustificante, del trasferente" (TENELLA SILLANI, voce *possesso*, cit., 30).

Resta infine da analizzare l'ipotesi più problematica, ossia il caso in cui il ricorrente fosse detentore della *res* al momento della concessione del provvedimento cautelare e continui ad averne la disponibilità anche a seguito della concessione della misura cautelare. In tal caso occorre chiedersi se il provvedimento cautelare sia titolo idoneo all'acquisto del possesso e, più precisamente, se il provvedimento cautelare sia sufficiente a giustificare un'*interversio possessionis*.

Per fornire una risposta alla questione, giova ritornare sugli elementi costitutivi di tale fattispecie: il possesso può essere acquistato, ex artt. 1141, 2° comma, e 1162, 2° comma, c.c., solamente in presenza di due presupposti. Da un lato, vi è l'opposizione al precedente possessore, dall'altro lato, vi è il mutamento di titolo per causa proveniente da un terzo.

Quanto alla prima ipotesi, secondo l'opinione tradizionale, affinché vi sia opposizione è necessaria una dichiarazione, espressa seppur non formale⁴⁰, ovvero il compimento di atti materiali non meramente omissivi⁴¹. Si tratta, dunque, di stabilire in quali atti possa consistere una tale opposizione e, in particolare, se questa possa essere conseguenza del provvedimento giudiziale ovvero di un altro atto.

In effetti, secondo l'opinione consolidata, sia in dottrina sia in giurisprudenza, l'opposizione può essere proposta non solo con comunicazioni dirette al possessore ovvero con comportamenti materiali incompatibili con l'altrui possesso, ma altresì con atti giudiziali⁴², a condizione, naturalmente, che con tale atto giudiziale sia reso "noto al possessore, e cioè a colui per conto del quale la cosa era detenuta, in termini inequivoci e contestando il di lui diritto, l'intenzione di tenere la cosa come propria"⁴³.

⁴⁰ SACCO, voce *Possesso*, cit., 515; NATOLI, *Il possesso*, cit., 110; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 348.

⁴¹ GALGANO, voce *Possesso*, cit., 2; MONTEL – SERTORIO, voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1957, 303; TROISI – CICERO, *I possessi*, cit., 50. In giurisprudenza, v. Cass., 10 aprile 1986, n. 2496, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 690; Cass., 9 maggio 1974, n. 1315, *ivi*, 1974, 604. *Contra*, SACCO, *op. loc. ult. cit.*, il quale esclude, invece, ogni rilevanza ai fatti concludenti.

⁴² TROISI – CICERO, *I possessi*, cit., 50; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 348. In giurisprudenza, v. Cass., 14 ottobre 2014, n. 21690, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, 981; Cass., 8 marzo 2011, n. 5419, *ivi*, 2011, 368; Cass., 29 luglio 1997, n. 7090, *ivi*, 1997, 1299; Cass., 20 maggio 1997, n. 4463, *ivi*, 1997, 763 s.; Cass., 5 dicembre 1990, n. 11691, *ivi*, 1990, 1997 s.

⁴³ Così si esprime la giurisprudenza citata alla nota precedente.

Il ricorrente deve, insomma, esercitare in sede cautelare un diritto incompatibile con il proprio stato di detenzione⁴⁴.

Da quanto precede, discende come l'interversione del possesso, conseguente all'opposizione da parte del detentore *ex art.* 1141, 2° comma, c.c., derivi dalla domanda giudiziale (e, dunque, per quanto rileva in questa sede, dal ricorso cautelare) e non dal successivo provvedimento del giudice⁴⁵.

Peraltro, se la *ratio* dell'istituto dell'opposizione è di portare a conoscenza del possessore la volontà del detentore di continuare a tenere la cosa come propria, un tale effetto non potrebbe prodursi con il mero deposito del ricorso, ma solamente con la sua successiva notificazione. Del resto, ciò che rileva ai fini dell'interversione non è tanto la volontà del detentore di opporsi all'altrui possesso, ma è, piuttosto, la successiva fase, logicamente conseguente alla prima, con cui il detentore comunica al possessore la propria volontà.

Da quanto precede, emerge dunque che, neppure in quest'ultima ipotesi, il provvedimento cautelare avrebbe efficacia in relazione all'eventuale usucapione del diritto, atteso che tale effetto, conseguente all'interversione del possesso, deriverebbe dalla precedente notificazione del ricorso cautelare, a seguito del suo deposito in cancelleria.

Così chiarito l'equivoco in cui, a parere di chi scrive, sono incorsi quanti ritengono che il provvedimento cautelare si possa stabilizzare a seguito di usucapione, occorre tuttavia osservare come, talvolta, seppur in rare ipotesi, il provvedimento cautelare possa determinare un'interversione del possesso.

Per le ragioni che precedono, si tratta di un ambito di indagine molto circoscritto, dal momento che presuppone, da un lato, che il ricorrente fosse detentore della *res* oggetto di giudizio anteriormente alla decisione giudiziale e, dall'altro lato, che la domanda

⁴⁴ Si pensi all'ipotesi in cui il conduttore di un immobile (che è tradizionalmente considerato come detentore qualificato: TROISI – CICERO, *I possessi*, cit., 47; Cass., 22 febbraio 2001, n. 2602, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 302 s.; Cass., 10 luglio 1985, n. 4109, *ivi*, 1985, 1266) richieda ed ottenga un sequestro giudiziario dell'immobile affermando di essere proprietario.

⁴⁵ Sembrano, invece, ritenere necessario il provvedimento giudiziale SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., 198, secondo i quali "l'elemento materiale del possesso è compatibile con il dettato della legge o della sentenza; pertanto non residua nessuna necessità di far qualcosa per uniformare la realtà al precetto contenuto nella legge o nella sentenza; di fatto, la vicenda del possesso si adegua alla vicenda del rapporto di proprietà".

giudiziale non abbia comportato alcuna opposizione *ex art.* 1141, 2° comma, c.c. nei confronti del precedente possessore⁴⁶.

Si tratta, dunque, di ipotesi del tutto residuali sul piano pratico, ma che hanno una grande importanza sul piano sistematico. Infatti, ove si ammetta che il provvedimento cautelare possa giustificare un'interversione del possesso (beninteso qualora vi sia un precedente stato di detenzione) tale effetto discenderebbe sempre dalla "autorità" del provvedimento cautelare, ma questa resterebbe, di regola, "assorbita" dall'effetto della domanda giudiziale.

Per fornire una risposta, a parere di chi scrive, occorre prescindere dall'opposizione del detentore che, come visto, ove venga effettuata in sede giudiziaria, toglie rilevanza al provvedimento, e concentrarsi sull'ipotesi del mutamento del titolo per causa proveniente da un terzo.

Tale ipotesi è tradizionalmente ricondotta ai casi di atto negoziale di trasferimento del diritto idoneo a comportare un trasferimento altresì del possesso⁴⁷. Tuttavia, si è precisato come il detentore, per diventare possessore, possa non essere in buona fede⁴⁸ e che il "terzo", a cui si riferisce l'art. 1141, 2° comma, c.c., potrebbe essere lo stesso originario possessore⁴⁹.

Si è, così, affermato che il provvedimento giudiziale, purché vi sia un precedente rapporto di detenzione con la *res*, è idoneo a far insorgere il possesso⁵⁰.

Si tratta di soluzione pienamente applicabile al caso in esame.

⁴⁶ Per immaginare un'ipotesi in cui ciò possa avvenire, riprendiamo l'esempio proposto *supra* alla n. 44. Si pensi questa volta al caso in cui il ricorrente non fosse, al momento del deposito del ricorso cautelare, detentore. Di conseguenza la domanda cautelare non potrebbe determinare alcuna interversione del possesso *ex art.* 1141, 2° comma, c.c., dal momento che tale istituto presuppone il precedente stato di detenzione che, in ipotesi, difetta. Qualora, però, in corso di giudizio il ricorrente sia divenuto detentore dell'immobile, non vi sono ragioni per negare che, a seguito del provvedimento cautelare che abbia concesso il sequestro giudiziario, il detentore diventi possessore.

Un'ulteriore ipotesi può ravvisarsi nel caso in cui la notificazione del ricorso cautelare al resistente sia nulla – e, dunque, il possessore non possa essere venuto a conoscenza della pendenza della lite – ma il giudice cautelare non se ne sia avveduto. In tale caso, il ricorso cautelare non potrebbe valere come opposizione dal momento che il possessore non ne è venuto a conoscenza, ma, al contempo, il provvedimento cautelare continuerebbe a produrre i propri effetti.

⁴⁷ ALCARO, *Il possesso*, 2° ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 115; RUPERTO, voce *Usucapione*, cit., 1034; TROISI – CICERO, *I possessi*, cit., 49; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 349. In giurisprudenza, v. Cass., 14 ottobre 2014, n. 21690, cit.; Cass., 8 marzo 2011, n. 5419, cit.

⁴⁸ MONTEL, voce *Possesso*, cit., 370.

⁴⁹ MONTEL, *op. loc. cit.* Si tratta, tuttavia, di questione non pacifica: per la ricostruzione del dibattito v. ALCARO, *Il possesso*, cit., 116.

⁵⁰ FORNACIARI, *La provvisoria efficacia*, cit., 405.

Se, infatti, è sufficiente, perché vi sia interversione del possesso, una dichiarazione del precedente possessore che riconosca l'attuale detentore della *res* quale suo possessore, una analoga conclusione deve imporsi nel caso in cui tale dichiarazione non sia stata effettuata spontaneamente, ma vi sia stata una sentenza che abbia riconosciuto tale *status* in capo al detentore, così mutando il possesso. Infatti, dal momento che la decisione giudiziale supplisce l'inerzia del resistente che ben avrebbe dovuto (e potuto) provvedere spontaneamente, la decisione dovrà avere, *in parte qua*, la medesima efficacia della spontanea dichiarazione dell'originario possessore⁵¹.

Consegue, dunque, che, a seguito del provvedimento giudiziale, la realtà sostanziale muta e il precedente stato di detenzione (che, beninteso, deve sempre sussistere, come si è osservato *supra*) potrà convertirsi in possesso⁵². Tale soluzione, invero, è di poco rilievo, sul piano pratico, in caso di sentenza che riconosca, ad es., la proprietà della *res* in capo al detentore, dal momento che l'interversione del possesso perde di rilievo rispetto al riconoscimento del diritto reale (unica utilità potrebbe riguardare la legittimazione del detentore – diventato possessore a seguito della pronuncia giudiziale – ad esperire l'azione di manutenzione e, anche qualora avesse in precedenza detenuto la *res* per ragioni di servizio o ospitalità, quella di reintegrazione). Essa assume, invece, maggiore rilevanza in relazione a quei provvedimenti, *in primis* cautelari, inidonei ad accertare definitivamente la titolarità del diritto reale, alla quale l'attività del possessore corrisponde. Ciò che infatti rileva non è la circostanza che la decisione giudiziale trasferisca (o accerti), con l'efficacia propria della sentenza conclusiva del giudizio di merito, la titolarità del diritto reale corrispondente all'esercizio del potere di fatto sulla *res* in capo al detentore, così trasferendone il possesso, quanto la circostanza che sia imposta una regola di condotta a cui le parti devono attenersi e che, perciò solo, può configurare una causa di trasferimento del possesso proveniente da un terzo. Circo-

⁵¹ Sulla funzione sostitutiva della tutela giurisdizionale, rispetto al comportamento che avrebbe dovuto tenere la controparte in applicazione delle norme sostanziali primarie, v., esemplificativamente, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, 2° ed., Napoli, 1935, 8 s.; SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 988; MANDRIOLI – CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, 26° ed., Torino, 2017, 7.

⁵² SACCO – CATERINA, *Il possesso*, cit., 198.

stanza che è applicabile anche al provvedimento cautelare, il quale, come si è già osservato nel precedente capitolo, è idoneo ad imporre alle parti proprio una siffatta regola di condotta.

Infatti, al riguardo è sufficiente osservare come affinché operi l'interversione del possesso non è necessario che il detentore diventi, a seguito del trasferimento del terzo, titolare del diritto reale, come dimostra la circostanza, pacifica in dottrina e giurisprudenza, che il negozio di trasferimento potrebbe anche essere invalido o inefficace⁵³.

Ne consegue che non è affatto necessario che vi sia un effettivo trasferimento del diritto reale, a pena di degradare il trasferimento del possesso a mero *naturale negotii*. Ciò che rileva è che, a seguito del trasferimento (e, dunque, dell'ordinanza), il detentore si senta legittimato a comportarsi come possessore e, alla luce delle osservazioni che precedono, appare fuor di dubbio che il provvedimento cautelare, come ogni altro provvedimento giudiziale, possa produrre tale effetto, con conseguente interversione del possesso.

3. *L'invocabilità degli effetti del provvedimento cautelare su prescrizione e usucapione in un diverso giudizio.*

Nelle indagini svolte nei precedenti paragrafi abbiamo osservato come la concessione del provvedimento cautelare possa talvolta influire su istituti di diritto sostanziale conseguenti al decorso del tempo, quali la prescrizione (ed, in particolare, il suo effetto interruttivo permanente) e l'usucapione (quantomeno nei limiti sopra analizzati)⁵⁴.

⁵³ V. i riferimenti alla n. 47, cui *adde* NATOLI, *Il possesso*, cit., 109 s.

⁵⁴ Non è, invece, stato analizzato il rapporto tra provvedimento cautelare e decadenza, atteso che si tratta di rapporto che, più propriamente, intercorre con la domanda cautelare. La questione può però assumere un qualche interesse ai fini della nostra indagine nella misura in cui si ritenga che la *ratio* dell'istituto della decadenza, laddove questa sia impedita dalla proposizione di una domanda giudiziale, risieda nella certezza derivante da un provvedimento con autorità di giudicato.

Al riguardo, la tesi tradizionale (sostenuta, esemplificativamente, da Cass., 17 aprile 1982, n. 2339, in *Giust. civ.*, 1982, I, 847; Trib. Padova, 17 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 2, 67 ss.) ha sempre escluso che la domanda cautelare fosse idonea ad impedire la decadenza, proprio a causa dell'inidoneità del provvedimento cautelare di acquistare stabilità.

A seguito dell'introduzione della tutela cautelare a strumentalità attenuata, ci si è pertanto interrogati se le medesime conclusioni fossero ancora sostenibili.

Secondo una prima soluzione (sostenuta da BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 84; BUONCRISTIANI, sub *art. 23*, in LUISO (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006, 379; COMASTRI, sub *art. 669-octies*, in BRIGUGLIO – CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, I, Padova, 2007, 185; CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, cit., 1519; LONGO, sub *art. 23*, cit., 467 n. 67; MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 87) nulla sarebbe mutato rispetto al passato, atteso che il provvedimento cautelare –

Così chiariti i limiti entro cui vi sono interferenze tra la tutela cautelare e le predette categorie di diritto sostanziale, occorre tornare all'oggetto primario della nostra indagine, al fine di stabilire se tali effetti possano essere invocati in un diverso processo ed, in ultima analisi, se essi siano coperti dalla "autorità" del provvedimento cautelare.

Al riguardo, constano due contrapposte soluzioni.

Secondo la tesi maggioritaria, il provvedimento cautelare potrebbe stabilizzarsi a seguito delle predette vicende che interessano il diritto sostanziale, con la conseguenza che il resistente, soccombente nel giudizio interinale, perderebbe definitivamente il diritto ad instaurare il giudizio di merito *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c.⁵⁵: secondo tale ricostruzione, dunque, gli effetti di diritto sostanziale, di cui ci siamo occupati nei paragrafi che precedono, sarebbero invocabili in un successivo giudizio. A tale tesi si è invece contrapposta un'opinione minoritaria la quale ritiene che il diritto cautelato sarebbe "esposto alle normali vicende sostanziali, modificative o impeditive", dal momento che si tratterebbe di un corollario dell'eventualità del giudizio di merito⁵⁶: di conseguenza, anche qualora il provvedimento cautelare potesse produrre degli effetti di diritto sostanziale, essi non sarebbero invocabili in un diverso giudizio, sicché il ricorrente vittorioso, per ottenerne la stabilizzazione, dovrebbe comunque instaurare il giudizio di merito.

seppur a strumentalità attenuata – sarebbe sempre provvisorio. A tale prima posizione si contrappongono quanti ritengono che la proposizione della domanda cautelare sia pur sempre un atto di esercizio del diritto, con la conseguenza che, ove non sia richiesta espressamente la forma della domanda giudiziale, la decadenza potrebbe essere impedita (CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 136 n. 3; DALMOTTO, *sub art. 669-octies*, cit., 1266; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 50 n. 213; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 297).

Come si osservato in dottrina (TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale*, cit., 233), la disciplina dell'impedimento della decadenza è meno rigorosa di quella prevista per la prescrizione, tanto da poter essere impedita (definitivamente) *ex art. 2966 c.c.* dal solo riconoscimento del diritto dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto soggetto a decadenza. *A fortiori*, sembra, dunque, a nostro avviso, sostenibile che una domanda cautelare, peraltro seguita dalla concessione della misura, possa produrre il medesimo effetto. Ad ogni modo, se si osserva come le prime introduzioni della tutela cautelare a strumentalità attenuata abbiano interessato un settore, quale il diritto societario, caratterizzato dalla presenza di numerose ipotesi di termini decadenziali, si fa fatica a non condividere l'opinione di chi ha lamentato la mancanza di coordinamento tra la tutela cautelare a strumentalità attenuata e l'istituto della decadenza (CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, cit., 1519).

⁵⁵ CAPONI, *Provvedimenti*, cit., 136; DEMARCHI, *Le modifiche*, cit., 113; GIORDANO, *Procedimenti cautelari*, cit., 131; GUAGLIONE, *sub artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, cit., 478 e 488; LONGO, *sub art. 23*, cit., 467; QUERZOLA, *La tutela anticipatoria*, cit., 199; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 306.

⁵⁶ RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 50 n. 213. Conf. MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 1248.

Per fornire una soluzione alla questione giova, ancora una volta, muovere da quanto osservato nel primo capitolo del presente lavoro.

Come si è visto, il provvedimento cautelare fornisce una disciplina vincolante per le parti, fintantoché il suo contenuto imperativo non sia smentito da una decisione successiva. Tuttavia, se il regime applicabile è, per espressa previsione di legge, precario, è altrettanto vero che il provvedimento giudiziale ha una rilevanza “storica” come fatto giuridico, idoneo in quanto tale a produrre effetti diretti di diritto sostanziale a prescindere dalla sua stabilità.

Si tratta, allora, di stabilire se gli istituti di diritto sostanziale di cui ci siamo occupati nelle pagine che precedono appartengano alla categoria degli effetti diretti (ed irreversibili) del provvedimento cautelare ovvero ai suoi effetti riflessi, destinati mantenere la stessa stabilità del provvedimento che li ha procurati, senza che il giudice di merito possa, dunque, esserne vincolato.

A parere di chi scrive la soluzione non può che essere la prima.

Infatti, come si è visto, nella maggior parte delle ipotesi l’effetto determinato dal provvedimento sul diritto sostanziale è un effetto complesso che deriva dalla combinazione della decisione giudiziale con l’esercizio del diritto da parte del ricorrente (il fenomeno è evidente, in particolare, in relazione all’effetto interruttivo permanente della prescrizione, che, come si è visto, di regola inizia a prodursi proprio con la domanda giudiziale). Ne consegue che gli effetti sostanziali in esame rappresentano un effetto del combinato disposto della domanda giudiziale e del suo successivo accoglimento. Se così stanno le cose, però, non vi sono ragioni per escludere che un tale effetto sostanziale sia invocabile in un diverso giudizio, dal momento che il provvedimento giudiziale rappresenta solamente il suggello di quegli effetti prodotti dalla domanda stessa.

Del resto, ed è questo l’argomento dirimente, il provvedimento cautelare, una volta pronunciato, produce per legge taluni effetti direttamente sul diritto sostanziale, che da tale decisione viene direttamente colpito. Di conseguenza, l’esclusione dell’invocabilità degli effetti sostanziali del provvedimento cautelare in un diverso giudizio significa, a ben vedere, escludere che la decisione cautelare abbia *tout court* un qualche effetto di diritto sostanziale, ma ciò, come si è visto, in contrasto con le norme di legge (si pensi, ad esempio, alla disposizione dell’art. 2945 c.c.). Infatti, non avrebbe alcun

senso ammettere che il provvedimento produca effetti di diritto sostanziale, ma, al contempo, che questi effetti non siano spendibili in un diverso giudizio⁵⁷.

A ciò si aggiunga, infine, un ultimo argomento. Se la *ratio* degli istituti della prescrizione e dell'usucapione risiede nell'esigenza dell'ordinamento di "sanzionare" la parte inerte, a vantaggio della parte che si è attivata per esercitare il proprio diritto, la soluzione che esclude l'invocabilità di tali effetti in un diverso giudizio (e che, in ultima analisi, come visto, esclude gli stessi effetti di diritto sostanziale) avrebbe l'effetto distorsivo di "premiare" tale inerzia. Ciò, tuttavia, in contrasto con la finalità di tali istituti⁵⁸.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui il ricorrente, a seguito del provvedimento cautelare, abbia acquistato il possesso di una *res* e, a seguito del provvedimento, abbia provveduto al suo sfruttamento economico, eventualmente aumentandone il valore. Qualora, dopo il decorso del termine necessario per l'usucapione, il resistente soccombente potesse rivendicare la *res* come propria, senza possibilità per il ricorrente di invocare l'interversione del possesso conseguente al provvedimento cautelare e la conseguente usucapione, la *ratio* dell'istituto dell'usucapione verrebbe totalmente frustrata.

Di conseguenza, a parere di chi scrive, l'errore in cui incorrono quanti sostengono la tesi opposta risiede nell'omologazione del regime degli effetti diretti della misura cautelare, in quanto fatto giuridico, con quello che deriva dalla disciplina applicabile individuata dal giudice. Mentre questi ultimi effetti sono precari, una diversa conclusione si impone per i primi, i quali operano direttamente nel mondo del diritto e vincolano pertanto il giudice di merito.

⁵⁷ Si tratta, del resto, di conclusione che trova conferma anche nel diritto comparato. Infatti, benché nel sistema francese, a cui deve molto la riforma in materia cautelare del 2005, l'ordinanza di *référé* non possa "*faire préjudice au fond*", tuttavia, si ammette, proprio per il forte legame che si instaura in punto di diritto sostanziale tra il giudizio di merito e quello interinale, che gli effetti interruttivi della prescrizione siano invocabili anche nel giudizio di merito. In argomento, v. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Paris Cedex, 2007, 389 ss. spec. 391. Conf. HÉBRAUD, in HÉBRAUD – RAYNAUD, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, 398.

⁵⁸ Su cui v., esemplificativamente, GALGANO, voce *Possesso*, cit., 5 s.; GROPPALO, voce *Prescrizione*, cit., 208; RUPERTO, voce *Usucapione*, cit., 1026.

4. *La ripetizione dell'indebito.*

Un'ulteriore zona di frontiera tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale è rappresentata dall'azione di ripetizione dell'indebito.

In particolare, occorre domandarsi se l'adempimento da parte del resistente – soccombente nel giudizio cautelare – a quanto statuito nel provvedimento possa fondare un'azione di ripetizione dell'indebito da parte dello stesso ovvero se tale adempimento sia oramai divenuto irripetibile.

A ben vedere, tale ultima ipotesi può configurarsi in due casi, tra loro radicalmente diversi: da un lato, lo spontaneo adempimento da parte del resistente soccombente; dall'altro lato, l'adempimento coattivo conseguente all'attuazione *ex art. 669-duodecies* c.p.c. della misura interinale.

Come è noto, il pagamento dell'indebito rappresenta, nel nostro ordinamento, una fonte di obbligazioni *ex art. 1173* c.c. e, in particolare, fonte dell'obbligazione restitutoria di quanto indebitamente percepito⁵⁹.

I presupposti di tale obbligazione sono generalmente individuati, da un lato, nella prestazione (che potrà essere un pagamento, ovvero, ai sensi dell'art. 2037 c.c., la consegna di una cosa determinata) e, dall'altro lato, la sua non doverosità⁶⁰.

Si tratta, dunque, di stabilire se la circostanza che il pagamento sia avvenuto sulla base di un provvedimento cautelare (e, dunque, per sua stessa natura provvisorio) possa rendere irripetibile un pagamento che non fosse dovuto, sulla base della disciplina del diritto sostanziale che regolava i rapporti tra le parti anteriormente alla sua concessione.

Naturalmente, esula dalla presente trattazione l'ipotesi in cui il giudizio di merito instaurato *ex art. 669-octies*, 1° ovvero 6° comma, c.p.c. (a seconda che si tratti di provvedimenti soggetti al regime della strumentalità attenuata o della strumentalità piena) abbia accertato che nessuna prestazione era dovuta dal resistente al ricorrente. In tal caso, infatti, ai sensi dell'art. 669-*novies*, 2° e 3° comma, c.p.c., il giudice del

⁵⁹ BIANCA, *Diritto civile*, V, 2° ed., Milano, 2012, 799; MOSCATI, voce *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 83; RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1224.

⁶⁰ GALLO, voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 3 s.; BASCHERA, *Parte generale*, in BARGELLI (a cura di), *Ripetizione dell'indebito*, Milanofiori Assago, 2014, 97.

merito deve dare “tutte le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente”, tra le quali non vi può che essere, *in primis*, la condanna alle restituzioni.

L’ipotesi che appare invece di maggiore interesse è rappresentata dal caso in cui, a seguito della concessione del provvedimento cautelare, venga instaurato esclusivamente un giudizio di ripetizione dell’indebitato. Naturalmente tale possibilità, seppur astrattamente ipotizzabile anche per i provvedimenti soggetti alla strumentalità piena⁶¹, rileverà particolarmente ai fini dei provvedimenti a strumentalità attenuata.

In tali casi occorre, dunque, domandarsi se la concessione del provvedimento cautelare possa rendere doveroso il pagamento in realtà non dovuto e, pertanto, escluderne la ripetizione.

Per fornire una risposta al quesito occorre, pertanto, analizzare la sussistenza dei presupposti per l’azione di ripetizione dell’indebitato ed, in particolare, la non doverosità della prestazione, con la precisazione che saranno separatamente analizzati, da un lato, l’ipotesi di spontaneo adempimento al comando cautelare e, dall’altro lato, l’adempimento conseguente all’attuazione della misura.

Si tratta di questione che appare di particolare interesse ai fini della nostra indagine, dal momento che permette, meglio di ogni altra ipotesi, di verificare se (ed in che limiti) il provvedimento cautelare incida direttamente sul rapporto di diritto sostanziale tra le parti ed, in ultima analisi, di tracciare i confini dell’autorità invocabile in un diverso giudizio *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c.

⁶¹ Infatti, qualora il ricorrente non provveda ad instaurare il giudizio di merito *ex art. 669-octies*, 1° comma, c.p.c. il provvedimento perderà efficacia ai sensi dell’art. 669-*novies*, 1° comma, c.p.c., con il conseguente dovere per il ricorrente di restituire quanto abbia eventualmente ricevuto.

Analoga conclusione si impone anche nel caso in cui, a seguito del provvedimento cautelare, il resistente soccombente agisca nei confronti del ricorrente per ottenere la restituzione di quanto pagato, senza che il ricorrente stesso proponga alcuna domanda di merito. Secondo infatti l’opinione preferibile, il ricorrente, convenuto in un giudizio di accertamento negativo instaurato dal resistente soccombente, dovrà comunque, per non incorrere nella sopravvenuta inefficacia del provvedimento, instaurare un autonomo giudizio o, quantomeno, proporre una domanda riconvenzionale (la questione sarà trattata *amplius infra*, capitolo III, n. 3 e corrispondente contenuto nel testo).

Qualora, infine, a seguito dell’instaurazione del giudizio di merito da parte del ricorrente, il resistente proponga un autonomo giudizio di ripetizione dell’indebitato, l’unica soluzione possibile sarà la declaratoria di litispendenza o, quantomeno, di continenza del giudizio.

4.1. *La non doverosità della prestazione spontaneamente adempiuta in ottemperanza al provvedimento cautelare.*

La prima fattispecie da considerare riguarda il pagamento spontaneo da parte del resistente soccombente in ottemperanza al comando cautelare. Poco importa, sotto tale profilo, che l'adempimento consegua ad una diffida del ricorrente vittorioso ovvero sia frutto di una spontanea iniziativa del resistente. Ciò che rileva è che il resistente abbia spontaneamente adempiuto, quale che ne sia la causa.

Al riguardo, si è già avuto modo di osservare come la misura cautelare detti alle parti una regola di condotta alla quale devono attenersi a pena di attuazione coattiva della misura stessa ovvero, sussistendone i presupposti di legge, financo di sanzioni penali.

Alla luce di tali premesse, si può pertanto osservare come l'adempimento spontaneo da parte del resistente si giustifichi perfettamente con la funzione coattiva dei provvedimenti giudiziari, sicché non pare, di per sé, indebito.

Ciò che occorre tuttavia domandarsi è però se, a seguito del pagamento in forza di una misura interinale, il resistente possa ottenere la ripetizione di quanto abbia pagato ovvero se la sua prestazione sia oramai divenuta irripetibile. Si tratta, in altri termini, di stabilire, ancora una volta, i limiti dell'invocabilità del *dictum* del giudice cautelare nel giudizio di ripetizione dell'indebito. Come si è già osservato *supra*, la questione assume interesse nelle ipotesi in cui non vi sia stato un diverso giudizio di merito sul medesimo diritto, atteso che, in tal caso, non potrebbe che trovare applicazione l'art. 669-*novies*, 2° e 3° comma, c.p.c.

Qualora pertanto il resistente soccombente proponga azione di ripetizione dell'indebito, sembra lecito domandarsi il ruolo da riconoscersi all'"autorità" del provvedimento cautelare *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. Come si è già visto, a parere di chi scrive l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. deve essere circoscritto agli obblighi di condotta imposti dal giudice, che non possono però vincolare nessun altro al di fuori delle parti (e, dunque, *in primis* gli altri giudici dell'ordinamento), mentre invece non è applicabile in tutti quei casi in cui la misura incida direttamente sul diritto sostanziale in quanto fatto storico giuridicamente rilevante.

Nel caso di ripetizione dell'indebito, la circostanza che il pagamento sia giustificato da una misura interinale, per sua stessa natura destinata ipoteticamente ad essere travolta da una decisione di merito, non può essere sufficiente a rendere stabile il pagamento.

Di per sé il fatto storico che vi sia stata una pronuncia giudiziale non è in alcun modo idoneo ad incidere sul diritto sostanziale. Ciò che, invece, rileva come fatto è esclusivamente il pagamento spontaneo, a prescindere dalle ragioni che lo hanno giustificato e, dunque, a prescindere dalla circostanza che l'adempimento sia effettuato in forza di contratto, sentenza con autorità di giudicato ovvero misura provvisoria.

Tale ultima circostanza rileverà, semmai, nel successivo giudizio di ripetizione dell'indebito, in cui il giudice verrà chiamato a valutare la doverosità della prestazione, e solamente in tale momento rileverà la stabilità del titolo in forza del quale l'asserito debitore (attore in ripetizione) ha adempiuto. A questo punto, però, è sin troppo evidente che non si tratta più di rapporto diretto tra il provvedimento giudiziale inteso come fatto storico ed il diritto sostanziale, ma di un'efficacia di accertamento della misura cautelare nel giudizio di merito; efficacia di accertamento che però è inequivocabilmente esclusa dall'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.

A quanto precede si aggiunge poi un'ulteriore ragione, non meno importante della precedente.

Infatti, a ben vedere, l'art. 669-*novies*, 3° comma, c.p.c. si limita a prevedere che il provvedimento cautelare perda efficacia qualora il diritto cautelato sia stato dichiarato inesistente "con sentenza". Pertanto, nulla vieta che la sentenza a cui si riferisce tale norma sia proprio quella pronunciata all'esito di un giudizio di ripetizione dell'indebito⁶². Ove si acceda a questa (condivisibile) soluzione, non vi sarebbe, a ben vedere, alcuna reale distinzione rispetto all'ipotesi in cui il giudizio di merito che ha contraddetto il provvedimento cautelare sia quello instaurato *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., tanto più che, nei casi di tutela cautelare a strumentalità attenuata, il giudizio di merito instaurato dal resistente soccombente avrà, nella maggior parte delle ipotesi, la precipua finalità di ottenere la ripetizione di quanto pagato.

Insomma, a parere di chi scrive si può osservare che il provvedimento cautelare non potrebbe in alcun modo influenzare, sotto tale profilo, l'esito del giudizio di merito.

⁶² SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 304; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 304.

Tanto premesso, occorre pertanto domandarsi i limiti entro cui, nel caso in esame, possa trovare applicazione la disciplina civilistica sulla ripetizione dell'indebito.

In particolare, occorre domandarsi il ruolo che la concessione di un provvedimento interinale possa avere in relazione al presupposto della buona fede, rilevante, in tema di pagamento, ai fini del *dies a quo* del computo degli interessi e, in tema di consegna di cosa determinata, ai fini dell'individuazione del limite di indennizzo a seguito del perimento della *res* ai sensi dell'art. 2037, 2° e 3° comma, c.c.

La questione non è stata oggetto di particolari approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali. Tuttavia, può essere utile muovere dalle conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza in caso di pagamento in forza di sentenze riformate in appello. Secondo l'opinione giurisprudenziale dominante, infatti, i provvedimenti giudiziali non sarebbero soggetti alla disciplina della ripetizione dell'indebito, in particolare per quanto riguarda lo stato soggettivo⁶³. La ragione sottesa a tale opinione risiede, secondo il predetto orientamento, “nella comune consapevolezza della rescindibilità del titolo e della provvisorietà dei suoi effetti”⁶⁴, dal momento che la sentenza, ancora *sub iudice*, ben potrebbe essere riformata in sede di impugnazione. Di conseguenza, vi sarebbe una sorta di presunzione assoluta di mala fede dell'*accipiens*, il quale sarebbe sempre tenuto a restituire, oltre naturalmente al capitale, gli interessi sin dal giorno del pagamento⁶⁵. Si tratta, insomma, di un'applicazione del principio secondo cui il creditore che agisce in forza di un titolo precario si assume la responsabilità della sua caducazione.

⁶³ Cass., 5 marzo 2013, n. 5391, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 222; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25589, in *Foro it.*, 2011, I, 1133; Cass., 23 marzo 2010, n. 6942, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 420; Cass., 13 aprile 2007, n. 8829, *ivi*, 2007, 1308; Cass., 29 gennaio 2007, n. 1779, *ivi*, 2007, 203; Cass., 9 giugno 1998, n. 5667, *ivi*, 1998, 1251; Cass., 29 marzo 1994, n. 3078, *ivi*, 1994, 415; Cass., 27 novembre 1992, n. 12662, *ivi*, 1992, 1763.

⁶⁴ Così Cass., 23 marzo 2010, n. 6942, cit.

⁶⁵ Cass., 5 marzo 2013, n. 5391, cit.; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25589, cit.; Cass., 23 marzo 2010, n. 6942, cit.; Cass., 29 gennaio 2007, n. 1779, cit.; Cass., 23 maggio 1992, n. 6224, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 798 ss., con nota di CORSALE, *Note in tema di possesso di buona fede e obbligo di restituzione dei frutti*; Cass., S.U., 13 giugno 1989, n. 2841, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 230 ss., con nota di ATZORI. Nel medesimo senso, in dottrina, v. BIANCA, *Diritto civile*, cit., V, 804 n. 16, il quale equipara l'ipotesi in esame al pagamento effettuato in esecuzione di un contratto soggetto a condizione. *Contra*, Cass., 19 ottobre 2016, n. 21069, in *Guida dir.*, 2017, VIII, 79; Cass., 6 novembre 1995, n. 11527, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1844; Cass., 23 novembre 1995, n. 722, *ivi*, 1995, 130 s. Critico nei confronti dell'orientamento maggioritario è altresì AZZARRI, *I gruppi di casi*, in BARGELLI (a cura di), *Ripetizione d'indebito*, cit., 187.

Prima di procedere con l'analisi del provvedimento cautelare, occorre tuttavia osservare come tale orientamento, in tema di riforma in appello del titolo esecutivo, non sia convincente per una pluralità di ragioni.

Anzitutto, la disciplina della ripetizione di indebito *ex artt. 2033 ss. c.c.* non è affatto dettata per i soli casi in cui l'indebito oggettivo sia rappresentato dalla mancanza assoluta di un titolo. È del resto opinione condivisa – seppur con diverse sfumature – che l'obbligazione restitutoria ben possa sorgere a seguito del venir meno di un titolo giustificativo del trasferimento patrimoniale⁶⁶, sicché non si vede perché in relazione alla sentenza *sub iudice* dovrebbe giungersi a conseguenze più severe.

Invero, a ben vedere, una tale tesi accoglie l'opinione tradizionale, nella sua concezione più rigorosa, della nozione di autorità della sentenza, tale per cui il provvedimento giudiziale, fino al suo passaggio in giudicato, sarebbe *inutiliter datum*, con la conseguenza che le eventuali riforme della decisione resterebbero interamente a carico di colui che abbia improvvidamente azionato il titolo esecutivo. Sennonché un simile orientamento non è più, nella sua absolutezza, condivisibile, come si è già visto in precedenza⁶⁷.

Infatti, benché appaia incontestabile che il provvedimento giudiziale perda la propria efficacia a seguito della sua riforma in sede di impugnazione, tuttavia non può considerarsi irrilevante la circostanza che vi sia un provvedimento giudiziale che giustificava non solo l'adempimento, ma altresì l'accettazione della prestazione.

Anche a prescindere da quanto precede, occorre peraltro osservare come il nostro legislatore, all'art. 96, 2° comma, c.p.c., abbia previsto un autonomo sistema risarcitorio qualora l'esecuzione sia instaurata non già con malafede ma “senza la normale prudenza”: di conseguenza, ove la parte abbia negligenemente agito senza considerare, ad esempio, la particolare debolezza del proprio titolo esecutivo, ben potrà rispondere dei danni subiti dall'esecutato.

Di conseguenza, a parere di chi scrive, sarebbe errato considerare in malafede il creditore che abbia agito in forza di un titolo esecutivo formalmente legittimo, potendo tale circostanza rilevare ai soli fini del risarcimento del danno.

⁶⁶ Esemplificativamente, v. BASCHIERA, *Parte generale*, cit., 115.

⁶⁷ V. Capitolo I, pf. 2.5.

Ciò peraltro, beninteso, non è sufficiente, a parere di chi scrive, ad imporre una meccanica applicazione dell'art. 2033 c.c., con conseguente decorso degli interessi dal solo giorno della domanda giudiziale di ripetizione.

Nel momento infatti in cui il provvedimento che ha giustificato l'adempimento è venuto meno (ad esempio, a causa della sua riforma in appello) il creditore non ha più alcun titolo per detenere tali somme e, di conseguenza, gli interessi non potranno che decorrere da tale momento, ben potendosi presumere la sua malafede.

Prima di tale momento, invece, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza rappresenta solamente un'inaccettabile limitazione dell'immediata esecutività che la legge attribuisce alle decisioni giudiziali.

Così chiarita la nostra opinione nei casi in cui il titolo esecutivo sia rappresentato da una sentenza di primo grado riformata in appello, possiamo procedere ad alcune brevi precisazioni con riguardo al provvedimento cautelare.

Anzitutto, a nostro avviso deve essere preferita la soluzione per la quale, fino al momento della domanda giudiziale di ripetizione dell'indebito (o, eventualmente, dal precedente momento in cui la misura è venuta meno), non siano dovuti interessi, in applicazione dell'art. 2033 c.c., a pena di privare di ogni rilevanza l'immediata esecutività della misura cautelare sancita dall'art. 669-*terdecies*, 6° comma, c.p.c.

Neppure dirimente potrebbe essere invocare la norma contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. atteso che nel caso di specie non può che trovare una rigorosa applicazione il principio sancito all'art. 2033 c.c. La circostanza che l'autorità del provvedimento interinale non possa essere invocata in un diverso giudizio non può in alcun modo inficiare la sussistenza, al momento del pagamento, della buona fede in capo al ricorrente-*accipiens*.

Di conseguenza, saranno dovuti gli interessi solamente a decorrere dalla notificazione della domanda giudiziale con cui il resistente soccombente abbia richiesto la ripetizione di quanto indebitamente pagato.

4.2. *L'adempimento conseguente all'attuazione del provvedimento cautelare. Rinvio.*

Un'ipotesi speculare a quella appena analizzata riguarda la domanda di ripetizione dell'indebitito proposta dal resistente, il quale abbia adempiuto alla prestazione comandata nel provvedimento cautelare solamente a seguito dell'attuazione del provvedimento cautelare *ex art. 669-duodecies c.p.c.*

Al riguardo, tale profilo rappresenta l'ipotesi speculare a quella, appena analizzata, dello spontaneo pagamento. Tuttavia, a nostro avviso, pare preferibile rinviare la trattazione di tale fattispecie a quanto verrà analizzato nel capitolo IV, in relazione ai rapporti tra tutela cautelare e giudizio esecutivo⁶⁸, atteso che tale indagine sembra più utile a comprendere i rapporti tra la stabilità della distribuzione forzata ed il provvedimento cautelare piuttosto che i rapporti tra quest'ultimo ed il diritto sostanziale alla ripetizione dell'indebitito.

5. *Provvedimento cautelare e garanzie reali.*

Nell'analisi che abbiamo sinora condotto sui rapporti tra autorità dei provvedimenti cautelari e diritto sostanziale non è stata presa in considerazione la categoria dei diritti reali di garanzia, sulla quale conviene ora brevemente soffermarsi.

In particolare, con riferimento all'oggetto della nostra indagine, un tema che ha sempre interessato la giurisprudenza, prima ancora della dottrina, è rappresentato dai rapporti tra tutela interinale ed ipoteca. Ciò sotto un triplice profilo: iscrizione di ipoteca, cancellazione di ipoteca e, soprattutto, restrizione di ipoteca.

Tale dibattito ha, in particolare, coinvolto i rapporti tra gli istituti appena ricordati e la tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, dal momento che non esiste, nel nostro sistema, alcun altro provvedimento cautelare che incida direttamente sul diritto di ipoteca. Tuttavia, ai fini della presente indagine, ciò che rileva non sono tanto i presupposti per la concessione di una tale misura, quanto invece la compatibilità tra la natura provvisoria del provvedimento cautelare (che, solo per ragioni di diritto positivo coincide, nella totalità dei casi, con la tutela innominata *ex art. 700 c.p.c.*) e un sistema, quale quello delle ipoteche, che richiede *de iure condito* una particolare certezza in relazione agli atti che su queste possono incidere.

⁶⁸ V. capitolo IV, pf. 4.

In particolare, le esigenze di certezza che nel diritto positivo contraddistinguono, come si vedrà, il regime delle ipoteche entrano in conflitto con la provvisorietà della tutela cautelare. Si tratta, dunque, di stabilire, nel conflitto tra le esigenze di certezza in tema di ipoteche e quelle di celerità nelle decisioni, poste alla base della tutela cautelare, quali debbano prevalere e, in ultima analisi, quanto la “autorità” del provvedimento cautelare possa garantire una soddisfacente stabilità al regime dei diritti reali di garanzia.

5.1. *L’iscrizione di ipoteca e la sua cancellazione.*

La prima questione che conviene analizzare riguarda la possibilità che il provvedimento cautelare sia titolo idoneo ad iscrivere ipoteca.

Invero, la soluzione a tale quesito sembra essere stata espressamente risolta – in senso negativo – dallo stesso legislatore.

Infatti, ai sensi dell’art. 2818 c.c., unici titoli per l’iscrizione di ipoteca sono rappresentati, da un lato, dalle sentenze di condanna (eventualmente anche generica) e, dall’altro lato, dagli “altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge attribuisce tale effetto” (così il secondo comma). Dal momento che nella materia *de qua* vige un principio di rigorosa tipicità e che in relazione al provvedimento cautelare sembrano difettare entrambi i presupposti legali (non può mai essere pronunciato con sentenza e la legge non gli riconosce l’effetto di essere titolo per iscrizione ipotecaria⁶⁹), non può che escludersi l’idoneità delle decisioni cautelari a giustificare l’iscrizione di un’ipoteca giudiziale⁷⁰.

Maggiormente interessante è la questione speculare a quella che precede, cioè la possibilità che il provvedimento cautelare ordini la cancellazione dell’ipoteca precedentemente iscritta.

⁶⁹ Esistono peraltro nel nostro ordinamento alcune ipotesi in cui, eccezionalmente, il legislatore ha riconosciuto che un provvedimento cautelare potesse giustificare l’iscrizione di un’ipoteca. È, ad es., il caso previsto dall’art. 26, l. 7 gennaio 1929, n. 4, il quale disciplinava (sino al 1997) la c.d. ipoteca cautelare fiscale. Si tratta tuttavia, come è evidente, di norme speciali e, dunque, insuscettibili di applicazione analogica e, comunque, poste a tutela di interessi di ordine pubblico che difettano invece nei casi in esame.

⁷⁰ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 4° ed., Napoli, 1964, 264; DITTRICH, *Il provvedimento d’urgenza*, cit., 277.

Come noto, ai sensi degli artt. 2882 ss. c.c. l'iscrizione dell'ipoteca può essere cancellata se consentita dalle parti interessate ovvero, ai sensi dell'art. 2884 c.c., su ordine del giudice, purché ciò avvenga "con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo". Di conseguenza, secondo l'opinione consolidata, il provvedimento cautelare, non essendo suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata né essendo definitivo, non potrebbe mai disporre la cancellazione⁷¹.

Non sono peraltro mancati, specie in giurisprudenza, orientamenti decisamente più permissivi, che hanno talvolta ammesso la cancellazione di un'iscrizione fondata su di un provvedimento inidoneo allo scopo (ad es., un decreto ingiuntivo – titolo idoneo ex art. 655 c.p.c. ad iscrivere ipoteca, purché esecutivo – di cui fosse stata sospesa la provvisoria esecutività ex art. 649 c.p.c. prima dell'iscrizione ipotecaria).

Al fine di giungere ad una tale soluzione si ricorre a due differenti soluzioni interpretative. Da un lato, talune decisioni ammettono *tout court* la possibilità per il giudice cautelare di ordinare al conservatore la cancellazione dell'ipoteca⁷². Dall'altro, si è invece ritenuto inammissibile un provvedimento con il contenuto da ultimo richiamato, in quanto in aperto contrasto con l'art. 2884 c.c.; tuttavia, per rispondere all'esigenza di giustizia che la formulazione letterale della norma in esame lascia obiettivamente insoddisfatta, hanno ritenuto ammissibile un provvedimento che ordinasse (non già al conservatore la cancellazione, ma) al resistente soccombente di assentire alla cancellazione ai sensi (non già dell'art. 2884 c.c., ma) dell'art. 2882 c.c.⁷³.

⁷¹ PANZAROLA – GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016, 283 s.; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 2006, 652 s.; ID., voce *Ipoteca I) Ipoteca immobiliare*, XVII, Roma, 1990, 11. In giurisprudenza, esemplificativamente, v. Trib. Nola, 16 gennaio 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014; Trib. Trani, sez. dist. Molfetta, 8 agosto 2012, in *www.ilcaso.it*; App. Milano, 14 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 1561; Trib. Mantova, 19 aprile 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bari, 17 novembre 2005, in *De Jure*; Trib. Monza, 26 aprile 1997, in *Giur. merito*, 1997, 690 ss.; Trib. Lecce, 12 dicembre 1994, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 305, con nota di RONCO, *Distonie tra cautele processuali ed extraprocessuali: in tema di restrizione e cancellazione di ipoteca*.

⁷² Trib. Milano, 28 ottobre 2013, in *Giur. it.*, 2014, 92 ss., con nota di CONTE, *Provvedimento d'urgenza ed ipoteca illegittimamente iscritta: novità giurisprudenziali*; Trib. Milano, 17 ottobre 1999, e Trib. Milano, 25 luglio 2000, entrambe in *Riv. dir. proc.*, 2001, 873 ss., con nota di PEZZANI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione e l'ipoteca giudiziale*. Nel medesimo senso, in dottrina, CHIANALE, *L'ipoteca*, Torino, 2005, 381 s., il quale tuttavia, al fine di fornire un equo contemperamento degli interessi contrapposti di creditore e debitore, suggerisce il ricorso alla cauzione ex art. 669-undecies c.p.c. Conf. CHIANALE – TERLIZZI, *Sub artt. 2872-2873*, in BONILINI – CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, cit., II, 666.

⁷³ Trib. Lecce, 17 giugno 2019, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bari, 7 febbraio 2013, *ivi*; Trib. Milano, 7 agosto 1998, in *Giur. it.*, 1999, 524 ss., con nota di CONTE, *Provvedimento d'urgenza ed obbligo di cancellazione di formalità ipotecarie a seguito della riforma della sentenza di condanna*.

Così inquadrati i termini del dibattito, a parere di chi scrive gli orientamenti giurisprudenziali da ultimo richiamati, sebbene fondati su condivisibili ragioni di giustizia sostanziale, che denunciano una grave lacuna nel nostro ordinamento (specie nei casi di iscrizioni ipotecarie in forza di provvedimenti inidonei allo scopo), non trovano, però, allo stato un conforto nel diritto positivo.

La lettera dell'art. 2884 c.c. è infatti inequivoca nel riconoscere alle sole sentenze o ai provvedimenti definitivi il potere di ordinare la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria.

Tuttavia, come si è già più volte affermato, il provvedimento cautelare è ontologicamente incompatibile con l'autorità della cosa giudicata e, pertanto, in difetto di una diversa (ed esplicita) previsione legislativa, non potrebbe mai giustificare la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria ai sensi della prima parte dell'art. 2884 c.c. Occorre, pertanto interrogarsi sulla possibilità che il provvedimento cautelare possa quantomeno essere considerato come definitivo ai sensi della seconda parte dell'art. 2884 c.c. Tuttavia, a ben vedere, anche una tale soluzione interpretativa pare preclusa.

Infatti, benché per talune misure (e, per quanto rileva in questa sede, per la tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*) sia stato attenuato il vincolo di strumentalità strutturale con il giudizio di merito, ciò non può in alcun modo ritenersi sufficiente a concludere per la definitività del provvedimento⁷⁴. In effetti, come si è già osservato, la riforma del 2005 ha inciso solamente sulla strumentalità strutturale, lasciando impregiudicata la strumentalità funzionale, con la conseguenza che il provvedimento cautelare potrebbe sempre essere caducato a seguito di una decisione di merito. Infatti, *«il provvedimento cautelare anticipatorio del contenuto di una sentenza ha una stabilità della sua efficacia esecutiva, ma non dell'accertamento su cui esso si basa, che può sempre venir meno in conseguenza di altra pronuncia, che in tanto può incidere su di essa senza costituire giudicato, in quanto il provvedimento urgente è solo apparentemente*

⁷⁴ Il rapporto tra tutela cautelare e decisività ha interessato la giurisprudenza soprattutto in relazione all'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.* Al riguardo, secondo l'interpretazione costante, una tale possibilità sarebbe preclusa, oltre che per il difetto di decisorietà (su cui v., esemplificativamente, GIORDANO, *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1448) proprio per il difetto di definitività: Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1437 ss., con nota di GIORDANO, *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre*, cit.; Cass., 20 gennaio 2015, n. 896, in *De jure*; Cass., 19 novembre 2010 n. 23504, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1482; Cass., 27 aprile 2010 n. 10069, *ivi*, 2010, 620.

definitivo»⁷⁵. Se, dunque, la *ratio* dell'art. 2884 c.c. si fonda sull'esigenza di garantire certezza sulla presenza di ipoteche, non pare che il provvedimento cautelare sia idoneo allo scopo, vuoi perché sempre suscettibile di modifica e revoca, vuoi, soprattutto, perché inidoneo a dettare una disciplina incontrovertibile, dal momento che sulla sussistenza del medesimo diritto oggetto del giudizio interinale potrà sempre pronunciarsi il giudice di merito.

Insomma, sarebbe profondamente errato sovrapporre la maggiore stabilità dei provvedimenti cautelari che deriva dalla riforma del 2005 con la loro definitività, atteso che quest'ultima implica che il giudice che li ha emessi non possa modificarli o revocarli⁷⁶; possibilità, invece, concessa al giudice cautelare *ex art. 669-decies c.p.c.*

Tanto premesso, possiamo brevemente analizzare le due soluzioni, già richiamate, cui è ricorsa la giurisprudenza per ammettere la cancellazione in via cautelare dell'ipoteca.

In particolare, le ragioni che precedono ci sembrano escludere *in nuce* la possibilità che la cancellazione di ipoteca sia disposta direttamente dal giudice nei confronti del conservatore dei registri immobiliari, dal momento che, alla luce della tassatività propria dei provvedimenti indicati all'art. 2884 c.c., non pare possibile, salvo un intervento della Corte Costituzionale, alcuna interpretazione analogica, difettandone i presupposti di legge. Ne consegue che, ogniqualvolta il debitore ipotecario subisca un pregiudizio dall'illegittima iscrizione di un'ipoteca, unica forma di tutela sarà quella (invero, nella maggior parte dei casi, pienamente soddisfacente per il debitore) prevista *ex art. 96, 2° comma, c.p.c.* Se, infatti, il giudice non può imporre al conservatore la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria, è altrettanto vero che il creditore, quantomeno nei casi di iscrizione illegittima, debba assentire alla cancellazione, ben potendosi presumere, altrimenti, quella violazione dei principi di "normale prudenza" cui fa riferimento la norma da ultimo richiamata.

Escluso quindi che il giudice possa ordinare, in sede cautelare, al conservatore dei registri immobiliari la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria illegittimamente trascritta, occorre soffermarsi sugli orientamenti giurisprudenziali che hanno ammesso la

⁷⁵ Così Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27187, cit.

⁷⁶ RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 650.

possibilità per il giudice di ordinare al resistente soccombente di assentire alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria *ex art. 2882 c.c.*⁷⁷.

Ad una prima analisi, effettivamente, tali decisioni paiono impeccabili da un punto di vista formale, tanto più che, a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 614-*bis* c.p.c., è oramai definitivamente incontestabile la possibilità di disporre la condanna, anche in sede cautelare, ad obblighi di *facere* infungibile⁷⁸.

Tuttavia, ad una più attenta analisi della questione, nemmeno tali pronunce paiono condivisibili. In effetti, un tale *dictum* giudiziale, benché in apparenza risulti rispettoso della previsione contenuta all'art. 2884 c.c., nella sostanza svuota tale norma di ogni effettività, dal momento che costringe la parte, seppur convinta della bontà delle proprie ragioni, ad assentire alla cancellazione di un'iscrizione ipotecaria a suo modo di vedere perfettamente legittima, sotto minaccia di un procedimento attuativo-esecutivo del provvedimento cautelare.

Del resto, è appena il caso di osservare che, secondo la costante giurisprudenza, il creditore ipotecario potrebbe rifiutarsi di assentire *ex art. 2882 c.c.* alla cancellazione dell'ipoteca financo a seguito dell'integrale adempimento da parte del debitore, fermo restando, tuttavia, il diritto di quest'ultimo ad ottenere – oltre alla cancellazione *ex art. 2884 c.c.* – il risarcimento del danno (qualificato come contrattuale)⁷⁹.

Insomma, il legislatore riconosce solamente due ipotesi tassative in presenza delle quali l'iscrizione ipotecaria può essere cancellata: l'assenso (spontaneo) del creditore ovvero una sentenza passata in giudicato o, comunque, un provvedimento definitivo⁸⁰. Non è pertanto possibile un *tertium genus*, derivante da un'artificiosa unione dei due

⁷⁷ V. giurisprudenza citata alla n. 73.

⁷⁸ Trib. Bari, 10 maggio 2011, in *www.giurisprudenzabarese.it*; Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, 1857 ss.; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2011, I, 287 ss., con nota di MONDINI. In dottrina, v. *ex pluribus*, COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in CAPPONI – SASSANI – STORTO – TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, San Mauro Torinese, 2014, 922 s.; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1548; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 6° ed., Milano, 2017, 1879.

⁷⁹ Cass., 20 giugno 2013, n. 15435, in *Guida dir.*, 2013, XXXII, 33 ss., con nota di GRAZIANO, *Un rifiuto ingiustificato di prestare il consenso sembra violare le regole dei rapporti obbligatori*; Cass., 1° ottobre 1999, n. 10893, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2056.

⁸⁰ Cass., 26 luglio 1994, n. 6958, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 308 ss., con nota di STINGONE, *Actio negatoria e obbligo di prestare il consenso alla cancellazione dell'ipoteca*.

predetti strumenti, finalizzata ad eludere i limiti che la legge prescrive per ciascuno di essi.

Unico spazio – invero assai esiguo sul piano pratico – in cui potrebbe ammettersi una pronuncia cautelare in tema di cancellazione ipotecaria sembra essere rappresentato da un provvedimento cautelare di mero accertamento (naturalmente ove si ritenga ammissibile un tale contenuto della decisione cautelare ⁸¹), il quale accerti l’illegittimità dell’iscrizione ipotecaria⁸². In tal caso, infatti, il resistente soccombente sarebbe libero di non assentire alla cancellazione dell’iscrizione senza che da ciò possa derivare alcun immediato pregiudizio. Al contempo, tuttavia, qualora la decisione cautelare sia idonea a persuaderlo di tale illegittimità, egli potrebbe – spontaneamente – provvedere all’accertamento giudiziale al fine di evitare l’aggravamento del danno subito dal ricorrente (nonché, soprattutto, il conseguente risarcimento del danno, cui potrebbe essere condannato nell’eventuale giudizio di merito).

⁸¹ Per la soluzione favorevole all’ammissibilità di provvedimenti cautelari di mero accertamento v. CALVOSA, voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 456; MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 66 ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit., IV, 260 s.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 637 ss.; DITTRICH, *Il provvedimento d’urgenza*, cit., 272 s.; MONTESANO – ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, III, 1, Padova, 2005, 583; VULLO, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in CHIARLONI – CONSOLO (diretto da), *I procedimenti sommari e speciali*, II, 2, Torino, 2005, 1321 ss. Conf., in giurisprudenza, Trib. Savona, 3 dicembre 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2016; Trib. Roma, 13 febbraio 2014, in *Corr. giur.*, 2015, 546, con nota di COREA, *Limiti della tutela d’urgenza anticipatoria di sentenze dichiarative e costitutive*; Trib. Milano, 2 luglio 2013, in *Giur. merito*, 2013, 1816; Trib. Milano, 18 aprile 2013, in *Leggi d’Italia*; Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Redazione Giuffrè*, 2013; Trib. Bari, 9 novembre 2012, *ivi*, 2012; Trib. Cagliari, 30 gennaio 2008, in *Riv. giur. sarda*, 2008, 112; Trib. Benevento, 15 maggio 2007, in *Redazione Giuffrè*, 2007. Ritengono, invece, preclusa tale forma di tutela SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1959/1968, 273; CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, 226 ss.; PETRILLO, *Riconosciuta infine a chiare lettere la inconciliabilità tra tutela ex art. 700 c.p.c. ed efficacia di accertamento*, in *Corr. giur.*, 2005, 411 ss.; SAMORÌ, *La tutela cautelare dichiarativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 958. Conf., in giurisprudenza, Trib. Milano, 28 giugno 2010, in *Sez. spec. P.I.*, 2010, 1, 228; Trib. Latina, 30 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2011, 714; Trib. Roma, 12 ottobre 2009, in *Giur. comm.*, 2011, II, 659, con nota di D’ADAMO, *La compatibilità tra l’azione di accertamento del diritto previsto dall’art. 2476, comma 2, c.c. e i provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Perugia, 16 marzo 2009, in *Le soc.*, 2010, 1257, con nota di SOLDATI, *Tutela cautelare d’urgenza e nullità della clausola statutaria*.

Invero, non ci sembra che sussista alcuna ragione per cui, quantomeno in astratto, non possa ammettersi un provvedimento cautelare avente contenuto di mero accertamento (sul punto, *si vis*, v. FELLONI, *La tutela d’urgenza rispetto all’accertamento negativo: effetti anticipabili ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Giur. it.*, 2018, 638 ss.).

⁸² Così, condivisibilmente, ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, 2° ed., XI, Padova, 2011, 594.

Non si può nascondere come una tale interpretazione riduca notevolmente gli spazi di tutela riconosciuti al ricorrente nei confronti del quale sia stata illegittimamente iscritta un'ipoteca, ma, *de iure condito*, essa appare l'unica soluzione percorribile.

Del resto, occorre altresì osservare che la disciplina in esame è frutto di un'attenta ponderazione legislativa tra l'interesse del creditore ipotecario e quella del debitore. Mentre infatti quest'ultimo potrebbe procedere alla vendita dell'immobile ipotecato con una facilità tanto maggiore quanto più illegittima appaia l'iscrizione ipotecaria e la conseguente probabilità che il giudice del merito ordini la cancellazione della stessa, al contrario il creditore ipotecario subirebbe dalla liberazione dell'immobile un pregiudizio irreversibile⁸³. Infatti, dal momento che nella maggior parte dei casi il procedimento cautelare viene instaurato dal debitore ipotecario proprio allorché questi voglia disporre dell'immobile (libero da gravami), qualora l'ipoteca potesse essere liberata con troppa facilità, il creditore non avrebbe più alcuna possibilità di ottenere una nuova iscrizione contro l'avente causa, in quanto soggetto terzo.

A ciò si aggiunga un ulteriore inconveniente, spesso trascurato dagli interpreti, strettamente connesso all'oggetto del presente lavoro.

Dal momento che è incontestabile, a nostro avviso, la mancanza di definitività del provvedimento cautelare ai fini dell'art. 2882 c.c., occorre interrogarsi su quale sia il termine *a quo* di efficacia dell'ordine di cancellazione.

Dal momento che il provvedimento cautelare è immediatamente efficace, la soluzione più immediata suggerirebbe che l'ordine di cancellazione debba vincolare il curatore dei registri immobiliari sin dal momento della sua pronuncia, tanto più che non esiste, in materia cautelare, un sistema di certificazione di definitività della misura analoga a quello previsto *ex art.* 124 disp. att. c.p.c. per il passaggio in giudicato delle sentenze.

⁸³ Come è noto, infatti, la cancellazione dell'ipoteca è un fenomeno irreversibile nel nostro ordinamento. Peraltro, è opportuno segnalare come nel sistema tavolare si impone un regime del tutto differente, atteso che, ai sensi dell'art. 133 R.D. 28 marzo 1929, n. 499 ("legge tavolare"), "se una cancellazione, ordinata dal giudice tavolare, è revocata dal tribunale, il giudice tavolare deve ristabilire l'iscrizione cancellata". Di conseguenza, si è osservato che la scelta legislativa prevista nel nostro codice civile sia frutto non di esigenze logiche, ma solamente di una valutazione di opportunità (in argomento, anche per un più approfondito esame del sistema tavolare *in parte qua*, v. CHIANALE – TERLIZZI, sub *artt.* 2882-2883, in BONILINI – CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, cit., II, Milanofiori Assago, 2015, 714, nonché ID., Sub *artt.* 2886-2888, in *op. ult. cit.*, II, 718).

In effetti, una tale possibilità minerebbe ancor di più le esigenze di certezza sottese al regime di circolazione degli immobili.

Né ci sembra maggiormente persuasiva la soluzione che vincoli il curatore alla cancellazione solamente a seguito della definizione dell'eventuale giudizio di reclamo, atteso che una tale interpretazione si pone in radicale contrasto con l'art. 669-*terdecies*, 6° comma, c.p.c., a norma del quale il reclamo non ha mai alcuna automatica efficacia sospensiva del provvedimento impugnato, potendo questa essere disposta dal solo Presidente del Tribunale.

Insomma, ci sembra che nemmeno la struttura del procedimento cautelare, per come esso è stato immaginato dal legislatore del 1990, sia compatibile con l'ordine di cancellazione dell'iscrizione ipotecaria, a meno di non voler procedere a soluzioni che forzino la disciplina in esame, fino alla sua stortura.

Di conseguenza, in relazione alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria, l'autorità del provvedimento cautelare non può avere alcun valore. Infatti, come si è osservato nel primo capitolo, del tutto erroneo sarebbe ritenere che la nozione di autorità *ex art.* 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. e quella di giudicato coincidano: il provvedimento cautelare ha una sua propria autorità, seppure non invocabile *aliunde*, tra cui non sono però ricompresi quegli effetti propri non già di una decisione giudiziale, ma esclusivamente del giudicato. Ciò vale, come già visto, in relazione all'*actio iudicati* ma ancor di più in tema di ipoteca.

5.2. La riduzione di ipoteca.

Escluso che il provvedimento cautelare possa giustificare un'iscrizione di ipoteca nonché la sua cancellazione, resta da stabilire se analoghe conclusioni siano estendibili anche alla riduzione di ipoteca (artt. 2872 ss. c.c.)⁸⁴.

Anzitutto, è bene chiarire che con tale espressione ci si riferisce a due fenomeni molto diversi tra di loro.

⁸⁴ In argomento, v. BOERO, *Le ipoteche*, 2° ed., in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1999, 840 ss.; CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 176; MAIORCA, voce *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 127 ss.; RAVAZZONI, voce *Ipoteca I*, cit., 10; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1956, 483 ss.; VOCATURO, *La riduzione di ipoteca e i suoi requisiti*, in *Riv. not.*, 2002, 168 ss.

Da un lato, ci si riferisce alla riduzione della somma a garanzia della quale l'ipoteca è iscritta ("riduzione" in senso stretto), prevista all'art. 2872, 1° comma, I pt., c.c.; dall'altro, ci si riferisce alla restrizione dell'iscrizione ad una parte dei beni ipotecati ("restrizione di beni"), prevista all'art. 2872, 1° comma, II pt., c.c.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 2873, 1° comma, c.c., né la riduzione né la restrizione sono ammesse qualora la quantità di beni o la somma iscritta siano stati determinati con sentenza o convenzione. Di conseguenza, la riduzione della somma è ammessa nei soli casi in cui il creditore abbia potuto liberamente determinare il *quantum* da iscrivere (ipotesi prevista *ex art.* 2838 c.c.)⁸⁵, ma vi sia una sproporzione di almeno un quinto tra la somma determinata dal creditore e il valore dei beni iscritti⁸⁶: in tali casi, la riduzione è ammessa per l'eccedenza. Quanto, invece, alla restrizione dei beni, questa è ammissibile, ai sensi dell'art. 2875 c.c., nei casi in cui il valore dei beni ecceda di almeno un terzo il valore garantito.

Dunque, mentre nel caso di riduzione della somma, il creditore ha unilateralmente iscritto ipoteca per un importo che eccede (di almeno un quinto) quello effettivamente dovuto, nel caso di restrizione dell'ipoteca, la somma iscritta è corretta (o, comunque, contenuta entro un quinto), mentre il valore degli immobili eccede significativamente (oltre un terzo) il credito garantito.

Così chiarite le differenze tra i due istituti, la soluzione circa l'ammissibilità di una riduzione dell'ipoteca disposta in sede cautelare muove necessariamente dalla qualificazione di tale istituto come cancellazione, seppur parziale, di ipoteca, ovvero come sua rettifica.

In effetti, ad un'opinione che ritiene che le ipotesi in oggetto configurino una vera e propria cancellazione (seppur parziale) dell'ipoteca iscritta⁸⁷, si contrappongono quanti affermano, invece, che la riduzione dell'ipoteca sarebbe un fenomeno affatto diverso⁸⁸, con la conseguenza che non potrebbero trovare applicazione le forme previste per la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria e, segnatamente, quanto previsto, in

⁸⁵ Si tratta, in particolare, dell'ipoteca giudiziaria.

⁸⁶ Così l'art. 2874 c.c. Per l'analisi delle ipotesi in cui ciò può verificarsi si rinvia, oltre che alla predetta norma, anche a RUBINO, *L'ipoteca*, cit., 487 ss.

⁸⁷ RUBINO, *L'ipoteca*, cit., 483 ss. e 497; CHIANALE, voce *Ipoteca*, cit., 176.

⁸⁸ MAIORCA, voce *Ipoteca*, cit., 127.

materia di cancellazione giudiziale, dall'art. 2884 c.c.⁸⁹.

Proprio muovendo da tale diversa qualificazione, mentre la maggioranza della giurisprudenza ha ritenuto inapplicabile alla materia *de qua* il disposto dell'art. 2884 c.c., così ammettendo la riduzione dell'iscrizione ipotecaria in via d'urgenza⁹⁰, altra parte della giurisprudenza ha, per opposte ragioni, escluso tale tipo di tutela⁹¹.

Così inquadrati i termini del dibattito, al fine di fornire una risposta conviene, a nostro avviso, procedere a due indagini distinte, a seconda che si tratti di riduzione in senso stretto ovvero di restrizione di beni.

In quest'ultimo caso, come abbiamo già osservato, originariamente il creditore ha iscritto ipoteca nei confronti di una pluralità di immobili e, successivamente, il debitore ha chiesto che l'ipoteca sia circoscritta solamente ad alcuni di questi. Così sommariamente riassunta l'ipotesi in esame, pare francamente difficile poter qualificare una tale operazione come mera "rettifica" di ipoteca o come sua modificazione. La realtà è che per gli immobili oggetto di restrizione dell'ipoteca non vi è più alcuna iscrizione ipotecaria, con la conseguenza che, ove questi vengano venduti, non vi sarà più alcuna efficace iscrizione di ipoteca⁹². Ne consegue che anche laddove l'iscrizione ipotecaria sia unitaria e, dunque, la restrizione della stessa non modifichi l'*an* della garanzia ma solo il suo *quantum*, tuttavia essa determina, per gli immobili oggetto di restrizione, una vera e propria cancellazione ipotecaria.

In una tale ipotesi, dunque, escludere l'applicabilità dell'art. 2884 c.c. e, dunque, consentire la riduzione (*rectius*, la restrizione) in difetto di un provvedimento definitivo, causerebbe un pregiudizio irreparabile al creditore, il quale non si potrebbe più in alcun modo soddisfare sul bene originariamente oggetto della sua garanzia.

⁸⁹ Favorevoli alla riduzione dell'ipoteca in via d'urgenza sono PANZAROLA – GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 285 s.; ARIETA, *Le cautele*, cit., 594 ss.

⁹⁰ Trib. Foggia, 28 luglio 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Ancona, 16 luglio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3181; Trib. Bari, 10 maggio 2011, cit.; App. Milano, 14 ottobre 2008, cit.; Trib. Napoli, 2 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 1552; Trib. Rieti, 28 gennaio 2002, in *Nuovo dir.*, 2002, 253, con nota di LAZZARA, *Sull'esperibilità del provvedimento d'urgenza in merito alla riduzione dell'ipoteca*; Trib. Vallo della Lucania, 17 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 2071 ss., con nota di ALTIERI, *Brevi note in tema di riduzione d'urgenza dell'ipoteca «eccessiva»*; App. Lecce, 28 aprile 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 306, con nota di RONCO, *Distonie*, cit.; Pret. Lecce, 13 gennaio 1993, *ivi*.

⁹¹ Trib. Matera, 20 marzo 2017, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Napoli, 27 febbraio 2017, *ivi*; Trib. Bari, 17 novembre 2005, cit.; Trib. Roma, 7 aprile 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 614 ss., con nota di BELTRAMI; Trib. Lecce, 12 dicembre 1994, cit.

⁹² Tanto più che, come si è già osservato *supra* alla n. 83, la cancellazione dell'ipoteca è un fenomeno irreversibile.

Maggiormente complesso è il discorso nel caso della riduzione delle somme iscritte, dal momento che, in tali casi, tutti gli immobili oggetto di garanzia restano gravati da ipoteca, ma a garanzia di una somma minore. In tali casi è difficile non concordare con quanti ritengono che non sia corretto discorrere di una cancellazione parziale di ipoteca ma, piuttosto, di una sua rettifica (in particolare, di una sua riduzione). Ciò non basta però, ad avviso di chi scrive, ad ammettere una rettifica in via d'urgenza.

Anzitutto, occorre osservare, ancora una volta, come il regime di pubblicità delle ipoteche, quale che ne sia il contenuto (favorevole o contrario al debitore), sia incompatibile con la precarietà di un provvedimento cautelare. Al riguardo, per non tediare il lettore, rinviando a quanto esposto in conclusione del precedente paragrafo in tema di cancellazione di ipoteca.

In effetti, contrariamente a quanto sembrano suggerire coloro che ritengono ammissibile tale forma di tutela d'urgenza, la riduzione dell'ipoteca, pur non essendo perfettamente sovrapponibile ad una cancellazione, può causare al creditore un pregiudizio del tutto analogo a questo, nel caso in cui il giudice cautelare ritenga che il valore effettivo del credito sia significativamente inferiore a quello iscritto.

Proprio per tale ragione, sembra dunque sussistere, in relazione a tale fattispecie, la stessa *ratio* sottesa all'art. 2884 c.c.⁹³. *Ratio* che, in difetto di un diverso regime legislativo, porta ad ammettere, a nostro avviso, una applicazione analogica quale unica soluzione.

Infine, si può osservare come sarebbe paradossale che, mentre il legislatore impone requisiti di forma quantomai rigidi per le vicende costitutive ed estintive dell'ipoteca (e, dunque, per la sua iscrizione e la sua cancellazione), un'analogica conclusione non valga invece per le vicende modificative, con l'evidente pericolo di svuotare non solo nella forma, ma anche nella sostanza, il rigido regime che caratterizza il regime dell'ipoteca.

Con ciò, beninteso, non si vuole affatto escludere che *de iure condendo* possa essere utile per la circolazione dei beni una disciplina maggiormente snella per costituzione, modificazione ed estinzione delle garanzie reali, la quale, di per sé, potrebbe anche

⁹³ *Contra*, PANZAROLA – GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 286.

prescindere dalla certezza del giudicato a vantaggio, invece, di provvedimenti provvisori quali quelli cautelari; in questa sede si deve, invece, osservare che una simile conclusione non può trovare conferma nell'attuale diritto positivo.

Del resto, ogni riforma in materia non potrebbe limitarsi ad intervenire solamente sulle tipologie di atti idonei ad incidere sulle garanzie reali, a pena di privarle di ogni reale utilità, ma dovrebbe contestualmente incrementare le tutele del creditore, il quale, ove fosse ammesso un regime in tema di ipoteche priva della necessaria certezza, potrebbe, con maggiore probabilità, essere esposto a vicende modificative lesive della sua garanzia.

6. Tutela cautelare e diritti sostanziali. Cenni conclusivi.

Giunti così in conclusione dell'esame delle ipotesi più importanti in cui l'autorità del provvedimento cautelare entra in contatto con il diritto sostanziale, possiamo svolgere alcune brevi osservazioni conclusive.

Il diritto sostanziale non è indifferente alla concessione di un provvedimento cautelare, dal momento che quest'ultima forma di tutela regola, come si è già più volte avuto modo di chiarire, immediatamente i rapporti tra le parti, avendo riflessi solo mediati nel processo civile.

Di conseguenza, sarebbe erroneo ritenere che l'irrilevanza in un diverso processo dell'autorità *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. debba estendersi, per ciò solo, al diritto sostanziale, il quale, invece, subisce delle modifiche talvolta irreversibili anche al di fuori del processo, con la conseguenza che il tentativo di limitare l'efficacia del provvedimento cautelare anche in tali ambiti comporta, in ultima analisi, un inaccettabile tentativo di limitare la portata stessa dell'istituto sostanziale entrato in contatto con il provvedimento stesso.

Pertanto, in relazione ad ogni istituto di diritto sostanziale – di cui abbiamo analizzato i soli casi che, a nostro avviso, pongono maggiori problemi di interferenze con la tutela cautelare – è necessaria una verifica sulla compatibilità, volta per volta, tra tutela cautelare e i presupposti per cui ogni istituto può trovare applicazione.

Solamente all'esito di tale verifica sulla disciplina di diritto sostanziale, troppo spesso ridotta ai minimi termini nell'analisi di tali problematiche, si può procedere a valutare i limiti entro cui l'*art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. incide su tale settore. Da quanto

osservato in precedenza, si può così osservare come i rapporti tra provvedimento cautelare e diritto sostanziale non siano sempre identici, essendo pregiudiziale accertare, volta per volta se la concessione della tutela interinale porti delle modifiche irreversibili o meno sul diritto sostanziale.

Alla prima categoria appartengono certamente le ipotesi in cui vi sia stata una modifica negli strumenti di stabilizzazione del diritto sostanziale (prescrizione e, nei limiti già analizzati, usucapione). In tali circostanze, infatti, la misura interinale, come più volte osservato, produce effetti immediatamente sul diritto sostanziale, a pena di snaturare la *ratio* dei predetti istituti di stabilizzazione.

Del tutto diverso è, invece, il caso della ripetizione di indebito conseguente allo spontaneo adempimento da parte del resistente. In tal caso, infatti, come abbiamo cercato di ricostruire in precedenza, benché il provvedimento cautelare indichi indiscutibilmente alle parti la condotta da tenere (vale a dire, per quanto qui rileva, l'adempimento al *dictum* giudiziale) essa non incide affatto sul diritto sostanziale, dal momento che l'art. 2033 c.c. richiede, in capo al giudice, una valutazione *ex novo* sulla doverosità della condotta che prescinde dall'esistenza, al momento del pagamento, di un titolo astrattamente idoneo a giustificare uno spostamento patrimoniale: è, invece, necessario che tale titolo permanga al momento della pronuncia (come, del resto, conferma la possibilità di richiedere la ripetizione dell'indebito anche in caso di annullamento di un contratto originariamente efficace).

In tale caso, dunque, il provvedimento cautelare impone alle parti una determinata condotta che non può che acquisire i medesimi attributi di precarietà che sono propri del titolo in forza del quale il pagamento è stato eseguito, con la conseguenza che la regola di condotta ivi prevista vincola le parti ma non il giudice della causa di ripetizione dell'indebito, che potrà sempre accertare che non vi era alcuna prestazione dovuta che giustificasse lo spostamento patrimoniale.

Si tratta, dunque, di ipotesi ben diversa da quelle appena analizzate in cui il provvedimento cautelare incide come un vero e proprio atto sostanziale sul diritto soggettivo e che mantiene i propri effetti vincolanti anche nei confronti dei giudici dell'ordinamento.

Occorre, insomma, valutare, volta per volta, se il provvedimento cautelare viene in rilievo come fatto storico, in quanto tale imprescindibile per ogni soggetto dell'ordinamento per il solo fatto di essersi realizzato, o come atto giuridico suscettibile di indicare alle parti le regole di condotta: in tali ultimi casi, infatti, se il provvedimento è vincolante per le parti non può esserlo, *ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.* per nessun altro e, dunque, nemmeno per il giudice che sia chiamato a decidere della controversia, il quale sarà chiamato a svolgere una valutazione *ex novo* del rapporto.

CAPITOLO III

DECISIONE CAUTELARE E GIUDIZIO DI MERITO

SOMMARIO: 1. *L'instaurazione del giudizio di merito.* – 1.1. *L'onere della prova nel giudizio ex art. 669-octies, 6° comma, II pt., c.p.c.* – 1.2. *Autorità del provvedimento cautelare e interesse ad agire nel giudizio di merito.* – 2. *Individuazione del regime di stabilità applicabile alla misura interinale e rilevanza della qualificazione del giudice cautelare.* – 2.1. *Conseguenze e rimedi delle parti in caso di erronea qualificazione del giudice cautelare.* – 3. *Il provvedimento cautelare come prova in un diverso giudizio.* – 3.1. *Il provvedimento cautelare come prova scritta ex art. 634 c.p.c.* – 3.2. *(segue) Autorità “documentale” del provvedimento cautelare.*

1. *L'instaurazione del giudizio di merito.*

Come si è già osservato, la tutela cautelare presuppone sempre, sul piano della strumentalità funzionale, l'instaurazione del giudizio di merito. Si tratta di conclusione che trova la propria conferma non solamente nel diritto positivo (all'art. 669-octies c.p.c., rispettivamente ai commi 1° e 2° per la tutela cautelare a strumentalità piena e al comma 6°, II pt., per la tutela a strumentalità attenuata) ma altresì sulla base di ragioni prettamente logico-sistematiche. Infatti, ove si acceda alla soluzione per la quale la tutela cautelare è finalizzata ad assicurare alla parte che ha ragione la possibilità di trarre un'utilità pratica dalla sentenza di merito¹ – sicché in difetto di un *periculum in mora* il provvedimento non potrebbe essere concesso – ben si comprende perché l'ordinamento debba sempre quantomeno permettere la possibilità di instaurare un giudizio di merito.

Senonché sarebbe errato, sotto questo profilo, muovere un'indagine unitaria senza distinguere a seconda che si tratti di tutela cautelare a strumentalità piena ovvero attenuata, atteso che è proprio sul diverso grado di strumentalità strutturale che si consuma la principale differenza tra le due forme di tutela. Fermo restando l'identico grado di strumentalità funzionale tra le due forme di provvedimenti, il legislatore ha invece inciso significativamente sulla strumentalità strutturale, sicché mentre in caso di provvedimenti ultrattivi l'instaurazione del giudizio di merito è oramai meramente facoltativa, in caso di provvedimenti a strumentalità piena tale esigenza è rimasta immutata.

¹ Finalità che, come si è già avuto modo di osservare, coincide con la strumentalità funzionale.

È pertanto abbastanza evidente la ragione che, in tale ultimo caso, spinge il ricorrente vittorioso ad instaurare un giudizio di merito, atteso che, solo in tal modo, egli potrà preservare gli effetti del provvedimento cautelare che, altrimenti, verrebbero meno *ex art. 669-novies*, 1° comma, c.p.c.

Ciò significa che il ricorrente dovrà necessariamente instaurare un giudizio di merito tra le medesime parti, con la medesima *causa petendi* ed il medesimo *petitum* mediato del giudizio cautelare².

Se, peraltro, tale conclusione si impone in forza di una piana applicazione delle norme di legge che disciplinano la materia, maggiormente problematica è apparsa, ad attenta dottrina³, la possibilità che il provvedimento cautelare a strumentalità piena mantenga la propria efficacia anche qualora il giudizio di merito sia instaurato non dal ricorrente ma dal resistente soccombente. Effettivamente, benché né l'art. 669-*octies*, 1° e 2° comma, c.p.c., né l'art. 669-*novies*, 1° comma, c.p.c. facciano alcun riferimento al soggetto a cui spetti l'instaurazione del giudizio di merito, accontentandosi la lettera di tale norma del fatto oggettivo della litispendenza, tuttavia, la soluzione restrittiva da

² Assume, pertanto, importanza l'indicazione nel ricorso – oltre che dei tradizionali contenuti che deve avere ogni atto *ex art. 125 c.p.c.* – della domanda di merito ad assicurazione della quale il ricorrente chiede la tutela cautelare.

Infatti, a parte qualche autorevole opinione dottrinale dissenziente (BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 567; CHIARLONI, *Postilla: contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 785 s.; CIRULLI, *Contenuto, nullità e sanatoria del ricorso cautelare ante causam*, in *Giur. merito*, 1994, 1007 ss.), l'opinione consolidata, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, ritiene necessaria l'indicazione della domanda di merito (ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, 2° ed., XI, Padova, 2011, 875; GIORDANO, *Contenuto dei ricorsi cautelari ante causam e strumentalità c.d. attenuata*, in *Corr. merito*, 2006, 1283; GUAGLIONE, *sub artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, in CIPRIANI – MONTELEONE, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 485; SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 295 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, si vedano Trib. Roma, 9 aprile 2016, in *Ilprocessocivile.it*; Trib. Napoli, 20 novembre 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2016; Trib. Milano, 4 marzo 2015, *ivi*, 2015), dal momento che, diversamente opinando, il giudice cautelare non potrebbe valutare la sussistenza della strumentalità funzionale del provvedimento richiesto rispetto al diritto oggetto della futura (ed, in caso di tutela cautelare a strumentalità attenuata, eventuale) causa di merito.

Per la ricostruzione del dibattito, v., da ultimo, VULLO, *Procedimenti cautelari in generale*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2017, 26 ss.

³ MERLIN, *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 430. *Contra*, VERDE, *sub Artt. 669-bis–669-quaterdecies*, in VERDE – DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991, 262 s.; CARBONARA, *Limiti oggettivi dell'«anticipazione» giuridica, «strumentalità attenuata» ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in LANFRANCHI – CARRATTA (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, 405 s. n. 76.

ultimo richiamata merita condivisione proprio perché, come già si è visto, il provvedimento cautelare può essere concesso solo a tutela del pericolo che il diritto del ricorrente venga lesa dalla durata del giudizio di merito. Pertanto, nel momento stesso in cui quest'ultimo non abbia provveduto ad instaurare tale giudizio⁴, egli dimostra per fatti concludenti che nessun pericolo vi è più dalla durata del processo, così spezzando la stessa strumentalità funzionale e determinando la sopravvenuta inefficacia del provvedimento⁵. Una diversa conclusione avvicinerrebbe, del resto, in modo inaccettabile la strumentalità strutturale dei provvedimenti cautelari conservativi a quella dei provvedimenti ultrattivi.

Più articolato appare, invece, il discorso qualora si tratti di giudizio di merito instaurato a seguito di provvedimento sottoposto al regime della strumentalità attenuata *ex art. 669-octies*, 6° comma, c.p.c. In tal caso, infatti, è la seconda parte di tale comma che, espressamente, riconosce a “ciascuna parte” il potere di instaurare il giudizio di merito, senza peraltro che l'inerzia di entrambe le parti possa inficiare l'efficacia della misura.

Come è intuitivo, in tale ipotesi le motivazioni che possono indurre ricorrente e resistente ad instaurare il giudizio di merito sono del tutto diverse da quelle poc'anzi analizzate per i provvedimenti conservativi, atteso che tale attività non è mai posta a pena di inefficacia della misura interinale concessa.

Effettivamente, infatti, in caso di tutela cautelare a strumentalità piena, entrambe le parti possono avere un interesse, seppur ispirato a ragioni diverse, all'instaurazione del giudizio di merito.

Quanto al ricorrente, secondo gli auspici del riformatore del 2005, vi sarà convenienza all'instaurazione del giudizio di merito essenzialmente in due casi: per ottenere un accertamento con autorità di cosa giudicata ovvero la restituzione della cauzione, il

⁴ Oppure, beninteso, qualora non proponga domanda riconvenzionale nel giudizio di merito instaurato dal resistente soccombente, purché ciò avvenga nei termini *ex art. 669-octies*, 1° e 2° comma, c.p.c. (termini minori rispetto a quelli concessi al convenuto, *ex art. 167*, 2° comma, c.p.c., per la proposizione di una domanda riconvenzionale): MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 423 n. 229.

⁵ In questo senso, seppur prima della riforma, ma con motivazioni che, come visto, sembrano persistere anche successivamente al 2005, v., esemplificativamente TARZIA – SALETTI, voce *Processo cautelare*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 857.

cui versamento gli sia stato richiesto al fine di ottenere la misura richiesta⁶.

Quanto alla prima ipotesi, benché il legislatore abbia ritenuto, come detto, che nella maggior parte dei casi il ricorrente sia appagato dalla tutela interinale ricevuta (spiegandosi, così, la centralità che il criterio dell'anticipatorietà assume nell'individuazione dei provvedimenti sottoposti al regime dell'ultrattività), non può però escludersi *a priori* che talvolta possa essere necessaria non solo l'attuazione della misura, ma altresì la stabilità della cosa giudicata⁷.

La seconda ipotesi è meno intuitiva della prima, ma, probabilmente, di maggiore rilevanza pratica. Infatti, occorre ricordare come, talvolta, a seguito dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice possa ordinare *ex art. 669-undecies* c.p.c. il versamento di una cauzione per gli eventuali risarcimenti del danno (previsione ribadita, in tema di provvedimenti nunciativi, dagli artt. 1171, 2° comma, e 1172, 2° comma, c.c.). In tali casi, mentre nel regime della tutela cautelare a strumentalità piena il ricorrente potrà ripetere tali somme solo all'esito del giudizio di merito, nulla viene previsto per la tutela interinale ultrattiva. Pertanto, il ricorrente che voglia ripetere le somme versate a titolo di cauzione dovrà necessariamente instaurare il giudizio di merito al fine di far accertare la fondatezza della propria pretesa⁸.

Più frequente sarà, tuttavia, l'ipotesi speculare a quella che precede, in cui il giudizio di merito sia instaurato non dal ricorrente vittorioso ma dal resistente soccombente, il

⁶ BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA – BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 339; BUONCRISTIANI, *sub art. 23*, in LUISSO (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006; DALMOTTO, *sub art. 669-octies*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, 1267; DEMARCHI, *Le modifiche ai procedimenti cautelari in generale ed al procedimento di ingiunzione*, in DEMARCHI, *Il nuovo rito civile*, II, Milano, 2006, 115; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO – LUISSO – MENCHINI – SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, I, Milano, 2006, 87 n. 38; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 309.

⁷ Si tratta di risultato particolarmente importante ogniqualvolta, a seguito di un provvedimento cautelare di mero accertamento, il resistente soccombente non si conformi a quanto accertato dal giudice cautelare.

⁸ Non può, anzi, escludersi che in talune ipotesi, proprio per l'ampio potere discrezionale che la legge riconosce al giudice (è sufficiente ricordare come l'art. 669-undecies c.p.c. si limiti a richiedere che il giudice disponga la cauzione "valutata ogni circostanza"; previsione ribadita dall'art. 1171, 2° comma, c.p.c., che richiede che le cautele adottate siano "opportune", e dall'art. 1172, 2° comma, c.p.c. che prevede che sia disposta una garanzia "qualora ne sia il caso"), il magistrato utilizzi tale strumento proprio per indurre il ricorrente ad instaurare il giudizio di merito (DALMOTTO, *sub art. 669-octies*, cit., 1270), fissando l'importo della cauzione in una misura prossima al valore della domanda cautelare accolta. Tale possibilità, lungi dal rappresentare un abuso da parte del magistrato, rappresenta, a nostro avviso, un equo punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti delle parti, di fatto permettendo al contenuto del provvedimento cautelare di meglio modellarsi sulle peculiarità del caso concreto.

quale, con l'instaurazione del giudizio, contesta la bontà della decisione cautelare. Benché, infatti, il resistente abbia maggior interesse a contestare la decisione giudiziale con le forme del reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.* e non con quelle ordinarie⁹, tuttavia anche il giudizio di merito presenta elementi *lato sensu* impugnatori per nulla trascurabili¹⁰. Infatti, con l'instaurazione di tale giudizio il resistente potrà contestare quanto statuito dal giudice cautelare, sia qualora tale decisione sia stata confermata in sede di reclamo (costituendo, pertanto, il giudizio di merito una sorta di ulteriore impugnativa, quantomeno nei fini perseguiti dal resistente), sia qualora il reclamo non sia stato proposto per una qualsiasi ragione (e, dunque, anche per decadenza imputabile al resistente), sia, infine, qualora la misura cautelare sia stata concessa solamente in fase di reclamo¹¹.

Pertanto, mentre all'esito di un'ordinanza cautelare sottoposta al regime della strumentalità piena il giudizio di merito sarà instaurato, nella quasi totalità dei casi, dal ricorrente, in caso di tutela cautelare a strumentalità attenuata entrambe le parti (anche se ragionevolmente in misura maggiore il resistente) potrebbero avere interesse all'instaurazione del giudizio. Ciò spiega l'attenzione che il legislatore ha attribuito, all'art. 669-*octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., a tale possibilità, riconoscendo espressamente ad entrambe le parti la legittimazione ad instaurare un giudizio di merito.

Senonché, la natura di tale giudizio, apparentemente trattata in modo unitario a li-

⁹ A favore di tale soluzione militano, infatti, quantomeno due argomenti: da un lato, la durata nettamente più ridotta del giudizio di reclamo cautelare rispetto a quella di un ordinario giudizio di merito; dall'altro lato, il minor costo, in termini di spese di giustizia (ed, in particolare, solitamente, il minor importo del contributo unificato) della fase di reclamo.

¹⁰ È, peraltro, evidente che non si tratta di giudizio impugnatorio in senso stretto, dal momento che la sua instaurazione non è finalizzata a prevenire il consolidamento (con efficacia di giudicato) della decisione cautelare: ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 428 s.

¹¹ Come è noto, infatti, a seguito di C. Cost., 23 giugno 1994, n. 253 – consultabile in *Giust. civ.*, 1995, I, 659 ss., con nota di MAMMONE, *Incostituzionalità dell'art. 669-terdecies c.p.c. e parità delle parti nel processo cautelare*; in *Dir. Lav.*, 1994, II, 569 ss., con nota di DE MARCHIS; in *Riv. giur. lav.*, 1995, II, 176 ss., con nota di DE MARCHIS, *Note in calce al reclamo ex art. 669 terdecies cod. proc. civ.*; in *Foro it.*, 1994, I, 2005 ss., con nota di CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*; in *Corr. giur.*, 1994, 948 ss., con nota di TOMMASEO, *Il rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*; in *Giur. it.*, 1994, I, 409 ss., con nota di CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)* – il cui insegnamento è stato poi recepito anche legislativamente *ex art. 669-terdecies*, 1° comma, c.p.c., anche il ricorrente rimasto soccombente può proporre reclamo, sicché, in caso di accoglimento dell'impugnazione, il resistente (vittorioso nel primo grado e soccombente nel secondo) non potrebbe proporre ulteriori impugnazioni.

vello legislativo, è, almeno apparentemente, diversa a seconda che questo sia instaurato dal ricorrente ovvero dal resistente.

Mentre, infatti, nel primo caso, il giudizio avrà il medesimo contenuto di quello instaurato *ex art. 669-octies*, 1° e 2° comma, c.p.c., invece nel secondo caso, in adesione all'opinione maggioritaria, si tratterebbe di un vero e proprio giudizio di accertamento negativo¹². Si tratta di soluzione pienamente condivisibile e coerente con le esigenze sistematiche sottese all'ammissibilità di un'azione di accertamento negativo: se è considerato sufficiente un vanto della controparte per fondare l'interesse ad agire in via di accertamento negativo, tale conclusione sembra imporsi *a fortiori* nei casi in cui il vanto si sia concretizzato in un'azione cautelare la quale sia stata financo accolta da un giudice¹³. In tal caso, infatti, la volontà del resistente di eliminare lo stato di incertezza derivante dalla concessione di una misura cautelare appare, dunque, *in re ipsa*¹⁴.

A tale prima soluzione qualificatoria, invero, se ne contrappone una seconda, la quale afferma che il giudizio di merito instaurato dal resistente sarebbe una mera *provocatio*

¹² In argomento, tra i tanti, MERLIN, *Le cause della sopravvenuta inefficacia*, cit., 430; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 426 ss.; CARBONARA, *Limiti oggettivi*, cit., 405 ss.; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, Napoli, 2006, 430.

Come osserva LONGO, sub *art. 23*, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 471 n. 82, tale soluzione trova, del resto, conferma nel progetto di riforma, elaborato dalla commissione presieduta da Giuseppe Tarzia (in *Riv. dir. proc.*, 1996, 945 ss. spec. 964), la quale espressamente riconosceva in capo al resistente il potere di "chiedere in qualunque tempo l'accertamento dell'inesistenza del diritto".

¹³ Parte della dottrina, che ha maggiormente studiato le peculiarità delle azioni di accertamento negativo, ha ravvisato un'utilità della previsione in tutti i casi in cui, per la natura del diritto contestato (specialmente in tema di diritti assoluti), l'azione di mero accertamento non sarebbe altrimenti ammissibile (ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 429). A ben vedere, tuttavia, la stessa casistica esemplificativa riportata dall'A. riducono l'ambito applicativo della norma ad ipotesi del tutto residuali. Non sembra, dunque, che stia in ciò l'utilità della previsione, dal momento che non si è mai dubitato, nemmeno in relazione al regime della strumentalità piena, la legittimazione del resistente ad instaurare un giudizio di accertamento negativo (in argomento v., esemplificativamente, TARZIA – SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., 857). A ben vedere, l'utilità di tale previsione, semmai, potrebbe porsi in tutti quei casi (tutt'altro che infrequenti) in cui il ricorrente abbia già ottenuto in via interinale l'integrale anticipazione – salvo, beninteso, il giudicato – che potrebbe ricevere dalla sentenza di merito. In tal caso, la previsione legislativa permette di escludere *in nuce* ogni questione in punto di interesse ad agire del ricorrente.

¹⁴ ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1184 s. n. 24.

*ad probandum*¹⁵, modellata sulla struttura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo¹⁶.

Peraltro, alle medesime conclusioni è giunta anche altra parte della dottrina, seppur negando al giudizio instaurato *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c. natura oppositoria: dal momento che tale previsione legittima ciascuna parte ad “iniziare il giudizio di merito”, quest’ultimo, proprio per il ricorso all’articolo determinativo da parte del legislatore, avrebbe “fisionomia assolutamente unitaria”, con la conseguenza che sarebbe del tutto irrilevante, in punto di ripartizione dell’onere probatorio, il soggetto che, concretamente, abbia dato impulso al giudizio¹⁷.

Senonché, a parere di chi scrive, nessuna di tali ultime ricostruzioni è sufficiente a qualificare il giudizio di merito instaurato dal resistente come *provocatio ad probandum*.

Infatti, la disciplina in punto di opposizione a decreto ingiuntivo non sembra applicabile quantomeno per due ragioni. Anzitutto, se il richiamo a tale istituto può avere una sua rilevanza sul piano descrittivo, essa non può certo applicarsi ad un’ipotesi del tutto diversa, quantomeno per la circostanza, già analizzata in precedenza¹⁸, che la disciplina in punto di opposizione a decreto ingiuntivo presuppone che questa sia instaurata nel breve termine *ex art. 641 c.p.c.*

Ma anche a prescindere da tale osservazione, la disciplina dell’opposizione a decreto ingiuntivo non si fonda su una *provocatio ad probandum* ma è diretta conseguenza della domanda monitoria¹⁹. In tal caso, dunque, vi è una litispendenza che decorre, ai

¹⁵ LUIISO – SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 223. Al riguardo si vedano, altresì, COMASTRI, *sub art. 669-octies*, cit., 193; LUIISO, *Diritto processuale civile*, IV, 9° ed., Milano, 2017, 230; SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006, 43; ID., *Le misure cautelari*, cit., 310.

¹⁶ V., oltre agli Autori citati nella nota precedente, BALENA, *La disciplina*, cit., 44; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 4° ed., Bari, 2015, 289; BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in AA.VV., *Sulla riforma del processo civile – atti dell’incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, 87; DEMARCHI, *Le modifiche*, cit., 110; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., 153; ID., *sub artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, cit., 490.

¹⁷ FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1204. Nel medesimo senso, sembra GUAGLIONE, *sub artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, cit., 490.

¹⁸ Su cui v. *supra*, capitolo I, pf. 6.1.

¹⁹ GARBAGNATI, *Il procedimento d’ingiunzione*, 2° ed. a cura di Romano, Milano, 2012, 252; FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione*, II, 4° ed., Milano, 2009, 1391; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il procedimento per ingiunzione*, in DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2019, 4244.

sensi dell'art. 643, 2° comma, c.p.c., sin dalla notifica del decreto monitorio²⁰. Invece, in caso di provvedimento cautelare, non vi è affatto una litispendenza unitaria, con la conseguenza che non può attribuirsi alla domanda cautelare alcuna volontà del ricorrente di ottenere l'accertamento del proprio diritto ma, anzi, solamente quella di assicurare gli effetti provvisori di un eventuale giudizio di merito. Non si spiegherebbe, del resto, altrimenti la possibilità, prevista *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., che il giudizio di merito possa essere instaurato dal ricorrente.

Ugualmente non condivisibile appare il richiamo alla formulazione letterale della norma da ultimo richiamata. Tale previsione, nell'identificare come unitario il giudizio di merito, non si premura di ripartire i carichi probatori tra attore e convenuto, la cui disciplina, come si vedrà nel paragrafo che segue, è affidata alle ordinarie regole, ma individua come unitario l'oggetto di tale giudizio (l'esistenza del diritto a tutela del quale il ricorrente ha ottenuto il provvedimento cautelare). Argomento che, come parimenti si vedrà nel paragrafo che segue, non è in alcun modo ostativo alla qualificazione di tale giudizio come di accertamento negativo.

Nessuna delle obiezioni che precedono inficia, pertanto, la qualificazione del giudizio di merito conseguente al provvedimento cautelare come giudizio di accertamento negativo.

1.1. *L'onere della prova nel giudizio ex art. 669-octies, 6° comma, II pt., c.p.c.*

Esaminata la natura del giudizio di merito, resta da interrogarsi sulla ripartizione degli oneri probatori in capo alle parti, che della soluzione alla prima questione è diretta conseguenza.

Al riguardo, non pone particolari problemi il regime probatorio conseguente ad una misura cautelare a strumentalità piena: in tal caso, il ricorrente nella fase interinale è, nel giudizio di merito *ex art. 669-octies*, 1° e 2° comma, c.p.c., attore sia in senso formale sia in senso sostanziale, dal momento che, come si è visto, egli deve sempre instaurare il giudizio di merito al fine di preservare l'efficacia del provvedimento cautelare (e, dunque, di ottenere l'accertamento della fondatezza del diritto a tutela del quale il giudice ha concesso la misura provvisoria).

Escluso, dunque, che il provvedimento cautelare possa avere una qualche "autorità"

²⁰ CARBONARA, *Limiti oggettivi*, cit., 409.

nel giudizio di merito, egli dovrà, pertanto, dimostrare nuovamente – nel rispetto delle norme ordinarie in tema di prova – la fondatezza delle proprie pretese²¹, senza che l'avvenuta concessione di una misura interinale a tutela del proprio diritto possa comportare una qualche – inammissibile – inversione dell'onere probatorio²².

Più articolata è, invece, la soluzione in caso di giudizio conseguente alla concessione di un provvedimento a strumentalità attenuata.

In caso di instaurazione del giudizio di merito da parte del ricorrente vittorioso, trovano applicazione le conclusioni appena osservate in tema di onere probatorio nel giudizio di merito *ex art. 669-octies*, 1° e 2° comma, c.p.c., atteso che il ricorrente vittorioso rivestirebbe al contempo il ruolo di attore in senso sia formale, sia sostanziale, sicché egli è onerato della prova degli elementi costitutivi posti a sostegno della propria domanda.

Ben più complesso è invece il caso – indubbiamente più frequente nella prassi – in cui la causa di merito sia instaurata dal resistente con un giudizio, come visto, di accertamento negativo. In tal caso, infatti, a parere di chi scrive, la soluzione della questione non può essere fornita ricorrendo, con un espediente terminologico, all'istituto della *provocatio ad probandum* di cui vi è traccia nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

Al riguardo, parte della dottrina ha osservato che, in forza dell'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c., il ricorrente non potrebbe giovare del precedente provvedimento cautelare al fine di gravare l'attore-resistente dell'onere della prova²³, sicché sarebbe il convenuto a dover provare il proprio diritto.

Tuttavia, a parere di chi scrive, non può ravvisarsi, come già accennato, in tale norma il fondamento del riparto dell'onere probatorio. Infatti, ove si ritenga che la previsione contenuta all'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. precluda al giudice della causa di merito ogni tipo di vincolo in punto di accertamento, senza poter essere vincolato alla provvisoria regola di condotta dettata alle parti (salvi, beninteso, quegli effetti irreversibili che già si sono visti), il provvedimento cautelare dovrebbe essere, nel giudizio di me-

²¹ Al riguardo v. *infra* pf. 3.

²² Come del resto, checché ne pensi la giurisprudenza, dovrebbe valere anche in sede di appello (v. *supra*, capitolo I, n. 153).

²³ GUAGLIONE, sub *artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, cit., 490.

rito, *tamquam non esset*, con la conseguenza che questo non potrebbe avere alcun effetto giuridico. Se, però, si parte da tale presupposto, la circostanza che, prima dell'instaurazione del giudizio di merito, sia stato emesso un provvedimento cautelare diventa del tutto irrilevante, quantomeno in punto di ripartizione dell'onere probatorio. Infatti, se l'emissione del provvedimento cautelare può rilevare, ancora una volta solo dal punto di vista fattuale, come presupposto fondante l'interesse ad agire del resistente, essa non può determinare alcuna inversione degli oneri probatori, dal momento che il giudizio instaurato *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c. non differisce (non può differire *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c.) da un qualsiasi altro giudizio di merito instaurato per far accertare l'inesistenza del diritto del convenuto.

A ciò si aggiunga che se fosse davvero quella appena criticata la portata della norma, essa dovrebbe trovare applicazione esclusivamente con riferimento alla tutela cautelare a strumentalità attenuata, atteso che, in relazione ai provvedimenti conservativi, non vi è alcuna scissione tra posizione formale e sostanziale delle parti; ciò, però, in aperto contrasto con la circostanza, già osservata più volte, che tale norma ha un ambito applicativo esteso ad ogni forma di tutela cautelare, a prescindere dal regime di stabilità, dal momento che l'*art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. non richiama, come, invece, i due commi che lo precedono, l'*art. 669-octies*, 6° comma, c.p.c.

Tanto premesso, a parere di chi scrive, per analizzare il riparto dell'onere probatorio occorre spostare l'indagine dagli effetti dalla autorità del provvedimento cautelare alla natura del giudizio di merito conseguente. Come si è osservato, infatti, tale giudizio, ove instaurato dal resistente soccombente, è un vero e proprio giudizio di accertamento negativo, sicché è necessario muovere proprio dalla ripartizione degli oneri probatori in tali tipologie di giudizi.

Al riguardo, giova ricordare come non sia affatto pacifico il riparto dell'onere probatorio tra attore e convenuto in caso di giudizi di accertamento negativo.

Secondo l'impostazione tradizionale, elaborata da Chiovenda, l'onere della prova seguirebbe la posizione formale delle parti, con la conseguenza che l'attore sarebbe onerato della prova della inesistenza del diritto posto a fondamento del vanto del convenuto (fatto costitutivo), mentre il convenuto dovrebbe provare, quale fatto impeditivo,

l'esistenza del proprio diritto²⁴. Di conseguenza, qualora nessuna parte fosse in grado di adempiere al proprio onere probatorio²⁵, la domanda di accertamento negativo proposta dall'attore dovrebbe essere rigettata. Questa conclusione, secondo tale impostazione, si imporrebbe vuoi per ragioni storiche, vuoi per ragioni sistematiche, vuoi, infine, per ragioni di giustizia sostanziale.

Anzitutto, si osserva come l'inversione dell'onere della prova nei giudizi di accertamento negativo comporterebbe una surrettizia reintroduzione dei giudizi di giattanza medievali, esplicitamente superati nel nostro ordinamento quantomeno a far data dal codice di rito del 1865²⁶, dal momento che l'instaurazione del giudizio da parte dell'attore, destinatario dei vanti altrui, null'altro sarebbe se non una *provocatio ad agendum*.

²⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2° ed., Napoli, 1935, 205 s.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923, 786 s.; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 389 s. In giurisprudenza, v. Cass., 15 febbraio 2007, n. 3374, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 330 s.; Cass., 16 giugno 2005, n. 12963, in *Giust. civ.*, 2006, I, 365 ss.; Cass., 22 luglio 2002, n. 10658, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 553 ss., con nota di ROMANO, *Prova della forma solenne ed onere della prova in un singolare giudizio di accertamento negativo*; Cass., 6 agosto 1997, n. 7282, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1352 s.

²⁵ Come è noto, infatti, il criterio del riparto dell'onere probatorio è destinato a trovare applicazione solamente qualora il fatto non risulti provato in causa, quale che sia il soggetto che avrebbe dovuto adempiere a tale onere, atteso che tale istituto rappresenta una regola di giudizio di chiusura del sistema: in argomento v., per tutti, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 152 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Camerino, 1974, 11 ss. spec. 20 ss.; ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 625 ss.; ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 299 s.; TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 73 s.; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24° ed. a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2019, 244; LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 258 s. e 261 s. In giurisprudenza, v., tra le tante, Cass., 9 luglio 2019, n. 18402, in *De Jure*; Cass., 16 giugno 1998, n. 5980, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1325 s.

²⁶ In argomento v. CASTELBOLOGNESI, voce *Iattanza*, in *Enc. giur. it.*, VIII, 1, Milano, 1902, 1 ss.; CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, 7 s.; FALASCHI, voce *Giattanza (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, 836 ss.; MANCINI – PISANELLI – SCIALOIA, *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*, II, Torino, 1855, 97 ss.; MENESTRINA, voce *Giattanza (giudizio di)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Totino, 1938, 260 s.; OLIVIERI A., voce *Giattanza (giudizio di)*, in *Dig. it.*, XII, Torino, 1902-1904, 235 ss. Tali giudizi, come è noto, sono frutto dell'elaborazione da parte degli Autori medievali degli istituti romanistici della legge *diffamari* (la quale ammetteva un giudizio in prevenzione ogniqualvolta si diffondessero false voci sulla condizione di libertà di un cittadino) e la legge *si contendat* (la quale ammetteva un giudizio in prevenzione – qualora un fideiussore fosse convenuto in giudizio per il pagamento dell'intero – riconoscendogli il diritto di richiedere la divisione dell'obbligazione tra tutti gli altri debitori solvibili).

Senonché, la prassi medievale estese progressivamente tali due istituti sino ad ammettere un giudizio provocatorio ogniqualvolta vi fosse stato un vanto (*iactatio*, da cui il nome dell'istituto) da parte di un terzo. Caratteristica di tali azioni era la c.d. *provocatio ad agendum*, tale per cui il giudice adito doveva concedere al convenuto un termine ultimo entro cui egli avrebbe dovuto instaurare il giudizio a tutela del proprio vanto stragiudiziale. Qualora egli non fosse stato in grado di provare il proprio buon diritto nel termine concessogli dal giudice, quest'ultimo avrebbe disposto la c.d. *impositio silentii*, cioè il divieto di formulare nuovi vanti (in sede tanto giudiziale quanto stragiudiziale) con una sentenza che, nella sostanza, rappresentava un vero e proprio accertamento negativo del diritto vantato (questa la tesi di CHIOVENDA, *Azioni*, cit., 8).

Di conseguenza, pur superando la chiusura totale del codice di procedura civile del 1865 nei confronti di tali forme di giudizio (così ammettendo i giudizi di mero accertamento negativo), tale tesi vorrebbe preservare la *ratio* sottesa alla loro abrogazione.

Del resto, secondo tale ricostruzione, la necessità che l'attore sia onerato della prova si giustificerebbe per ragioni di giustizia sostanziale, poiché con il proprio comportamento egli sarebbe causa esclusiva del giudizio, sicché egli dovrebbe sopportare interamente i costi del mancato assolvimento dell'onere probatorio.

Infine, una tale conclusione troverebbe fondamento anche sul piano letterale dell'art. 2697 c.c., il quale prevede che l'attore (inteso, in questa concezione, in senso formale) debba provare i fatti costitutivi della propria pretesa (e, dunque, nel caso di specie l'inesistenza del diritto posto dal convenuto a fondamento del proprio vanto).

Tale tesi tradizionale è però stata, a partire dagli ultimi decenni, messa progressivamente in discussione da autorevole dottrina.

Dapprima si è ritenuto che l'attore dovesse provare l'inesistenza esclusivamente di quel fatto costitutivo posto dal convenuto alla base del proprio vanto²⁷, residuando, invece, in capo al convenuto la prova dell'esistenza di un qualsiasi altro fatto costitutivo diverso. Tale soluzione intermedia si poneva come contemperamento tra la tesi tradizionale chiovendiana e l'iniquità di onerare della prova colui che, più difficilmente, era in grado di adempiervi, atteso che, di regola, è più agevole la prova di un

Tale forma di giudizio fu, a partire dal XIX secolo, ritenuta macchinosa, specialmente per i non pochi problemi che questa comportava sia per aspetti tecnici (in particolare in punto di competenza, litispendenza ed onere della prova: v., per l'analisi di tali problemi applicativi, CASTELBOLOGNESI, voce *Iattanza*, cit., 5 ss.; MANCINI – PISANELLI – SCIALOIA, *Commentario*, cit., 101 ss.; OLIVIERI A., voce *Iattanza*, cit., 237 ss.) sia per aspetti di politica legislativa (in particolare, si sosteneva che la generale ammissibilità di un'azione provocatoria avrebbe incrementato il numero di controversie anziché diminuirle e che, comunque, l'ordinamento già riconosceva al soggetto leso dall'altrui vanto strumenti di tutela quali, ad esempio, il risarcimento del danno).

Proprio per tale ragione, dopo aspre critiche mosse da autorevole dottrina già sotto il regime del codice di rito per gli Stati Sardi (MANCINI – PISANELLI – SCIALOIA, *Commentario*, cit., 111 ss.), il legislatore del 1865, all'esito di un dibattito svoltosi in seno alla commissione legislativa per il coordinamento del codice di procedura civile (su cui v. FARAONE, *Il codice di procedura civile italiano annotato con ragionamenti e massime di giurisprudenza*, Napoli, 1882, 20) escluse l'ammissibilità di siffatte azioni proprio in quanto "espediti introdotti dalla giurisprudenza del Medioevo per sopperire ai difetti degli ordinamenti".

Se tuttavia la dottrina successiva era consolidata nell'escludere l'ammissibilità di tali *provocationes ad agendum* (CHIOVENDA, *Azioni*, cit., 28), tuttavia ciò non era ritenuto sufficiente ad escludere la generale ammissibilità di azioni di mero accertamento, rispettose, questa volta, delle norme processuali ordinarie (CHIOVENDA, *op. loc. ult. cit.*).

²⁷ È questa, in particolare, la tesi sostenuta da PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 658 ss. spec. 661 s.

fatto positivo (l'esistenza del diritto) anziché quella di un fatto negativo (la sua inesistenza). Pertanto, dal momento che, nella maggior parte dei casi, colui che pone in essere vanti stragiudiziali allega un fatto costitutivo alla base della propria pretesa, la scelta di onerare l'attore in accertamento negativo della sola prova dell'inesistenza di un tale fatto costitutivo appariva maggiormente equa, senza che questi dovesse provare l'inesistenza degli ulteriori possibili fatti costitutivi alternativi a quello speso dal convenuto, il quale avrebbe pertanto dovuto sia allegarli in giudizio sia provarli.

Senonché tale tesi è stata sottoposta a critica per il suo difetto di base legale, in mancanza, nel nostro ordinamento, di una norma che autorizzi l'inversione dell'onere probatorio a seguito di un vanto stragiudiziale²⁸, essendo, invece, necessario fornire una disciplina unitaria. A ciò si aggiunga, poi, la difficoltà di inquadrare sistematicamente i casi in cui il diritto oggetto di vanto stragiudiziale possa derivare da una pluralità di fatti costitutivi tra loro concorrenti (si pensi, ad es., all'acquisto della proprietà vuoi a seguito di compravendita, vuoi per usucapione). Secondo la tesi da ultimo richiamata, in tali casi l'attore in accertamento negativo sarebbe onerato della prova

²⁸ MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1099 s., la quale, tuttavia, propende per una ricostruzione articolata del giudizio di accertamento negativo come azione su questioni, tale per cui l'attore sarebbe sempre onerato di provare gli elementi costitutivi della propria domanda, ma limitatamente ai profili posti alla base della propria domanda di accertamento negativo (MERLIN, *op. ult. cit.*, 1106 s.). Pertanto, l'attore sarebbe onerato di provare l'inesistenza del diritto altrui solamente qualora "tale inesistenza sia stata effettivamente dedotta a fondamento della domanda di accertamento negativo". Nel medesimo senso, v. TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 21 ss.; ID., *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 237; ID., *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione della sentenza*, Milano, 1990, 70 ss.

Tale tesi, indubbiamente, ha il pregio di conservare le conclusioni a cui è giunta l'opinione tradizione, evitando al contempo le aberranti conclusioni a cui una sua applicazione meccanicistica avrebbe portato (e, dunque, la formazione di un giudicato che accerta l'esistenza del diritto del convenuto anche qualora non sia stata fornita la prova di alcun suo elemento costitutivo). Infatti, dal momento che l'attore deduce in giudizio solamente uno specifico profilo su cui chiede la pronuncia giudiziale, un giudicato di rigetto non potrebbe avere ad oggetto l'esistenza del diritto del convenuto, in quanto sarebbe lesivo del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Pur condividendosi le finalità a cui questa tesi mira, a parere di chi scrive, essa non è condivisibile quantomeno per due profili.

Anzitutto, una tale impostazione ci sembra in contrasto con l'insegnamento tradizionale per cui il processo civile deve avere ad oggetto diritti e non fatti: qualora, infatti, si accedesse a tale impostazione dottrinale, dovrebbe ammettersi che il giudizio di accertamento negativo non abbia più ad oggetto l'esistenza del diritto del convenuto ma solamente l'esistenza di un elemento costitutivo ovvero modificativo, impeditivo o estintivo (e, dunque, l'esistenza di un fatto).

Inoltre, se portata alle sue coerenti conclusioni, una tale tesi permetterebbe all'attore di instaurare un nuovo giudizio allegando (e provando) eventuali elementi ulteriori, diversi da quelli oggetto del primo giudizio. Ciò però in contrasto con il principio di autoresponsabilità delle parti e, più in generale, con il principio per cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile.

dell'inesistenza dello specifico fatto allegato dalla controparte a sostegno del vanto stragiudiziale²⁹, mentre, qualora quest'ultimo non sia stato accompagnato dall'allegazione di alcun fatto costitutivo, difetterebbe l'interesse ad agire stesso dell'attore per ottenere l'accertamento dell'inesistenza del diritto della propria controparte³⁰. Sennonché è opinabile che in difetto di un vanto accompagnato dall'allegazione di un fatto costitutivo, l'attore non abbia interesse ad agire, ben potendosi configurare ipotesi in cui da un'affermazione apodittica possa derivare un pregiudizio; ipotesi nelle quali l'accertamento dell'interesse ad agire richiede una valutazione secondo il caso concreto.

All'esito del dibattito appena richiamato, l'opinione più recente ha accolto una tesi unitaria, in senso però opposto rispetto a quello tradizionale, con la conseguenza che della prova dell'esistenza del credito dovrebbe essere onerato sempre il convenuto in senso formale, il quale ha posto in essere il vanto stragiudiziale³¹.

A ben vedere, infatti, le ragioni poste a fondamento di una tale conclusione sembrano superare buona parte delle perplessità della soluzione tradizionale, sia sotto profili sistematici sia di giustizia sostanziale.

Sotto tale ultimo profilo, infatti, se è innegabile che il giudizio sia stato instaurato (o, se si preferisce, causato) da colui che richiede l'accertamento dell'inesistenza del diritto del convenuto, è altrettanto vero che una tale azione è in tanto ammissibile in quanto sia sorretta da un interesse ad agire (condizione dell'azione che diventa particolarmente importante proprio in tali giudizi), che presuppone un vanto posto in essere dal convenuto. Solo in tal modo, infatti, si spiega l'affermazione per cui, in tali giudizi, il convenuto in senso formale è attore in senso sostanziale: egli, con la propria condotta, ha costretto l'attore in senso formale ad instaurare un giudizio di cui sarebbe fisiologicamente dovuto essere convenuto per l'accertamento del diritto vantato

²⁹ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela*, cit., 658 ss. spec. 662.

³⁰ PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela*, cit., 662.

³¹ Così CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, 144 s.; EAD., *La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, 727 ss.; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 412 ss. Conf., in giurisprudenza, Cass., 12 dicembre 2014, n. 26158, in *De Jure*; Cass., 4 ottobre 2012, n. 16917, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1182; Cass., 18 maggio 2010, n. 12108, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1551 ss., con nota di ROMANO, *In tema di onere della prova nell'azione di accertamento negativo*; Cass., 10 novembre 2010, n. 22862, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1433.

Nel medesimo senso, seppur distinguendo a seconda che si tratti di azione di accertamento negativo causata da vanti altrui ovvero di azione finalizzata a rendere incontestabile una determinata situazione (es. azione di nullità), VERDE, *L'onere della prova*, cit., 522 ss.; ID., voce *Prova*, cit., 646 s.

dall'attore.

A tale primo argomento si aggiunge poi che l'art. 2697 c.c., nel ripartire l'onere della prova, non fa alcun riferimento all'attore in senso formale ma solamente a "chi vuol far valere un diritto in giudizio", sicché di tale nozione dovrebbe fornirsi una interpretazione sostanzialistica e non solamente formalistica. Pertanto, dal momento che in tali casi colui che "vuol far valere un diritto in giudizio" non è certo l'attore ma il convenuto in senso formale, il quale, a riprova di quanto precede, ha posto in essere vanti stragiudiziali, l'onere della prova non potrebbe che spettare a quest'ultimo³².

L'argomento più interessante è però un altro. Si osserva, infatti, che qualora fosse l'attore a dover provare l'inesistenza del diritto del convenuto, il mancato assolvimento dell'onere probatorio porterebbe a conseguenze aberranti, tali per cui dalla mancata prova della inesistenza del diritto discenderebbe una sentenza che, invece, accerterebbe l'esistenza del diritto stesso. Ciò, però, in contrasto con l'"immanente" principio secondo cui "la dichiarazione di *esistenza* di un diritto deve sempre fondarsi su di un *nucleo minimo di positivo accertamento*, e cioè sull'accertamento effettivo almeno dei suoi fatti costitutivi"³³.

Insomma, non sembra azzardato affermare che oramai la tesi secondo cui l'onere della prova nel giudizio di accertamento negativo spetti sempre e comunque all'attore in senso formale sia in corso di superamento.

Ciò non significa affatto riportare le lancette del tempo all'epoca dei giudizi di giustezza, dal momento che in relazione ai giudizi di accertamento negativo il presupposto dell'interesse ad agire è cruciale, nel nostro ordinamento, per l'ammissibilità di tali azioni³⁴. Pertanto, non è ammissibile (*rectius*, è priva di interesse ad agire) un'azione

³² Di conseguenza non potrebbe esserci, sotto tale profilo, alcuna lesione al diritto di difesa del convenuto. Del resto, è stato osservato come tale soluzione si appalesi come la più rispettosa delle norme costituzionali, atteso che, da un lato, l'attore non sarebbe chiamato alla *probatio diabolica* di fatti negativi in violazione del suo diritto di azione ex art. 24 Cost., e, dall'altro lato, il convenuto potrebbe partecipare nel pieno rispetto del diritto al contraddittorio alla formazione della decisione giudiziale, così rispettando il nucleo minimo del diritto di difesa (CARIGLIA, *Profili generali*, cit., 137 ss.).

³³ MERLIN, *Azione di accertamento negativo*, cit., 1102 (corsivo del testo), la quale, pertanto, come già osservato *supra* n. 28, ritiene che il giudizio di accertamento negativo sia un giudizio su questioni, sicché il rigetto della domanda di accertamento negativo comporterebbe l'accertamento, con efficacia di giudicato, non già dell'esistenza del diritto del convenuto ma solamente dell'esistenza della specifica questione posta alla base della domanda dell'attore, ferma restando la possibilità, in un successivo giudizio, di discutere senza alcuna preclusione sull'esistenza delle ulteriori questioni che compongono il diritto del convenuto in senso formale.

³⁴ Come del resto osservava già MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 3° ed., Milano, 1910, 603 n. 1.

nella quale l'attore si limiti a "provocare" il convenuto a provare il suo buon diritto, senza allegare (e provare) i vanti di cui è stato oggetto ad opera della controparte.

Peraltro, la tesi tradizionale, la quale pretende che nel giudizio di accertamento negativo elemento costitutivo del diritto sia non già il diritto sostanziale del convenuto, ma la speculare inesistenza del medesimo diritto, se portata alle sue estreme conseguenze dovrebbe comportare che, in caso di domanda riconvenzionale di accertamento positivo proposta dal convenuto, il giudice, qualora nessuna delle due parti abbia adempiuto al proprio onere probatorio, dovrebbe, allo stesso tempo, rigettare la domanda dell'attore e quella del convenuto. Di conseguenza, la medesima sentenza accerterebbe, con efficacia di giudicato, al contempo sia l'inesistenza del diritto del convenuto (che non ha provato i fatti costitutivi della sua pretesa) sia la sua esistenza (per non avere l'attore provato l'inesistenza del diritto della sua controparte)³⁵. È dunque chiaro, alla luce del paradosso a cui porta una tale soluzione, che l'onere probatorio debba essere il medesimo non tanto (non solo) per ragioni di giustizia sostanziale, ma per l'assorbente ragione che il diritto oggetto di causa è il medesimo³⁶ (e, conseguentemente, identici sono i suoi elementi costitutivi, da un lato, ed impeditivi, modificativi ed estintivi, dall'altro lato): non vi potrebbero, dunque, essere ragioni per differenziare l'onere probatorio per la contingente circostanza che l'azione sia instaurata dal titolare del diritto o (a seguito di un vanto di quest'ultimo) dalla sua controparte³⁷. Si spiega così la formulazione letterale dell'art. 669-*octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., che, come visto, fa riferimento alla possibilità per le parti di instaurare "il" giudizio di merito: come si è già anticipato, la norma non vuole ripartire in modo unitario l'onere della prova tra le parti ma indicare l'unicità dell'oggetto del giudizio (esistenza del diritto a

³⁵ È questa, del resto, la conclusione a cui, coerentemente con le (non condivisibili) premesse, sono giunte Cass., 15 febbraio 2007, n. 3374, cit., e Cass., 16 giugno 2005, n. 12963, cit. Nel medesimo senso, nella giurisprudenza di merito, v., di recente, Trib. Roma, 31 ottobre 2017, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Spoleto, 20 giugno 2017, *ivi*, 2017.

³⁶ ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 265 ss.; ID., *In tema di onere della prova nell'azione di accertamento negativo*, cit., 1558; CARIGLIA, *Profili generali*, cit., 112 ss.

³⁷ È, del resto, insegnamento comune quello per cui vi sarebbe litispendenza tra due giudizi, tra le medesime parti e con la medesima *causa petendi*, che differiscono tra loro solamente per il "segno" (positivo o negativo) dell'accertamento del diritto chiesto al giudice. È, infatti, chiaro che perché vi possa essere litispendenza l'oggetto del giudizio debba essere il medesimo: in argomento, *ex multis*, v. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 341 s.; CARIGLIA, *Profili generali*, cit., 208 ss.; TISCINI, *Modificazioni della competenza per ragione di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in CHIARLONI, (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 503.

tutela del quale è stato concesso il provvedimento cautelare). Semmai, si può affermare che poiché l'oggetto del giudizio è unitario allora l'onere della prova non può mutare.

Alla luce di tale premessa, dunque, a nostro parere nulla osta ad un'interpretazione meno formalistica dell'art. 2697 c.c., tale per cui onerato della prova degli elementi costitutivi del diritto ne sia il titolare, mentre al convenuto spetti solo la prova degli elementi impeditivi, modificativi ed estintivi.

A parere di chi scrive, tale conclusione, in relazione al giudizio instaurato *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., non sembra affatto lesiva, come pure è stato sostenuto³⁸, del diritto di difesa dell'attore-resistente.

Anzitutto, come si è già avuto modo di osservare nell'esame della ripartizione del carico probatorio nei giudizi di accertamento negativo, la soluzione più recente tende ad ammettere un'inversione dell'onere probatorio tra attore e convenuto, senza, dunque, alcun pregiudizio per l'attore-resistente. Di conseguenza, non pare necessario passare da istituti incerti e di dubbio regime applicativo quale è la *provocatio ad probandum*; istituti fondati, peraltro, su una non condivisibile interpretazione dell'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. che, come già osservato, è del tutto irrilevante per il riparto degli oneri probatori.

Infatti, come si è già osservato, oggetto del giudizio di accertamento negativo è pur sempre l'esistenza di quel diritto che è stato posto dal convenuto a fondamento del vanto stragiudiziale nei confronti dell'attore o, come nel caso che qui ci occupa, a fondamento del ricorso cautelare.

Ad ogni modo, anche a voler diversamente opinare, non sembra dirimente neppure l'osservazione per la quale il mancato adempimento, da parte dell'attore-resistente, all'onere probatorio sarebbe equivalente all'accertamento, con autorità di cosa giudicata, dell'esistenza del diritto del ricorrente-convenuto. Secondo l'opinione largamente dominante, infatti, il mancato adempimento dell'onere probatorio da parte dell'attore che agisce in accertamento negativo non determina affatto la prova dell'esistenza del diritto³⁹, ma, più limitatamente, la formazione della cosa giudicata in relazione a quello specifico profilo.

È dunque la struttura di tale giudizio a gravare il convenuto-resistente dell'onere della

³⁸ MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 89.

³⁹ V., al riguardo, *supra* n. 28.

prova e non, invece, quanto prevede l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. che, anzi, ove si accedesse alla soluzione tradizionale in punto di ripartizione dei carichi probatori nei giudizi di accertamento negativo, imporrebbe proprio all'attore di provare l'inesistenza del diritto della propria controparte.

1.2. *Autorità del provvedimento cautelare e interesse ad agire nel giudizio di merito.*

Nelle pagine che precedono abbiamo osservato come il riparto dell'onere probatorio nel giudizio di merito *ex art. 669-*octies*, 6° comma, II pt., c.p.c.* prescindendo dalla circostanza che sia precedentemente stato instaurato un giudizio cautelare.

In effetti, pur dovendosi escludere ogni efficacia giuridica della misura cautelare, occorre osservare come ciò non sia, ancora una volta, sufficiente a precludere l'invocabilità della autorità di mero fatto della decisione cautelare.

Infatti, il provvedimento cautelare rileva – ed è, anzi, decisivo – ai fini dell'accertamento dell'interesse ad agire dell'attore nel giudizio di merito, quantomeno nei casi, appena analizzati, in cui il giudizio di merito sia instaurato dal resistente soccombente e non dal ricorrente vittorioso.

In tal caso, il rigido controllo in punto di interesse ad agire, che rappresenta il vero e proprio filtro necessario per scongiurare lo spauracchio del giudizio di giattanza, non può avere, nel giudizio instaurato *ex art. 669-*octies*, 6° comma, II pt., c.p.c.*, la medesima funzione preminente che spetta a tale condizione dell'azione negli ordinari giudizi di accertamento negativo, dal momento che il vanto posto in essere dalla controparte è *in re ipsa*⁴⁰.

Si tratta, allora, di chiedersi entro quali limiti la decisione interinale rilevi nel giudizio di merito. Al riguardo, da un lato, si può osservare come il vanto posto in essere dal ricorrente sia particolarmente qualificato, proprio perché formulato in sede giudiziale a seguito della notificazione del ricorso cautelare (previo suo deposito) alla controparte. Dall'altro lato, ad una più attenta analisi, il pregiudizio che fonda l'interesse ad agire del resistente non è rappresentato solo dal vanto giudiziale del ricorrente (già di per sé, comunque, sufficiente a fondare l'interesse ad agire in sede di accertamento

⁴⁰ ROMANO, *Riflessioni*, cit., 1184 s. n. 24; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 659.

negativo⁴¹), ma soprattutto dal provvedimento cautelare stesso, il quale, pertanto, rileva come accadimento storico. È, dunque, l'accadimento storico della concessione della misura cautelare che giustifica la richiesta di accertamento negativo e che ne fonda l'interesse ad agire.

Insomma, il divieto di invocare in un diverso giudizio l'autorità del provvedimento cautelare non può applicarsi nel caso di specie proprio perché ciò che viene in rilievo in tale ipotesi non è l'autorità giuridica del provvedimento cautelare ma quella fattuale. Di conseguenza, il giudice del processo di accertamento negativo ben potrà (e dovrà) tenere conto della misura interinale nella valutazione sull'esistenza della condizione dell'azione dell'interesse ad agire.

2. Individuazione del regime di stabilità applicabile alla misura interinale e rilevanza della qualificazione del giudice cautelare.

Un profilo rimasto privo di disciplina a seguito della riforma del 2005 riguarda la qualificazione della misura cautelare, da parte del giudice che la concede, come sottoposta al regime della strumentalità attenuata o della strumentalità piena. Si pensi, infatti, al caso in cui il giudice cautelare, qualificando erroneamente la misura come sottoposta al regime dell'ultrattività, dispensi le parti dall'instaurazione del giudizio di merito entro il termine previsto *ex art. 669-octies*, 1° e 2° comma, c.p.c. ovvero, viceversa, imponga loro l'instaurazione del giudizio di merito nel termine di legge, pur trattandosi di provvedimento sottoposto al regime della strumentalità piena.

Tale questione riveste, nell'economia della riforma del 2005, un ruolo centrale, atteso che, in caso di incertezza sul regime giuridico applicabile, il ricorrente, al fine di prevenire l'inefficacia sopravvenuta della misura ottenuta, sarebbe sempre costretto ad instaurare il giudizio di merito, così frustrando la *ratio* deflattiva sottesa alla riforma che ha introdotto il regime *ex art. 669-octies*, II pt., c.p.c. Del resto, la situazione è resa ancora più incerta dalla imprecisa delimitazione dell'ambito applicativo della tutela cautelare a strumentalità attenuata. Infatti, l'ambito applicativo del predetto istituto non è per nulla inequivoco, sia perché il tenore letterale della legge non è sufficiente a

⁴¹ Di conseguenza, ben potrà il resistente instaurare un giudizio di accertamento negativo anche qualora il ricorso cautelare sia stato rigettato, fermo restando il suo onere di provare l'interesse ad agire.

chiarire se l'ultrattività si applichi a tutti i provvedimenti concessi *ex art.* 700 c.p.c., ovvero a quei soli provvedimenti anticipatori⁴², sia perché, ad ogni modo, non è neppure inequivoca la nozione stessa di anticipatorietà⁴³.

È insomma più che plausibile che, alla luce delle obiettive incertezze interpretative che riguardano il diverso regime di stabilità delle misure interinali, il ricorrente (ed il

⁴² Al riguardo, v. *supra* capitolo II, n. 5.

⁴³ È, infatti, noto il dibattito che ha interessato principalmente la dottrina in relazione alla nozione di "anticipatorietà".

Secondo una prima impostazione dottrinale sarebbe anticipatoria l'ordinanza cautelare che anticipi gli effetti della futura decisione di merito, nel senso che fornisca un assetto di interessi coincidente con quello che le parti otterrebbero a conclusione dell'eventuale giudizio di merito (così ARIETA, *Le cautele*, cit., 29; BALENA, *La disciplina*, cit., 334; BUONCRISTIANI, sub *art.* 23, cit., 377; CARRATTA, *La fase cognitiva*, in CARRATTA (diretto da), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, 269; COMASTRI, sub *art.* 669-octies, cit., 176; *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 1519 ss.; GUAGLIONE, sub *artt.* 669 quinquies – octies – decies – terdecies, cit., 484). Secondo, invece, una diversa impostazione, invero più condivisibile alla luce della *ratio* della tutela cautelare e dell'inidoneità di tali provvedimenti ad anticipare i medesimi effetti giuridici della decisione di merito, sarebbero anticipatorie tutte quelle misure idonee ad anticipare gli effetti pratici della decisione di merito (BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 74; CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 137; ID., *La nuova disciplina*, cit., 73; D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (parte III)*, in *Giust. proc. civ.*, 2008, 560; DALMOTTO, sub *art.* 669-octies, cit., 1247; GIORDANO, *Contenuto dei ricorsi cautelari ante causam*, cit., 1284; MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 85; PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, 58; QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 812 (ma in senso parzialmente difforme v. EAD., voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., IV, Torino, 2009, 415 e 425); RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, I, in CHIARLONI – CONSOLO (a cura di), *I provvedimenti sommari e speciali*, II, Torino, 2005, 76; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 88; SALETTI, *Il nuovo regime*, cit., 25; ID., *Le misure cautelari*, cit., 293).

La questione mostra la sua importanza nei casi in cui, a seconda della tesi che si predilige, muti il regime, di strumentalità piena ovvero attenuata, applicabile alla misura. Si pensi, ad es., ai provvedimenti cautelari con i quali, *ex art.* 2378, 3° comma, c.c., si sospende l'efficacia della delibera assembleare, in attesa della decisione sull'inefficacia della delibera stessa. Mentre secondo una prima opinione tali provvedimenti sono necessariamente conservativi, dal momento che i loro effetti non coincidono con l'annullamento della delibera (FERRI, *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, numero speciale *Diritto e processo commerciale*, 63; MARNELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 1250; BALENA, *La disciplina*, cit., 336; nonché, con riguardo al sistema francese, NORMAND, *Les fonctions des référés*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 77), secondo la tesi opposta essi sarebbero sottoposti al regime di strumentalità attenuata (D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare*, cit., 560; DALMOTTO, sub *art.* 669-octies, cit., 1247; MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 83 n. 25; PROTO PISANI, *Verso la residualità*, cit., 58; QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, 22; EAD., voce *Provvedimenti anticipatori*, cit., 418; VILLATA S.A., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 503 ss.).

Ben si comprendono, dunque, i dubbi interpretativi in cui può trovarsi il ricorrente (ed il suo difensore) allorché debba stabilire il regime applicabile alla misura concessa.

proprio difensore⁴⁴), nel dubbio sulla disciplina applicabile, propenderà per la soluzione più prudente, così istaurando il giudizio di merito, temendo la sopravvenuta inefficacia della misura, anche qualora non ritenga necessario un accertamento con autorità di giudicato e non sia necessaria la ripetizione della cauzione.

Senonché, a fronte di tali problematiche che, come è chiaro, possono seriamente minare l'obiettivo legislativo della riduzione del contenzioso, il legislatore non ha attribuito espressamente ad alcun giudice la determinazione, vincolante per ogni altro magistrato, del regime applicabile.

Il problema non si pone per i casi in cui la legge ha sottoposto determinati provvedimenti, indicati *nominatim*, al regime della strumentalità attenuata (si pensi, ad es., alla denuncia di danno temuto), dal momento che secondo l'opinione consolidata la qualificazione del tipo di misura spetterebbe sempre al giudice che ha concesso il provvedimento (sicché, ad es., nel caso in cui il giudice abbia concesso, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., un sequestro non contemplato dal codice di rito, senza prendere in considerazione l'esistenza di una tipologia di sequestro previsto nelle leggi speciali, la qualificazione della misura come provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* non può essere oggetto di nuova qualificazione ad opera di un altro giudice⁴⁵). È, infatti, conclusione imposta dal principio di apparenza, il quale richiede non solo alle parti ma anche al successivo giudice di applicare alla misura il regime processuale conseguente alla qualificazione del tipo di misura operata dal giudice *a quo*⁴⁶. È, dunque, chiaro che, sotto tale profilo, nessun ruolo ha la norma *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c.

Del tutto diverso è, invece, l'esito dell'indagine sulla qualificazione giudiziale della natura (anticipatoria ovvero conservativa) della misura, la quale prescinde dal tipo di misura individuato dal giudice (e, dunque, per riprendere un esempio già richiamato, il problema se la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari *ex art. 2378 c.c.* debba sottostare al regime della strumentalità piena o della strumentalità attenuata).

⁴⁴ È stato del resto sostenuto che l'attuale disciplina di diritto positivo spingerebbe i difensori all'instaurazione del giudizio di merito non solo per prudenza ma financo per ragioni di diligenza professionale: FABIANI, *Il rito cautelare*, cit., 1186; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 131 n. 289.

⁴⁵ L'esempio è tratto da BALENA, *La disciplina*, cit., 340.

⁴⁶ Si tratta di principio che rileva specialmente in materia impugnatoria: in argomento v., esemplificativamente, Cass., 8 gennaio 2019, n. 210, in *De Jure*; Cass., 5 ottobre 2018, n. 24515, *ivi*; Cass., 9 agosto 2018, n. 20705, *ivi*; Cass., 9 ottobre 2015 n. 20230, *ivi*; Cass., 11 luglio 2014, n. 15897, *ivi*; Cass. S.U., 11 gennaio 2011 n. 390, in *Giust. civ.*, 2011, I, 623 ss.; Cass., 20 febbraio 2004 n. 3404, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Esecuzione in genere*, n. 47.

È proprio in relazione a tali ultime categorie – peraltro ben più problematiche dell’individuazione del tipo di misura – che l’interprete è chiamato ad individuare il giudice competente per la qualificazione del provvedimento.

Al riguardo, le ipotesi prospettabili possono essere due: l’attribuzione di tale potere al giudice che ha emesso la misura o, altrimenti, al giudice chiamato ad accertare l’inefficacia della misura *ex art. 669-novies*, 2° comma, c.p.c. (giudice che, per esigenze espositive, chiameremo giudice di merito).

La prima soluzione è, invero, minoritaria e si fonda essenzialmente su una ragione di giustizia sostanziale⁴⁷. Infatti, appare indubitabile che, portata alle sue estreme conseguenze, la tesi contraria, la quale vorrebbe onerare della qualificazione il giudice di merito sarebbe ingiusta: la parte verrebbe a conoscenza del regime giuridico applicabile solamente in occasione della caducazione del provvedimento.

Pertanto, secondo tale impostazione dottrinale, il giudice cautelare dovrebbe sempre provvedere ad un’autonoma qualificazione della misura, la quale è pertanto vincolante non solo per le parti, ma anche per gli altri giudici. Ciò, peraltro, non significherebbe escludere *in toto* ogni potere qualificatorio del giudice di merito, dal momento che, in tale impostazione, quest’ultimo dovrebbe comunque provvedere alla qualificazione della misura in tutti i casi in cui il giudice cautelare non vi abbia provveduto: pertanto, il suo potere qualificatorio, pur non potendosi escludere, sarebbe residuale⁴⁸.

Tale tesi, invero, non sembra però accoglibile *de iure condito* per una pluralità di ragioni ed è, pertanto, stata giustamente contestata dall’opinione maggioritaria⁴⁹.

⁴⁷ TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2004, 2213; EAD., *I provvedimenti decisori*, cit., 141. Nel medesimo senso, anche se più dubitativi, v. altresì FABIANI, *Il rito cautelare*, cit., 1197; FRUS, *Sub art. 23*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 677.

⁴⁸ FRUS, *op. loc. cit.*

⁴⁹ ARIETA, *Le cautele*, cit., 988; BALENA, *La disciplina*, cit., 340; BIAVATI, *Prime impressioni*, cit., 566; BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 85; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in PROTO PISANI (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 137 n. 8; ID., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, 74; CARRATTA, *La fase cognitiva*, cit., 248; COMASTRI, *sub art. 669-octies*, cit., 188; DALMOTTO, *sub art. 669-octies*, cit., 1260; DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, 48 e 397; GIORDANO, *Qualificazione del provvedimento cautelare e obbligo di instaurare il giudizio di merito*, in *Giur. merito*, 2008, 159; GUAGLIONE, *sub artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, cit., 486; LUISO – SASSANI, *La riforma*, cit., 223; MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 78; SALETTI, *Il nuovo regime*, cit., 30; ID., *Le misure cautelari*, cit., 297.

In giurisprudenza, si vedano App. Milano, 14 febbraio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 151 ss., con nota di GIORDANO, *Qualificazione del provvedimento*, cit.; Cass., 4 ottobre 2013, n. 22751, in *Foro it.*, 2014,

Si osserva, in particolare, come l'art. 669-*octies*, 2° comma, c.p.c. (norma che prevede, in difetto di espressa previsione del giudice, un termine sussidiario di sessanta giorni entro cui instaurare il giudizio di merito in caso di tutela a strumentalità piena) stabilisca non solo il principio della generale irrilevanza del silenzio del giudice, ma financo di una sua qualificazione diversa dal modello legale⁵⁰.

In secondo luogo, si osserva come il tenore letterale dell'art. 669-*octies*, 6° comma, c.p.c., nell'individuare i provvedimenti sottoposti al regime della tutela cautelare a strumentalità attenuata, non riconosca alcuna rilevanza alla qualificazione del giudice, sicché il regime applicabile sarebbe quello previsto *ex lege*, a prescindere da quanto affermato dal giudice cautelare⁵¹.

A ben vedere, entrambi questi argomenti sono, di per sé, piuttosto deboli.

Il discorso cambia però decisamente qualora si prenda in esame la norma contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.

Al riguardo, infatti, ben si può sostenere che l'"autorità" del provvedimento cautelare comprenda non solo quanto accertato in punto di *fumus boni iuris* ma anche l'individuazione del regime applicabile da parte del giudice. È, infatti, evidente che concorrono ad individuare il regime giuridico dettato alle parti non solo quanto accertato in punto di *fumus*, ma anche le statuizioni in punto di qualificazione della misura, atteso che da tale qualificazione dipende proprio il comportamento che le parti dovrebbero tenere, procedendo all'instaurazione del giudizio di merito nei termini di legge.

Del resto, muovendo dalla soluzione accolta in precedenza, per cui è invocabile in un diverso giudizio solamente l'"autorità" che deriva dalla misura interinale intesa come accadimento storico, sembra scontato doversi escludere che il giudice di merito possa essere vincolato dal regime stabilito in sede interinale, dal momento che il fatto storico dell'individuazione da parte del giudice cautelare della natura del provvedimento non può certo mutare, per ciò solo, il regime applicabile, proprio perché, come si è visto, il principio di apparenza opera in relazione alla scelta del tipo di misura ma non in relazione alla sua natura, anticipatoria o conservativa.

Né, per superare quanto precede, potrebbe sostenersi l'opportunità di vincolare le

I, 1895 ss., con nota di PELLEGRINELLI; anche se più problematicamente, sembra aderire alla tesi in commento anche Trib. Nola, 29 luglio 2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011.

⁵⁰ BORGHESI, *Tutela cautelare*, cit., 85; CARRATTA, *La fase cognitiva*, cit., 248.

⁵¹ CARRATTA, *La fase cognitiva*, cit., 248; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 297.

parti (e, dunque, il giudice del merito) alla qualificazione operata in sede interinale perché ciò permetterebbe al giudice cautelare di valutare, caso per caso, l'opportunità di instaurare un giudizio di merito (opportunità che, invece, la legge attribuisce alle sole parti). Infatti, mentre una tale possibilità è stata ricavata a livello pretorio nell'ordinamento francese⁵², proprio per l'ampia discrezionalità che la legge demanda al giudice del *référé*, un'analogia conclusione è, invece, preclusa dall'art. 669-*octies*, 6° comma, II pt., c.p.c. che attribuisce la scelta circa l'instaurazione del giudizio di merito, in caso di provvedimenti ultrattivi, esclusivamente alle parti e non al giudice cautelare. Inoltre, anche a prescindere dalla circostanza che la volontà del giudice non può certo derogare alla legge se non altro per la riserva di legge che vige in materia processuale *ex art. 111 Cost.*, si è già osservato *supra*⁵³ come esistano altri strumenti (ed, in particolare, un accorto utilizzo dello strumento della cauzione) per incentivare (o disincentivare) l'instaurazione del giudizio di merito.

Pertanto, possiamo concludere che il giudice di merito, chiamato a conoscere della inefficacia sopravvenuta di una misura cautelare, sarà libero di operare autonomamente la qualificazione del regime di stabilità applicabile, senza alcun vincolo a quanto statuito dal primo giudice.

2.1. Conseguenze e rimedi delle parti in caso di erronea qualificazione del giudice cautelare.

Individuato nel giudice chiamato a pronunciarsi sull'inefficacia della misura cautelare l'unico legittimato a qualificare il regime applicabile al provvedimento interinale, occorre a questo punto stabilire le conseguenze dell'espressa (ed erronea) qualificazione da parte del giudice cautelare.

Al riguardo, occorre anzitutto distinguere a seconda che il giudice cautelare abbia qualificato come provvedimento a strumentalità piena un provvedimento legislativamente sottoposto al regime della strumentalità attenuata, o viceversa.

Nel primo caso, il giudice ha stabilito un termine ultimo entro cui instaurare il giudizio di merito pur non essendovene necessità. Dal momento che, come si è visto, le

⁵² Ci si riferisce all'orientamento della giurisprudenza francese che ha talvolta imposto l'introduzione del giudizio di merito entro un dato periodo di tempo, a pena di inefficacia sopravvenuta della misura, su cui v. *supra*, capitolo I, n. 112.

⁵³ V. *supra* pf. 1.

parti non sono vincolate a tale qualificazione, qualora ritengano applicabile il regime dell'ultrattività, potranno astenersi dall'instaurare il giudizio di merito, ben potendo far valere le proprie ragioni nel successivo giudizio *ex art. 669-novies*, 2° comma, c.p.c.⁵⁴. Tuttavia, qualora il giudice di tale procedimento ritenga di confermare la qualificazione del primo giudice è evidente che la misura perderà efficacia: di conseguenza, la parte che non intenda conformarsi alla statuizione del giudice interinale si assumerà in via esclusiva il rischio di una propria errata qualificazione.

Dal momento che una tale ricostruzione lascia indubbi margini di incertezza del diritto, parte della dottrina ha individuato nel reclamo cautelare lo strumento con il quale il ricorrente potrebbe chiedere un nuovo giudizio sul regime applicabile⁵⁵.

Senonché tale percorso argomentativo non convince per almeno due ragioni.

Anzitutto, anche a prescindere dai dubbi in punto di ammissibilità di una tale forma di impugnazione nel caso di specie⁵⁶, è sufficiente muovere dalla comune esperienza per avvedersi di come, nella prassi, il giudizio di reclamo venga sovente deciso oltre il termine (massimo) di sessanta giorni riconosciuto dalla legge per instaurare il giudizio di merito. Di conseguenza, secondo l'impostazione qui criticata, la parte sarebbe costretta ad instaurare comunque il giudizio di merito⁵⁷, sostenendone i relativi costi, sicché, una volta che il giudice del reclamo abbia accolto il reclamo, la parte si vedrebbe comunque costretta a coltivare il giudizio di merito per ottenere dalla contro parte la rifusione di tali spese sostenute; ciò, però, in evidente contrasto con la *ratio* della riforma del 2005⁵⁸.

⁵⁴ CAPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 137 n. 8; ID., *La nuova disciplina*, cit., 74; CARRATTA, *La fase cognitiva*, cit., 249; DALMOTTO, sub *art. 669-octies*, cit., 1261 n. 33; GIORDANO, *Qualificazione del provvedimento*, cit., 160; GUAGLIONE, sub *artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, cit., 486; MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 78 n. 12; SALETTI, *Le misure cautelari*, cit., 298.

⁵⁵ BUONCRISTIANI, sub *art. 23*, cit., 389; DEMARCHI, *Le modifiche*, cit., 105; FABIANI, *Il rito cautelare*, cit., 1198; FRUS, sub *art. 23*, cit., 676.

⁵⁶ Il ricorrente non è, infatti, soccombente, avendo ottenuto la misura cautelare richiesta, sicché sembra difficile ravvisarsi nel caso di specie una legittimazione ad impugnare.

⁵⁷ Di conseguenza, oltre al difetto di legittimazione ad impugnare sembra ravvisarsi in tal caso financo un difetto di interesse ad impugnare, atteso che dalla "riforma" (*rectius*, dalla rettifica) della misura cautelare il ricorrente non trarrebbe alcun beneficio.

⁵⁸ Per superare tale obiezione, i sostenitori di tale tesi (v., in particolare, BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, 389; FABIANI, *Il rito cautelare*, cit., 1198; FRUS, *Sub art. 23*, cit., 677) ritengono possibile, seppur con una forzatura del dato letterale, la richiesta al giudice cautelare di sospendere *ex art. 669-terdecies*, 6° comma, c.p.c. il termine per l'instaurazione del giudizio di merito. Senonché al riguardo si può osservare anzitutto come il tenore letterale della norma appaia circoscritto alla sola sospensione della "esecuzione" della misura e non ad ogni altro tipo di efficacia (al riguardo, si veda quanto già osservato *supra* a proposito dell'interpretazione dell'art. 282 c.p.c.: capitolo I, n. 31). Inoltre, appare comunque

In secondo luogo, il giudice del reclamo è pur sempre un giudice cautelare e la propria decisione è sottoposta al regime di efficacia e stabilità *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c.: di conseguenza, esattamente come la qualificazione operata dal giudice cautelare di prime cure non può vincolare nessun altro giudice dell'ordinamento, per non essere l'autorità del provvedimento interinale invocabile in un diverso giudizio, la stessa conclusione si imporrà per la decisione del giudice del reclamo.

Sembra, dunque, che nel caso in esame operi a pieno titolo il principio di autoresponsabilità, con la conseguenza che il ricorrente sarà libero di scegliere se conformarsi alla qualificazione del giudice cautelare (e così instaurare il giudizio di merito), ovvero procedere ad un'autonoma qualificazione, assumendosi, però, il rischio del proprio errore. Infatti, in tal caso, le parti, attenendosi alla qualificazione del giudice cautelare, non subirebbero alcun pregiudizio giuridico (semmai solo economico per i costi dell'instaurazione del giudizio di merito), sicché tale conclusione, oltre ad imporsi per le ragioni giuridiche sopra esposte, risponde anche ad esigenze di giustizia sostanziale.

Del tutto diversa appare invece la questione nel caso opposto, vale a dire allorché il giudice cautelare abbia erroneamente qualificato il proprio provvedimento come sottoposto al regime della strumentalità attenuata anziché della strumentalità piena, così dispensando il ricorrente dall'instaurazione del giudizio di merito entro il termine *ex art. 669-octies*, 1° e 2° comma, c.p.c.

In tal caso, infatti, in forza della qualificazione operata dal giudice cautelare il ricorrente sarebbe legittimato a non instaurare il giudizio di merito, senza che da ciò derivi alcuna inefficacia della misura cautelare. Si pone, allora, il problema di individuare le conseguenze di una diversa qualificazione del giudice *ex art. 669-novies*, 2° comma, c.p.c.

Al riguardo, l'opinione maggioritaria ritiene che il ricorrente sarebbe esposto all'inefficacia del provvedimento cautelare⁵⁹. Ciò perché alle parti si imporrebbe un dovere di autoresponsabilità: dal momento che la qualificazione del giudice non è vin-

difficilmente immaginabile la sospensione, seppur giudiziale, di un termine decadenziale quale è quello *ex art. 669-ocites*, 1° e 2° comma, c.p.c.

⁵⁹ V. gli Autori citati *supra* n. 49. È, del resto, tesi perfettamente coerente con la condivisibile premessa da cui essa muove, per la quale il regime applicabile è individuato dalla legge e non dal giudice.

colante, le parti sarebbero tenute a procedere ad un'autonoma qualificazione che pre-scinde da quella giudiziale⁶⁰. A ciò si aggiunge che tale autonoma qualificazione deve essere svolta non dalla parte personalmente ma, in forza della regola generale della difesa tecnica, da un operatore qualificato quale è il difensore⁶¹.

Ove si ritenga – come noi riteniamo – che la qualificazione operata dal giudice cautelare non possa mai vincolare le parti, tale conclusione appare, in via di principio, condivisibile.

Tuttavia, non possono trascurarsi casi in cui il regime applicabile sia obiettivamente incerto e, pertanto, anche soggetti qualificati quali i difensori possono fare affidamento su quanto statuito dal giudice, specialmente qualora la qualificazione sia ben motivata.

In tali ipotesi, occorre, dunque chiedersi se – ed entro che limiti – sia ammissibile una rimessione in termini.

La questione può inquadrarsi nel più generale problema della rimessione in termini a seguito di errate istruzioni del giudice alle parti⁶², vale a dire i casi in cui il *dictum* del provvedimento non sia limitato ad una parte precettiva ma contenga altresì una parte informativa, che si limita ad informare le parti della disciplina applicabile *ex lege*⁶³.

Tale questione ha, in particolare, interessato la dottrina e la giurisprudenza in relazione al mancato avvertimento *ex art. 641 c.p.c.* del termine decadenziale entro cui l'ingiunto può proporre opposizione a decreto ingiuntivo⁶⁴. Infatti, superata la tesi minoritaria che riteneva tardiva l'opposizione anche qualora il giudice avesse stabilito un

⁶⁰ BALENA, *La disciplina*, cit., 341; MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 78. Conf., pur in senso maggiormente dubitativo, COMASTRI, *sub art. 669-octies*, cit., 188.

⁶¹ CAPONI, *La nuova disciplina*, cit., 74.

⁶² Su cui v. TARZIA, *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 637 ss. In argomento si vedano altresì CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 255 ss.; CONSOLO, *Rigorismi alterni e non giustificati in tema di opposizione tardiva ad ingiunzione per sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 823 ss.; CRISTOFOLINI, *Sulla prefissione del termine nel decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 145 ss.

⁶³ La definizione è frutto di una rielaborazione da TARZIA, *Le istruzioni*, cit., 662.

⁶⁴ Sul tema v., oltre agli Autori citati in n. 62, tra gli altri, CERINO-CANOVA, *Termine legale e termine giudiziale per l'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, 353 ss. spec. 359 ss.; GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 120 ss. spec. 123 n. 312; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1959/1968, 59 ss.

termine erroneo per proporre impugnazione⁶⁵, la soluzione oramai consolidata ammette l'opposizione tardiva all'esecuzione, dal momento che l'errore del giudice configurerebbe una causa di forza maggiore ovvero un caso fortuito⁶⁶.

Analoghe conclusioni sembrano applicabili anche nella nostra fattispecie, non certo perché – come visto – vi sia una qualche affinità tra opposizione a decreto ingiuntivo ed instaurazione del giudizio di merito *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., ma perché in entrambe le ipotesi la disciplina legale è inderogabile da parte del giudice⁶⁷. L'avvertimento contenuto nel provvedimento (previsto a pena di nullità, seppur sanabile⁶⁸, *ex art. 641 c.p.c.* ed invece meramente facoltativo *ex art. 669-octies*, 2° comma, c.p.c.) ha infatti contenuto informativo ed è espressione della “socializzazione del processo civile”⁶⁹ o, per rimanere alla lettera del codice di rito, di quei “poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del processo” (così l'art. 175 c.p.c.) attribuiti al giudice, sicché la violazione di tale finalità ben può giustificare una rimessione in termini.

È questa, in effetti, la soluzione sostenuta da parte della dottrina⁷⁰.

Occorre tuttavia precisare che l'ammissibilità, in via di principio, dell'istituto della rimessione in termini in relazione all'oggetto della nostra indagine non priva affatto di utilità pratica le conclusioni a cui si è giunti nel paragrafo che precede. Infatti, affinché l'istituto della rimessione in termini possa operare in relazione all'errato esercizio di poteri informativi da parte del giudice, non è sufficiente il presupposto oggettivo dell'errore contenuto nel provvedimento ma occorre altresì (ed, anzi, soprattutto) che il conseguente affidamento ad opera del ricorrente sia dipeso da caso fortuito o forza

⁶⁵ Pret. Verona, 25 maggio 1983, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 823 ss., con nota di CONSOLO, *Rigorismi alterni*, cit.

⁶⁶ Trib. Verona, 19 giugno 1976, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 823 ss., con nota di CONSOLO, *Rigorismi alterni*, cit. Nel medesimo senso sembra altresì Trib. Lamezia Terme, 20 settembre 2011, in *Leggi d'Italia*. In dottrina v. TARZIA, *Le istruzioni*, cit., 661 ss.; CAPONI, *La rimessione*, cit., 258 s.; CONSOLO, *Rigorismi alterni*, cit., 829 ss.

⁶⁷ L'art. 641, 2° comma, c.p.c. prevede, invero, la possibilità per il giudice di fissare termini diversi (in un periodo compreso tra i dieci ed i sessanta giorni dalla notificazione del provvedimento) ma ciò solo se ricorrono “giusti motivi”. Ad ogni modo, le medesime conclusioni cui sono giunte la dottrina e la giurisprudenza su richiamate sarebbero applicabili al caso in cui il giudice fissi un termine superiore a quello di sessanta giorni.

⁶⁸ Trib. Palermo, 15 marzo 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Trib. Lamezia Terme, 20 settembre 2011, cit.

⁶⁹ CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 209 ss.

⁷⁰ BUONCRISTIANI, sub *art. 23*, cit., 388; COMASTRI, sub *art. 669-octies*, cit., 188. Nel medesimo senso, sembra altresì RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., 548.

maggiore. Tali presupposti non sembrano sussistere ogniqualvolta il giudice cautelare abbia qualificato il regime applicabile in modo macroscopicamente errato (si pensi, ad es., al caso in cui questi abbia esentato le parti dall'instaurazione del giudizio di merito in caso di sequestro conservativo). In tali casi, infatti, per quanto approfondita possa essere la motivazione del magistrato, essa si porrebbe in aperto contrasto con l'art. 669-*octies*, 6° comma, I pt., c.p.c. Ben diverso appare, invece, il caso in cui il giudice cautelare abbia ritenuto applicabile il regime della tutela cautelare a strumentalità attenuata in tutti quei casi in cui vi sia un'obiettiva incertezza sul regime applicabile (si pensi, ad es., ad un provvedimento conservativo concesso nelle forme *ex art.* 700 c.p.c.⁷¹).

In tali casi, se la qualificazione del giudice non può essere vincolante, essa tuttavia ben può avere indotto in errore la parte, così impedendo la tempestiva instaurazione del giudizio di merito⁷².

Così chiarito quella che ci sembra la soluzione preferibile, resta da osservare come in tal caso l'autorità del provvedimento (nella parte in cui il giudice ha stabilito il regime applicabile) non sia del tutto irrilevante nel giudizio di merito, essendo la misura il presupposto stesso per ottenere una altrimenti inammissibile rimessione in termini⁷³.

Il lettore, ormai aduso al criterio ermeneutico privilegiato in questa sede, non fatterà ad avvedersi di come il provvedimento interinale non rilevi affatto nei suoi effetti giuridici ma, in tal caso ancor più di quelli in precedenza analizzati, come fatto materiale – come documento – che ha indotto in errore il ricorrente.

3. *Il provvedimento cautelare come prova in un diverso giudizio.*

Il provvedimento cautelare rileva – oltre che per il *dictum* giudiziale in esso contenuto – altresì come documento che, in quanto tale, potrebbe essere prodotto (come del

⁷¹ V. capitolo II, n. 5.

⁷² È del resto significativo che l'errato avvertimento *ex art.* 641 c.p.c. venga sussunto proprio sotto l'ipotesi *ex art.* 650 c.p.c., come introdotta da C. Cost., 20 maggio 1976, n. 120, in *Leggi d'Italia*, dell'impossibilità di proporre tempestiva opposizione: ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 4° ed., Napoli, 1964, 92 s.; CONSOLO, *Rigorismi alterni*, cit., 829 s.

⁷³ Diverso sarebbe, invece, il caso in cui il provvedimento cautelare nulla statuisca sul regime applicabile. In tal caso, infatti, il ricorrente non sarebbe stato tratto in inganno dall'erronea qualificazione giudiziale, sicché non potrà che trovare applicazione l'insegnamento per il quale è esclusa ogni rimessione in termini nel caso in cui la decadenza sia maturata per una scelta discrezionale della parte (Cass., 25 marzo 2011, n. 7003, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 473).

resto sovente accade) dal ricorrente vittorioso nel giudizio di merito per corroborare le proprie difese.

Si tratta, dunque, di stabilire se una tale produzione sia ammissibile e, soprattutto, quale efficacia probatoria possa avere in un diverso giudizio.

La questione si pone a valle del dibattito, più dottrinale che giurisprudenziale, sull'utilizzo di provvedimenti giudiziari come prova atipica⁷⁴.

Mentre, infatti, la giurisprudenza ha sempre ammesso la possibilità per il giudice di porre a fondamento della propria decisione il provvedimento pronunciato *aliunde*⁷⁵, la dottrina è tradizionalmente stata più cauta, pur arrivando ad ammettere in via generale tale documento quale prova atipica, con efficacia di argomento di prova⁷⁶.

La soluzione alla questione appare tuttavia più complessa di quanto potrebbe apparire ad una prima lettura, atteso che l'ordinanza cautelare (come ogni altro provvedimento

⁷⁴ Sul tema v. CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 108 ss.; RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999, spec. 264 ss. e 419 ss.; QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, 183 ss.; TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 404 ss.; DITTRICH, *L'istruzione probatoria*, in DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, cit., II, 1728.

⁷⁵ È costante l'insegnamento per cui «il giudice civile, in mancanza di uno specifico divieto, può liberamente utilizzare le prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse o tra altre parti, ivi compresa la sentenza adottata da un diverso giudice, e trarre da esse, senza esserne vincolato, elementi di giudizio, purché fornisca un'adeguata motivazione del loro utilizzo, procedendo a una diretta e autonoma valutazione delle stesse e dando conto di avere esaminato le censure proposte dalle parti» (Cass., 13 agosto 2018, n. 20719, in *De Jure*. Conf. Cass., 15 maggio 2018, n. 11753, in *Guida dir.*, 2018, XXXV-XXXVI, 59; Cass., 20 gennaio 2015, n. 840, in *De Jure*; Cass., 15 gennaio 2015, n. 569, in *Guida dir.*, 2015, XVIII, 72; Cass., 31 ottobre 2005, n. 21115, in *De Jure*; Cass., 11 dicembre 1999, n. 13889, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2493; Cass., 22 aprile 1993, n. 4763, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 960 ss., con nota di BESSO; Trib. Reggio Emilia, 2 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*).

⁷⁶ In particolare, CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 119 ss., all'esito di un'ampia indagine aveva concluso per la generale ammissibilità di tale prova atipica solamente qualora il provvedimento giudiziale fosse una sentenza penale. Secondo l'illustre Autore, infatti, solamente il processo penale garantiva un'istruttoria completa: poiché in tale settore non trova applicazione il principio dispositivo in materia di prove, l'esito dell'istruttoria era maggiormente idoneo a ricostruire i fatti per come realmente accaduti, con la conseguenza che il giudice di un successivo giudizio ben avrebbe potuto confidare nella bontà della prima decisione.

Tale soluzione restrittiva è stata poi estesa da RICCI G.F., *Le prove atipiche*, cit., 268 ss., il quale, da un lato, ha osservato come nel nuovo codice di procedura penale sono sempre più frequenti le ipotesi in cui la sentenza sia resa all'esito di un'istruttoria sommaria (basti pensare al rito abbreviato o all'applicazione della pena su richiesta delle parti) e, dall'altro lato, ha valorizzato la formulazione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. (su cui v. capitolo I, pf. 2). Secondo l'A., pertanto, all'interprete restano aperte due possibilità: l'esclusione dell'efficacia probatoria di ogni sentenza, ovvero il riconoscimento di tale efficacia ad ogni misura, a prescindere dalla circostanza che sia stata resa in sede penale o in altra sede. In adesione a tale ultima soluzione, pertanto, RICCI G.F., *op. ult. cit.*, 427, conclude per l'efficacia di argomento di prova (conf. QUERZOLA, *op. ult. cit.*, 195 s.).

Lo stesso legislatore penale, all'art. 238-*bis* c.p.p. ha, del resto, aderito all'opinione maggioritaria, prevedendo che “le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 193, comma 3”.

giudiziale) può astrattamente assumere una duplice efficacia probatoria.

Anzitutto, l'ordinanza, intesa quale documento, può provare la circostanza che il provvedimento cautelare è stato deciso in senso favorevole al ricorrente (ad es., al fine di provare l'effetto interruttivo permanente della prescrizione⁷⁷, ovvero eventuali dichiarazioni rese dalle parti davanti al giudice cautelare) e, più in generale, per provare il fatto storico che il giudice cautelare abbia assunto, in quell'occasione, determinate statuizioni. In tali casi non vi può essere dubbio non solo che il provvedimento cautelare abbia efficacia probatoria, ma financo quella di atto pubblico, dotato di pubblica fede fino a querela di falso⁷⁸.

Infatti, in tali casi, come si è già visto, la lettera dell'art. 669-*octies* c.p.c. non pare ostativa ad una tale efficacia né, soprattutto, alla sua invocabilità in un diverso giudizio, atteso che in tali casi il provvedimento rileva solo ed esclusivamente limitatamente all'estrinseco.

Più problematica appare, invece, la rilevanza dei fatti accertati dal giudice e posti alla base della decisione. È proprio in relazione a tali ipotesi, infatti, che la dottrina più recente, come visto, ritiene che il provvedimento giudiziale abbia efficacia di argomento di prova.

Senonché, anche a voler aderire alla soluzione oramai maggioritaria, la quale ammette l'utilizzo quale argomento di prova di provvedimenti giudiziali⁷⁹, l'ordinanza

⁷⁷ V. capitolo II, pf. 1.1.2.

⁷⁸ In argomento v. VARADI, *La sentenza penale come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, 255 ss.

⁷⁹ Soluzione che non convince appieno, atteso che, a tutto voler concedere, rileverebbe ai fini della prova che un determinato mezzo di prova si sia svolto in quel giudizio ma non certo che il risultato dell'istruttoria corrisponda al reale svolgimento dei fatti. Infatti, la dottrina che più ha studiato il fenomeno in esame ha osservato che la rilevanza probatoria della decisione resa *aliunde* si fonderebbe su uno schema assimilabile a quello presuntivo, tale per cui da un fatto noto (la decisione) si dovrebbe arrivare ad un fatto ignoto (la ricostruzione dei fatti realmente accaduti): RICCI G.F., *Le prove atipiche*, cit., 422 ss. Senonché, nel nostro caso, la struttura di un siffatto ragionamento presuntivo è più articolata: da un fatto noto (decisione) si arriva ad un fatto altrettanto noto (i risultati dell'attività probatoria) per arrivare così ad un fatto ignoto (fatto da provare). Di conseguenza, se una qualche efficacia probatoria può riconoscersi all'attività istruttoria svolta in un diverso giudizio, questa deve essere ricercata non nella decisione resa *aliunde* (che tale attività probatoria si limita a valutare), ma nel mezzo di prova stesso, come risulta documentalmente vuoi dai verbali di causa (ad esempio, per le prove testimoniali), vuoi direttamente dal documento prodotto nel primo giudizio. Sotto tale profilo, è, dunque, illuminante la giurisprudenza, la quale ammette l'efficacia probatoria di una sentenza resa *aliunde* non già per la valutazione delle prove offerta dal primo giudice, ma solo come documentazione delle prove raccolte in un diverso giudizio (v. giurisprudenza citata alla n. 75).

Aspramente critico sulla possibilità che una sentenza possa valere quale prova è altresì, nella dottrina processualpenalistica, CORDERO, *Procedura penale*, 9° ed., Milano, 2012, 802 s., il quale osserva che

cautelare non può avere alcun valore probatorio in un diverso giudizio. Ciò per ragioni non tanto strutturali quanto normative.

Infatti, già lo stesso Calamandrei, che per primo ebbe ad occuparsi della questione, ammetteva che il principio della libera valutazione delle prove (oggi sancito all'art. 116, 1° comma, c.p.c.) postulasse la possibilità per il giudice di valorizzare i giudizi contenuti in una sentenza resa *aliunde* purché non vi fosse un espresso divieto legislativo⁸⁰; divieto che nel nostro caso sembra contenuto proprio all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.

Come si è infatti osservato nel primo capitolo, tale norma, a nostro avviso, non è stata prevista con l'intento di escludere l'autorità della cosa giudicata del provvedimento cautelare; autorità di cui è sempre stato sfornito. Essa sembra, invece, dettata per escludere ogni influenza, ad eccezione di quella fattuale, del provvedimento cautelare in un diverso processo e, dunque, in primo luogo, per escludere proprio quella efficacia probatoria in relazione ai fatti oggetto di valutazione in sede cautelare. In tali casi, infatti, i fatti posti dal giudice cautelare a fondamento dell'accoglimento della domanda potrebbero astrattamente considerarsi accertati solo in due casi: qualora il giudice del merito valuti *ex novo* le prove assunte in sede cautelare, ovvero qualora questi valuti i fatti accertati dal giudice cautelare attraverso la valutazione offerta delle risultanze istruttorie nel provvedimento interinale.

Nel primo caso, ciò che rileva non sarebbe però la "autorità" del provvedimento cautelare ma la possibilità per una prova assunta nelle forme *ex art. 669-sexies* c.p.c. di poter essere invocata in un diverso giudizio; possibilità che però esula dalla presente trattazione⁸¹.

le prove possono consistere, eventualmente, negli atti istruttori compiuti *aliunde*, ma mai in una sentenza che su quel materiale probatorio si fonda. Nel medesimo senso v., altresì, VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, 239 ss., la quale ritiene "ontologicamente diversi" gli effetti della sentenza e la circolazione del materiale probatorio assunto in un diverso giudizio.

⁸⁰ CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 118 s.

⁸¹ Solo impropriamente, infatti, ad avviso di chi scrive, si è talvolta invocata la previsione *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. per escludere altresì ogni rilevanza nel giudizio di merito delle prove assunte in sede cautelare (GIORDANO, *Procedimenti cautelari*, in ASPRELLA – GIORDANO, *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, in *Giust. civ.*, 2009, VI, supplemento, 131). A ben vedere, infatti, la spendibilità diretta delle prove assunte *ex art. 669-sexies*, 1° comma, c.p.c. prescinde totalmente dall'eventuale invocabilità in un diverso giudizio dell'ordinanza conclusiva del procedimento cautelare (in quest'ultimo senso, v. Trib. Reggio Calabria, 16 novembre 2007, in *De Jure*).

Del resto, l'opinione maggioritaria non nega che le singole prove assunte in sede cautelare possano essere, astrattamente, invocate in un diverso giudizio, vuoi come argomento di prova in applicazione

Il secondo caso è, invece, più pertinente con la presente indagine. Tuttavia, in tali ipotesi il giudice del merito, per ritenere provato il fatto, deve necessariamente passare attraverso la valutazione compiuta dal giudice cautelare, così riconoscendo, però, rilevanza proprio a quella efficacia decisoria della misura che *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. deve necessariamente essere esclusa⁸². In altri termini, mentre in relazione all'estrinseco il provvedimento cautelare ben può rilevare come prova financo legale, in relazione alle valutazioni delle prove compiute dal giudice (e, dunque, in relazione all'intrinseco), nessun valore probatorio, neppur indiziario, vi può essere⁸³.

Non sembra, del resto, sufficiente per superare quanto precede, affermare che l'efficacia probatoria sarebbe meramente fattuale e non giuridica⁸⁴, con la conseguenza che, in tal caso, l'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. (che, come più volte osservato, non riguarda l'efficacia di mero fatto) non potrebbe operare.

Un conto è, infatti, affermare che il provvedimento cautelare possa influenzare, nei fatti, il giudice della seconda causa, così spingendolo a valorizzare elementi che, altrimenti, non avrebbe notato, o ad adottare una determinata interpretazione della legge⁸⁵,

analogica dell'art. 310, 3° comma, c.p.c. (ARIETA, *Le cautele*, cit., 37; FRUS, sub *art. 23*, cit., 671; LONGO, sub *art. 23*, cit., 470; RICCI G.F., *Le prove atipiche*, cit., 484) vuoi come mezzo di prova, purché acquisite nel rispetto delle forme ordinarie previste dal codice di rito (CARRATTA, *La fase cognitiva*, cit., 216; BALENA, *La disciplina*, cit., 331).

⁸² Non pare, perciò, condivisibile la tesi, autorevolmente sostenuta da CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 110 s., secondo cui l'oggetto della presente indagine prescinderebbe completamente dall'efficacia decisoria del provvedimento pronunciato *aliunde*, dovendosi limitare solamente all'efficacia probatoria del documento in quanto tale. In senso sostanzialmente conforme, nella seduta n. 441 del 23 febbraio 2005 della Commissione giustizia del Senato, chiamata a discutere del d.d.l. n. 2430/S/XIV (progetto di riforma a cui si è ispirato il legislatore nel 2005), si era affermato che sarebbe stato "difficile da comprendere che l'ordinanza, nonostante la stabilità dei suoi effetti, non [potesse] essere utilizzata neppure come elemento di prova in un altro giudizio".

Sennonché, dal momento che la prova non può che concernere fatti, a nostro avviso non appare condivisibile ritenere che la produzione in giudizio della sentenza prescinda dall'invocazione della sua efficacia decisoria. Come si è, infatti, già osservato (*supra*, n. 79), qualora si vogliano provare gli atti istruttori compiuti in corso di causa è necessaria la produzione dei relativi verbali e documenti, mentre qualora si voglia dimostrare la sussistenza dei fatti posti alla base della decisione giudiziale non si può che ritenere che rilevi proprio quell'efficacia decisoria, che l'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. esclude in un diverso giudizio, ove si tratti di ordinanza cautelare.

⁸³ Nel medesimo senso, COMASTRI, sub *art. 669-octies*, cit., 190; MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, in *Aida*, 2006, 256; TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., 164. Conf. BRIGUGLIO, *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 327 s. In giurisprudenza, v., *incidenter* in motivazione, Cass., 3 ottobre 2016, n. 19720, in *De Jure. Contra*, RECHIONI, *Diritto processuale*, cit., 250 s.

⁸⁴ Così, invece, come visto, sostiene RICCI G.F., *Le prove atipiche*, cit., 273 s. n. 89.

⁸⁵ Su questa "autorità morale" della sentenza (ma analoghe conclusioni ci paiono applicabili anche all'ordinanza cautelare) v. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 117 s. Con riferimento alla tutela cautelare, v. FRUS, sub *art. 23*, cit., 671.

un altro conto è, invece, permettergli di porre a fondamento della propria decisione le valutazioni soggettive compiute dal giudice cautelare che dall'efficacia dell'ordinanza in quanto documento sono, come è evidente, del tutto diverse.

Sotto tale profilo, del resto, poco rileva che a tale prova atipica si voglia riconoscere lo *status* di mezzo di prova o di argomento di prova⁸⁶. In entrambi i casi si perverrebbe proprio a quel risultato che il legislatore nel 2005 ha voluto evitare.

In effetti, sarebbe davvero paradossale escludere che il giudice del merito sia vincolato alla decisione cautelare, ma, al contempo, vincolarlo alle valutazioni di quest'ultimo in relazione (se non alla *quaestio iuris*, quantomeno) all'attività istruttoria espletata. Infatti, con una simile impostazione, si dovrebbe concludere che il giudizio cautelare sia già di per sé astrattamente suscettibile di stabilizzare l'accertamento, dipendendo l'esclusione di tale autorità solo dalla scelta legislativa operata all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.⁸⁷. Sennonché il giudizio di merito non può diventare funzionale ad assicurare al provvedimento cautelare un'incontestabilità, neanche quanto all'accertamento dei fatti, che altrimenti non avrebbe: è, semmai, il provvedimento cautelare che deve provvisoriamente assicurare gli effetti della decisione di merito, senza che alcun vincolo vi sia per il giudice di tale ultimo giudizio.

Ciò, beninteso, non significa che il giudice cautelare non possa giungere alle medesime conclusioni a cui è giunto il giudice cautelare. Significa, più semplicemente, che qualora le parti non siano in grado di provare *ex novo* il loro diritto nel secondo giudizio il giudice non potrà accogliere la domanda solo perché un altro giudice ha ritenuto

⁸⁶ Sul significato di tali espressioni si è a lungo discusso: per una puntuale ricostruzione del dibattito v. VANZ, *La circolazione*, cit., 111 ss., la quale, *ivi*, 156 ss., conclude che l'"argomento di prova" non possa essere oggetto di una preventiva compressione della propria efficacia probatoria, che è, invece, rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Nel medesimo senso v. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., 437 ss.; TARUFFO, *Le prove per induzione*, in TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 2012, 1120 ss. Secondo invece l'opinione tradizionale, gli argomenti di prova sarebbero uno "strumento di contorno" (così LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 9° ed., Milano, 2017, 82. Conf. RICCI G.F., *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1043 ss.; MONTESANO, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 236).

Ove si aderisca, però, all'opinione per la quale l'argomento di prova ha una propria rilevante efficacia probatoria, tale da giustificare eventualmente anche da solo l'accoglimento della domanda, è chiaro che, ai fini della nostra indagine, poco cambierebbe che l'ordinanza cautelare invocata in un diverso giudizio rilevi come "mero" argomento di prova o come vero e proprio mezzo di prova.

⁸⁷ Soluzione però non condivisibile, atteso che, come si è osservato *supra*, capitolo I, pf. 6.1, tale norma non si occupa direttamente del giudicato per la semplice ragione che non ve ne era alcun bisogno, essendo sempre stata pressoché pacifica la strutturale incompatibilità tra tutela cautelare e giudicato.

provati determinati fatti, peraltro all'esito di un'istruttoria con regole diverse da quelle ordinarie e con un accertamento incentrato più sul *periculum* che sul *fumus*.

Quanto precede porta con sé un importante corollario sul piano della motivazione della seconda decisione. Mentre è infatti un principio acquisito nel nostro ordinamento che la motivazione possa richiamare *per relationem* la motivazione contenuta in un diverso provvedimento⁸⁸, una analoga conclusione non potrebbe invece trovare applicazione qualora quest'ultimo sia rappresentato da un'ordinanza cautelare.

In altri termini, una decisione che si fondi su quanto valutato dal giudice cautelare sarebbe priva di motivazione (*rectius*, si avrebbe una motivazione apparente), atteso che il provvedimento interinale richiamato non avrebbe alcuna autorità⁸⁹. Infatti, ove si muova dalla premessa che la produzione documentale dell'ordinanza cautelare, al fine di provare i fatti posti a fondamento della decisione del primo giudice, sia inammissibile in un diverso giudizio in quanto irrilevante, allora sarebbe impossibile per il secondo giudice fondare la propria decisione su un richiamo alla prima.

Né pare sufficiente, per superare quanto precede, che il giudice faccia propria la motivazione cautelare. Si tratterebbe, come è ovvio, di un espediente per riconoscere rilevanza, seppur indiretta, al provvedimento cautelare in un diverso giudizio. Tuttavia, ci sembra difficile dubitare che un tale risultato contrasti oltre che con la lettera della legge anche con la sua *ratio*.

3.1. *Il provvedimento cautelare come prova scritta ex art. 634 c.p.c.*

Una questione strettamente collegata a quella appena analizzata, di grande interesse per la presente indagine, riguarda la possibilità per il ricorrente vittorioso di richiedere (ed ottenere) un decreto ingiuntivo producendo, quale prova scritta *ex art. 634 c.p.c.* (eventualmente anche ai fini dell'immediata esecutività *ex art. 642 c.p.c.*), l'ordinanza

⁸⁸ Tema su cui v., da ultimo, RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, 215 ss.

⁸⁹ In senso apparentemente difforme sembrerebbe, seppur in relazione ad un'ipotesi diversa dalla presente, RASIA, *La crisi*, cit., 227 s., il quale ritiene che in caso di pregiudizialità logica, il giudice della causa logicamente dipendente potrebbe far propria la motivazione della sentenza pronunciata nella causa logicamente pregiudiziale, ma impugnata. Secondo l'A., infatti, in tal caso il secondo giudice farebbe propria la motivazione della sentenza, così escludendo l'omessa motivazione. Tuttavia, nel nostro caso, a differenza che nell'ipotesi da ultimo esemplificata, non ci sembra possibile superare il tenore letterale dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., il quale esclude proprio che il giudice della causa di merito possa far propria la motivazione dell'ordinanza cautelare.

cautelare⁹⁰.

In effetti, esclusa ogni rilevanza probatoria dell'ordinanza cautelare in relazione ai presupposti di fatto sottesi alla decisione interinale⁹¹, il discorso appare *prima facie* sterile. Tale questione è tuttavia solo apparentemente ridondante rispetto a quella appena analizzata, dal momento che talvolta il legislatore, pur escludendo ogni rilevanza extraprocessuale di una decisione giudiziale, la ritiene, ciononostante, prova scritta idonea *ex art. 634 c.p.c.* a giustificare la concessione di un decreto d'ingiunzione.

Ci si riferisce, in particolare, all'efficacia del decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo (ovvero della decisione che conclude l'opposizione allo stato passivo o il conseguente ricorso per cassazione⁹²), il quale, *ex art. 96, 5° comma, l. fall.*⁹³, produce effetti "soltanto ai fini del concorso". Con tale riforma, il legislatore ha, dunque, accolto la tesi, autorevolmente sostenuta già nei decenni precedenti, per la quale il provvedimento di ammissione allo stato passivo farebbe stato solamente quanto al diritto del creditore ammesso a concorso al riparto e non anche quanto all'esistenza del diritto di credito, che del primo diritto sarebbe solo una questione pregiudiziale⁹⁴.

Senonché, a fronte della generale esclusione di ogni efficacia extraconcorsuale (apparentemente analoga a quella prevista *ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.*), il legislatore ha chiarito, all'art. 120, 4° comma, l. fall. che "il decreto o la sentenza con la quale il credito è stato ammesso al passivo costituisce prova scritta per gli effetti di cui all'articolo 634 del codice di procedura civile"⁹⁵ (testo trasfuso all'art. 236, 4° comma, D.lg.

⁹⁰ In argomento v., per qualche cenno, FRANCO, *Guida*, cit., I, 174.

⁹¹ Del tutto diverso, come già si è visto, è il discorso in relazione a quanto dichiarato dal giudice e all'efficacia di tale dichiarazione, sicché la parte sicuramente potrà allegare al proprio ricorso monitorio l'ordinanza cautelare al fine di dimostrare l'interruzione permanente della prescrizione ovvero al fine di dimostrare il riconoscimento di debito che eventualmente la propria controparte potrebbe aver reso in sede cautelare.

⁹² Per semplicità espositiva, nel prosieguo ci si riferirà esclusivamente al decreto di ammissione allo stato passivo, pur essendo consapevoli che le medesime conclusioni sono applicabili anche al decreto pronunciato in sede di opposizione allo stato passivo ed alla eventuale sentenza della Corte di cassazione pronunciata a seguito dell'impugnazione di tale ultimo decreto.

⁹³ Come modificato a seguito delle riforme del 2006 e del 2007.

⁹⁴ RICCI E.F., *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, 45 ss. spec. 69 ss.; ID., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1090 s.

Peraltro, tale formulazione è destinata ad essere, almeno in parte, superata dal c.c.i.: in argomento, v. SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella liquidazione giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2018, 642 ss.; ZULBERTI, *Novità in tema di accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale: riflessioni a prima lettura*, in www.ildirittodegliaffari.it, 6 ss.

⁹⁵ Questa la formulazione della norma a seguito del d.lg. 9 gennaio 2006 n. 5.

12 gennaio 2019, n. 14, c.d. “codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza” o c.c.i.).

Siamo, dunque, in presenza, almeno secondo l’opinione maggioritaria, di un’eccezione alla regola generale dell’efficacia meramente endoconcorsuale del provvedimento⁹⁶. Tesi che, ove confermata, potrebbe portare l’interprete ad interrogarsi sull’estendibilità di tale principio anche alla sede cautelare.

In effetti, le ragioni usualmente addotte per giustificare una tale previsione risiedono proprio nel valore probatorio del decreto *ex art. 96 c.p.c.*, come prova documentale, che, si afferma, non sarebbe meno attendibile di altri documenti scritti talvolta ammessi legislativamente per giustificare una richiesta monitoria. Infatti, sovente il legislatore si accontenta, quale presupposto per la concessione di un decreto ingiuntivo, di autocertificazioni del creditore⁹⁷, mentre nel caso di specie vi è financo un provvedimento giudiziale pronunciato da un soggetto terzo ed imparziale, talvolta all’esito di una cognizione piena⁹⁸. Nel caso di specie è, infatti, chiaro come l’accertamento contenuto nel provvedimento che ammette il creditore allo stato passivo non possa vinco-

⁹⁶ In argomento v. QUATRARO – DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, 1597; MENCHINI – MOTTO, *L’accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2014, 540 ss.; PAGNI, *La formazione dello stato passivo: il ruolo del curatore e del giudice delegato*, in JORIO – FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 382 s.; PALUCHOWSKI, sub *art. 120*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, 1935; SANDULLI, sub *art. 120*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, II, Milano, 2010, 1382. Nel medesimo senso, v. FINARDI, *Le novità della disciplina dell’accertamento dello stato passivo a seguito delle recenti riforme della legge fallimentare – d. lgs. 5/06 e d. lgs. 169/07*, in *www.ilcaso.it*, 9, il quale ritiene che tra le previsioni *ex art. 96, 5° comma, l. fall.* e *ex art. 120, 4° comma, l. fall.* vi sia un’antinomia.

RUSSO, *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. fall.*, 2007, 273 s., ritiene, invece, coerente (seppur non condivisibile) la soluzione accolta legislativamente all’*art. 120, 4° comma, l. fall.* con quanto prevede l’*art. 96, 5° comma, l. fall.*

⁹⁷ Si pensi, ad esempio, all’estratto conto *ex art. 50 t.u.b.*, corredato dalla dichiarazione di un dirigente che ne attesti la conformità alle scritture contabili nonché la verità e liquidità del credito. In argomento v. GARBAGNATI, *Il procedimento*, cit., 88 s.; RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in CHIARLONI – CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, I, Torino, 2005, 421; ID., *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 458; FARINA, sub *art. 50*, in COSTA (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Torino, 2013, 504 ss. spec. 507 s.; DAVOLA, sub *art. 50*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Milano, 2018, 563 ss.

MONTANARI, *Gli effetti della chiusura*, in JORIO – SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, III, Milano, 2016, 621, proprio muovendo dall’ampiezza di documenti con cui il creditore può ottenere un decreto ingiuntivo, lamenta la timidezza dell’intervento legislativo in relazione all’*art. 120, 4° comma, l. fall.*

⁹⁸ FABIANI, *La chiusura del fallimento e la riapertura*, in VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, *Trattato*, cit., II, 834. Conf. BOZZA, sub *artt. 96-97*, in JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 1478.

lare il giudice dell'eventuale opposizione a decreto ingiuntivo, il quale dovrà prescindere da quanto contenuto nel provvedimento pronunciato in sede fallimentare⁹⁹; al contempo, sarebbe però antieconomico prescindere totalmente dagli esiti – solitamente abbastanza attendibili – a cui ha portato l'istruttoria in sede fallimentare.

Ove la ricostruzione dell'istituto corrispondesse a quella appena richiamata sembrerebbe potersi concludere per la possibilità per l'ordinanza cautelare di fondare un ricorso monitorio: dal momento che tra la previsione *ex art. 96, 5° comma, l. fall.* e quella *ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.* non vi sarebbe alcuna reale distinzione quanto ad efficacia extraprocessuale, potrebbe sostenersi l'applicazione analogica della prima norma alla seconda, ovvero una declaratoria di incostituzionalità della seconda nella parte in cui non consente una deroga analoga a quella prevista in materia fallimentare.

Tale ricostruzione, tuttavia, non convince appieno.

Per avvedersi dei dubbi appena manifestati è sufficiente prendere in considerazione l'oggetto dell'accertamento del giudice in sede fallimentare che, secondo l'impostazione oramai consolidata, non può in alcun modo coincidere con quello del processo cautelare. Come si è, infatti, visto, l'oggetto dell'insinuazione al passivo è il diritto a concorrere al riparto, di cui l'esistenza del diritto di credito è solo pregiudiziale¹⁰⁰. Di conseguenza, tra l'art. 96, u.c., e l'art. 120, 4° comma, l. fall. non vi è rapporto di regola ad eccezione, dal momento che, mentre la prima norma disciplina il diritto a concorrere al riparto, la seconda si occupa di un giudizio finalizzato all'accertamento del diritto sostanziale che del diritto al concorso è solo un antecedente giuridico (in quanto tale, giova ricordarlo, non coperto da giudicato *ex art. 34 c.p.c.*). Si tratta, dunque, di norme non tra loro in conflitto ma con contenuto per così dire parallelo.

⁹⁹ QUATRARO – DIMUNDO, *La verifica*, cit., 1597 s.; DE MATTEIS, sub *art. 120*, in LO CASCIO (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, 4° ed., Milanofiori Assago, 2017, 1687; SANDULLI, sub *art. 120*, cit., 1384.

Più dubitativo sul punto sembra, invece, MINUTOLI, *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Milanofiori Assago, 2016, 2420 s.

MONTANARI, *Gli effetti*, cit., 622, ritiene, invece, che il giudice dell'opposizione dovrà valutare se il decreto è stato emesso all'esito di una cognizione piena che abbia accertato l'esistenza del diritto. In tal caso, infatti, secondo l'A., il giudice dell'opposizione potrà ritenere sufficiente (nell'esercizio del suo libero apprezzamento) anche il solo decreto. Tale soluzione sembra però in contrasto, a parere di chi scrive, con la chiara formulazione sia dell'art. 96 l. fall. sia, soprattutto, con quella *ex art. 634 c.p.c.*

¹⁰⁰ Così, già prima della riforma del 2006, RICCI E.F., *Formazione del passivo fallimentare*, cit., 45 ss. Conf., successivamente alla riforma, MENCHINI – MOTTO, *L'accertamento*, cit., 543 ss. spec. n. 366, nonché, pur ritenendo la questione oramai irrilevante a seguito della riforma, BOZZA, *I principi della formazione dello stato passivo*, in JORIO – SASSANI, *Trattato*, cit., II, Milano, 2014, 608.

Alla luce di quanto precede si spiega, pertanto, l'apparente antinomia riscontrata dalla maggioranza degli interpreti tra le due norme.

L'art. 120, 4° comma, l. fall. si pone infatti come eccezione, seppur parziale, non a quanto prevede l'art. 96 l. fall., ma all'art. 34 c.p.c.: mentre tale ultima norma prevede la regola generale dell'assenza di giudicato sugli antecedenti giuridici della decisione, l'art. 120, 4° comma, l. fall., nel confermare in principio tale regola, riconosce tuttavia una limitata efficacia (non certo di giudicato, ma quantomeno probatoria) all'accertamento compiuto dal giudice delegato, tale per cui l'attività istruttoria compiuta ai fini dell'ammissione allo stato passivo non è *inutiliter data* in ogni altro giudizio, ben potendo il creditore istante ottenere un decreto ingiuntivo in forza del predetto provvedimento. Del resto, dall'accertamento del diritto a concorrere al riparto non potrebbe mai discendere un ricorso monitorio, non foss'altro perché l'esistenza del credito è solo uno degli antecedenti giuridici che il giudice delegato deve valutare (si pensi alla mancata ammissione al passivo di un creditore per essersi insinuato oltre i termini *ex art. 101 l. fall.*, in difetto di una causa non imputabile per il ritardo), mentre ciò che il creditore aziona in sede monitoria è proprio il diritto di credito.

Del tutto diversa è, invece, la questione in relazione al provvedimento cautelare, dal momento che, in tal caso, il giudice procede all'accertamento (sommario) proprio del diritto di cui il ricorrente chiede tutela, seppur limitandosi ad un giudizio di apparenza e, soprattutto, attraverso il filtro del *periculum in mora*. In tal caso, dunque, nessuna rilevanza ha la disciplina dei rapporti di pregiudizialità-dipendenza *ex art. 34 c.p.c.*, dal momento che oggetto principale dell'accertamento del giudice è proprio il diritto cautelato (*rectius*, il suo *fumus*).

Così impostati i termini del problema, è del tutto evidente come l'art. 120, 4° comma, l. fall. non sia applicabile analogicamente alla tutela cautelare, atteso che tale ultima norma non costituisce una deroga al principio dell'efficacia endoprocessuale dei provvedimenti decisori senza giudicato¹⁰¹, ma dell'art. 34 c.p.c.

A ciò si aggiunga, poi, che la disciplina in materia fallimentare è per definizione speciale e, pertanto, difficilmente suscettibile di applicazione analogica, con la conseguenza che, anche qualora si volesse ritenere che la norma *ex art. 120, 4° comma, l. fall.* deroghi al principio dell'efficacia endoprocessuale dell'ammissione allo stato passivo,

¹⁰¹ Per riprendere l'efficace espressione di TISCINI, *I provvedimenti decisori*, cit., *passim*.

la specialità della materia fallimentare osterebbe a trasporre tale (come visto, peraltro, opinabile) soluzione anche alla tutela cautelare¹⁰².

Tuttavia, se quanto precede è, come a noi sembra, corretto, resta ancora da esaminare la possibilità di addivenire alla medesima conclusione, circa la possibilità di ottenere un decreto ingiuntivo in forza dell'ordinanza cautelare non già, a questo punto, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 120, 4° comma, l. fall., ma in applicazione dei principi generali in materia monitoria.

In effetti, in senso favorevole sembra essersi espressa, per quanto consta in un unico caso, la Suprema Corte, la quale, seppur implicitamente, ha riconosciuto la possibilità di ottenere un decreto ingiuntivo in forza di un'ordinanza cautelare¹⁰³, con una decisione che però, a nostro avviso, non può essere condivisibile.

Giova, anzitutto, premettere che, ai fini della nostra indagine, del tutto inconferente sarebbe il richiamo alla giurisprudenza formatasi con riguardo ai provvedimenti presidenziali temporanei ed urgenti emessi in sede di separazione *ex art. 708 c.p.c.*¹⁰⁴. Chiamata ad esprimersi sulla possibilità di concedere decreto ingiuntivo con l'utilizzo di tali provvedimenti come prova scritta *ex art. 634 c.p.c.*, la Corte di cassazione ha, infatti, accolto la soluzione negativa¹⁰⁵. Tuttavia, a sostegno del proprio *decisum* la Corte non ha invocato la mancanza di efficacia in un diverso giudizio di tali misure¹⁰⁶ ma la circostanza che, altrimenti, si sarebbe ammessa la possibilità di contestare la misura in una forma (il giudizio di opposizione *ex artt. 645 ss. c.p.c.*) diversa da quella

¹⁰² Merita, a questo proposito, riportare le parole di RICCI E.F., *Efficacia ed oggetto*, cit., 1095, il quale, proprio nel concludere per l'efficacia meramente endoesecutiva dell'accertamento dello stato passivo, osservava, ancor prima della riforma del 2006: «*ma anche per i fallimentaristi è vissuto Copernico, anche per i fallimentaristi è vissuto Galileo. Sarà bene che prima o poi i cultori del diritto fallimentare si avvedano che il sistema giuridico ruota intorno ad un centro ben diverso dalla loro materia, la quale è soltanto uno dei numerosi e periferici pianeti ruotanti ... Al di fuori del pianeta, il sistema seguita a vivere secondo regole diverse e di più ampio respiro; e chi non è in grado di capire che queste regole diverse (e di più ampio respiro) disciplinano la realtà esterna al fallimento, può trovare conforto nella lettura di Shakespeare, ricordando quando Amleto dice ad Orazio: esistono più cose in terra ed in cielo ... di quelle sognate dalla nostra filosofia*». Tali parole devono essere riproposte, a nostro avviso, anche per la norma *ex art. 120, 4° comma, l. fall.*

¹⁰³ Cass., 10 aprile 1978, n. 1680, in *Foro it.*, 1980, I, 226 ss., in motivazione, in relazione al provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, seppur, ovviamente, anteriormente alla riforma del 2005.

¹⁰⁴ In argomento, v. CONTE, *La prova nel procedimento per decreto ingiuntivo e nell'istanza di ingiunzione ex art. 186 ter*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 489 ss.; FRANCO, *Guida*, cit., I, 183 s.

¹⁰⁵ Cass., 29 aprile 1991, n. 4722, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3169 ss., con nota di LASCARO, *Ammissibilità del decreto ingiuntivo fondato su ordinanza presidenziale ex art. 708 c.p.c.* In argomento, v. FRANCO, *Guida*, cit., I, 182 ss.

¹⁰⁶ Principio pacifico: Cass., 28 agosto 1999, n. 9061, in *Riv. esec. forz.*, 2000, 95 ss., con nota di MERLIN, *Sulla spendibilità della compensazione in sede di opposizione all'esecuzione. Problemi e prospettive*; Cons. Stat., sez. IV, 8 luglio 1993, n. 683, in *Foro amm.*, 1993, 1505 s.

sua naturale, vale a dire il giudizio di separazione. Nel caso di tutela cautelare difettano, invece, le esigenze di ordine pubblico sottese ai giudizi di separazione.

Al fine di fornire una risposta convincente, è, invece, opportuno osservare come la *ratio* sottesa all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. sia quella di escludere che la decisione interinale possa modificare la posizione processuale che le parti ordinariamente avrebbero. Sennonché, non pare ammissibile che una parte, dopo aver ottenuto un provvedimento previa istruttoria, magari estremamente sommaria, possa sfruttare la circostanza per ottenere un decreto ingiuntivo, astrattamente idoneo ad acquistare autorità di giudicato.

Inoltre, la lettera dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. appare sufficiente ampia per escludere ogni efficacia probatoria circa i fatti posti a fondamento della decisione cautelare, a prescindere dalla sede – ordinaria o monitoria – in cui questa sia invocata. Il riferimento al “diverso giudizio” ivi contenuto non può, infatti, essere interpretato in senso restrittivo, se non con un'arbitraria limitazione della lettera della norma. Il legislatore ha infatti inteso escludere ogni beneficio processuale alle parti in un diverso giudizio e, sotto tale profilo, poco cambia che l'ordinanza cautelare sia stata usata come argomento di prova in un diverso giudizio di merito o, comunque, come prova scritta *ex art.* 634 c.p.c. In entrambi i casi, la *voluntas legis* sarebbe comunque violata.

Si può, pertanto, concludere che il provvedimento cautelare non potrà mai avere alcuna efficacia probatoria in un diverso giudizio, in relazione all'esistenza dei fatti posti a fondamento della decisione, sia in sede monitoria, sia in ogni altra sede, atteso che, diversamente opinando, la norma contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. perderebbe una delle sue funzioni fondamentali, vale a dire l'esclusione di ogni autorità, anzitutto probatoria, dell'ordinanza cautelare in un diverso processo.

3.2. (segue) Autorità “documentale” del provvedimento cautelare.

Nel presente capitolo è stato compiuto un ulteriore passo in avanti nella definizione della “autorità” del provvedimento cautelare.

In particolare, dopo aver osservato, nel secondo capitolo, che nella nozione di “autorità” di fatto dovevano essere ricompresi gli effetti del provvedimento, inteso come accadimento storico, nel presente capitolo abbiamo trovato ulteriori conferme di tale principio (in particolare, ai fini dell'interesse ad agire in accertamento negativo o come

fatto che ha indotto in errore il ricorrente ai fini della rimessione in termini), ma abbiamo osservato altresì la rilevanza della misura interinale come documento.

Tale circostanza è di non poco momento, atteso che ci porta ad osservare come la nozione di “autorità” *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. non possa essere circoscritta al solo *dictum* giudiziale (e, dunque, al solo contenuto del provvedimento, che pure riveste una particolare importanza, come è ovvio), ma altresì allo strumento all’interno del quale il comando è contenuto.

Si tratta di questione particolarmente importante proprio perché, diversamente opinando, buona parte dei limiti stabiliti dal legislatore nella norma in esame verrebbero facilmente elusi, dal momento che sarebbe sufficiente trasferire l’autorità, di cui innegabilmente il *dictum* giudiziale è sfornito, al provvedimento, inteso in senso documentale, per aggirare un tale limite, come del resto, a nostro avviso, si è talvolta cercato di agire in altri contesti, ogniqualvolta, cioè, non fosse possibile spendere immediatamente l’autorità di cosa giudicata di una sentenza, vuoi perché eccedente i limiti *ex artt. 651 ss. c.p.p.*, vuoi perché pronunciata *inter alios*.

Quanto precede, come del resto si è già osservato, non esclude affatto che il provvedimento, inteso in senso documentale, abbia una sua propria “autorità”, come del resto non viene escluso neppure dalla formulazione letterale dell’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., ma che la sua invocabilità in un diverso giudizio deve essere valutata con particolare attenzione.

Infatti, il provvedimento cautelare ben può essere invocato, come documento (e, dunque, a fini probatori) in un diverso giudizio, purché ciò non determini una surrettizia invocazione dell’efficacia decisoria in un diverso giudizio. Possibilità che si è ammessa in relazione all’estrinseco del provvedimento, ma che è, invece, stata negata in relazione all’intrinseco (o, se si preferisce, ai presupposti che hanno portato all’emanazione di un certo provvedimento), proprio in quanto vera *ratio* della norma in esame.

Del resto, la necessità di individuare con particolare attenzione i limiti entro cui l’autorità documentale di un provvedimento è invocabile in un diverso giudizio assume grande importanza non solo teorica ma altresì pratica.

Infatti, come è ovvio, il ricorrente vittorioso in sede cautelare produrrà quasi sempre, come documento allegato al proprio atto di costituzione in giudizio, l’ordinanza cautelare che lo ha riconosciuto vincitore e ciò al precipuo fine di influenzare il giudice

del merito. Spetterà, dunque, al giudice del merito stabilire i limiti entro cui tale produzione sia rilevante ai fini del decidere e, dunque, al fine di stabilire se essa sia finalizzata a provare l'intrinseco o l'estrinseco del provvedimento.

Ad ogni modo, occorre però precisare che, contrariamente a quanto potrebbe ritenersi da una superficiale lettura dei paragrafi che precedono, il provvedimento cautelare, inteso in senso documentale, non è inammissibile in un diverso giudizio. Infatti, la produzione in giudizio di misura interinale non viola di per sé, alcuna norma di legge, tanto più che può sempre essere prodotta per provare proprio la circostanza che il giudice abbia deciso in un determinato modo. Qualora però tale produzione sia finalizzata a provare i fatti posti a fondamento della decisione cautelare sarà irrilevante – pertanto non potrà essere presa in considerazione dal giudice – perché l'unico fatto che tale produzione potrebbe dimostrare (la circostanza che il giudice cautelare abbia accertato dei fatti) è del tutto ininfluyente ai fini del decidere, giusta la previsione *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c., ma forse, più in generale, nel rispetto dell'inidoneità di un provvedimento giudiziale – quale che esso sia – a costituire prova dei fatti posti a fondamento della decisione stessa, dal momento che la stessa autorità di giudicato fa stato su diritti e non su fatti. Sarebbe, pertanto, singolare un'efficacia ulteriore, non prevista dalla legge e in qualche modo concorrente con l'autorità della cosa giudicata, in capo anche a provvedimenti che di tale ultima autorità sono sforniti.

CAPITOLO IV

AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE IN UN GIUDIZIO NON DICHIARATIVO

SOMMARIO: 1. La nozione di “diverso processo” ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. – 2. L’efficacia esecutiva del provvedimento cautelare. – 3. Ammissibilità dell’opposizione all’attuazione-esecuzione di una misura cautelare. – 3.1. Le doglianze spendibili nel giudizio di opposizione all’attuazione-esecuzione dei provvedimenti cautelari. – 3.2. La sospensione ex art. 624 c.p.c. del processo attuativo-esecutivo a seguito di opposizione all’esecuzione. Rinvio. – 4. La ripetizione di quanto pagato in sede di attuazione-esecuzione di una misura cautelare. – 5. Note conclusive sull’invocabilità dell’autorità del provvedimento cautelare nel processo esecutivo. – 6. Interferenze tra giudizi cautelari. – 6.1. La sospensione ex art. 624 c.p.c. dell’attuazione-esecuzione instaurata in forza di misura cautelare.

1. La nozione di “diverso processo” ex art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.

L’art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. non distingue, sul piano letterale, a seconda che l’autorità del provvedimento cautelare sia invocata in un giudizio di accertamento, ovvero in un altro giudizio.

Si tratta, allora, di comprendere, da un lato, se nell’ambito applicativo di tale norma debba ricomprendersi ogni altro giudizio e, segnatamente, i procedimenti esecutivi-attuativi instaurati in forza del provvedimento cautelare stesso nonché eventuali successivi giudizi cautelari (ovviamente instaurati tra le medesime parti e su diritti dipendenti).

Nei capitoli che precedono, ci siamo concentrati principalmente sulla autorità *lato sensu* dichiarativa della misura, cioè sulla possibilità che il giudice di merito sia in qualche modo vincolato all’accertamento svolto, in punto di *fumus boni iuris*, in sede cautelare; soluzione che, come si è visto, deve essere esclusa. Nel presente capitolo dovremo, pertanto, estendere l’indagine a giudizi instaurati per finalità diversa a quella di accertamento, al fine di verificare se l’autorità, cui fa cenno l’art. 669-octies, 9° comma, c.p.c., sia solamente quella sul *fumus boni iuris* o debba, invece, essere intesa in senso più ampio.

Infatti, la concessione di un provvedimento interinale rappresenta solamente uno dei tasselli che concorre a garantire la piena tutela alle parti, dal momento che in forza di

tale misura potrà essere instaurato un giudizio di “attuazione” (così l’art. 669-*duodecies* c.p.c.) e dal momento che, comunque, tale misura gode di una, seppur minima, stabilità atteso che potrà essere modificata o revocata solamente in presenza dei presupposti *ex art. 669-decies* c.p.c.¹. Di conseguenza, in tali giudizi l’autorità del provvedimento cautelare assume particolare importanza, proprio perché sia l’attuazione, sia la disciplina della modifica e della revoca presuppongono non solo la concessione di una misura interinale, ma soprattutto la sua invocabilità (è evidente, per limitarci ad un solo esempio, che se la misura cautelare fosse *tamquam non esset* nel giudizio di attuazione, essa non potrebbe neppure essere eseguita). In tale settore assume, dunque, una particolare rilevanza non solo lo studio circa la possibilità di ricomprendere nella nozione di “diverso giudizio” *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. anche i giudizi attuativi e cautelari, ma soprattutto il significato da attribuire alla nozione di “autorità”: autorità *lato sensu* dichiarativa o, altresì, esecutiva e cautelare.

Di tali questioni ci occuperemo nel presente capitolo.

¹ Una conclusione analoga, seppur ancor meno rigorosa, è prevista per la possibilità di ottenere un provvedimento di accoglimento a seguito del rigetto della domanda cautelare *ex art. 669-septies* c.p.c.

Sezione prima

AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE IN SEDE DI ATTUAZIONE-ESECUZIONE

2. *L'efficacia esecutiva del provvedimento cautelare.*

Prima di procedere ad analizzare i limiti entro cui l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile nel giudizio di attuazione *ex art. 669-duodecies* c.p.c., è indispensabile analizzare la possibilità di qualificare il provvedimento cautelare come titolo esecutivo in senso proprio, dal momento che una tale operazione porta con sé significative ripercussioni non solo, come è ovvio, sul piano dogmatico ma altresì sul piano pratico. Infatti, ove si ritenga che il provvedimento cautelare permetta di accedere ad una vera e propria tutela esecutiva, sarà possibile applicare la disciplina prevista dal terzo libro del codice di rito per quanto non diversamente previsto dal legislatore. Quale, invece, la fase attuativa dovesse considerarsi, secondo l'opinione maggioritaria che si illustrerà tra poco, una fase in qualche modo necessaria del procedimento cautelare, tale da non distinguersi dalla fase della sua attuazione, coerenza imporrebbe di colmare eventuali lacune legislative in forza della disciplina cautelare stessa ed, in particolare, in applicazione dell'ampia clausola generale prevista dall'art. 669-*sexies*, 1° comma, c.p.c., a norma del quale il giudice può procedere nel modo che ritenga più opportuno, fatto salvo il solo rispetto del contraddittorio. Si tratta di questione che, come si vedrà, assume particolare rilievo in relazione al regime delle opposizioni avverso l'esecuzione instaurata in forza di un provvedimento cautelare.

Al fine di fornire una soluzione alla questione che precede è opportuno anzitutto procedere ad analizzare le tesi sostenute in dottrina e giurisprudenza.

Secondo, infatti, un'autorevole opinione tradizionale, formulata nella vigenza del codice del 1865, il provvedimento cautelare è a tutti gli effetti un titolo esecutivo, con conseguente soggezione della fase della sua esecuzione alla disciplina ordinaria prevista dal codice di rito². In tale ricostruzione, il provvedimento cautelare ben potrebbe

² CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2° ed., Napoli, 1935, 288. In questo senso v. anche Cass., 19 febbraio 1957, n. 603, in *Foro it.*, 1958, I, 756 ss. L'esplicita distinzione tra fase cognitiva ed esecutiva del procedimento cautelare è stata autorevolmente predicata altresì da CARNELUTTI, *Carattere della sentenza di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 165 s.; ID., *Sistema di diritto*

qualificarsi come titolo esecutivo giudiziale ex art. 474, 2° comma, n. 1, II pt., c.p.c. Inevitabile conseguenza di quanto precede sarebbe la piana applicazione di tutta la disciplina codicistica dettata per l'esecuzione forzata, sicché nessuna differenza vi potrebbe essere tra la messa in esecuzione di un provvedimento cautelare e quello di qualsiasi altro provvedimento giudiziale.

A pochi anni dall'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, tale tesi fu però oggetto di rimediazioni, maggiormente rispettose delle peculiarità della tutela cautelare. Secondo tale ultima ricostruzione, destinata, come vedremo, a diventare assolutamente dominante per tutta la seconda metà del ventesimo secolo, il provvedimento cautelare si distinguerebbe dalla tutela dichiarativa perché del tutto inidoneo a fornire in sé alcuna reale tutela alle parti: mentre infatti la tutela dichiarativa, in forza del giudicato che ne consegue, riconosce alle parti quantomeno la certezza nei rapporti, il provvedimento cautelare, in quanto provvisorio e strumentale, non potrebbe fornire neppure tale nucleo minimo di tutela. Di conseguenza sarebbe coesenziale con la sua funzione una fase di attuazione del provvedimento, senza la quale il provvedimento sarebbe pressoché inutile. Pertanto, nella tutela cautelare, la fase *lato sensu* cognitiva e quella esecutiva sarebbero inscindibili, essendo impossibile distinguere, quanto ad utilità per il ricorrente, le due fasi, di cui la prima è solo il presupposto per accedere alla seconda³.

processuale civile, I, Padova, 1936, 206; CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 167 e 217, il quale espressamente discorre di un "titolo esecutivo cautelare" e di "esecuzione forzata cautelare". Considerano il provvedimento cautelare titolo esecutivo, salvo però escludere il rispetto delle forme previste dal terzo libro del codice di rito, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, 3° ed., Napoli, 1957, 17; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 2° ed., Torino, 1993, 175, il quale, però, preferisce discorrere di "efficacia esecutiva" anziché di "titolo esecutivo".

³ LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 248 ss. Nel medesimo senso, v. CALVOSA, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1957, 465 ss.; ID., *Il processo cautelare*, Torino, 1970, 811 ss.; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 117 s.; ID., *Esecuzione dei provvedimenti d'urgenza ed esecuzione forzata per fare o disfare*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, 743; ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, 2° ed., XI, Padova, 2011, 1046 s.; BLUMETTI, *Titolo esecutivo e precetto*, in DEMARCHI ALBENGO (diretto da), *La nuova esecuzione forzata*, 2° ed., Bologna, 2018, 29 s.; CAMPEIS – DE PAULI, *Le esecuzioni speciali*, Milano, 1999, 241; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 115 s. n. 13; FAZZALARI, *Profili della cautela*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 11; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 332; VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 725 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 14 luglio 2003, n. 10994, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 1662 s.; Cass., 11 gennaio 1988, n. 26, *ivi*, 1988, 13 s.; Cass., 25 marzo 1981, n. 1737, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1340, con nota di GROSSI, *Brevi note sulla tutela cautelare atipica e l'esecuzione forzata*; Cass., 6 dicembre 1972, n. 3520, in *Foro it.*, 1973, I, 1132. Conf., più di recente, Cass., 26 febbraio 2008, n. 5010, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 296. Tale tesi si trova *in nuce* anche in FURNO, *Decreto di reintegra e opposizione al precetto*, in *Foro civ.*,

Tale soluzione porta così ad escludere, in capo al provvedimento cautelare, la qualifica di titolo esecutivo, dal momento che la fase di attuazione-esecuzione rappresenterebbe una fase del processo cautelare e non una forma, seppur speciale, di esecuzione forzata. Una simile impostazione presentava, quantomeno sino alla riforma del 1990, non pochi vantaggi pratici, ritenuti dalla pressoché unanimità degli interpreti maggiormente confacenti alle esigenze di celerità sottese alla tutela cautelare. Anzitutto, essa avrebbe evitato la necessità di procedere agli atti prodromici all'espropriazione e, segnatamente, la notificazione dell'atto di precetto e del titolo esecutivo (e financo l'apposizione stessa della formula esecutiva). Essa, inoltre, avrebbe permesso un minore formalismo nella fase esecutiva, garantendo al giudice la possibilità di adattare il procedimento alle specifiche esigenze cautelari richieste dal caso concreto. Inoltre, si aggiungeva, l'art. 474 c.p.c. ammette l'esecuzione forzata solo a tutela di un diritto "certo", oltre che liquido ed esigibile. Tale caratteristica, però, difetterebbe per i provvedimenti cautelari che mai potrebbero "accertare", in senso tecnico, il diritto cautelato. Di conseguenza, accertamento ed esecuzione sarebbero un'unica fase (da cui il nome di "unità del procedimento cautelare" che individua tale tesi) del procedimento cautelare, che, del resto, si sarebbero svolte avanti allo stesso giudice il quale, dopo aver concesso la misura, ne avrebbe altresì diretto l'esecuzione.

A ben vedere, il successo di tale ricostruzione, pur fondata su solide argomentazioni sistematiche, si fondava sull'esigenza di non perdere la celerità e l'efficienza che, in ultima analisi, contraddistinguono la tutela cautelare, proprio nella fase di esecuzione nella misura, cioè proprio nel momento in cui dovrebbe essere garantita l'effettività della tutela. Essa dunque, al di là delle ragioni sistematiche su cui si fondava, permetteva di plasmare un procedimento esecutivo-attuativo *ad hoc*.

1949, 176, il quale, prima dell'elaborazione della tesi dell'unità del procedimento cautelare, aveva osservato come i provvedimenti di reintegrazione del possesso abbiano "di per sé qualità di titolo esecutivo".

Maggiormente scettici nei confronti di tale tesi, quantomeno con riferimento ai provvedimenti cautelari di condanna al pagamento di una somma di denaro, sono CAPPONI, *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al pagamento di somme*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 114; PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 413 ss. Apertamente critico nei confronti di tale soluzione, prima dell'entrata in vigore del procedimento cautelare uniforme (e, in particolare, dell'art. 669-duodecies c.p.c.), altresì FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori*, Milano, 1991, 266 ss.

Solamente con la riforma operata dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, che, come noto, ha introdotto il procedimento cautelare uniforme, il legislatore ha previsto una sommaria disciplina unitaria dell'attuazione dei provvedimenti cautelari.

Ciò che balza all'occhio del lettore è anzitutto proprio la formula a cui è ricorso il legislatore, che definisce tale fase non già come esecuzione, ma come attuazione, così dimostrando, almeno secondo l'opinione maggioritaria, di voler aderire alla tesi dominante già richiamata⁴.

Tuttavia, se da un lato la riforma ha, apparentemente, fornito alla tesi maggioritaria un argomento letterale di grande importanza, essa l'ha, al contempo, privata del principale argomento finalistico per il quale essa si era imposta. Una volta, infatti, fornita una disciplina applicabile all'attuazione del provvedimento cautelare e rispettosa delle esigenze di celerità ed effettività di tale forma di tutela, la possibilità di applicare, direttamente o per mera analogia in quanto compatibile, la disciplina dell'esecuzione forzata perde rilievo. È, infatti, ormai il legislatore a richiamare espressamente, seppur con clausola di compatibilità, in relazione alle misure aventi ad oggetto somme di denaro, le forme processuali *ex artt.* 491 ss. c.p.c. (così, peraltro, escludendo *in nuce* la necessità della previa notifica dell'atto di precetto e del "titolo esecutivo", nonché la stessa apposizione della formula esecutiva) e a dettare una procedura ampiamente deformalizzata in relazione ai provvedimenti aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare (che, per ragioni espositive, nel prosieguo saranno chiamati obblighi non pecuniari).

Anzi, proprio la circostanza che il legislatore nel 1990 abbia sentito la necessità di fornire un'autonoma disciplina all'attuazione – enucleandone una vera e propria fase – ha indotto alcuni Autori a ritenere che quell'unità nel procedimento cautelare tra cognizione ed esecuzione, predicata dalla tesi tradizionale, sarebbe ormai venuta

⁴ Si tratta di osservazione comune in dottrina: ARIETA, *Le cautele*, cit., 1045; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 263; CARRATTA, *La fase di attuazione coattiva*, in CARRATTA (diretto da), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, 393; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, Napoli, 2006, 209; MONTESANO – ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 158; OLIVIERI G., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 729; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, 85; SALETTI, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 453; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 6° ed., Milano, 2017, 172.

meno⁵. Infatti, è oramai lo stesso legislatore a disciplinare separatamente la fase di concessione della misura cautelare dalla sua successiva attuazione, che diventa, pertanto, meramente eventuale e logicamente separata dalla sua concessione⁶.

A prescindere da quanto appena osservato, comunque, la tesi tradizionale non convinceva pienamente neppure in precedenza. Abbiamo, infatti, già osservato più volte nel corso del presente lavoro come, pur essendo fuor di discussione la coercibilità del provvedimento cautelare, questa rappresenta solamente una mera eventualità, atteso che non è infrequente – e corrisponde, anzi, agli auspici più recenti del legislatore – che le parti si conformino spontaneamente al *dictum* giudiziale. Sotto tale profilo, dunque, il provvedimento cautelare può costituire una utilità diretta per il ricorrente, anche senza la successiva fase di attuazione (tanto più ove si ammetta, come a noi sembra preferibile, la concessione di una misura cautelare di mero accertamento). All'evidenza, non sempre la sola concessione del provvedimento sarà sufficiente a garantire al ricorrente piena soddisfazione dei propri diritti ed in tali casi sarà inevitabile (ed, anzi, costituzionalmente necessario) che il provvedimento cautelare possa essere messo in esecuzione. Sotto tale profilo, però, non vi è alcuna reale differenza rispetto ad un qualsiasi altro provvedimento giudiziale (ed, in particolare, rispetto ad una sentenza di condanna), che non sia spontaneamente eseguita dalle parti.

Tale profilo merita di essere chiarito. La fase di attuazione-esecuzione della misura cautelare è, all'evidenza, centrale, dal momento che garantisce l'effettività della tutela, a cui l'intera disciplina cautelare è orientata. Tuttavia, tale fase, dal punto di vista strutturale, non differisce dall'esecuzione di un qualsiasi altro provvedimento giudiziale. Spesso, infatti, allorché le parti ricorrono ad una tutela di cognizione di condanna non necessitano dell'incontestabilità derivante dalla cosa giudicata (ad es., perché l'esistenza del diritto non è oggetto di contestazione), ma della sola soddisfazione della propria pretesa. In tali casi, la circostanza che dalla sentenza (e non dal provvedimento

⁵ CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997, 166 s.; VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 82 ss.; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, I, in CHIARLONI – CONSOLO (a cura di), *I provvedimenti sommari e speciali*, II, Torino, 2005, 790; ID., *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 885. Così osserva, seppur criticamente ed in relazione ai soli provvedimenti aventi ad oggetto obblighi pecuniari, TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 569.

⁶ ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., 260; FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 287.

cautelare) derivi altresì una immutabilità è per le parti indifferente, non essendo in tale incontestabilità il bene della vita che esse cercano.

È, dunque, vero che il provvedimento cautelare, privato della sua fase di attuazione e altresì inidoneo all'immutabilità propria del giudicato, può apparire *inutiliter datum*, non garantendo al ricorrente quel "bene della vita" che egli richiede. Sennonché, a prescindere dalle ipotesi, già richiamate – quali il provvedimento cautelare di mero accertamento – in cui una fase attuativa non è neppure configurabile, anche una sentenza di condanna, privata della sua fase di esecuzione, può, per le ragioni appena richiamate, essere altrettanto inidonea a fornire una qualsivoglia tutela alle parti.

La speciale centralità tradizionalmente riconosciuta all'attuazione dei provvedimenti cautelari, rispetto ai tradizionali titoli esecutivi giudiziali, discende dal fatto che, più di frequente, nella tutela cautelare le parti chiedano una condanna. Profilo che ha portato ad una significativa assimilazione della tutela cautelare all'interno della categoria dei provvedimenti (seppur provvisoriamente) condannatori. È, del resto, emblematico il perdurante scetticismo di una rilevante parte della dottrina e della giurisprudenza nei confronti dei provvedimenti cautelari di mero accertamento, proprio perché un tale contenuto violerebbe la ragion d'essere dell'istituto. Tuttavia, una volta superata la necessità di un provvedimento cautelare con contenuto necessariamente condannatorio, anche l'imprescindibilità della fase di attuazione del provvedimento cautelare può venire meno.

A tale primo argomento, si è del resto aggiunto come la tesi dell'unità del procedimento cautelare, se sviluppata fino alle sue coerenti conclusioni, comporterebbe che, proprio come il provvedimento cautelare diventa inefficace se non seguito dal giudizio di merito (oramai nei soli casi di tutela cautelare a strumentalità piena), analoga conclusione dovrebbe imporsi con riferimento alla sua attuazione, ove questa non sia iniziata entro un determinato periodo di tempo⁷: se, infatti, non è neppure configurabile la concessione di un provvedimento cautelare scissa dalla sua attuazione, non si vedrebbe l'utilità di mantenere nell'ordinamento una misura inutile. Sennonché, una tale generale previsione difetta nel nostro ordinamento, al di fuori dei soli sequestri *ex art.* 675 c.p.c., in relazione ai quali, peraltro, significativamente il legislatore discorre di

⁷ VULLO, *L'attuazione*, cit., 86 s. Era, del resto, questo uno dei principali argomenti sistematici adottati da LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., 249 s.

fase di “esecuzione”. Anche sotto tale profilo, dunque, la circostanza che il provvedimento cautelare debba necessariamente essere seguito dalla sua attuazione, presupposto della tesi opposta, appare smentita dallo stesso legislatore, il quale, all’art. 669-*duodecies* c.p.c., non ha generalizzato la disciplina dei sequestri che è, anzi, espressamente considerata un’eccezione ai sensi della prima parte della norma.

Sembra, dunque, che il legislatore non abbia affatto preso posizione sul dibattito circa l’unità del procedimento cautelare, ma si sia limitato a fornire, pragmaticamente, una disciplina che garantisca all’interprete maggiore certezza sulle forme da seguire per l’attuazione del provvedimento⁸, così superando i problemi esegetici sulla disciplina volta per volta applicabile, acuiti nella prassi dall’impossibilità di un controllo nomofilattico in materia cautelare da parte della Suprema Corte⁹. Anzi, semmai l’intervento

⁸ Potrebbe obiettarsi che non sono infrequenti i casi in cui il legislatore ricorre all’espressione “attuazione” proprio in opposizione all’esecuzione forzata. Si pensi, a titolo esemplificativo, all’ordine di liberazione dell’immobile pignorato *ex* art. 560, 4° comma, c.p.c. (nella formulazione anteriore alla riforma operata dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12) il quale prevedeva che “*il provvedimento [l’ordine di liberazione, n.d.r.] è attuato dal custode secondo le disposizioni del giudice dell’esecuzione immobiliare, senza l’osservanza delle formalità di cui agli articoli 605 e seguenti*”, così superando la formulazione in vigore in precedenza (introdotta dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. in l. 30 giugno 2016, n. 119), secondo la quale “*il provvedimento [l’ordine di liberazione, n.d.r.] costituisce titolo esecutivo per il rilascio*”.

Tale obiezione, però, non pare dirimente.

È infatti chiara la differenza tra i due interventi legislativi. Mentre in materia cautelare il legislatore del 1990 è intervenuto per fornire una disciplina di diritto positivo, il novellato art. 560 c.p.c. (quantomeno nella formulazione anteriore alla riforma del 2018 di cui si è dato atto) era finalizzato proprio a superare in modo inequivoco il tenore letterale della vecchia formulazione della norma, sicché è solo in quest’ultimo caso che il ricorso all’espressione “attuazione” appare scientemente contrapposto a quello di “esecuzione forzata”.

Del resto, qualora si volesse valorizzare esclusivamente il tenore letterale, occorrerebbe prendere atto di come, in realtà, il legislatore ricorra, anche all’interno della tutela cautelare, con *nonchalance* tanto all’espressione “attuazione” (artt. 669-*sexies*, 2° comma, e art. 669-*duodecies* c.p.c.) quanto all’espressione “esecuzione” (artt. 677 ss. e 669-*terdecies*, 6° comma, c.p.c.), sicché, nell’obiettivo ambiguità del dato letterale, riconoscere prevalenza all’una o all’altra espressione legislativa (così aderendo alla soluzione, a seconda dei casi, favorevole o contraria all’assimilazione dell’attuazione cautelare all’esecuzione forzata) sarebbe arbitrario. Sembrano sdrammatizzare la rilevanza della lettera dell’art. 669-*duodecies* c.p.c. anche MANDRIOLI – CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, 26° ed., Torino, 2017, 313 n. 84.

⁹ Come è noto, la giurisprudenza della Suprema Corte è granitica nell’escludere la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti cautelari (al riguardo rinviamo a quanto già osservato al capitolo II n. 74), come pure dei provvedimenti che regolino il procedimento attuativo (Cass., 17 aprile 2019, n. 10758, in *De Jure*; Cass., 10 giugno 2014, n. 13044, in *Guida dir.*, 2014, XXXVII, 62 s.; Cass., 25 febbraio 2009, n. 4497, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 353 s.). Del resto, l’estensione dell’istituto del principio di diritto nell’interesse della legge *ex* art. 363 c.p.c. anche ai casi in cui il provvedimento cautelare non sia ricorribile per cassazione è avvenuta solamente nel 2006, allorché il procedimento cautelare uniforme era in vigore da oltre un decennio. Si spiega così l’importanza di una seppur minima disciplina legislativa del processo attuativo (conf. FORNACIARI, *L’attuazione*, cit., 282).

legislativo potrebbe essere valorizzato dai sostenitori della tesi opposta che, come visto, ha spezzato quell'unità del procedimento cautelare un tempo predicata.

A quanto precede potrebbe replicarsi che proprio l'espresso richiamo legislativo a (una parte della) disciplina prevista dal III libro del codice di rito dovrebbe suggerire che, in difetto di un tale richiamo, essa non sarebbe applicabile, proprio perché il provvedimento cautelare non rappresenterebbe un titolo esecutivo.

Tale obiezione, però, non convince.

Anzitutto, già prima della riforma del 1990, la dottrina maggioritaria aveva ritenuto applicabile la disciplina *ex artt.* 491 ss. c.p.c., a riprova di come a tale conclusione ben poteva giungersi anche in difetto di un espresso richiamo legislativo¹⁰, che, sul punto, si lascia apprezzare semmai per aver definitivamente risolto la questione. In secondo luogo, non è infrequente, quantomeno nella legislazione speciale, il richiamo (o l'esclusione) di talune norme del III libro del codice di rito, non già perché, altrimenti, l'interprete sarebbe portato ad escludere *tout court* l'applicabilità di tale *corpus* normativo, ma per mere ragioni di stile legislativo: quando una norma, già codificata, sia ritenuta applicabile (o inapplicabile) ad una procedura esecutiva speciale, frequentemente il legislatore si limita a richiamarla. Si pensi, per limitarci ad un singolo esempio, al ruolo¹¹, che, in materia esattoriale, permette l'instaurazione di un'espropriazione forzata con regole (previste agli artt. 49 ss. d.lg. n. 602/1973) derogatorie rispetto alla disciplina codicistica in materia di espropriazione, la quale, ciononostante, viene sovente richiamata dalla normativa speciale.

È, dunque, chiaro che il rinvio alle forme *ex artt.* 491 ss. c.p.c. assume rilevanza soprattutto in negativo, per escludere le norme dettate per il regime preesecutivo non richiamate e, dunque, per l'inapplicabilità degli artt. 483-490 c.p.c. e non già, invece, per indicare come applicabili norme che, altrimenti, per la natura della tutela cautelare sarebbero inapplicabili.

Del resto, nemmeno l'inidoneità del provvedimento cautelare ad "accertare" il diritto sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la qualifica di titolo esecutivo. Infatti, quale

¹⁰ V., per tutti, CAPPONI, *Sull'esecuzione-attuazione*, cit., 88 ss. spec. 111 ss.; VERDE, *L'attuazione*, cit., 725 ss. spec. 732 s.

¹¹ Come è noto, il ruolo costituisce titolo esecutivo, per espressa previsione di legge, *ex art.* 49 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602.

che sia il significato da attribuire al requisito della “certezza” ex art. 474 c.p.c. del diritto oggetto di esecuzione forzata¹², esso non può certo riferirsi alla definitività dell'accertamento o, comunque, all'idoneità del titolo esecutivo di stabilizzarsi definitivamente. Da un lato, si è osservato come la stessa ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione per ragioni di merito contrasti con ogni presunta necessaria incontrovertibilità del titolo esecutivo; dall'altro lato, si è aggiunto, il procedimento di esecuzione forzata può essere instaurato anche in forza di titoli esecutivi giudiziari ancora non definitivi¹³. Inoltre, è appena il caso di osservare come lo stesso catalogo indicato ex art. 474 c.p.c. individui diversi titoli esecutivi di formazione stragiudiziale che prescindono da ogni certezza sull'esistenza del diritto (si pensi, ad es., alle cambiali o agli assegni)¹⁴.

A ciò si aggiunga come un ulteriore argomento, a favore della natura esecutiva della fase di attuazione, possa essere rinvenuto nel diritto comparato ed in quello internazionale processuale.

Sotto quest'ultimo profilo, la legislazione, tanto nazionale quanto europea, non esita a definire l'attuazione del provvedimento cautelare come vera e propria “esecuzione” (v., in proposito, l'art. 42, 2° comma, Reg. UE 20 dicembre 2012, n. 1215, nonché l'art. 10, l. 31 maggio 1995, n. 218), così confermando che la fase di attuazione ben può considerarsi come fase esecutiva vera e propria.

Uguali conclusioni possono poi trarsi anche dal diritto comparato ed, in particolar modo, dal sistema francese, al quale il legislatore italiano si è ispirato in materia cau-

¹² Per gli opportuni riferimenti, v. VULLO, *L'attuazione*, cit., 97 ss.

¹³ VULLO *L'attuazione*, cit., 99. Si pensi, esemplificativamente, alla provvisoria esecuzione di una sentenza di primo grado, immediatamente esecutiva, oggetto di appello.

¹⁴ Una cambiale o un assegno saranno o meno titolo esecutivo a seconda che siano in regola con il bollo sin dall'origine (si vedano, rispettivamente, l'art. 104, 1° comma, r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, e l'art. 118, 1° comma, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736): è del tutto evidente che il giudizio in punto di certezza del diritto portato dalla cambiale prescinde totalmente dall'efficacia esecutiva di un tale atto. LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, 9° ed., Milano, 2017, 29 ss., ritiene pertanto che il criterio a cui ricorre il legislatore per individuare i titoli esecutivi non risieda nella certezza, proprio perché smentito dal catalogo ex art. 474 c.p.c. La certezza del diritto è, così, solo uno dei possibili criteri con i quali si può riconoscere efficacia esecutiva ad un atto, senza che la sua incertezza possa, da sola, essere sufficiente ad escludere una tale efficacia.

telare. Infatti, la disciplina dell'esecuzione del provvedimento di *référé* non si distingue in nulla dall'esecuzione di un qualsiasi altro provvedimento giudiziale¹⁵. Né la circostanza che il giudice del *référé* possa prendere, a seconda del caso concreto, gli opportuni provvedimenti per garantire l'effettività della tutela – esigenza sottesa alla tesi dell'unità della tutela cautelare – è ritenuta dalla dottrina d'oltralpe idonea ad escludere la natura di titolo esecutivo in capo a tale ordinanza¹⁶.

Ad ogni modo, quale che sia la natura del provvedimento cautelare, dal momento che oramai vi è una disciplina legislativa, il ricorrente non potrà che procedere all'attuazione nelle sole forme prescritte *ex art. 669-duodecies c.p.c.*¹⁷. Di conseguenza, la fase di attuazione del provvedimento cautelare rappresenta un vero e proprio procedimento esecutivo speciale¹⁸, le cui norme prevalgono sulla disciplina generale del libro III del codice di rito, alla quale l'interprete può, però, ricorrere per colmare eventuali lacune.

¹⁵ BERTIN, v. *Référé civil*, in *Répertoire de procédure civile*, IV, 2° ed., Agg. 1996, Paris Cedex, 1996, 11; GIVERDON, v. *Référé*, in *Juris classeur*, IV, CCXXXII, Paris Cedex, 1995, 14; NORMAND, *L'exécution des mesures provisoires*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 307 s.; PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, in TARZIA (a cura di), *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985, 167.

¹⁶ NORMAND, *Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, cit., 140 s. In argomento v. anche CAYROL, *Droit de l'exécution*, 2° ed., Issy-les-Moulineaux Cedex, 2016, 181 s.

¹⁷ Non è, dunque, condivisibile l'orientamento giurisprudenziale per il quale il ricorrente potrebbe scegliere se seguire le forme *ex art. 669-duodecies c.p.c.* utilizzando il provvedimento cautelare come "atto di esecuzione" ovvero ricorrere alle forme ordinarie utilizzandolo come vero e proprio titolo esecutivo (sostenuto da Cass., 11 settembre 1996, n. 8221, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1272 s.). In argomento v., criticamente, ARIETA, *Le cautele*, cit., 1047.

¹⁸ Sui procedimenti esecutivi speciali v. COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali*, Milano, 1984 *passim spec. 27 ss. e 317 ss.*). In particolare, l'A. da ultimo citato individua la caratteristica distintiva delle espropriazioni forzate nella semplificazione dei riti, sia con l'esclusione di talune fasi del procedimento esecutivo stesso, sia con l'esclusione di un controllo giudiziario sugli atti esecutivi (ID., *op. ult. cit.*, 31). Quanto alla *ratio* di tali previsioni, essa risiede, sempre secondo l'A., o in esigenze di economia processuale o nella particolare causa o natura del credito. Tale ultimo presupposto, che in ultima analisi risiede nelle caratteristiche soggettive del creditore, appare, nella sistematica in esame, il criterio dirimente (così, ancora ID., *op. ult. cit.*, 339).

Nel caso dell'attuazione cautelare le esigenze di economia processuale ci paiono innegabili, atteso che la deformalizzazione di tale procedimento si fonda proprio, come già accennato, nell'esigenza di garantire la medesima celerità che caratterizza la fase *lato sensu* decisoria della tutela cautelare anche nella fase esecutivo-attuativa e, in ultima analisi, nell'esigenza di garantire l'effettività di tutela. A ben vedere, però, non meno importante per giustificare tale forme speciali di esecuzione forzata è la tipologia del titolo esecutivo, il quale è una misura cautelare. Infatti, le esigenze di celerità accompagnano ormai l'intero processo civile, ma l'ammissibilità di deroghe tante numerose ed incisive alla disciplina generale risiede proprio nell'esigenza di garantire al creditore, minacciato da un *periculum in mora*, una tutela quanto più efficace possibile.

Ritiene, del resto, espressamente che il legislatore abbia attribuito all'attuazione cautelare "in modo inequivoco natura di esecuzione forzata speciale" PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 361. Conf., DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, 579.

La soluzione cui siamo giunti presenta significative ripercussioni sull'oggetto della nostra indagine, atteso che la fase di attuazione (che potremmo definire attuativa-esecutiva) è una fase diversa ed autonoma rispetto alla fase di concessione della misura. Ciò non significa, beninteso, l'irrelevanza della natura cautelare della misura, in particolare in punto di provvisorietà e strumentalità, ma che dovranno trovare applicazione, per quanto non diversamente previsto, le ordinarie regole codicistiche che disciplinano l'esecuzione forzata.

Tale conclusione è poi rilevante anche sotto un ulteriore profilo: dal momento che la fase di attuazione non si fonde con la fase di concessione, si pone il problema, altrimenti destinato a restare in secondo piano, della possibilità di invocare nel giudizio di esecuzione l'autorità della misura interinale. È, infatti, chiaro che, se si aderisse alla tesi dell'unità del procedimento cautelare, l'autorità del provvedimento cautelare nella sua attuazione non potrebbe incontrare limite di sorta: se la concessione della misura fosse di per sé inutile senza la sua attuazione, quanto statuito dal giudice cautelare non potrebbe che vincolarlo anche in tale ultimo momento. Qualora, invece, si ritenga, come a noi sembra preferibile, che l'attuazione della misura sia una fase eventuale del procedimento cautelare, peraltro appartenente a tutti gli effetti alla tutela esecutiva, il problema dei limiti di invocabilità in tale giudizio acquista un'autonoma rilevanza, specialmente in relazione alla possibilità, in tale fase, di contestare la correttezza del provvedimento cautelare con gli strumenti oppositivi, di cui ci occuperemo nei paragrafi che seguono.

3. Ammissibilità dell'opposizione all'attuazione-esecuzione di una misura cautelare.

Una prima questione che ha interessato, già prima della riforma del 1990¹⁹, gli interpreti riguarda l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione-attuazione instaurata in forza di un provvedimento cautelare.

Infatti, nell'esame del problema devono essere considerate due caratteristiche antitetiche delle misure cautelari. Da un lato, il provvedimento cautelare, come si è già osservato, è un titolo esecutivo giudiziale; categoria la quale impone che ogni contestazione proponibile nel procedimento nel corso del giudizio per la formazione del titolo

¹⁹ Prima della riforma del 1990, v., esemplificativamente CAPPONI, *Sull'esecuzione-attuazione*, cit., 114 s.; TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 55 ss.; VERDE, *L'attuazione*, cit., 734.

o nelle sue eventuali fasi di impugnazione non possa essere fatta valere – in forza del principio della preclusione del dedotto e del deducibile – in sede di opposizione all'esecuzione²⁰. Dall'altro lato, occorre, tuttavia, osservare che il principio da ultimo ricordato trova la propria ragion d'essere (oltre che nella disciplina della litispendenza) nell'idoneità delle sentenze (titolo esecutivo giudiziale per antonomasia) ad acquistare autorità di giudicato; idoneità invece esclusa per i provvedimenti cautelari. Di conseguenza, la preclusione del dedotto e del deducibile dipenderebbe, almeno in via di prima approssimazione, non tanto dalla natura, giudiziale o stragiudiziale, del titolo esecutivo, ma anzitutto dall'idoneità del provvedimento ad acquistare autorità di giudicato.

Si spiegano così le incertezze in cui si è trovata principalmente la dottrina, anche successivamente la riforma del 1990.

Del resto, il legislatore, nella giustificata preoccupazione di fornire una disciplina positiva dell'attuazione dei provvedimenti cautelari il più possibile rispettosa delle peculiarità di ciascun provvedimento interinale, non ha però fornito una disciplina organica nemmeno per le eventuali opposizioni in sede esecutiva²¹. Come noto, infatti, mentre per i provvedimenti aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro la legge rinvia, *generaliter*, agli artt. 491 ss. c.p.c., invece in relazione ai provvedimenti

²⁰ Si tratta di principio granitico: BUCOLO, *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1982, 270 ss.; FARINA M., *L'opposizione all'esecuzione*, in DELLE DONNE (diretto da), *La nuova espropriazione forzata*, Bologna, 2017, 800 s.; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 2° ed., Roma, 1936, 217 ss.; MANDRIOLI, voce *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 440 s.; ORIANI, voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, app., Torino, 1995, 590 ss.; VACCARELLA, *Titolo esecutivo*, cit., 243 s. e 270 s.; VULLO, sub *art. 615*, in VULLO (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, 2° ed., Milano, 2018, 948 s.; VANZ, *Le opposizioni in materia esecutiva*, in DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2019, 4075 s.

²¹ Si spiegano così i dibattiti dottrinali sorti non solo con riguardo all'opposizione all'esecuzione, che sarà analizzata nel presente lavoro, ma altresì con riguardo all'opposizione agli atti esecutivi e all'opposizione di terzo. In particolare, per quanto riguarda i provvedimenti aventi ad oggetto somme di denaro, si ammette sia l'opposizione all'esecuzione sia l'opposizione agli atti esecutivi ed anche le contestazioni in sede di riparto ex art. 512 c.p.c. (v., anche per gli opportuni riferimenti, TREGLIA, *L'attuazione*, cit., 568. Conf. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 426; DELLE DONNE, *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma, 2012, 181). Conclusioni opposte valgono, invece, secondo l'opinione maggioritaria, per i provvedimenti aventi ad oggetto obblighi non pecuniari (MERLIN, *op. loc. ultt. citt.*; TREGLIA, *L'attuazione*, cit., 574). Per un'ampia analisi del dibattito v., inoltre, PILLONI, *Rimedi giudiziali esperibili in sede di attuazione dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 781 ss.

aventi ad oggetto obblighi non pecuniari²², l'art. 669-*duodecies* c.p.c. prevede che “ove sorgano difficoltà o contestazioni” queste debbano essere risolte dal giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, mentre “ogni altra questione” deve essere proposta nel giudizio di merito.

Si tratta, dunque, di stabilire la portata di tali previsioni legislative, che di certo non brillano per chiarezza con riguardo al regime delle contestazioni endoesecutive, nonché il loro eventuale coordinamento con la disciplina generale del III libro del codice di rito.

Anzitutto, quanto ai provvedimenti aventi ad oggetto somme di denaro, la dottrina maggioritaria, forte del generale richiamo alla disciplina *ex artt.* 491 ss. c.p.c., ritiene ammissibile l'opposizione all'esecuzione²³, quantomeno in astratto (impregiudicato cioè il vaglio di ammissibilità delle singole censure, su cui torneremo nel paragrafo seguente). Infatti, dal momento che il legislatore, con il già citato richiamo, avrebbe inteso sottoporre in blocco l'attuazione di tali misure alla disciplina prevista dal terzo libro del codice di rito (con la sola eccezione degli atti preesecutivi *ex artt.* 483-490 c.p.c.), tale rinvio comprenderebbe anche gli incidenti di cognizione.

²² Ciò ad eccezione dei sequestri, la cui esecuzione è regolata dagli artt. 677 ss. c.p.c. Peraltro, maggiori dubbi si pongono per la disciplina non espressamente prevista da tali norme. Per quanto riguarda il regime oppositorio, in particolare, è dibattuto se debba trovare applicazione la disciplina ordinaria in materia di esecuzione forzata o quella in materia di attuazione delle misure cautelari (e, in caso affermativo, quella prevista per gli obblighi pecuniari ovvero non pecuniari). In argomento, v. POTOTSCHNIG, *L'esecuzione dei sequestri*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 619 ss.; VULLO, *Procedimenti cautelari in generale*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2017, 536 ss., il quale ritiene, in particolare, che, per quanto riguarda le eventuali contestazioni sorte in sede di esecuzione dei sequestri, debba trovare applicazione la disciplina *ex art.* 669-*duodecies*, II pt., c.p.c.

²³ ARIETA, *Le cautele*, cit., 1056; CAMPEIS – DE PAULI, *Le esecuzioni speciali*, cit., 245; CARRATA, *La fase di attuazione*, cit., 403 s.; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 179 ss.; D'AMICO, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli, 2018, 386; DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 651; DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 174 ss.; GIORGETTI, *L'exécution des mesures provisoires et les voies de recours contre cette exécution*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 300 s.; MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 425 s.; OLIVIERI G., *I provvedimenti*, cit., 729; MONTESANO, *Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 941; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, cit., 83 s.; RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 820 ss.; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 927 ss.; SALETTI, *Le riforme*, cit., 460; VULLO, *L'attuazione*, cit., 163 ss.; ID., *Procedimenti cautelari*, cit., 406 ss.

Contra, VERDE, sub *Artt.* 669-bis–669-quaterdecies, in VERDE – DINANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991, 269. Ritiene preferibile la proposizione di un giudizio di accertamento negativo e non l'opposizione all'esecuzione e, comunque, esclude che possa farsi valere l'inesistenza originaria o sopravvenuta del diritto, COMASTRI, sub *art.* 669-octies, in BRIGUGLIO – CAPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, I, Padova, 2007, 195.

Ben più dibattuta è, invece, l'esperibilità dell'opposizione all'esecuzione avverso un provvedimento cautelare avente ad oggetto obblighi non pecuniari²⁴. Infatti, se, da un lato, il tenore letterale della norma sembra escludere ogni possibilità di proporre opposizione all'esecuzione, atteso che ogni contestazione (e, dunque, anche per ragioni che in sede esecutiva dovrebbero essere oggetto di tale incidente cognitivo) deve essere risolta dal giudice cautelare o, altrimenti, dal giudice del merito, dall'altro lato, però, una tale disparità di trattamento tra i provvedimenti aventi ad oggetto somme di denaro e le altre misure cautelari lascia aperti significativi dubbi di costituzionalità²⁵. A ciò si aggiunga che, secondo una tesi eterodossa, ma non certo priva di persuasive argomentazioni, l'art. 669-*duodecies* c.p.c. potrebbe essere interpretato, in relazione ai provvedimenti aventi ad oggetto obblighi non pecuniari, come derogatorio della disciplina ordinaria del libro terzo del codice di rito solamente in punto di competenza, mentre ogni altra previsione contenuta nel libro terzo resterebbe applicabile²⁶.

Per cercare di fornire una risposta, è opportuno anzitutto osservare come, a prescindere dalle soluzioni accolte dal legislatore, in relazione al contenuto (pecuniario o non pecuniario) delle misure, le lacune della fase di attuazione della tutela cautelare, in

²⁴ L'opinione maggioritaria ritiene inammissibili le ordinarie opposizioni esecutive in sede di attuazione di un provvedimento cautelare avente ad oggetto obblighi non pecuniari: CARRATTA, *La fase di attuazione*, cit., 414 s.; COMASTRI, *op. loc. ultt. citt.*; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 234; DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 182 ss.; DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 677 s.; GIORGETTI, *L'exécution*, cit., 301 s.; MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 426; SALETTI, sub art. 669-*duodecies*, in TARZIA – CIPRIANI (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1993, 391 e 394; ID., *Le riforme*, cit., 456; SOLDI, *Manuale*, cit., 173; TREGLIA, *L'attuazione*, cit., 574 s. Conf., in giurisprudenza, Cass., 26 febbraio 2008, n. 5010, cit.; Cass., 12 dicembre 2003, n. 19101, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 2789 s.; Trib. Trani, 17 settembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 1321; Trib. Nola, 23 marzo 2004, in *De Jure*; Pret. Salerno, 3 ottobre 1995, in *Giur. merito*, 1996, 917, con nota di SIRACUSANO.

Ritengono, invece, ammissibile l'opposizione all'esecuzione in sede di attuazione BASILICO, *L'attuazione delle misure cautelari soggette a strumentalità attenuata*, in CAPPONI – SASSANI – STORTO – TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, San Mauro Torinese, 2014, 1489 ss.; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 179 ss.; FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 290 ss.; RECHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 833; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 941 ss.; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 158 s. A favore dell'ammissibilità del regime delle opposizioni v., in giurisprudenza, Cass., 6 marzo 2013, n. 5582, in *Foro it.*, 2013, I, 3285 ss., con nota di VULLO, *In tema di contestazioni sulla legittimità o la regolarità formale della fase di attuazione dei sequestri*; Trib. Milano, 27 febbraio 2008, in *De Jure*; Trib. Brescia, 11 giugno 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3404 ss.

²⁵ Questa, in particolare, la tesi di VULLO, *L'attuazione*, cit., 216 s.; ID., *Procedimenti cautelari*, cit., 466 s. Nel medesimo senso sembrano esprimersi anche BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 4° ed., Bari, 2015, 296; D'AMICO, *Autonomia ed effetti*, cit., 388 s.

²⁶ FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 285 ss.

quanto esecuzione speciale, devono sempre essere colmate con la disciplina generale prevista dal libro III del codice di rito.

Tanto premesso, nessun reale problema pone l'ammissibilità in astratto dell'opposizione all'esecuzione in caso di provvedimenti aventi ad oggetto obblighi pecuniari, dal momento che la stessa legge richiama la disciplina *ex artt.* 491 ss. c.p.c. (e, dunque, per quanto qui rileva, l'istituto dell'opposizione all'esecuzione). Benché a tale richiamo potrebbe rimproverarsi una certa imprecisione, non potendosi, all'evidenza, estendere al di là dei titoli II e V, tuttavia la *voluntas legis* appare, sul punto, inequivoca.

Tale soluzione, del resto, si impone anche per ragioni sistematiche. Infatti, dal momento che l'opposizione all'esecuzione rappresenta lo strumento con il quale le parti del giudizio possono difendersi, quanto all'*an* dell'esecuzione, essa pare, per la sua funzione, costituzionalmente necessaria *ex art.* 24 Cost., in quanto strumento per garantire il diritto di difesa del debitore. Di conseguenza, quale che sia lo strumento concretamente prescelto dal legislatore, alle parti deve sempre essere permessa la possibilità di opporsi all'esecuzione-attuazione²⁷. Pertanto, anche in difetto di un'espressa e diversa previsione di legge, l'unica soluzione concretamente percorribile è rappresentata proprio dall'immediata applicazione degli artt. 615 e 616 c.p.c., dal momento che tale forma di tutela permette, in qualsiasi forma, anche speciale, di esecuzione forzata, la cognizione su questioni di merito che il giudice dell'esecuzione non può essere chiamato, in quanto tale, a conoscere. Ci sembra, insomma, che la possibilità di ricomprendere la fase di attuazione nella tutela esecutiva comporti *ex se* l'applicabilità del regime delle opposizioni, in difetto di una contraria previsione di legge.

Conclusioni solo in parte simili si impongono, invece, per i provvedimenti cautelari aventi ad oggetto obblighi non pecuniari.

Anzitutto, per tali misure l'art. 669-*duodecies* c.p.c. prevede che l'attuazione avvenga sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare; magistrato a cui spetta non solo l'applicazione delle modalità di attuazione, ma altresì la decisione in merito a difficoltà e, soprattutto, per quanto qui rileva, a contestazioni. Sotto tale profilo è, dunque, innegabile come nelle "contestazioni" debbano essere

²⁷ È questa, del resto, la soluzione a cui è giunto chi maggiormente ha studiato la disciplina delle espropriazioni speciali, ritenendo che un momento di controllo debba sempre essere previsto: COSTANTINO, *Le espropriazioni*, cit., 326 ss.

comprese altresì le doglianze che, in un ordinario giudizio di esecuzione, dovrebbero essere sollevate con un'opposizione all'esecuzione. Ogni altra interpretazione contrasterebbe infatti insanabilmente con la lettera della norma e, in ultima analisi, con la *voluntas legis* di circoscrivere in questa sede eventuali contestazioni.

La legge, però, nulla dice quanto alle modalità con cui tali contestazioni debbano essere sollevate né le modalità con cui queste debbano essere decise. Sicché in dottrina si è sostenuto che tali forme dovrebbero coincidere con quelle *ex artt. 615 e 616 c.p.c.*²⁸. Tale ultima osservazione è, in linea di principio, condivisibile, in difetto di una più esplicita disciplina di legge, seppur con qualche precisazione.

Anzitutto, la più evidente deroga alla disciplina dell'opposizione all'esecuzione è rappresentata dall'individuazione del giudice competente per la risoluzione di eventuali contestazioni non già nel giudice dell'esecuzione (che, del resto, nel caso di specie neppure vi è, atteso che l'attuazione in tali casi avviene "sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare"), ma nel giudice cautelare, chiamato dalla legge a fare le veci del primo.

Quanto alle modalità di trattazione dell'opposizione, tra la trattazione delle "contestazioni" *ex art. 669-duodecies c.p.c.* e la fase cautelare dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 624 c.p.c.* non vi sono significative differenze né in punto di forma né per quanto riguarda l'efficacia della decisione. Anzitutto, entrambe tali fasi, sia davanti al giudice dell'attuazione sia davanti al giudice dell'esecuzione, hanno natura cautelare²⁹, sicché troverà applicazione ad entrambe la disciplina del procedimento cautelare uniforme³⁰. Dal momento che l'opponente agisce anzitutto per ottenere la sospensione dell'esecuzione a suo dire illegittimamente instaurata, i "provvedimenti opportuni" *ex*

²⁸ RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 833; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 942.

²⁹ È ormai opinione consolidata che la fase finalizzata ad ottenere la sospensione dell'esecuzione abbia natura cautelare: BARRECA, *La riforma della sospensione del processo esecutivo e delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, 658; MUSSNER, *Le opposizioni*, in DEMARCHI ALBENGO (diretto da), *La nuova esecuzione forzata*, cit., 1741 s.; ORIANI, voce *Opposizione all'esecuzione*, cit., 605; VITTORIA, *L'inibitoria del titolo esecutivo e la sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2010, 384. La circostanza è, del resto, confermata legislativamente anche dalla reclamabilità *ex art. 669-terdecies c.p.c.* della sospensiva, giusta la previsione *ex art. 624, 2° comma, c.p.c. V.*, per una ricostruzione del dibattito, sia in giurisprudenza sia in dottrina, circa la natura cautelare della misura PORCARI, sub *art. 624*, in VULLO (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, cit., 1082 ss.

³⁰ ORIANI, *op. loc. ultt. citt.*

art. 669-*duodecies* c.p.c. non potranno che avere il contenuto dell'ordinanza di sospensione *ex art.* 624, 1° comma, c.p.c.³¹. Si tratta, insomma, di istituto che, per la sua deformalizzazione ben può adattarsi anche alle esigenze di celerità sottese alla disciplina dell'attuazione dei provvedimenti cautelari.

Ben più gravi problemi pone la seconda fase dell'opposizione (fase, peraltro, oramai divenuta eventuale *ex art.* 624, 3° comma, c.p.c. anche nell'ordinario giudizio di opposizione all'esecuzione), avente ad oggetto, dopo la decisione sulla sospensione, la decisione sul merito della controversia, dal momento che il legislatore prevede, all'art. 616 c.p.c., in materia di opposizione all'esecuzione, una puntuale disciplina di coordinamento tra prima e seconda fase, attraverso gli istituti dell'introduzione o della riasunzione della causa di merito entro termini perentori; coordinamento che difetta, invece, in relazione all'attuazione cautelare, sicché ci si potrebbe interrogare sull'ammissibilità di una tale fase.

Senonché dal silenzio del legislatore sul punto non può trarsi l'inammissibilità della seconda fase, unica che garantisce alle parti una decisione con autorità di giudicato. Infatti, a voler diversamente opinare saremmo in presenza non solo di una macroscopica disparità di trattamento tra i provvedimenti aventi ad oggetto somme di denaro (per i quali è ammessa non solo la fase cautelare, ma altresì la fase di merito) e gli altri provvedimenti (per i quali è, invece, irragionevolmente esclusa tale ultima fase)³², ma soprattutto di una violazione del diritto di azione *ex art.* 24 Cost. e del diritto ad un

³¹ In questo senso ci sembra SALETTI, sub *art.* 669-*duodecies*, cit., 394 n. 45. *Contra*, DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 678 s.

³² A non diverse conclusioni dovrebbe giungersi qualora si volesse ritenere, con altra parte della dottrina (CARRATTA, *La fase di attuazione*, cit., 415 ss.), che nella nozione di "contestazioni" debbano rientrare questioni avente carattere non decisorio – quali, in particolare, quelle attinenti la regolarità della procedura che, in un ordinario giudizio di esecuzione, giustificerebbero un'opposizione agli atti esecutivi – mentre le questioni che normalmente fonderebbero un'opposizione all'esecuzione (esistenza del diritto cautelando o del diritto di procedere *in executivis*) dovrebbero rientrare nelle "altre questioni", in quanto tali affidate al giudice di merito. Fermo restando che tale soluzione, pur avendo il pregio di coordinare due espressioni ("contestazioni" e "altre questioni") altrimenti tra loro inconciliabili, non trova, a nostro avviso, fondamento sul dato letterale della norma, tuttavia, se anche si volesse ritenere che dette questioni (normalmente poste alla base di un'opposizione all'esecuzione) debbano essere risolte dal solo giudice di merito, una tale opposizione si rivelerebbe pressoché inutile in difetto di un potere di sospensione che nessuna norma attribuisce al giudice di merito. Se, infatti, già è oggetto di dibattito il potere del giudice dell'opposizione all'esecuzione di sospendere l'esecuzione fondata su titolo esecutivo giudiziale (in proposito v. *infra* pf. 6.1), ancor più opinabile sarebbe l'attribuzione di tale potere al giudice di merito. Conseguenza di quanto precede sarebbe, così, la totale mancanza di tutela in capo al debitore; ciò però in violazione dell'art. 24 Cost. e della conseguente copertura costituzionale della tutela cautelare (su cui v., esemplificativamente, C. Cost., 28 giugno 1985 n. 190, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2698 ss.).

giusto processo *ex art. 111 Cost.*, il quale comporta sempre il diritto per le parti di ottenere, se lo ritengono opportuno, una pronuncia suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata³³. Né varrebbe replicare che nel caso di specie il titolo esecutivo è rappresentato da un provvedimento inidoneo al giudicato, sicché le parti, nel momento stesso in cui hanno scelto di azionare un tale titolo esecutivo, hanno rinunciato al diritto ad ottenere una pronuncia con autorità di giudicato. Anzitutto, la scelta di ricorrere a tale titolo esecutivo spetta al solo ricorrente, mentre il resistente esecutato è del tutto passivo in tale scelta. Inoltre, è sin troppo evidente che l'opposizione all'esecuzione può avere ad oggetto non solo il merito della controversia, ma altresì il diritto di procedere *in executivis* (che, peraltro, come si vedrà nel paragrafo che segue, rappresenta la principale ipotesi in cui è ammissibile l'opposizione all'esecuzione avverso provvedimenti cautelari). Infine, una tale argomentazione si porrebbe in contrasto con l'intera disciplina del provvedimento cautelare di accoglimento che impone (in caso di tutela cautelare a strumentalità piena) o permette (in caso di tutela cautelare a strumentalità attenuata) l'instaurazione del giudizio di merito, la cui principale finalità è rappresentata proprio da una decisione con autorità di giudicato³⁴. Né potrebbe, infine, obiettarsi che le parti potrebbero comunque ottenere un accertamento con autorità di giudicato in un autonomo giudizio di accertamento negativo³⁵, dal momento che una tale soluzione, oltre ad essere macroscopicamente inefficiente per le parti (sia per il potenziale aumento dei tempi che il debitore opponente potrebbe impiegare per l'instaurazione del giudizio di merito, in difetto di termini perentori quali quelli *ex art. 616 c.p.c.*, sia per la potenziale discrasia, quanto a competenza orizzontale, tra il giudice dell'esecuzione ed il giudice dell'opposizione), non permetterebbe neppure un coordinamento

³³ CERINO-CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2)*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, ora in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 32 ss.; ID., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431 ss., ora in *Studi*, cit., 87 ss.; MANDRIOLI, *C.d. «procedimenti cautelari» su diritti e ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 927 s.; MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002, 7 ss.; LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 2° ed., Torino, 2004, *passim* spec. 419 ss. V., inoltre, anche per ulteriori riferimenti, TISCINI, *I provvedimenti*, cit., 13 ss.

³⁴ Oltre che per la ripetizione dell'eventuale cauzione prestata: sul punto si rinvia a quanto visto *supra* capitolo III, pf. 1.

³⁵ Categoria a cui il giudizio di accertamento negativo appartiene: MANDRIOLI, voce *Opposizione*, cit., 439 s. Conf. FARINA M., *L'opposizione*, cit., 827. In giurisprudenza, v. Cass., 28 luglio 2011, n. 16610, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1130; Cass., 24 aprile 2008, n. 10676, in *Guida dir.*, 2008, XXX, 84; Cass., 3 settembre 2007, n. 18512, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1753 s.; Trib. Milano, 30 luglio 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2015.

tra l'esecuzione forzata e la decisione di merito (si pensi, esemplificativamente, alla disciplina della riassunzione *ex art. 627 c.p.c.*).

Di conseguenza, la disciplina dell'opposizione all'esecuzione avverso anche i provvedimenti aventi ad oggetto un obbligo non pecuniario impone che sia riconosciuta alle parti la possibilità di ottenere una decisione con autorità di giudicato. Peraltro, a nostro avviso, nel caso di specie è ben possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina. L'*art. 669-duodecies*, ult. pt., c.p.c. prevede infatti che "ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito". È, dunque, la stessa norma che individua la sede deputata per ogni decisione con autorità di giudicato in merito all'attuazione del provvedimento cautelare avente ad oggetto obblighi non pecuniari. Di conseguenza, il giudice cautelare, dopo aver preso gli opportuni provvedimenti in merito alla sospensione della fase attuativa, dovrà fissare un termine, nei limiti di legge, alle parti per instaurare il giudizio di merito. Naturalmente, non essendo diversamente disposto dall'*art. 669-duodecies c.p.c.*, non potrà che applicarsi l'*art. 624, 3° comma, c.p.c.*, con la conseguenza che, ove non sia instaurato il processo di merito, il giudice – questa volta dell'attuazione – dovrà dichiarare estinto il procedimento di attuazione-esecuzione della misura³⁶. Si tratta, come è ovvio, di soluzione destinata ad avere una qualche rilevanza pratica solamente per i provvedimenti a strumentalità attenuata, atteso che la mancata instaurazione del giudizio di merito travolgerà non solo l'attuazione dei provvedimenti a strumentalità piena, ma i provvedimenti stessi³⁷.

³⁶ VITTORIA, *L'inibitoria*, cit., 396, condivisibilmente, ritiene (con riferimento ai provvedimenti aventi ad oggetto obblighi pecuniari, ma con argomentazioni valide anche per quelli aventi ad oggetto obblighi non pecuniari, qualora si ritenga, come a noi pare preferibile, ammissibile l'opposizione all'esecuzione anche in tali ipotesi) che il regime della tutela cautelare a strumentalità attenuata non può certo esimere il ricorrente-creditore, che non abbia instaurato il giudizio di merito, dall'onere di instaurare la fase a cognizione piena dell'opposizione all'esecuzione. Peraltro, ciò non significa privare di ogni rilevanza la disciplina della tutela cautelare a strumentalità attenuata (sul punto v., più diffusamente, la nota seguente).

³⁷ CARRATTA, *La fase di attuazione*, cit., 417 s., pur escludendo *in nuce* l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione in caso di provvedimenti aventi ad oggetto obblighi non pecuniari, ritiene che il giudizio di merito *ex art. 669-duodecies*, ult. pt., c.p.c. possa non coincidere con il giudizio *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c. in caso di provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata e, comunque, ogniqualvolta in tale giudizio si vogliano censurare fatti sopravvenuti (naturalmente purché inidonei a giustificare la revoca/modifica della misura).

Si tratta di soluzione a nostro avviso condivisibile, seppur con talune precisazioni. Per quanto riguarda la tutela a strumentalità attenuata è chiaro che se il giudizio *ex art. 669-duodecies*, ult. pt., c.p.c. coincidesse con quello *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c. il diritto delle parti, previsto da tale ultima norma, di instaurare un giudizio di merito diventerebbe un vero e proprio onere. È, invece, quantomai opportuno che tali giudizi rimangano, quantomeno a livello logico, separati.

Insomma, in conclusione, se nulla osta alla tesi per cui il giudice cautelare debba trattare la prima fase dell'opposizione all'esecuzione *ex art.* 624 c.p.c., la seconda fase, con interpretazione costituzionalmente orientata, dovrà seguire, per quanto non diversamente disposto, le forme previste all'art. 616 c.p.c., beninteso, davanti al giudice del merito.

Peraltro, una volta concluso per la generale ammissibilità dell'istituto dell'opposizione all'esecuzione, occorre stabilire quali doglianze possano essere spese in tale sede dal resistente soggetto ad attuazione del provvedimento. Si tratta di profilo che sarà analizzato *funditus* nel paragrafo che segue.

3.1. *Le doglianze spendibili nel giudizio di opposizione all'attuazione-esecuzione dei provvedimenti cautelari.*

Ammessa, in via di principio, l'opposizione all'esecuzione instaurata in forza di un provvedimento cautelare, occorre stabilire entro quali limiti questa sia esperibile. Infatti, il provvedimento cautelare costituisce un titolo esecutivo giudiziale, con la conseguenza che, di regola, avverso tali titoli esecutivi è preclusa l'opposizione all'esecuzione per tutti quei motivi che avrebbero potuto essere spesi in sede di formazione del titolo esecutivo ed, eventualmente, nella successiva fase di reclamo.

Si tratta, dunque, di stabilire, dopo l'introduzione svolta nei paragrafi che precedono sulla natura esecutiva delle misure cautelari, come la loro "autorità" possa influenzare

In caso, invece, di tutela cautelare a strumentalità piena è opportuno ricordare come, secondo la tesi da noi prospettata, l'onere di instaurare il giudizio di merito spetti sempre al ricorrente vincitore (v. capitolo III, pf. 1). Di conseguenza, ogni questione attinente all'inesistenza (originaria o sopravvenuta) del diritto cautelato dovrà essere fatto valere dal resistente, eventualmente in via di eccezione, senza che possa così incorrere nel termine di decadenza di sessanta giorni *ex art.* 669-*octies*, I pt., c.p.c. Tale conclusione, del resto, ben può valere anche per i fatti sopravvenuti, atteso che, in tali ipotesi, il resistente potrebbe allegare e provare la circostanza sopravvenuta anche al di là dei termini *ex art.* 183, 6° comma, c.p.c. e financo in sede di appello, come prevede l'art. 345 c.p.c.

Nel caso, invece, di contestazioni non già solo sull'esistenza del diritto, ma anche sul diritto di procedere *in executivis*, non vi sono, a nostro avviso, ragioni sufficienti ad imporre necessariamente la trattazione congiunta delle cause concernenti, da un lato, l'esistenza del diritto cautelato e, dall'altro lato, il diritto di procedere *in executivis*. Di conseguenza, qualora l'opposizione sia proposta nei termini *ex art.* 669-*octies*, I pt., c.p.c. e qualora nel medesimo termine il giudice cautelare adotti i provvedimenti opportuni, nulla osterà alla trattazione unitaria, altrimenti ben potranno essere instaurati due giudizi separati, l'uno avente ad oggetto l'esistenza del diritto cautelato e l'altro avente ad oggetto il diritto di procedere *in executivis*, salva la possibilità, concorrendone i presupposti *ex art.* 151 disp. att. c.p.c., di successiva riunione delle due cause.

il giudice chiamato a decidere dell'opposizione³⁸, così cercando di fornire un coordinamento all'apparente antinomia tra l'inattitudine al giudicato delle misure in esame e la preclusione del dedotto e del deducibile che vige nell'opposizione all'esecuzione avverso un titolo esecutivo giudiziale.

Anzitutto, giova sgomberare il campo di indagine dalle ipotesi in cui tale contrasto non sorga, perché il motivo di opposizione non poteva essere dedotto in sede di formazione del titolo.

Ciò riguarda, anzitutto, il caso in cui il resistente contesti l'impignorabilità, in quanto si tratta di questione che per sua stessa natura non può che sorgere solamente in fase di attuazione³⁹.

³⁸ Giudice che, vale la pena ricordarlo, sarà il giudice dell'esecuzione qualora si tratti di provvedimento cautelare avente ad oggetto somme di denaro, mentre sarà il giudice cautelare (e, nella seconda fase, di merito) negli altri casi.

Invero, la soluzione da ultimo prospettata, in materia di competenza in sede di attuazione delle misure aventi ad oggetto somme di denaro, non è pacifica. Infatti, una parte, seppur nettamente minoritaria, della dottrina, ritiene il mancato richiamo all'art. 484 c.p.c. sufficiente ad escludere ogni ruolo al giudice dell'esecuzione, con conseguente competenza del giudice che ha emesso la misura cautelare (in questo senso, VERDE, sub *Artt. 669-bis-669-quaterdecies*, in VERDE – DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, Legge 21 novembre 1991, n. 374, Legge 4 dicembre 1992, n. 477*, Torino, 1993, 503 s.; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., 906 s.). Tuttavia, nonostante il mancato richiamo all'art. 484 c.p.c., la dottrina maggioritaria, sia per la contrapposizione prevista all'art. 669-*duodecies* c.p.c. con il giudice competente per l'attuazione delle misure aventi ad oggetto un obbligo non pecuniario, sia per ragioni di coerenza sistematica (in forza dell'applicabilità, quanto al resto, della disciplina dell'espropriazione forzata), ritiene competente il giudice dell'esecuzione, secondo le ordinarie regole degli artt. 26 e 26-*bis* c.p.c. (ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., 265; CAMPEIS – DE PAULI, *Le esecuzioni speciali*, cit., 244; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 174 s.; GIORGETTI, *L'exécution*, cit., 286; MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 425; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, cit., 84; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 804 s.; SALETTI, sub *art. 669-duodecies*, cit., 1994, 390; ID., *Le riforme*, cit., 459; TREGLIA, *L'attuazione*, cit., 566 s.; VULLO, *L'attuazione*, cit., 153; ID., *Procedimenti cautelari*, cit., 393 ss.). Tale soluzione, che per coerenza dovrebbe comportare altresì la competenza del giudice dell'esecuzione per l'opposizione all'esecuzione *ex art. 27* c.p.c., appare a nostro avviso perfettamente condivisibile, non tanto, però, per le ragioni addotte dalla maggioranza degli interpreti quanto invece perché la fase attuativa appartiene, come si è più volte osservato, all'esecuzione forzata, con conseguente applicabilità *de residuo* delle norme generali della materia per quanto non diversamente – ed espressamente – derogato dal legislatore.

³⁹ È, infatti, opinione consolidata quella favorevole all'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione per censurare tale vizio: DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 177; GIORGETTI, *L'exécution*, cit., 301; MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 426; PILLONI, *Rimedi giudiziali*, cit., 786; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, cit., 84; VERDE, sub *Artt. 669-bis-669-quaterdecies*, in VERDE – DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, Legge 21 novembre 1991, n. 374, Legge 4 dicembre 1992, n. 477*, cit., 504; ID., sub *Artt. 669-bis-669-quaterdecies*, in VERDE – DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, cit., 269 s.; VULLO, *L'attuazione*, cit., 170; ID., *Procedimenti cautelari*, cit., 412. È appena il caso di osservare che la censura sull'impignorabilità sembra circoscritta alla sola attuazione instaurata in forza di provvedimenti cautelari aventi ad oggetto obblighi pecuniari, dal momento che il pignoramento (e di conseguenza il vizio di impignorabilità) non può che riguardare l'espropriazione forzata instaurata *ex artt. 491 ss.* c.p.c.

Per le stesse ragioni, è ammissibile l'opposizione all'esecuzione per denunciare la mancanza, in capo al creditore, del diritto alla tutela esecutiva. Si tratta di censura che, anzitutto, potrà riguardare l'inesistenza del provvedimento, atteso che tale censura è spendibile avverso ogni titolo esecutivo giudiziale, essendo in tal caso inapplicabile, *ex art. 161, 2° comma, c.p.c.*, il principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione⁴⁰. Analoghe conclusioni si impongono anche qualora l'esecutato lamenti la mancanza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo, vuoi perché trattasi di atto insuscettibile di attuazione (ad es., in caso di provvedimento cautelare di mero accertamento⁴¹), vuoi per sopravvenienze che incidano sul diritto del creditore alla tutela esecutiva (successivo accoglimento del reclamo, revoca *ex art. 669-duodecies c.p.c.*, sopravvenuta inefficacia della misura *ex art. 669-novies c.p.c.*)⁴².

Sin qui, come già osservato, non vi è alcuna differenza rispetto ad un'opposizione all'esecuzione avverso un qualsiasi altro titolo esecutivo giudiziario.

Gli unici dubbi potrebbero, semmai, porsi in relazione alla possibilità che il giudice dell'opposizione all'esecuzione, rilevata *incideter tantum* una causa di sopravvenuta inefficacia del provvedimento cautelare, possa accogliere l'opposizione.

Nessun reale problema, quantomeno dal punto di vista pratico, pone il caso di opposizione avverso provvedimenti aventi ad oggetto obblighi non pecuniari. Infatti, la competenza per l'opposizione all'esecuzione *ex art. 669-duodecies, II pt., c.p.c.* e quella per la declaratoria di inefficacia *ex art. 669-novies c.p.c.* spetta, in entrambi i casi, al giudice che ha emesso il provvedimento, il quale, nella prima fase del giudizio di opposizione, ben potrebbe dichiarare l'inefficacia (ed eventualmente, ove l'attuazione sia nella sua fase conclusiva, adottare i provvedimenti di ripristino) e, per l'effetto, sospendere l'esecuzione.

⁴⁰ PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, cit., 84, ritiene peraltro esperibile l'opposizione all'esecuzione solamente per ragioni di rito tali da determinare l'inesistenza stessa della misura cautelare.

⁴¹ Sull'ammissibilità di una tale forma di tutela v. *supra* capitolo II, n. 81.

Non sembra, invece, che la mancata apposizione della formula esecutiva possa inficiare l'attuazione dal momento che l'art. 669-*duodecies*, I pt., c.p.c. esclude espressamente il richiamo all'art. 475 c.p.c. per i provvedimenti aventi ad oggetto obblighi pecuniari. Peraltro, nonostante il silenzio della legge, analoghe conclusioni devono imporsi anche per i provvedimenti aventi ad oggetto obblighi non pecuniari, per ragioni di simmetria (ed anzi *a fortiori* per la maggiore informalità della procedura ivi prevista): VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 440 s.

⁴² CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 181; GIORGETTI, *L'exécution*, cit., 301; MERLIN, voce *procedimenti*, cit., 426; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 823; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 931.

Ben più serie problematiche pone invece l'attuazione di provvedimenti aventi ad oggetto somme di denaro. Infatti, il giudice dell'esecuzione, chiamato a decidere sull'opposizione (sia nella fase cautelare sia, *ex art. 27 c.p.c.*, nella fase di merito), può non coincidere territorialmente con quello competente per la declaratoria di inefficacia della misura *ex art. 669-novies c.p.c.* (individuato nel giudice che ha emesso il provvedimento). A tal proposito constano due distinti orientamenti dottrinali: mentre secondo un'impostazione maggiormente permissiva il giudice dell'opposizione all'esecuzione potrebbe accogliere l'opposizione rilevando incidentalmente la sopravvenuta inefficacia della misura⁴³, invece, secondo un'interpretazione più rigorosa, una tale possibilità contrasterebbe con la residualità dell'opposizione all'esecuzione come forma di tutela⁴⁴.

Per fornire una soluzione, giova richiamare la natura inderogabile e funzionale della competenza ad accertare l'inefficacia sopravvenuta⁴⁵, tanto più che, nei casi previsti *ex art. 669-novies c.p.c.*, il giudice può non limitarsi ad accertare l'inefficacia della misura, dovendo altresì, in quella sede, provvedere ad ordinare il ripristino della situazione precedente⁴⁶. A ciò si aggiunga, poi, muovendo dalla natura residuale dell'opposizione all'esecuzione come forma di tutela, in quanto tale esperibile solamente qualora l'ordinamento non riconosca alle parti altro mezzo, che le forme *ex art. 669-novies c.p.c.* non possono essere supplite dall'opposizione all'esecuzione, se non a pena di un'inammissibile duplicazione di tutela. È, dunque, preferibile la tesi secondo cui la sopravvenuta inefficacia delle misure debba essere previamente accertata *ex art. 669-novies c.p.c.*

⁴³ MERLIN, voce *procedimenti*, cit., 427 n. 282. FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 290 s., ritiene financo che l'opposizione all'esecuzione sia l'"unico strumento" per far valere la sopravvenuta inefficacia. In questo senso sembra anche VITTORIA, *L'inibitoria*, cit., 395.

⁴⁴ CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 180; CORSINI, *Il reclamo*, cit., 233; DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 653; DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 176; GIORGETTI, *L'exécution*, cit., 300 s.; PILLONI, *Rimedi giudiziali*, cit., 787; VULLO, *L'attuazione*, cit., 168; ID., *Procedimenti cautelari*, cit., 411.

⁴⁵ Trib. Salerno, 16 giugno 2008, in *Redazione Giuffrè*, 2008; Trib. Verona, 16 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1998, 473 ss.

⁴⁶ Attività ripristinatorie che ben potrebbero rendersi necessarie anche se pronunciate in sede di opposizione all'esecuzione, sia perché potrebbe esservi stato un (parziale o coatto) adempimento a quanto previsto nel provvedimento cautelare, sia perché il giudice potrebbe non sospendere l'esecuzione.

MERLIN, *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 459, la quale è favorevole all'accertamento *incidenter tantum* della sopravvenuta inefficacia della misura anche in sede di opposizione all'esecuzione, ritiene coerentemente che tali provvedimenti possano essere ottenuti dal resistente agendo in via principale, secondo le ordinarie regole di competenza.

Ben diverso è invece il discorso qualora sia già stata pronunciata l'inefficacia del provvedimento cautelare e, nonostante ciò, il ricorrente abbia richiesto l'attuazione della misura. In tal caso, infatti, nulla osta all'opposizione ad un'esecuzione manifestamente illegittima, in quanto fondata su un provvedimento oramai divenuto (e dichiarato) inefficace.

In conclusione su tale profilo, non ci sembra che vi siano ragioni sufficienti a giustificare una qualsiasi incompatibilità tra la disciplina ordinaria dell'opposizione all'esecuzione per denunciare l'inesistenza del diritto del creditore alla tutela esecutiva e le peculiarità dell'attuazione di un provvedimento cautelare.

Del resto, sarebbe un fuor d'opera invocare l'autorità del provvedimento cautelare per precludere un tale rimedio. Benché, infatti, come abbiamo già osservato nel primo capitolo, nella nozione di autorità *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. (e nel conseguente divieto di invocare il provvedimento in un diverso giudizio) non possa essere ricompresa l'efficacia esecutiva della misura, nel caso di opposizioni per contestare il diritto del ricorrente di procedere *in executivis* tale efficacia esecutiva è oramai venuta meno o, in caso di provvedimento inesistente, non è mai neppure sorta.

Ben più complessa appare, invece, la questione in relazione all'opposizione all'esecuzione per contestare la mancanza del diritto oggetto di attuazione. Infatti, in relazione a tali profili occorre domandarsi se l'autorità "esecutiva" del provvedimento cautelare sia sufficiente a precludere, in capo al resistente-esecutato, il potere di opporsi all'esecuzione. La risposta, almeno sotto tale profilo, non può però che essere negativa, atteso che, mentre in relazione al diritto di procedere *in executivis* viene in gioco l'efficacia coercitiva del provvedimento inteso quale atto autoritativo, nel caso dell'opposizione per ragioni attinenti al merito non può astrattamente precludersi una forma di controllo anche in sede esecutiva, atteso che l'accertamento compiuto dal giudice cautelare (che, a ben vedere, in tale forma di opposizione all'esecuzione è il vero oggetto di critica) non può essere invocato in un diverso giudizio. Sarebbe, dunque, errato, quantomeno in linea di principio, escludere la possibilità di contestare la decisione cautelare per il solo fatto di essere questo un provvedimento giudiziale, dal momento che ciò che di regola preclude al giudice dell'opposizione all'esecuzione di conoscere i profili di merito sottesi al titolo esecutivo giudiziale (vale a dire il principio di preclusione del dedotto e del deducibile), in sede cautelare non opera.

Tuttavia, se quanto precede è astrattamente corretto, è necessario aggiungere come il principio che regola la disciplina dell'opposizione all'esecuzione avverso provvedimenti giudiziali, per il quale sono inammissibili quei profili che avrebbero dovuto essere contestati con l'impugnazione del titolo esecutivo stesso, trova applicazione anche alla nostra materia. Insomma, nel contrasto tra due principi apparentemente antitetici (l'inattitudine al giudicato dei provvedimenti cautelari e la preclusione in sede di opposizione dei motivi spendibili con gli strumenti impugnatori propri del titolo esecutivo giudiziale) deve prevalere il secondo principio, quantomeno per due ragioni. Anzitutto, la preclusione dei motivi spendibili in sede di opposizione si fonda non solo sulla disciplina della litispendenza e sull'eventuale autorità del giudicato del provvedimento, ma, a ben vedere, sulla necessità di un ordinato svolgimento del processo, sicché, ogniqualvolta la legge individui una strada, sono inammissibili strumenti che permettano di eludere tale regola (si tratta, a ben vedere, di soluzione non dissimile dal caso in cui sia proposta un'opposizione all'esecuzione per ragioni già spese in sede di appello avverso una sentenza provvisoriamente esecutiva non ancora passata in giudicato). In secondo luogo, occorre considerare che il provvedimento cautelare è un provvedimento giudiziale, in quanto tale sottoposto al medesimo regime di ogni altro titolo esecutivo di formazione giudiziale, sicché sarebbe del tutto arbitrario sottoporre la misura cautelare al regime dei titoli esecutivi stragiudiziali per la sola inattitudine di tali misure al giudicato.

Di conseguenza, ben può condividersi l'opinione di quanti escludono la possibilità di contestare in altro modo la decisione del giudice cautelare, sia per errori originari (e, dunque, che dovevano essere censurati con il reclamo)⁴⁷, sia per ragioni sopravvenute (e, dunque, per ragioni che giustificerebbero la modifica o la revoca del provvedimento)⁴⁸.

⁴⁷ CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 180; CORSINI, *Il reclamo*, cit., 233; DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 175 ss.; DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 652; GIORGETTI, *L'exécution*, cit., 300 s.; FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 291; MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 426; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, cit., 84; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 825 s.; SALETTI, *Le riforme*, cit., 460; VULLO, *L'attuazione*, cit., 168 s.; ID., *Procedimenti cautelari*, cit., 410 s.

⁴⁸ V. Autori citati alla nota precedente, cui *adde* PILLONI, *Rimedi giudiziali*, cit., 788. Peraltro, MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 427 n. 283, e DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 177 n. 30, ritengono che qualora il fatto sopravvenuto sia un pagamento successivo alla fase di reclamo, esso debba essere fatto valere con l'opposizione all'esecuzione e non con l'istituto *ex art. 669-decies* c.p.c., dal momento che, a ben vedere, il pagamento non inciderebbe sull'efficacia della misura ma solo sulla sua utilità pratica. La precisazione da ultimo riportata appare condivisibile nei soli casi in cui il pagamento non determini

La soluzione che precede merita, però, alcune ulteriori precisazioni, tenuto conto che la tutela cautelare è strumentale, dal punto di vista funzionale, ad una decisione di merito.

Come è noto, sino al 2005, tutti i provvedimenti cautelari dovevano essere seguiti, a pena d'inefficacia della misura, dall'instaurazione del giudizio di merito e da una decisione di "conferma", nella sostanza, di quanto già statuito dal giudice cautelare. In tale giudizio, le parti potevano (ed, anzi, dovevano) dibattere sulle medesime questioni oggetto del giudizio cautelare, dal momento che dall'esito di tale giudizio dipendeva l'efficacia del provvedimento cautelare stesso. Di conseguenza, secondo l'opinione prevalente, tale giudizio sarebbe un'ulteriore forma impugnatoria, in quanto tale idonea ad assorbire ogni ulteriore doglianza (anche se non spendibile in sede di reclamo o di modifica e revoca) sul diritto cautelato: perciò, tale strumento assorbirebbe ogni ragione spendibile in un'opposizione di merito all'esecuzione, che di conseguenza, al di fuori delle contestazioni circa l'impignorabilità ed il difetto del diritto di procedere *in executivis*, sarebbe sempre inammissibile⁴⁹.

Tale soluzione tradizionale è, però, entrata in parte in crisi a seguito dell'introduzione della facoltatività dell'instaurazione del giudizio di merito nei casi di tutela cautelare a strumentalità attenuata.

A tal proposito, una parte della dottrina ha confermato, anche per tale ipotesi, la soluzione tradizionale⁵⁰, mentre altra parte, proprio valorizzando la facoltatività per talune misure dell'instaurazione del giudizio di merito, ha ritenuto che tale giudizio non potesse più considerarsi, quantomeno in relazione ai provvedimenti a strumentalità

un mutamento delle circostanze – tale da giustificare un'istanza di modifica o revoca della misura ex art. 669-*decies* c.p.c. – in quanto inidoneo ad intaccare il *periculum in mora* (si pensi, ad es., ad un provvedimento che condanni ex art. 700 c.p.c. al pagamento periodico degli alimenti, in relazione al quale il resistente adempia spontaneamente alla prima *tranche*, preannunciando però che non darà seguito al pagamento delle successive: in tal caso, non sembra che il resistente possa ottenere la revoca del provvedimento; egli potrà però opporsi ex art. 615 c.p.c. all'attuazione della misura da parte del ricorrente in relazione al primo pagamento già avvenuto). Peraltro, il problema non ha ragione di porsi in relazione ai provvedimenti conservativi atteso che, in tali casi, è difficile ipotizzare un pagamento soddisfacente.

⁴⁹ BASILICO, *L'attuazione*, cit., 1489; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 180; DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 176; GIORGETTI, *L'exécution*, cit., 301; FORNACIARI, *L'attuazione*, cit., 291 s.; SALETTI, *Le riforme*, cit., 456.

⁵⁰ COMASTRI, sub art. 669-*octies*, cit., 195; ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari del nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1189; SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 304.

attenuata, una forma *lato sensu* impugnatoria, con conseguente possibilità per il resistente-esecutato di contestare la misura cautelare, oltre che nelle forme *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., altresì in quelle *ex art. 615 c.p.c.*⁵¹.

L'argomento che maggiormente interessa, ai fini della presente trattazione, è però un altro. Si sostiene, infatti, l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione anche per i profili da ultimo analizzati, invocando quanto disposto *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. Dal momento che tale norma permette alle parti di contestare liberamente in ogni sede quanto dichiarato dal giudice cautelare, nulla osterebbe all'esperibilità dell'opposizione all'esecuzione, a pena di fornire un'interpretazione ingiustificatamente restrittiva della norma da ultimo richiamata⁵².

Tale ultimo argomento non convince appieno. Qualora si muova, come noi riteniamo necessario, dalla premessa che l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. si applichi ad ogni misura cautelare, a prescindere dal diverso regime di strumentalità funzionale, tale argomento, se sviluppato coerentemente sino alle sue estreme conseguenze, dovrebbe applicarsi ad ogni provvedimento cautelare, con conseguente ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione avverso ogni misura, anche a strumentalità piena. Sennonché tale estrema conseguenza sarebbe inaccettabile – come del resto si è costantemente affermato sino al 2005 – proprio perché il vero limite di ammissibilità della tutela oppositoria è rappresentata dalla mancanza di mezzi alternativi di impugnazione, seppur latamente intesi⁵³.

⁵¹ BASILICO, *L'attuazione*, cit., 1493 s.; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in PROTO PISANI (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 136; DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 49; DELLE DONNE, *L'attuazione*, cit., 176 s. n. 29; LONGO, sub *art. 23*, in COSTANTINO (a cura di), *I provvedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 472; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 651 e 826; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 934; TISCINI, *I provvedimenti*, cit., 159; VITTORIA, *L'inibitoria*, cit., 395 s. Anche se più dubitativamente, si veda sul punto altresì GUAGLIONE, sub *artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, in CIPRIANI – MONTELEONE, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 489.

⁵² TISCINI, *I provvedimenti*, cit., 165.

⁵³ Del resto, in relazione ai titoli esecutivi giudiziali con autorità di giudicato, non si è mai dubitato circa l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione per far valere fatti sopravvenuti alla formazione della cosa giudicata, dal momento che, in relazione a tali titoli esecutivi e a differenza della tutela cautelare, non esiste uno strumento analogo alla modifica o la revoca per mutamento delle circostanze: in tali casi, eventuali fatti sopravvenuti all'ultimo momento utile per l'allegazione di nuove circostanze potranno essere fatti valere anche con l'opposizione all'esecuzione.

A nostro avviso, dunque, la norma *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. è del tutto neutra rispetto al problema dell'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione per ragioni di merito avverso i provvedimenti ultrattivi.

Ciò che occorre valutare è, invece, se il giudizio di merito sia stato instaurato. Qualora, infatti, le parti (non importa se il resistente o il ricorrente, atteso che, come si è visto, l'oggetto del giudizio resta il medesimo⁵⁴) abbiano instaurato il giudizio di merito, con l'opposizione all'esecuzione il resistente-esecutato non potrà procurarsi un'alternativa alla soccombenza in tale primo giudizio né, di conseguenza, potrà contestare nel merito il provvedimento cautelare: vi è, dunque, una vera e propria litispendenza tra i due giudizi. Qualora però il giudizio di merito non sia stato instaurato (possibilità ammessa dall'ordinamento con riferimento ai soli provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata) non sembra che vi siano ragioni per escludere l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione anche per ragioni di merito, purché non siano esperibili ulteriori forme di tutela (ed, in particolare, siano spirati i termini per il reclamo o non vi siano mutamenti nelle circostanze che giustifichino la modifica o revoca della misura cautelare). In tali casi, infatti, venuto meno l'onere per il ricorrente di instaurare il giudizio di merito nelle forme previste *ex art. 669-octies*, I pt., c.p.c., le parti potranno contestare anche al di fuori di tale ultima possibilità, come conferma l'*art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c., la misura cautelare, eventualmente, dunque, anche a mezzo di opposizione all'esecuzione per ragioni di merito. Tuttavia, è chiaro che l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione in tanto potrà garantire al resistente-esecutato una tutela maggiore rispetto all'instaurazione di un ordinario giudizio di merito in quanto egli possa ottenere, in quella sede, la sospensione dell'attuazione-esecuzione *ex art. 624 c.p.c.* L'analisi di tale questione sarà però trattata nel prosieguo.

La ricostruzione appena prospettata lascia aperto un ultimo interrogativo. A seguito dell'instaurazione del giudizio di opposizione all'esecuzione, le parti potrebbero altresì instaurare il giudizio di merito (a cui non si applicano, come noto, i brevi termini di decadenza *ex art. 669-octies*, 1° e 2° comma, c.p.c.), in cui potrebbero venire in rilievo i medesimi profili già azionati in sede di opposizione all'esecuzione. Si tratta, allora, di coordinare i due giudizi al fine di prevenire un eventuale contrasto. A tal

⁵⁴ V. capitolo III, pf. 1.1.

proposito, giova ricordare come l'ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione (beninteso, la sua seconda fase) per ragioni di merito sia subordinata alla mancata instaurazione del giudizio di merito, unica sede in cui, altrimenti, tali profili potrebbero rilevare. Tuttavia, una volta instaurata l'opposizione all'esecuzione, in cui l'opponente contesti il diritto cautelato, è chiaro che elementari ragioni di economia processuale impongono di far salva l'attività svolta nel giudizio di opposizione. Di conseguenza, avendo i due giudizi il medesimo oggetto, il giudice di merito dovrà dichiarare la liti-spendenza a favore del giudice dell'opposizione all'esecuzione.

In conclusione, è appena il caso di aggiungere come il giudizio di opposizione all'esecuzione sia un ordinario giudizio di merito con funzione dichiarativa. Di conseguenza, il provvedimento cautelare non potrà in alcun modo vincolare la decisione del giudice chiamato a pronunciarsi sull'opposizione, nel rispetto delle conclusioni a cui siamo giunti nel capitolo precedente in merito ai rapporti tra autorità del provvedimento cautelare e tutela dichiarativa.

3.2. La sospensione ex art. 624 c.p.c. del processo attuativo-esecutivo a seguito di opposizione all'esecuzione. Rinvio.

Individuati i limiti entro cui è ammessa l'opposizione all'esecuzione, è necessario stabilire i limiti del potere del giudice di sospendere ex art. 624 c.p.c. l'esecuzione-attuazione instaurata in forza della misura cautelare opposta.

Infatti, la sospensione dell'esecuzione che, come è noto, può essere disposta dal giudice dell'esecuzione, concorrendo "gravi motivi", rappresenta l'elemento che garantisce al resistente-esecutato il vero bene della vita che distingue l'opposizione all'esecuzione da un ordinario giudizio di accertamento negativo (categoria al quale, del resto, come visto, l'opposizione all'esecuzione appartiene⁵⁵).

È, quindi, di particolare importanza lo studio dei limiti di ammissibilità di un tale provvedimento nei casi in cui oggetto di opposizione sia una misura cautelare.

Atteso, tuttavia, che, come già si è osservato, la sospensione disposta in sede di opposizione all'esecuzione appartiene, più propriamente, alla tutela cautelare, l'ammissibilità di un tale provvedimento sarà analizzata in occasione dell'esame dei limiti di

⁵⁵ V. Autori citati alla n. 35.

invocabilità dell'autorità del provvedimento cautelare in un diverso giudizio cautelare, a cui pertanto si rinvia⁵⁶.

4. La ripetizione di quanto pagato in sede di attuazione-esecuzione di una misura cautelare.

Nell'analisi dei rapporti tra autorità del provvedimento cautelare e diritto sostanziale, ci siamo già occupati dei limiti entro cui tale autorità rileva ai fini della ripetizione dell'indebito, osservando come, nei casi in cui l'instaurazione del giudizio di merito sia meramente facoltativa, nulla osti alla possibilità per il resistente di contestare il provvedimento cautelare in un giudizio per la ripetizione di quanto spontaneamente e indebitamente pagato⁵⁷. In quella sede, avevamo però rinviato al prosieguo della trattazione l'esame circa l'ammissibilità di un tale giudizio anche all'esito non già di uno spontaneo pagamento, ma di un riparto in sede esecutiva.

Dopo aver, dunque, concluso che il giudizio di esecuzione-attuazione, nonostante le peculiarità che lo differenziano dalla disciplina ordinaria prevista dal terzo libro del codice di rito, possa considerarsi a tutti gli effetti una forma, seppur speciale, di processo esecutivo, perciò solo soggetto, per quanto non diversamente previsto, alla disciplina codicistica, possiamo ora completare l'indagine in merito ai rapporti tra provvedimento cautelare e ripetizione di indebitato.

Per la sua natura di procedimento esecutivo speciale, è dunque opportuno riepilogare le soluzioni accolte in dottrina e in giurisprudenza sulla ripetizione di quanto distribuito in sede di esecuzione forzata ordinaria per poi procedere ad un'analisi della compatibilità del procedimento di attuazione-esecuzione con le conclusioni raggiunte.

Infatti, a differenza dello spontaneo pagamento che indubbiamente rientra, già sul piano letterale, nell'art. 2033 c.c., con conseguente diritto per il debitore di agire per la ripetizione dell'indebito, salvo il solo eventuale giudizio sull'esistenza del diritto, invece, in relazione al pagamento avvenuto in sede di esecuzione forzata, la questione non è affatto altrettanto pacifica. Così, a una prima opinione che ammette la ripetibilità

⁵⁶ V. *infra* pf. 6.1.

⁵⁷ V. capitolo II, pff. 4 e 4.1.

delle somme oggetto di distribuzione⁵⁸ (salvi, beninteso, l'autorità di cosa giudicata dei titoli esecutivi azionati, ovvero eventuali fenomeni di diritto sostanziale quale la rinuncia al diritto alla ripetizione), si contrappongono quanti escludono ogni simmetria con la disciplina del pagamento spontaneo, vuoi in forza di una stabilità della distribuzione equivalente al giudicato⁵⁹, vuoi per una preclusione⁶⁰.

Non è questa la sede per poter compiutamente analizzare tutte le ragioni addotte a sostegno delle due tesi, che implicano un esame sui limiti delle preclusioni e sulla stabilità della distribuzione esecutiva che eccede l'ambito della presente indagine. In questa sede è, pertanto, sufficiente un'analisi dei dati normativi per avvedersi di come il legislatore abbia fornito elementi tra loro contrastanti, che rendono particolarmente ardua una conclusione univoca, coerente, sul piano sistematico, con il diritto positivo.

In effetti, le più recenti riforme legislative sembrano avere fornito un innegabile sostegno normativo alla tesi favorevole ad individuare una preclusione alla ripetibilità di

⁵⁸ ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, ora in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 80 s.; BOVE, *La distribuzione*, in BALENA – BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 268 ss.; DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata (nell'espropriazione forzata)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 328; GARBAGNATI, *Esecuzione ingiusta e ripetizione dell'indebitato*, in *Foro pad.*, 1971, I, 15 ss., ora in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 508 ss.; ID., *Preclusione «pro iudicato» e titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 302 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., 518 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., III, 188 s.; TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 47 ss.; TRAVI AM., voce *Distribuzione della somma ricavata*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1957, 1146.

⁵⁹ BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, 249 ss., il quale discorre espressamente di "cosa espropriata materiale". Conf. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 86; MONTESANO, *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 607. Nel medesimo senso, seppur calato all'interno della tesi sostenuta dall'Autore (su cui v. *supra*, capitolo I, pf. 2.3), sembra esprimersi anche LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, ora in *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962, 45 s.

⁶⁰ ANDRIOLI, *Commento*, cit., III, 4; BARLETTA, *L'intangibilità dei riparti nelle procedure espropriative e concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1026 s.; CANELLA, *Titolo esecutivo e precetto. Espropriazione forzata in generale*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2019, 731; FABBRINI, voce *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 8 s.; SOLDI, *Manuale*, cit., 813; LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 566 ss.; MAZZARELLA, *Pagamento e esecuzione forzata (note esegetiche sull'art. 494 c.p.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 242 ss.; NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013, 140 ss. spec. 158; VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Peschiera Borromeo, 2010, 202 ss. spec. 209. Nel medesimo senso, seppur con motivazione principalmente incentrata sulla funzione del processo esecutivo, CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, 179 ss. spec. 201 ss.

In questo senso è orientata anche la giurisprudenza maggioritaria: Cass., 13 febbraio 2019, n. 4263, in *De Jure*; Cass., 23 agosto 2018, n. 20994, *ivi*; Cass., 18 agosto 2011, n. 17371, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1176 s.; Cass., 8 maggio 2003, n. 7036, *ivi*, 2003, 1017; Cass., 3 luglio 1969, n. 2424, in *Foro it.*, 1969, I, 1641 ss.

quanto pagato in sede di riparto. Ciò quantomeno sotto due profili. Da un lato, come è noto, la riforma del diritto fallimentare del 2006 ha previsto, all'art. 114 l.fall., l'irripetibilità delle somme ricevute in esecuzione del piano di riparto⁶¹. Dall'altro lato, il legislatore, nel 2016, ha previsto, all'art. 615, 2° comma, c.p.c., l'inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione in sede di espropriazione forzata se proposta dopo che è stata disposta la vendita ex artt. 530, 552, 569 c.p.c.⁶². Di conseguenza, non sarebbe irragionevole sostenere che, se financo in pendenza dell'espropriazione è preclusa al debitore la possibilità di contestare il diritto del creditore una volta che sia stata disposta la vendita, *a fortiori* tale conclusione dovrebbe valere dopo la vendita e la distribuzione delle relative somme. Si tratta, a ben vedere, di argomento in ideale prosecuzione con la tesi la quale, valorizzando la funzione dell'art. 2929 c.c. (il cui secondo comma pone nella vendita o nell'assegnazione il termine ultimo per far valere eventuali "nullità degli atti esecutivi"), interpreta tale ultima locuzione come riferita non solo a nullità per ragioni di forma, ma altresì per ragioni di merito, tali da inficiare la giustizia dell'esecuzione forzata stessa⁶³.

A tali prime argomentazioni, favorevoli alla presenza di una qualche preclusione, potrebbe, però, replicarsi, da un lato, come la disciplina in tema di riparto in sede fallimentare sia speciale ed, in quanto tale, insuscettibile di applicazione analogica⁶⁴ e, dall'altro lato, come la preclusione ex art. 615, 2° comma, c.p.c. non possa da sola essere dirimente. Infatti, tale norma configura una preclusione endoprocessuale, in quanto tale di per sé inidonea a giustificare una qualche forma di preclusione esterna al processo in cui è resa: solo in tal modo, si spiegherebbe la previsione di una rimesione in termini ex art. 615, 2° comma, c.p.c., altrimenti stridente con le ordinarie regole dell'efficacia extraprocessuale dei provvedimenti. Del resto, ogni altra interpretazione si ridurrebbe ad un'applicazione analogica, ove financo non creativa, delle norme da ultimo richiamate; ciò, però, in violazione della riserva di legge prevista in

⁶¹ Sulla base di questa argomentazione, VINCRE, *Profili*, cit., 209, conclude per l'irripetibilità di tali somme anche in sede esecutiva.

⁶² Su tale riforma v., esemplificativamente, SALETTI, *Le modifiche al sistema dei controlli esecutivi*, in *Giur. it.*, 2016, 2065 s.

⁶³ LA CHINA, *L'esecuzione forzata*, cit., 570. Conf. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata*, cit., 268 s.

⁶⁴ Rinviamo, al riguardo, a quanto osservato nel capitolo III, n. 102 e nel corrispondente contenuto nel testo.

materia di preclusioni *ex art.* 152, 1° comma, c.p.c. in relazione alle preclusioni processuali⁶⁵.

A ciò si aggiunga che la soluzione sopra ricordata, se privata della stabilità propria del giudicato *ex art.* 2909 c.c., a nostro avviso totalmente assente in materia esecutiva, determinerebbe una preclusione assimilabile più propriamente ad una decadenza di diritto sostanziale del diritto di agire in ripetizione dell'indebito rispetto ad una vera e propria preclusione processuale. Soluzione, però, inaccettabile in difetto di una norma di legge⁶⁶.

Insomma, una volta escluso che la tutela esecutiva appartenga a quella dichiarativa⁶⁷ e, di conseguenza, una volta esclusa ogni attitudine dei provvedimenti resi in sede esecutiva ad acquistare autorità di cosa giudicata, nulla osta alla possibilità di una successiva contestazione dell'attribuzione delle somme distribuite in sede di riparto, in difetto di una contraria previsione di legge.

Ci sembra, dunque, nonostante l'obiettiva ambiguità dei dati normativi sopra richiamati, che sia da prediligere la soluzione più liberale, favorevole all'ammissibilità della ripetizione di quanto indebitamente distribuito anche in sede di esecuzione forzata. È, di conseguenza, chiaro che, ove si acceda alla soluzione da noi accolta, nulla osterebbe ad un'applicazione *de plano* dell'art. 2033 c.c. anche in caso di attuazione-esecuzione del provvedimento cautelare. Infatti, senza l'autorità di cosa giudicata del provvedimento cautelare, le parti potrebbero liberamente ridiscutere del merito della controversia nel giudizio *ex art.* 2033 c.c., quantomeno nei limiti già analizzati nel secondo capitolo⁶⁸.

Più interessante è, invece, lo studio delle interferenze tra distribuzione coatta e tutela cautelare ove si acceda alla tesi – da noi criticata – favorevole alla stabilità del riparto,

⁶⁵ Sul punto, mi permetto di rinviare, anche per gli opportuni riferimenti, a FELLONI, *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, in *Giur. it.*, 2017, 2654. Per una diversa ricostruzione, v. PIROTTA, *Sulla non reiterabilità dell'istanza di conversione del pignoramento*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, 571 ss.

⁶⁶ Sul tema, v., esemplificativamente, TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24° ed. a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2019, 232. In giurisprudenza, a favore della stretta interpretazione delle fattispecie di decadenza, v., tra le tante, Cass., 15 giugno 2018, n. 15780, in *Foro it.*, 2019, I, 608 ss., con nota di MERONE, *La scansione dei tempi processuali nella dialettica tra atto di disconoscimento ed istanza di verifica*; Cass., 21 aprile 2011, n. 9223, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2403 ss.; Cass., 26 giugno 2000, n. 8700, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1409.

⁶⁷ Soluzione, del resto, largamente maggioritaria: v., esemplificativamente, GARBAGNATI, *Espropriazione e distribuzione della somma ricavata*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 175 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., 479 ss. A favore della natura cognitiva nella fase di distribuzione, v. MONTESANO, *La cognizione*, cit., 607.

⁶⁸ Capitolo II, pff. 4 e 4.1.

sostenuta da autorevole dottrina e avvallata dalla giurisprudenza dominante. In tal caso, infatti, la rilevanza da attribuire alla “autorità” del provvedimento cautelare sarebbe di non poco momento. Secondo un’applicazione rigosa di tale stabilità esecutiva, il provvedimento cautelare, di per sé strumentale – in senso funzionale – al giudizio di merito, perderebbe tale predicato a seguito della distribuzione del ricavato: di conseguenza, a prescindere dalla decisione sul merito della controversia e dall’eventuale sopravvenuta inefficacia del provvedimento, potrebbe, ad una prima lettura, sostenersi che l’effetto della distribuzione resterebbe stabile, dal momento che il tempo necessario per l’attuazione cautelare è di norma inferiore alla durata di un ordinario giudizio di merito conseguente alla concessione della misura (e la cui instaurazione è talvolta facoltativa, con ulteriore dilatazione dei tempi necessari per la decisione).

Una tale interpretazione appare, però, in radicale contrasto con la funzione della tutela cautelare. Sotto tale profilo, un aiuto per confutare gli esiti paradossali a cui porta il ragionamento sopra esposto può giungere proprio dalla dottrina favorevole alla stabilizzazione degli effetti della distribuzione esecutiva. Qualora, infatti, l’esecuzione sia instaurata in forza di un provvedimento provvisoriamente esecutivo (paradigmatico è il caso della sentenza di primo grado oggetto di giudizio di appello), anche i sostenitori della stabilità del riparto ammettono la ripetizione dell’indebito (analogamente a quanto avviene nel caso in cui, nonostante l’opposizione all’esecuzione, il processo non sia sospeso e si addivenga comunque alla vendita della *res* e al conseguente riparto del ricavato)⁶⁹. Del resto, si tratta di soluzione coesenziale alla natura provvisoria di tali titoli esecutivi: se tali provvedimenti, esecutivi solo provvisoriamente in quanto *sub iudice*, fossero destinati a stabilizzarsi negli effetti a seguito della conclusione dell’esecuzione forzata, la *ratio* dell’istituto della provvisorietà dell’efficacia esecutiva verrebbe frustrata. Tali conclusioni, formulate in relazione ai casi in cui il titolo esecutivo è destinato a consolidarsi a seguito del rigetto dell’impugnazione, devono valere *a fortiori* qualora il titolo esecutivo giudiziale sia istituzionalmente inidoneo a consolidarsi⁷⁰ e ciò, si badi, anche qualora non sia necessaria l’instaurazione del giudizio di merito.

⁶⁹ MAZZARELLA, *Pagamento*, cit., 250, che pure scriveva in un’epoca in cui la provvisoria esecutività delle decisioni di primo grado era un’eccezione. Conf., BARLETTA, *L’intangibilità*, cit., 1027 s.

⁷⁰ Al di fuori, ovviamente, dei casi in cui vengano ad operare, nei limiti sopra analizzati, istituti di stabilizzazione propri del diritto sostanziale (v. capitolo II, pff. 1-3).

Si tratta, a ben vedere, del resto, di soluzione confortata non solo da ragioni sistematiche, ma altresì dalla lettera dell'art. 669-*novies*, 2° comma, c.p.c., il quale prevede che, a seguito della declaratoria di inefficacia del provvedimento cautelare, il giudice debba dare “le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente”; espressione sufficiente ampia per ricomprendere agevolmente anzitutto proprio la restituzione di quanto indebitamente ricevuto⁷¹. Tale disposizione deve, dunque, essere letta in combinato disposto con l'art. 669-*duodecies* c.p.c., in quanto tale istituto rappresenta il modo normale di soddisfazione delle pretese riconosciute provvisoriamente in sede cautelare, ogniqualvolta il resistente non voglia adempiere spontaneamente.

Conclusivamente, ci sembra che la soluzione favorevole alla ripetibilità di quanto pagato all'esito dell'attuazione-esecuzione di una misura cautelare debba essere preferita. Si tratta di conclusione valida sia qualora si aderisca alla tesi, da noi ritenuta più convincente, favorevole alla ripetibilità di quanto pagato all'esito di ogni giudizio di esecuzione, sia qualora si aderisca alla tesi dell'intangibilità delle somme distribuite in sede esecutiva, in quanto coesistente alla provvisorietà della tutela cautelare.

5. Note conclusive sull'invocabilità dell'autorità del provvedimento cautelare nel processo esecutivo.

Nell'indagine svolta nei paragrafi precedenti sui rapporti tra tutela cautelare e tutela esecutiva è emerso come, di regola, il provvedimento cautelare sia equivalente ad un qualsiasi titolo esecutivo giudiziale, con la sola precisazione che, a differenza dell'esecuzione instaurata in forza di una sentenza di condanna, il sistema cautelare permette, con forse maggiore spazio, l'esperibilità di contestazioni anche attinenti al merito della controversia. Tali maggiori spazi per la contestazione in sede di opposizione all'esecuzione non dipendono, però, come si è cercato di dimostrare, dalla previsione contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., come pure talvolta si afferma, ma dalla possibilità per le parti di contestare la decisione cautelare con l'instaurazione del giudizio di merito.

⁷¹ GIORDANO, sub art. 669-*nonies*, in COMOGLIO – COSCOLO – SASSANI – VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, 1, Torino, 2014, 1232, la quale individua nella norma in esame una “applicazione del generale principio sancito dall'art. 2033 c.c.”. Conf. MERLIN, *Le cause*, cit., 456; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, cit., 77; VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 317. Nel medesimo senso, autorevolmente, sotto la vigenza del codice di rito del 1865, sembra esprimersi altresì CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 217 s.

L'autorità del provvedimento cautelare (*rectius*, il divieto di invocarla in un diverso giudizio) potrà, semmai, rilevare ai fini della decisione sulle eventuali opposizioni, sicché non potranno che trovare applicazione le soluzioni, da noi individuate nel capitolo precedente, sull'invocabilità della "autorità" del provvedimento cautelare in un giudizio di merito. È, però, chiaro che in tali ipotesi si tratta, più propriamente, del divieto di invocare l'autorità del provvedimento cautelare in un vero e proprio giudizio di merito e non tanto, invece, in un giudizio esecutivo.

Ugualmente, in relazione alla disciplina ripetizione dell'indebito, la soluzione, da noi accolta, circa la ripetibilità di quanto distribuito in sede di attuazione-esecuzione, prescinde, a ben vedere, dall'autorità del provvedimento cautelare, ma è, piuttosto, direttamente imputabile alla strumentalità funzionale e alla conseguente provvisorietà di tali provvedimenti; caratteristiche di cui la previsione *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. è indubbiamente un corollario, ma che certo non si appiattiscono su tale previsione.

Possiamo, così, concludere che la nozione di "autorità" *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. prescinde dai rapporti tra la tutela cautelare e processo esecutivo. In altri termini, si conferma, per altra via, come l'efficacia esecutiva del provvedimento possa trovare libera applicazione nel processo esecutivo. Si tratta, a ben vedere, di conclusione a cui si è giunti *in nuce* già nel primo capitolo, laddove abbiamo osservato che nella nozione di "autorità" non può essere ricompresa l'efficacia esecutiva del provvedimento, dal momento che, in tal modo, si precluderebbe la possibilità per le parti di utilizzare il provvedimento come titolo esecutivo, così minando l'efficacia di cui la misura è indiscutibilmente dotata quantomeno tra le parti.

Ciò non significa, beninteso, che il provvedimento cautelare attribuisca alle parti un *quid pluris* in termini di tutela rispetto ad ogni altro provvedimento giudiziale, tale da garantire alla tutela attuativa-esecutiva del provvedimento cautelare una maggiore effettività. Significa, più semplicemente, che il divieto di invocare la "autorità" del provvedimento cautelare in un diverso processo attiene, per quanto finora esaminato, alla sola efficacia di "accertamento" della misura cautelare, precludendo ad ogni giudice di conformarsi acriticamente a quanto statuito in sede interinale, mentre ciascun giudice, come del resto ogni altro consociato, dovrà rispettare il comando cautelare in quanto tale.

Ogni limitazione di tale efficacia in sede di attuazione della misura dipende, pertanto, come, del resto, per l'esecuzione di ogni altro provvedimento giudiziale, da limiti esterni alla "autorità esecutiva", imputabili, di regola, alle caratteristiche del processo esecutivo ed al regime preclusivo ivi previsto, ovvero alla realtà sostanziale oramai mutata a seguito della concessione della misura.

Sezione seconda

AUTORITÀ DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE IN ALTRO GIUDIZIO CAUTELARE

6. *Interferenze tra giudizi cautelari.*

Esaurito l'esame sui rapporti tra tutela cautelare e tutela esecutiva, resta da analizzare se la previsione *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. ricomprenda il divieto di invocare l'autorità del provvedimento in un diverso giudizio cautelare e, in caso affermativo, entro quali limiti.

Giova, anzitutto, premettere che, l'art. 12, 2° comma, lett. c, l. n. 366/2001, da cui, come si ricorderà, è originato il rito societario, che per primo ha introdotto il riferimento alla "autorità" del provvedimento cautelare, delegava il Governo ad introdurre, tra l'altro, la facoltatività dell'instaurazione del giudizio di merito conseguente alla concessione di misure cautelari, "con la conseguente definitività degli effetti prodotti da detti provvedimenti, ancorché gli stessi non acquistino efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse".

Benché il riferimento ad altri giudizi instaurati per finalità diverse non sia stato recepito né dal d.lg. n. 5/2003 né dall'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c. (norme che, come più volte osservato, fanno riferimento genericamente ad un "diverso processo"), tuttavia parte della dottrina è ricorsa ad un'interpretazione storica di tali previsioni proprio alla luce della legge delega e, di conseguenza, ha ammesso la possibilità di invocare in un diverso giudizio cautelare l'autorità del provvedimento di accoglimento⁷². La ragione di una tale conclusione risiederebbe nella circostanza che, in tali casi, il secondo giudizio sarebbe instaurato proprio per la medesima finalità assicuratoria del primo giudizio cautelare, sicché non rientrerebbe nell'interpretazione (storica) dell'art. 669-octies, 9° comma, c.p.c.

A sostegno di tale soluzione potrebbe, poi, aggiungersi un argomento tratto dal diritto comparato. Infatti, ai sensi dell'art. 488, 1° comma, n.c.p.c. francese, preso a modello

⁷² BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008, 217; BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in AA.VV., *Sulla riforma del processo civile – atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, 78; COMASTRI, *sub art. 669-octies*, cit., 190; ROMANO, *Riflessioni*, cit., 1185 n. 25.

dal legislatore italiano, il provvedimento di “*référé*” non ha “*autorité de la chose jugée*” – nel senso da noi già chiarito⁷³ – solamente “*au principal*” e, dunque, ai soli fini del merito. Motivo per cui, come già parimenti riferito, secondo la dottrina d’oltralpe, tale provvedimento vincola gli altri giudici del “*référé*”, salvo che non vi siano “*circonstances nouvelles*”. *A contrario*, potrebbe, così, ritenersi che tali misure abbiano “*autorité de la chose jugée*” in giudizi diversi da quelli di merito e, dunque, *in primis*, in altri procedimenti interinali con finalità assicuratoria.

Si tratta, dunque, di stabilire se l’opinione favorevole alla possibilità di invocare in un giudizio cautelare l’autorità del provvedimento interinale possa essere condivisa, sia alla luce della lettera della norma in esame, sia per ragioni sistematiche.

È, anzitutto, quantomai opportuno precisare che la norma *ex art. 669-octies*, 9° comma, c.p.c. non trova applicazione all’interno dello stesso procedimento cautelare in cui la misura è pronunciata, sicché la sua autorità sarà sempre invocabile nel medesimo giudizio⁷⁴. Tale conclusione si impone sia per ragioni letterali (il riferimento al “diverso” processo), sia, soprattutto, per ragioni sistematiche: a voler diversamente opinare, infatti, si priverebbe di ogni rilevanza l’istituto della modifica e della revoca del provvedimento cautelare, che, come noto, presuppone, *ex art. 669-decies* c.p.c., un mutamento nelle circostanze o la scoperta di fatti sconosciuti anteriori alla decisione. È del tutto evidente che in tanto possono rilevare tali mutamenti nelle circostanze, in quanto il provvedimento cautelare abbia una propria autorità che vincoli il giudice chiamato a pronunciarsi *ex art. 669-decies* c.p.c. In altri termini, il giudice della modifica o revoca del provvedimento non potrebbe limitarsi a riesaminare quanto deciso in sede cautelare (a differenza di quanto, invece, avviene nel giudizio di merito *ex art. 669-octies*, 6° comma, II pt., c.p.c.), proprio perché vincolato alla “autorità” del provvedimento cautelare⁷⁵. Si tratta, come è evidente, di un regime ben più restrittivo di quello previsto per il provvedimento negativo, in relazione al quale, invece, il giudice successivamente adito potrebbe procedere ad una nuova valutazione dei medesimi fatti adottati: in senso assoluto in caso di pronuncia di incompetenza, negli altri casi purché

⁷³ Capitolo I, pf. 8.3.

⁷⁴ LUIISO, *Diritto processuale civile*, cit., IV, 231. Si tratta dell’istituto talvolta definito della stabilità “esterna” (su cui v. MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 761 ss. spec. 778 ss.).

⁷⁵ CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 142; DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 425 s.

in presenza di nuove ragioni di fatto e di diritto, oltre beninteso di mutamenti di circostanze.

Maggiori problemi pone, invece, la possibilità di invocare l'autorità del provvedimento cautelare non già nel medesimo giudizio, ma in un diverso giudizio cautelare.

A fronte della tesi sopra richiamata, favorevole ad ammettere la possibilità di invocare l'autorità del provvedimento in un diverso giudizio cautelare, si contrappongono quanti, invece, escludono ogni lettura restrittiva della norma in esame, con la conseguenza che il provvedimento interinale non solo non potrebbe vincolare – come è ovvio – il giudice del merito, ma neppure alcun altro giudice cautelare⁷⁶.

Tale dibattito assume uno speciale rilievo ai fini della nostra indagine in relazione alla necessità per il giudice cautelare, chiamato a giudicare su un diritto dipendente da quello già oggetto di pronuncia cautelare, di decidere conformemente alla prima decisione. Nonostante la validità delle argomentazioni addotte a favore della tesi contraria, riteniamo che l'autorità provvedimento cautelare non sia invocabile neppure in un diverso giudizio cautelare.

Anzitutto, l'argomento letterale sembra già di per sé sufficiente a privare di fondamento ogni *distinguo* a seconda del tipo del procedimento in cui l'autorità del provvedimento cautelare è invocata: *in claris non fit interpretatio*. Inoltre, nemmeno l'argomento comparativista può superare le riportate conclusioni, sia perché, stante l'inequivoco tenore letterale della norma, non potrebbe concludersi per un'interpretazione *contra legem*, sia, soprattutto, perché la corrispondente previsione del sistema francese viene letta, come si è già osservato nell'analisi di tali norme, dagli interpreti d'oltralpe come il *pendant* della disciplina della modifica e della revoca dell'ordinanza di *référé* e non, invece, per fondare l'invocabilità in altro giudizio dell'accertamento interinale, come, invece, sostengono gli Autori favorevoli alla tesi qui criticata.

Un ulteriore argomento può, infine, trarsi dalla disciplina del provvedimento negativo *ex art. 669-septies* c.p.c. Come già ricordato, tale norma ammette, infatti, a differenza di quanto stabilito dall'*art. 669-decies* c.p.c., la possibilità di ottenere, a seguito

⁷⁶ ARIETA, *Le cautele*, cit., 37; COMASTRI, sub *art. 669-octies*, cit., 191; GUAGLIONE, sub *artt. 669-quinquies – octies – decies – terdecies*, cit., 478 n. 44; LONGO, sub *art. 23*, cit., 470; MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO – LUISO – MENCHINI – SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, I, Milano, 2006, 91 s.; TISCINI, *I provvedimenti*, cit., 164.

del rigetto della prima istanza cautelare, un provvedimento favorevole anche solo adducendo nuove ragioni di fatto e di diritto, con limiti ben più ampi delle sole circostanze sopravvenute o scoperte successivamente alla concessione della misura, che permettono la modifica o la revoca. Tale apparente disparità di trattamento si spiega con la circostanza che modifica e revoca, da un lato, e richiesta di tutela cautelare al seguito del rigetto della prima domanda, dall'altra, non sono situazioni tra loro simili. Nel primo caso, infatti, si tratta di prosecuzione del medesimo giudizio cautelare, all'interno del quale rileva l'autorità della decisione; nel secondo caso, invece, la nuova domanda cautelare avvia un nuovo ed autonomo giudizio, in cui nessuna autorità può riconoscersi al provvedimento (negativo) cautelare. Le uniche, più modeste, limitazioni – consistenti nel divieto di ottenere la tutela richiesta sulla base del solo riesame delle medesime ragioni di fatto e di diritto – si fondano su un'espressa previsione di legge dettata per ragioni di opportunità, sicché nulla vieterebbe al legislatore di prevedere la libera riproponibilità dell'istanza cautelare rigettata⁷⁷, sulla falsariga di quanto accade per i provvedimenti pronunciati in camera di consiglio.

Di conseguenza, al di fuori di tale eccezione legislativamente prevista, che trova la sua giustificazione nella perfetta identità di *petitum* e di *causa petendi*, in ogni altra ipotesi in cui vi sia un diverso processo cautelare – e, dunque, *in primis*, allorché vi sia causa su diritti tra loro dipendenti – l'autorità del provvedimento cautelare non sarà invocabile.

Si tratta, a ben vedere, di soluzione in perfetta armonia con le regole generali del processo civile, in quanto fattispecie non molto diversa dal conflitto logico tra giudicati⁷⁸ (cioè, il caso in cui due provvedimenti decidano su diritti diversi, ma tra loro

⁷⁷ Ed era, infatti, questa l'opinione granitica sino all'introduzione, con la riforma del 1990, dell'art. 669-*septies* c.p.c.: in arg. v. BARLETTA, *La riproposizione*, cit., 12 ss. nn. 1-3. L'unica, seppur autorevole, opinione in senso contrario era stata espressa da TARZIA, *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 935 ss.

Del resto, si ritiene che nemmeno le (limitate) preclusioni in tema di disciplina del provvedimento negativo possano valere a limitare la proposizione di una domanda finalizzata ad assicurare un diritto diverso da quello azionato (e, dunque, ad es., un diritto dipendente): RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 566.

⁷⁸ Come osservano VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 196 s.; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 580.

connessi⁷⁹), salvo, ovviamente, che per l'inidoneità dei provvedimenti in esame ad acquistare una tale autorità. Se, infatti, il nostro ordinamento ammette istituzionalmente⁸⁰ la possibilità che due sentenze siano tra loro logicamente incompatibili (beninteso, purché sulla questione pregiudiziale non si sia già formato il giudicato), non si vede per quale motivo una analoga conclusione non possa valere altresì per le ordinanze cautelari (sempre provvisorie e strumentali, in senso funzionale, ad un giudizio di merito e sempre incompatibili con il giudicato).

Del tutto diverso è, invece, il problema per il conflitto pratico tra provvedimenti cautelari, ossia quelle ipotesi in cui, per ricorrere ad un'efficace espressione della dottrina, il contrasto "produce una zuffa fra gli agenti incaricati dell'attuazione"⁸¹. In tal caso, infatti, i due provvedimenti in contrasto non possono tra loro convivere dal momento che l'attuazione del primo esclude quella del secondo e viceversa.

È chiaro che, in uno sviluppo fisiologico del processo, tale contrasto pratico non dovrebbe nemmeno porsi: il secondo provvedimento, incompatibile con quello già concesso, non potrebbe essere emesso perché, nella sostanza, modificherebbe o revocerebbe la precedente misura in difetto dei presupposti *ex art. 669-decies* c.p.c. In altri termini, e più precisamente, il secondo provvedimento avrebbe la finalità di paralizzare il *dictum* cautelare al di fuori dei sistemi di tutela previsti dall'ordinamento, sicché non potrebbe che trovare applicazione l'insegnamento che vuole inammissibili provvedimenti con una tale funzione⁸². Di conseguenza, quale forma non prevista dall'ordinamento per contestare il provvedimento giudiziale, la seconda istanza cautelare dovrà essere dichiarata *tout court* inammissibile. La situazione non è, dunque, molto distante da una domanda di tutela ordinaria su un diritto già accertato con autorità di giudicato, con l'unica, ovvia, differenza che in tale ultimo caso sarà proponibile un'eccezione di giudicato, mentre nel primo caso potrà essere proposta un'eccezione, anch'essa però rilevabile d'ufficio, di inammissibilità.

⁷⁹ Su cui v., esemplificativamente, LORENZETTO PESERICO, *La continenza di cause*, Padova, 1992, 122 ss.

⁸⁰ La disciplina dell'accertamento incidentale *ex art. 34* c.p.c. è, sotto tale profilo, emblematica.

⁸¹ Così LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 197.

⁸² ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2° ed., Padova, 1985, 94 n. 46; DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 262; MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 91; MONTESANO, *I provvedimenti*, cit., 45 s.; TOMMASEO, *I provvedimenti*, cit., 185.

Senonché, resta ancora da analizzare l'ipotesi in cui, nonostante l'inammissibilità della seconda istanza, il giudice cautelare conceda un provvedimento incompatibile, sul piano pratico, con la prima misura: dal momento che entrambe le decisioni non possono convivere, una delle due dovrà prevalere a danno dell'altra. Nelle pagine che seguono, cercheremo, pertanto, di fornire una risposta a tale ultima questione.

Infatti, il legislatore nulla prevede espressamente al riguardo⁸³, salvo, ovviamente, il caso in cui non sia ancora decorso il termine per il reclamo, dal momento che, in tale solo caso, le parti avrebbero l'onere di lamentare, con tale mezzo di impugnazione, l'illegittimità del secondo provvedimento, in quanto pronunciato in contrasto con la disciplina della modifica e della revoca della misura cautelare.

Tanto premesso, per risolvere la questione oggetto di indagine, si è proposta l'applicazione analogica della disciplina che regola il contrasto pratico di giudicati. Senonché anche in tale contesto il legislatore non prende espressamente posizione. Così, mentre secondo una prima, maggioritaria, opinione dovrebbe prevalere la decisione per ultima passata in giudicato⁸⁴, secondo, invece, un orientamento minoritario la prima pronuncia sarebbe oramai intangibile, con conseguente inefficacia della seconda⁸⁵.

Le ragioni a sostegno di tali tesi sono note. A favore della prima soluzione milita la disciplina della revocazione *ex art.* 395 n. 5 c.p.c., sicché, se la sentenza pronunciata in violazione di un precedente giudicato è impugnabile entro il termine di trenta giorni dalla notificazione della sentenza stessa o di sei mesi dalla sua pubblicazione, allora *a contrario*, decorso tale termine essa non è più impugnabile e si deve necessariamente

⁸³ Come osservano TARZIA – GIORGETTI, *Il provvedimento negativo*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, cit., 495.

⁸⁴ BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, 598 s.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 314; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923, 900; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 33 s.; ID., voce *Giudicato I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 5; MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 469; ID., *Il giudicato civile*, cit., 65 s.; PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 825; SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 851 ss.; SEGNI, *Sub artt. 2908-2909*, in NICOLÒ – ANDRIOLI – SEGNI – MICHELI – AZZARITI – SCARPELLO, *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1959, 301 s.

⁸⁵ ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 498; CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 62 ss.; MICHELI, *Considerazioni in tema di regolamento di competenza e di conflitto di giudicati*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 17 ss.; ID., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, 304; VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, 73 ss. n. 133; VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 198.

consolidare a danno della prima decisione incompatibile con la prima. A favore della tesi opposta, si obietta, però, l'intangibilità del giudicato che sarebbe gravemente compromessa dalla possibilità che la una seconda decisione possa superare quanto già accertato nella prima decisione, come, del resto, era previsto nel diritto romano⁸⁶.

Quale che sia la soluzione da prediligere (e a noi sembrano ben più convincenti le ragioni sistematiche addotte dalla tesi maggioritaria, favorevole alla prevalenza del secondo giudicato⁸⁷), ad ogni modo nella materia oggetto della presente indagine nessuno di tali argomenti può trovare applicazione diretta. Non l'argomento dell'intangibilità del giudicato, stante l'inidoneità della tutela cautelare di acquistare una tale autorità; neppure le ragioni sistematiche fondate sull'istituto della revocazione, dal momento che tale istituto è inapplicabile alla tutela cautelare⁸⁸.

È, dunque, necessario ricorrere ad un diverso percorso argomentativo.

Al riguardo, quanti si sono occupati direttamente del problema hanno fornito risposte tra loro profondamente diverse. Anzitutto, si è sostenuto che, in caso di contrasto tra un provvedimento di accoglimento e un provvedimento negativo, dovrebbe sempre prevalere il provvedimento con contenuto positivo, senza cioè che sia necessario ricorrere ad un criterio cronologico. Ciò perché il provvedimento negativo, non riconoscendo alcun bene della vita, non potrebbe mai porsi in reale contrasto con un provvedimento di accoglimento⁸⁹. Nella medesima ricostruzione, si è poi aggiunto che nessun

⁸⁶ Come osserva CHIOVENDA, *Principii*, cit., 900. Per ulteriori riferimenti sul diritto romano e medievale, v. PUGLIESE, voce *Giudicato*, cit., 824 s.

⁸⁷ Non si comprende, del resto, il senso di stabilire un termine perentorio per censurare proprio il vizio di contrasto della sentenza con un precedente giudicato, qualora poi tale ultimo provvedimento fosse comunque viziato e tale vizio ne determinasse la caducazione anche successiva. Delle due l'una: o si ammette la revocabilità per il vizio previsto dall'art. 395 n. 5 c.p.c. anche al di fuori dei termini *ex artt.* 325 e 327 c.p.c. (ma ciò, all'evidenza, in aperto contrasto con la legge) oppure si deve escludere l'impugnabilità della seconda sentenza che, di conseguenza, si stabilizzerebbe. Una volta stabilizzatasi, la sentenza non potrebbe più essere in alcun modo contestata, mentre ben potrebbe ritenersi il secondo giudicato come un fatto estintivo del diritto della parte vincitrice nel primo giudizio, formatosi successivamente al passaggio in giudicato della prima decisione.

⁸⁸ Così VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 199. Del resto, anche a voler superare la dirimente osservazione per cui unico mezzo tipico esperibile avverso la decisione cautelare sia, di regola, il reclamo – sicché ogni altro mezzo di impugnazione in senso stretto del provvedimento (e, quindi, la revocazione) sarebbe già di per sé inammissibile – occorre osservare come presupposto per la revocazione *ex art.* 395, n. 5, c.p.c. sia la presenza di un precedente giudicato. Attesa l'inidoneità della tutela cautelare ad acquistare tale autorità, l'inammissibilità della revocazione, anche per il motivo *ex n.* 4, è, dunque, consequenziale.

⁸⁹ CONSOLO – MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l lis*, 2002, 112. Conf. RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 582; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 613; VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 197 s.

contrasto potrebbe ravvisarsi tra due provvedimenti negativi, sicché sarebbe fuorviante financo discorrere di un reale contrasto pratico tra decisioni⁹⁰. In caso, infine, di contrasto tra provvedimenti positivi, taluni autori riconoscono la prevalenza del provvedimento successivo, in adesione alla tesi maggioritaria in tema di conflitto pratico tra giudicati⁹¹. Altri Autori, invece, in adesione alla tesi minoritaria sopra esposta, riconoscono prevalenza al provvedimento anteriore⁹².

Nonostante questa varietà di autorevoli opinioni, a nostro avviso, la soluzione non può che essere unitaria. Infatti, quale che sia il contenuto, positivo o negativo, del provvedimento, esso attribuisce, quantomeno qualora decida la controversia nel merito, un bene della vita, seppur provvisorio, alle parti: in caso di provvedimento positivo, tale bene della vita è evidentemente rappresentato dalla tutela conseguente; in caso di provvedimento negativo, quantomeno per ragioni attinenti il merito della controversia, esso è rappresentato dalla temporanea intangibilità della sfera giuridica del resistente. Né potrebbe obiettarsi che tale ultima situazione non rappresenti un bene della vita dal momento che il provvedimento cautelare non è idoneo ad acquistare autorità della cosa giudicata⁹³. Una volta, infatti, che si ammetta, come a noi sembra, un provvedimento cautelare (positivo) di mero accertamento, il quale a nostro avviso attribuisce al ricorrente una sua utilità, non vi sono ragioni per concludere diversamente in relazione all'ipotesi speculare di rigetto. Non pare, infatti, sufficiente la minore stabilità *ex art. 669-septies* c.p.c. rispetto ai presupposti richiesti per la modifica o la revoca del provvedimento di accoglimento *ex art. 669-decies* c.p.c., dal momento che il provvedimento di rigetto è destinato alla stabilità sino all'allegazione di nuove ragioni di fatto o di diritto o di mutamenti di circostanze.

⁹⁰ RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 583; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 614.

⁹¹ RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 582; ID., *Diritto processuale cautelare*, cit., 614.

⁹² VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 198.

⁹³ Così sembrano sostenere, invece, CONSOLO – MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti*, cit., 112. Secondo i due Autori, infatti, il provvedimento di diniego rilevarebbe solamente ai fini dell'ammissibilità della seconda istanza, senza mai incidere sul regolamento degli interessi delle parti. Se quanto precede corrisponde al vero, sul piano processuale, non ci sembra, però, che sia sufficiente per potersi negare ogni utilità per il resistente vittorioso. Infatti, benché a seguito del rigetto del ricorso il resistente possa continuare la propria condotta (poco importa se consistente in un'attività positiva o omissiva), tuttavia, per le parti un conto sarà se tale condotta sia tenuta in assenza di ogni provvedimento, un altro conto sarà, invece, che essa sia tenuta in forza di un provvedimento (seppur implicitamente) autorizzativo della stessa. La fattispecie rientra, insomma, in quella autorità persuasiva, di mero fatto, di cui ogni provvedimento giudiziale (anche negativo) è dotato.

Ammessa, dunque, in linea di principio, la possibilità di ravvisarsi un contrasto pratico anche tra provvedimento positivo e provvedimento negativo, a nostro avviso non può che prevalere il provvedimento successivo, quale che esso sia. Infatti, a prescindere da ogni valutazione sulla legittimità del provvedimento successivo, la cui violazione dei presupposti *ex artt. 669-septies* e *669-decies* c.p.c. avrebbe dovuto essere contestata con lo strumento del reclamo, il provvedimento successivo varrà come (illegittimo ma oramai stabilizzato) provvedimento di revoca o modifica della precedente misura positiva ovvero come provvedimento di accoglimento pronunciato a seguito di un primo provvedimento negativo. Di conseguenza, dal momento che le parti avrebbero dovuto contestare la concessione della seconda misura con lo strumento del reclamo, gli eventuali profili di illegittimità di tale ultima misura saranno sanati in applicazione del principio della conversione delle nullità in motivi di impugnazione *ex art. 161, 1° comma, c.p.c.*⁹⁴, con necessaria prevalenza della seconda misura. Tale soluzione appare, del resto, perfettamente coerente con il principio, generale nel nostro ordinamento, per cui “*lex posterior derogat priori*”⁹⁵, senza così necessità di passare per una opinabile applicazione analogica di quanto previsto *ex art. 395 n. 5 c.p.c.*

La soluzione da ultimo individuata deve valere, per le ragioni già esposte, altresì per il conflitto tra provvedimenti negativi, dal momento che la ragione in forza della quale il provvedimento viene rigettato nel merito non è indifferente né per il ricorrente né, soprattutto, per il resistente. È, di conseguenza, del tutto evidente che qualora il provvedimento negativo non realizzi nessun tipo di preclusione (il riferimento non può che essere alla declaratoria di incompetenza la quale, *ex art. 669-septies, 1° comma, I pt., c.p.c.*, non preclude la riproposizione della domanda⁹⁶) non vi sarà alcuna utilità né del

⁹⁴ Sull'applicabilità di tale principio, seppur non riconducibile, a parere dell'Autore, alla diretta applicazione della norma *ex art. 161, 1° comma, c.p.c.*, v. CORSINI, *Il reclamo*, cit., 157 s.

⁹⁵ È, del resto, opinione consolidata che il principio sancito all'art. 15 prel. (seppur dettato solo in materia di successione delle leggi nel tempo) sia espressione di un principio più generale dell'ordinamento: BETTI, *Diritto processuale*, cit., 599; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 66. L'applicabilità di tale principio anche ai provvedimenti giudiziari è coerentemente contestata dai sostenitori della tesi favorevole alla prevalenza della prima decisione: MICHELI, *Considerazioni*, cit., 22.

⁹⁶ Nel silenzio della legge, una prima opinione equipara le altre ipotesi di rigetto per ragioni di rito alle ipotesi di rigetto per ragioni di merito, con conseguente operatività del regime preclusivo *ex art. 669-septies, 1° comma, II pt., c.p.c.* (CONSOLO, *Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare respinta*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 269 ss.; CORSINI, *Il reclamo*, cit., 98; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, cit., 69; VULLO, *Procedimenti cautelari*, cit., 182). Secondo un opposto orientamento, dominante in giurisprudenza, che equipara, invece, il rigetto per ragioni di rito alla declaratoria di incompetenza, con conseguente libera riproponibilità della domanda cautelare (ARIETA, *Le*

ricorrente né del resistente, con la conseguenza che in questi soli casi, a nostro avviso, il provvedimento positivo (o il provvedimento negativo fondato su ragioni di merito) dovrà sempre prevalere, senza distinzione in relazione al momento in cui è stato pronunciato. In ogni altro caso di provvedimento negativo fondato su ragioni diverse dall'incompetenza, a nostro avviso dovrà prevalere la misura successiva.

6.1. *La sospensione ex art. 624 c.p.c. dell'attuazione-esecuzione instaurata in forza di misura cautelare.*

L'esame sulle interferenze tra provvedimenti cautelari sarebbe incompleto senza l'analisi di una delle ipotesi più importanti, sul piano applicativo, in cui tali interferenze si realizzano. Come abbiamo già osservato in precedenza, infatti, l'opposizione all'esecuzione assume una speciale rilevanza ed utilità nei limiti in cui il debitore possa ottenere la sospensione dell'attuazione-esecuzione, concorrendo gravi motivi *ex art. 624 c.p.c.*

Dal momento che il provvedimento con il quale il giudice sospende l'esecuzione appartiene a tutti gli effetti alla tutela cautelare, l'ammissibilità di un tale istituto non potrà che passare attraverso le maglie di ammissibilità di un provvedimento cautelare finalizzato a paralizzare un diverso provvedimento cautelare⁹⁷. Inoltre, l'ordinamento prevede, per regola generale, delle specifiche forme di tutela (e, segnatamente, gli istituti della modifica o revoca e del reclamo) per paralizzare l'efficacia di un provvedi-

cautele, cit., 974; ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., 240; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 78 s.; DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 450 s.; MERLIN, voce *Procedimenti*, cit., 411; RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 560 ss.; SALVANESCHI, sub *Art. 669-septies*, in TARZIA – CIPRIANI (a cura di), *Provvedimenti urgenti*, cit., 329. In giurisprudenza, v. Trib. Napoli, 18 marzo 2005, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2005, 629 ss.; Trib. Bologna, 19 gennaio 2004, in *Leggi d'Italia*; Trib. Cassino, 28 giugno 2000, *ivi*; Trib. Ravenna, 14 settembre 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 3532 ss.), in analogia a quanto accade per l'efficacia meramente endoprocessuale delle ragioni di rigetto in rito (su cui v., esemplificativamente, MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 286 ss.), il rigetto in rito non sarebbe mai preclusivo della possibilità di riproporre la domanda cautelare.

A nostro parere la formulazione letterale della norma – che ammette la libera riproponibilità della domanda a seguito della sola declaratoria di incompetenza – non sembra giustificare l'interpretazione da ultimo ricordata. Tuttavia, qualora si ritenga di aderire a tale ultima soluzione, è del tutto evidente che, in caso di contrasto tra provvedimento di accoglimento e provvedimento di rigetto per una qualsiasi ragione di rito, dovrebbe sempre prevalere la prima misura.

⁹⁷ Icasticamente, RECCHIONI, *Il processo cautelare*, cit., 829, definisce “controcautelare” la sospensione dell'attuazione instaurata in forza di misura cautelare.

mento cautelare, sicché, come già si è osservato, si esclude l'ammissibilità di una misura cautelare finalizzata a paralizzare gli effetti di un precedente provvedimento⁹⁸. È, dunque, chiaro che l'esame sull'ammissibilità della sospensione dell'attuazione-esecuzione rappresenta un'eccezione alla regola generale, in quanto tale suscettibile di un'interpretazione il più possibile restrittiva.

Sotto tale profilo, del resto, soccorre ancora una volta il diritto comparato ed, in special modo, il diritto francese, in relazione al quale la Corte di cassazione ha sistematicamente escluso l'ammissibilità dell'istituto della sospensione dell'esecuzione provvisoria instaurata in forza di un'ordinanza di *référé* e ciò, si badi bene, anche qualora vi sia un manifesto squilibrio tra l'utilità che potrebbe trarne il creditore procedente e i pregiudizi che potrebbe subire il debitore esecutato⁹⁹. Peraltro, tale orientamento rigoroso non è parimenti seguito dalla giurisprudenza di merito, la quale, quantomeno in ipotesi di macroscopica ingiustizia, tende ad ammettere la sospensione di un'esecuzione manifestamente illegittima¹⁰⁰.

È, dunque, chiaro che il potere del giudice di sospendere l'esecuzione instaurata in forza di un provvedimento cautelare dovrà essere valutata volta per volta, con particolare attenzione all'esigenza di non paralizzare l'effettività di tutela secondo quanto invece prevede l'art. 669-*duodecies* c.p.c. Di conseguenza, la sospensione dell'esecuzione sarà ammissibile nei soli casi in cui, altrimenti, vi sarebbe una lesione del diritto di difesa del resistente-esecutato, il quale non possa in altro modo lamentare l'illegittimità o l'ingiustizia dell'attuazione-esecuzione e paralizzare l'efficacia di un provvedimento asseritamente illegittimo. Pertanto, è opportuno muovere dalla ricerca di altre forme di tutela cautelare aventi la medesima finalità¹⁰¹.

Anzitutto, il resistente-esecutato, che voglia contestare il diritto del ricorrente-procedente ad agire *in executivis* e che, di conseguenza, chieda la sospensione dell'esecuzione lamentandone l'illegittimità, ben potrà, a nostro avviso, chiedere ed ottenere la

⁹⁸ V. *supra* n. 82.

⁹⁹ Così, da ultimo, Cass., sez. II, 9 settembre 2010, in *LexisNexis*. Sul punto si vedano altresì NORMAND, *L'exécution*, cit., 310; PERROT, *Procédure de l'instance: jugements et voies de recours. Voies d'exécution et mesures conservatoires*, *Rev. trim dr. civ.*, 1988, 184 s., cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰⁰ Si vedano le decisioni richiamate da NORMAND, *op. ult. cit.*, 311 nn. 19-22.

¹⁰¹ VULLO, *L'attuazione*, cit., 170, sembra, invece, ritenere che, ogniqualvolta sia esperibile l'opposizione all'esecuzione, debba altresì ammettersi la sospensione dell'esecuzione. Per le ragioni sopra esposte, tale tesi non sembra però condivisibile.

sospensione dell'esecuzione instaurata in forza del provvedimento cautelare¹⁰². In tali ipotesi, infatti, l'opposizione all'esecuzione è la forma tipica di tutela per il debitore a cui la sospensione dell'esecuzione garantisce effettività¹⁰³. Del resto, a ben vedere, in tali casi i rimedi previsti dal sistema del procedimento cautelare uniforme non potrebbero mai giustificare un riesame del provvedimento cautelare, proprio perché con l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* per motivi diversi dall'esistenza del diritto cautelato, il resistente-esecutato non contesta la correttezza della misura ma la sua "attuabilità" ed è chiaro che, una volta spezzata, come a noi sembra preferibile, quell'unità che, secondo l'opinione tradizionale, caratterizza il procedimento cautelare, i vizi della fase attuativa non possono essere censurati con gli strumenti di controllo propri della fase di concessione della misura.

Maggiori problemi sembrano, invece, porre le ipotesi in cui il resistente-esecutato proponga un'opposizione di merito all'esecuzione – beninteso entro i ristretti limiti in cui tale opposizione sia ammissibile – allegando fatti sopravvenuti ovvero l'inesistenza originaria del diritto cautelato.

Per quanto riguarda l'inesistenza originaria del diritto cautelato è opportuno ricordare come una tale possibilità sia ammessa, nella ricostruzione da noi proposta, solamente in relazione alla tutela cautelare a strumentalità attenuata nei casi in cui non sia pendente il giudizio di merito *ex art. 669-octies, 6° comma, II pt., c.p.c.* In tali casi, benché il ricorrente possa instaurare il giudizio di opposizione all'esecuzione in alternativa al giudizio di merito, è tuttavia opportuno ricordare come l'inesistenza originaria del diritto cautelato avrebbe ben potuto essere contestato con le forme del reclamo. Di conseguenza, se anche si ritenga ammissibile l'opposizione all'esecuzione, tuttavia, la sospensione *ex art. 624 c.p.c.* rappresenterebbe una inammissibile alternativa al potere sospensivo, il cui esercizio avrebbe dovuto essere richiesto in sede di reclamo *ex art. 669-terdecies, 6° comma, c.p.c.* È, dunque, quella l'unica sede in cui può essere chiesta la sospensione dell'esecuzione per difetto originario del diritto cautelato.

Per quanto riguarda, invece, i fatti sopravvenuti, è appena il caso di ricordare che l'opposizione all'esecuzione sarà ammissibile solamente nelle rare ipotesi in cui essi

¹⁰² DE MATTEIS, *La riforma*, cit., 654.

¹⁰³ CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 181. Nel medesimo senso, implicitamente, sembra porsi, quantomeno in astratto, COMASTRI, sub *art. 669-octies*, cit., 195.

non giustificano la modifica e la revoca né la loro invocabilità nel giudizio di merito¹⁰⁴. In tali ultimi casi, infatti, si violerebbe la residualità dello strumento dell'opposizione all'esecuzione. Proprio alla luce di tale premessa – e cioè muovendo dall'assenza di un mezzo di controllo all'interno del procedimento cautelare uniforme – la risposta al quesito appare inevitabile: in difetto di una diversa forma di tutela cautelare per ottenere la sospensione del procedimento, la sospensione dell'attuazione-esecuzione sarà ammissibile, in attesa della definizione del giudizio di opposizione. In tal caso, infatti, non si pone alcun problema di concorso tra forme di tutela tipiche cautelari e la sospensione dell'esecuzione.

¹⁰⁴ V. *supra* n. 48.

CONCLUSIONI

Giunti così alla fine di questa indagine circa il significato da attribuire alla nozione di “autorità” del provvedimento cautelare e la possibilità di invocarla in un diverso processo possiamo provare a proporre alcune brevi riflessioni conclusive.

Anzitutto, come si è osservato nel corso del presente lavoro, la nozione di autorità non è omogenea all’interno dell’ordinamento, dipendendo, da un lato, dalle formulazioni di diritto positivo e, dall’altro lato, dalla tipologia di provvedimento di cui tale espressione è predicato.

Sotto il primo profilo è paradigmatico il mutamento di significato che tale nozione ha assunto nella sistematica di E.T. Liebman, il quale, con tale espressione, ha dapprima indicato una qualità degli effetti della sentenza (qualità da ravvisarsi nella sua immutabilità) e successivamente in un vero e proprio effetto provvisorio della sentenza (effetto che, sotto la vigenza del codice del 1865, l’Autore aveva definito “efficacia naturale” della sentenza)¹. Una modifica così significativa, seppur sul piano nominale, di quella che fu una delle più note tesi dell’Autore può spiegarsi solo con una modifica del diritto positivo, che, con l’introduzione dell’art. 337, 2° comma, c.p.c., ha imposto un ripensamento della terminologia. Di conseguenza, anche nell’esame dell’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., l’interprete deve muovere dal diritto positivo, evitando, con un’inversione logica, di ricercare, anziché la definizione dell’espressione “autorità”, dei sostegni, sistematici o letterali, alle conclusioni già raggiunte dogmaticamente.

Infatti – ed è questo il secondo profilo – alla nozione di autorità non può essere attribuito un significato aprioristicamente unitario, ma deve, invece, essere condotta un’indagine che consideri la tipologia di provvedimento a cui tale espressione si riferisce. Così, se l’autorità può essere intesa (come, nella vigenza del codice del 1865, è stata intesa da Liebman) come autorità di giudicato, una tale soluzione non può essere accolta sia per i provvedimenti cautelari sia per i provvedimenti esecutivi².

¹ Sul punto, per non tediare il lettore, rinviamo all’indagine svolta nel capitolo I, in particolare ai pff. 2.3 e 4.

² Tale espressione è, infatti, stata talvolta utilizzata in dottrina anche per descrivere l’efficacia della distribuzione del riparto in sede esecutiva (su cui v. capitolo IV, pf. 4): TARZIA, *L’oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 47; CAPPONI, *Effetti della distribuzione forzata, onere di specifica contestazione dell’esecutato, ripetizione di indebito ed «autorità» della distribuzione tra le stesse parti*

Muovendo da queste due premesse, abbiamo così osservato come la “autorità” dei provvedimenti cautelari si riferisca alla loro efficacia, la quale può essere intesa in astratto in un duplice significato: di accertamento (seppur, ovviamente, inteso *lato sensu*, dal momento che oggetto della cognizione cautelare è solo il *fumus boni iuris*) e coercitivo. Tuttavia – ed è questo, a nostro avviso, il punto su cui l’interprete deve prestare maggiore attenzione – la disciplina dell’autorità dei provvedimenti cautelari non è limitata a quanto prevede l’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., che rappresenta, da questo punto di vista, solamente un punto di partenza per l’indagine svolta nelle pagine che precedono.

Tale norma disciplina non già l’efficacia (o, se si preferisce, l’autorità) dei provvedimenti cautelari, ma un fenomeno affatto diverso: la possibilità di invocare una tale efficacia in un diverso giudizio. Di conseguenza, abbiamo potuto osservare come il provvedimento cautelare sia dotato di una sua propria autonoma efficacia che prescinde dall’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. e che risiede nelle norme che regolano, in generale, la tutela giurisdizionale e i suoi effetti sul diritto sostanziale. Tale efficacia non è per nulla scalfita dalla norma da ultimo richiamata che, al più, si limita a prenderla in esame, riducendola, nei rapporti con gli altri giudizi, come abbiamo cercato di dimostrare nel corso del presente lavoro.

Insomma, il provvedimento cautelare è a tutti gli effetti un provvedimento giudiziale che, in quanto tale, produce quegli effetti propri di ogni atto appartenente a tale categoria; effetti che non possono essere in alcun modo limitati dall’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. La misura cautelare, pertanto, produce, seppur provvisoriamente, i propri effetti, che sono però destinati a modificare, talvolta in modo permanente ed irreversibile, il mondo giuridico (si pensi, esemplificativamente, al già analizzato effetto interruttivo della prescrizione). L’art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. non può riferirsi a tali effetti di diritto sostanziale, perché, a ben vedere, a seguito della concessione della misura si è creato un diaframma tra il diritto sostanziale e la realtà processuale, cui non può porre rimedio la provvisorietà del provvedimento.

del processo esecutivo in altra espropriazione successiva, in *Foro it.*, 1992, I, 1884 ss. Con tale espressione si intende l’eventuale attitudine del provvedimento di riparto di essere invocato in un diverso giudizio ed *in primis* in un giudizio di ripetizione dell’indebito instaurato dal debitore esecutato, al fine di precludere al secondo giudice la decisione sul punto.

Ugualmente, si è escluso che l'autorità non invocabile in un diverso giudizio sia quella efficacia esecutiva di cui i provvedimenti cautelari sono dotati. Tale efficacia è infatti la principale garanzia della loro effettività, unitamente alle sanzioni penali che la presiedono, ed escluderne l'invocabilità in un diverso giudizio significherebbe sfornire di effettività proprio quella categoria di provvedimenti, appunto quelli cautelari, che sull'effettività di tutela fondano la loro stessa esistenza³.

L'autorità cui fa riferimento tale norma è dunque qualcosa di più ristretto, limitato cioè alla sola efficacia di "accertamento" del provvedimento cautelare. Anche su tale espressione occorre, però, chiarirsi: in tale nozione non può essere ricompresa né l'efficacia di mero fatto della decisione, la quale deriva dalla persuasività della motivazione del provvedimento, né l'efficacia documentale della misura. Sotto il primo profilo, infatti, una norma giuridica non può escludere tale autorità di mero fatto di un provvedimento per la semplice ragione che quest'ultima esula dalla sua disciplina giuridica⁴: una norma di legge non può cambiare la *rerum natura*, sicché non si può impedire che una decisione ben motivata influenzi un diverso giudice come un qualsiasi altro consociato. La legge potrà semmai privare di base legale una motivazione che si fondi esclusivamente su tale autorità di fatto, ma mai potrà ostacolare il processo di intimo convincimento del giudice. Sotto il secondo profilo, poi, per le stesse ragioni appena ricordate, la legge non potrà nemmeno eliminare l'accadimento storico della pronuncia della misura, sicché essa, come documento, esiste e in quanto tale può essere prodotta in un diverso giudizio: la legge potrà semmai, come noi crediamo faccia con l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., limitare l'efficacia probatoria di tale documento.

³ È, infatti, noto che la tutela cautelare rappresenta lo strumento per salvaguardare l'effettività della tutela giurisdizionale dichiarativa ovvero esecutiva. Del resto, una tale funzione è stata valorizzata dalla maggioranza degli Autori sino al punto di sostenere l'inscindibilità tra efficacia di accertamento ed efficacia esecutiva (il riferimento è, evidentemente, alla teoria dell'unità del processo cautelare, su cui v. il capitolo IV, pf. 2). Pur non potendo condividere, per le ragioni già esposte, questa tesi, ci sembra che essa sia espressione della medesima esigenza, da noi sostenuta, che l'efficacia esecutiva dei provvedimenti cautelari sia invocabile in un diverso giudizio.

⁴ Come osservava Carnelutti, a proposito dell'efficacia (di mero fatto) della sentenza nei confronti dei terzi, "la sentenza esiste di fronte a tutti, come un colpo di fucile" (CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, 209). Ciò non significa che il provvedimento produca effetti giuridici nei loro confronti (proseguiva, infatti, Carnelutti, che la sentenza, come un colpo di fucile, "colpisce solo le parti"), ma, certamente, con il solo espediente di un ricorso ad una norma giuridica, non può negarsi che tale colpo di fucile sia stato sparato.

L'autorità di "accertamento" non invocabile in un diverso giudizio sarà, così, una sorta di efficacia analoga a quella "efficacia naturale" della sentenza di ascendenza liebmanna. Sicché non tanto la circostanza (il fatto storico) che è stato pronunciato un provvedimento quanto, invece, i suoi effetti provvisoriamente vincolanti tra le parti non saranno invocabili in un diverso giudizio.

Insomma, come si è cercato di riepilogare nelle pagine che precedono, l'autorità della misura cautelare partecipa di buona parte dell'autorità di un qualsiasi altro provvedimento giudiziale, senza che essa sia stata in alcun modo scalfita dal più volte richiamato art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. Tale norma risponde ad una diversa esigenza dell'ordinamento, che vuole garantire alle parti il diritto di difendersi in contraddittorio in un giudizio a cognizione piena senza che il giudice, chiamato a decidere della controversia, possa essere influenzato da fattori esterni. Se, infatti, lo scopo della tutela cautelare è di garantire effettività all'eventuale decisione di merito, fornendo un regime provvisorio cui le parti devono adeguarsi, è chiaro che tale misura non può rappresentare un definitivo componimento, quantomeno sul piano giuridico⁵, della lite, né tantomeno può pregiudicare, nel giudizio di merito, la parte soccombente in fase cautelare. È in questo contesto che, a nostro avviso, deve essere interpretato l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c.

Tale norma rappresenta, così, un corollario della provvisorietà del provvedimento cautelare, esattamente come la norma *ex art. 669-novies* c.p.c. rappresenta un corollario della sua strumentalità, così perseguendo uno scopo diametralmente opposto a quello della sua stabilizzazione (e del conseguente giudicato). Se infatti la misura interinale è inidonea ad acquistare autorità di cosa giudicata, il legislatore ha inteso escludere che, con la surrettizia possibilità per il giudice del merito di conformarsi, spontaneamente o coattivamente, al *dictum* cautelare, si attribuisse *de facto*, attraverso la decisione della controversia nel giudizio a cognizione piena, alla misura provvisoria proprio quella stabilità che istituzionalmente non avrebbe dovuto avere.

Sotto tale profilo è dunque chiaro che la norma in esame non si limita solamente a ribadire il traluzio insegnamento per cui la tutela cautelare è radicalmente incompatibile con l'autorità di giudicato, ma va ben oltre tale principio. Essa si spinge ad incidere sul principio del libero convincimento del giudice nell'istruzione probatoria,

⁵ Ben potranno le parti, invece, conformarsi spontaneamente a tale regime provvisorio.

escludendo rilevanza a taluni elementi nel processo di formazione del convincimento del giudicante, sicché sarebbe illegittima una decisione di merito fondata supinamente su una decisione cautelare già resa.

Così chiarita la funzione dell'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., la nozione di “diverso giudizio” ivi contenuta appare di agevole soluzione. Se, infatti, la norma vuole evitare che sia surrettiziamente attribuita autorità di giudicato non già, ovviamente, all'ordinanza cautelare in quanto tale, ma alla soluzione offerta dal giudice in sede interinale, è del tutto evidente come tanto il processo esecutivo quanto quello cautelare siano di regola insensibili all'ambito applicativo della norma.

Di conseguenza, nell'ultimo capitolo, dopo aver individuato in che modo l'autorità del provvedimento cautelare si espliciti in un diverso giudizio anch'esso cautelare ovvero esecutivo, abbiamo escluso che nello studio di tali interferenze venga in rilievo l'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c. Ciò non significa, beninteso, come si è cercato di dimostrare nel corso della trattazione, che, per l'irrelevanza della norma da ultimo richiamata in altri giudizi esecutivi e cautelari, l'autorità del provvedimento si possa esplicare nella sua pienezza, senza subire limitazioni di sorta. Gli effetti della misura cautelare, in quanto provvedimento provvisorio ma coercitivo, sono infatti soggetti a limiti, ma – ed è questo il punto – tali limiti non dipendono dalla norma contenuta all'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., ma da esigenze per così dire interne alle regole dei procedimenti, esecutivi o cautelari, in cui la misura stessa viene invocata. Una tale conclusione, del resto, non deve sorprendere l'interprete. Una volta, infatti, individuata la *ratio* della norma in esame nell'esigenza di preservarne la provvisorietà, il suo ambito applicativo non può che essere il giudizio di merito.

In conclusione, possiamo osservare come la nozione di “autorità” del provvedimento cautelare, se intesa in senso assoluto, sia in sé estremamente ampia, tale da ricomprendere ogni tipo di effetto, prodotto o producibile da un provvedimento giudiziale. Tuttavia, il significato da attribuire a tale espressione, nel sistema delineato dall'art. 669-*octies*, 9° comma, c.p.c., è ben più circoscritto e ricomprende al suo interno i soli effetti di accertamento in punto di *fumus boni iuris*, sicché, *ad consequentias*, tutti gli altri effetti del provvedimento cautelare non solo continueranno a prodursi, ma potranno altresì essere invocati in un diverso giudizio, previa una necessaria verifica di compatibilità di ciascun istituto con le esigenze imposte da ciascuna forma di tutela.

BIBLIOGRAFIA

- ALCARO F., *Il possesso*, 2° ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014;
- ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1936, rist. 1992;
- ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, ora in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 57;
- ALLORIO E., *Postilla*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 24;
- AMADEI D., *Il procedimento cautelare e il giudizio abbreviato*, in AMADEI D. – SOLDATI N., *Il processo societario: prima lettura sistematica delle novità introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Rozzano, 2004, 111;
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, 3° ed., Napoli, 1956;
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, III, 3° ed., Napoli, 1957;
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli, 1964;
- ANDRIOLI V., *Sulla interruzione sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 618;
- ANDRIOLI V., voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 260;
- ARIETA G., *I provvedimenti d'urgenza*, 2° ed., Padova, 1985;
- ARIETA G., *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, 2° ed., XI, Padova, 2011;
- ARIETA G. – DE SANTIS F. – MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, 5° ed., Padova, 2013;
- ATTARDI A., *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 257;
- ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475;
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991;
- AZZARITI G. – SCARPELLO G., sub art. 2943, in MICHELI G.A. – AZZARITI G. – SCARPELLO G., *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1969, 256;
- AZZARITI G. – SCARPELLO G., sub art. 2945, in MICHELI G.A. – AZZARITI G. – SCARPELLO G., *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1969, 271;

AZZARITI G. – SCARPELLO G., sub *art.* 2953, in MICHELI G.A. – AZZARITI G. – SCARPELLO G., *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1969, 320;

AZZARRI F., *I gruppi di casi*, in BARGELLI E. (a cura di), *Ripetizione dell'indebito*, Milanofiori Assago, 2014, 129;

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, 4° ed., Bari, 2015;

BALENA G., *La disciplina del procedimento cautelare «uniforme»*, in BALENA G. – BOVE M., *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 321;

BALENA G. – ORIANI R. – PROTO PISANI A. – RASCIO N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, 1436;

BARLETTA A., *L'intangibilità dei riparti nelle procedure espropriative e concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1016;

BARLETTA A., *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008;

BARRECA G.L., *La riforma della sospensione del processo esecutivo e delle opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, 653;

BASCHERA M., *Parte generale*, in BARGELLI E. (a cura di), *Ripetizione dell'indebito*, Milanofiori Assago, 2014, 95;

BASILICO G., *L'attuazione delle misure cautelari soggette a strumentalità attenuata*, in CAPPONI B. – SASSANI B. – STORTO A. – TISCINI R. (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, San Mauro Torinese, 2014, 1483;

BERTIN P., v. *Référé civil*, in *Répertoire de procédure civile*, IV, 2° ed., Agg. 1996, Paris Cedex, 1996, 1;

BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936;

BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, 2° ed., Milano, 2012;

BIANCA C.M., *Diritto civile*, VII, Milano, 2012;

BIAVATI P., *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 998;

BIAVATI P., *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 564;

BLUMETTI G., *Titolo esecutivo e precetto*, in DEMARCHI ALBENGO P.G. (diretto da), *La nuova esecuzione forzata*, 2° ed., Bologna, 2018, 13;

BOERO P., *Le ipoteche*, 2° ed., in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1999;

- BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962;
- BORGHESI D., *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in AA.VV., *Sulla riforma del processo civile. Atti dell'incontro di studio. Ravenna, 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, 67;
- BOVE M., *La distribuzione*, in BALENA G. – BOVE M., *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 251;
- BOVE M., *Le opposizioni e le vicende anomale del processo esecutivo*, in BALENA G. – BOVE M., *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 285;
- BOZZA G., *I principi della formazione dello stato passivo*, in JORIO A. – SASSANI B., *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, 595;
- BOZZA G., sub artt. 96-97, in JORIO A. (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2006, 1452;
- BOZZI A., voce *Auctoritas*, in *Dig. it.*, I, Torino, 1937, 1151;
- BRIGUGLIO A., *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 301;
- BUCCI A. – SOLDI A.M., *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2006;
- BUCOLO F., *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1982;
- BUONCRISTIANI D., *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 575;
- BUONCRISTIANI D., sub art. 23, in LUISO F.P. (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006, 368;
- CADIET L., *Presentazione*, in SILVESTRI C., *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, XI;
- CADIET L. – JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 6° ed., Paris, 2009;
- CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 157;
- CALAMANDREI P., *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 108;
- CALVOSA C., *Il processo cautelare*, Torino, 1970;
- CALVOSA C., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 444;
- CAMPEIS G. – DE PAULI A., *Le esecuzioni speciali*, Milano, 1999;

- CANELLA M.G., *Titolo esecutivo e precetto. Espropriazione forzata in generale*, in CHIARLONI S. (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2019;
- CANTARELLA E., *Diritto Romano*, Milano, 2010;
- CAPONI R., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, 69;
- CAPONI R., *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996;
- CAPONI R., *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *www.judicium.it*;
- CAPONI R., *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in PROTO PISANI A. (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 135;
- CAPPELLETTI M., *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 169;
- CAPPONI B., *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990;
- CAPPONI B., *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, in CAPPONI B. – SASSANI B. – STORTO A. – TISCINI R. (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, San Mauro Torinese, 2014, 199;
- CAPPONI B., *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al pagamento di somme*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 88;
- CARBONARA F., *Limiti oggettivi dell'«anticipazione» giuridica, «strumentalità attenuata» ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in LANFRANCHI L. – CARRATTA A. (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, 373;
- CARIGLIA C., *La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, 701;
- CARIGLIA C., *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013;
- CARNELUTTI F., *Carattere della sentenza di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 159;
- CARNELUTTI F., *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, 205;
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956;
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936;

- CARPI F., *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974;
- CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979;
- CARRATTA A., *La fase cognitiva*, in CARRATTA A. (diretto da), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, 117;
- CARRATTA A., *La fase di attuazione coattiva*, in CARRATTA A. (diretto da), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, 393;
- CARRÉ G.L.J., *Lois de la procédure civile*, IV, 3° ed. a cura di Chaveau A., Bruxelles, 1851;
- CASETTA E., voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 243;
- CASTELBOLOGNESI E., voce *Iattanza*, in *Enc. giur. it.*, VIII, 1, Milano, 1902, 1;
- CATALDI M., *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 385;
- CATERINA R., *Il possesso*, in GAMBARO A. – MORELLO U. (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, 357;
- CAYROL Y., *Droit de l'exécution*, 2° ed., Issy-les-Moulineaux Cedex, 2016;
- CECHELLA C., *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997;
- CERINO-CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2)*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, ora in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 3;
- CERINO-CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzioni*, Padova, 1973;
- CERINO-CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431, ora in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, 46;
- CERINO-CANOVA A., *Termine legale e termine giudiziale per l'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, 353;
- CEZAR-BRU C. – HEBRAUD P. – SEIGNOLLE J., *La juridiction du President du tribunal*, I, 5° ed. a cura di Odoul G., Paris, s.d. (ma 1978);
- CHAINAIS C., *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Paris Cedex, 2007;
- CHAINAIS C. – FERRAND F. – MAYER L. – GUINCHARD S., *Procédure civile*, 34° ed., Paris Cedex, 2018 ;

- CHIANALE A., *L'ipoteca*, Torino, 2005;
- CHIANALE A., voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 158;
- CHIANALE A. – TERLIZZI G., Sub *artt.* 2872-2873, in BONILINI G. – CHIZZINI A. (a cura di), *Della tutela dei diritti*, II, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milanofiori Assago, 2015, 660;
- CHIANALE A. – TERLIZZI G., sub *artt.* 2882-2883, in BONILINI G. – CHIZZINI A. (a cura di), *Della tutela dei diritti*, II, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milanofiori Assago, 2015, 703;
- CHIANALE A. – TERLIZZI G., Sub *artt.* 2886-2888, in BONILINI G. – CHIZZINI A. (a cura di), *Della tutela dei diritti*, II, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milanofiori Assago, 2015, 716;
- CHIARLONI S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980;
- CHIARLONI S., *Postilla: contro il formalismo in ordine al contenuto del ricorso cautelare nel procedimento uniforme*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 785;
- CHIOVENDA G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, 3;
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 2° ed., Napoli, 1935;
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, 2° ed., Napoli, 1935;
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923;
- CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994;
- CHIZZINI A., voce *Provvedimenti del giudice*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 65;
- CIPRIANI F., *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 239;
- CIPRIANI F., voce *Sospensione del processo I*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1994, 1;
- CIRULLI M., *Contenuto, nullità e sanatoria del ricorso cautelare ante causam*, in *Giur. merito*, 1994, 1007;
- COMASTRI M., sub *art.* 669-octies, in BRIGUGLIO A. – CAPPONI B. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, I, Padova, 2007, 164;
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2° ed., Padova, 2008;
- CONSOLO C., *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 1505;

- CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di “svaporamento”*, in *Corr. giur.*, 2012, 1133;
- CONSOLO C., *Rigorismi alterni e non giustificati in tema di opposizione tardiva ad ingiunzione per sanzioni amministrative*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 823;
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 11° ed., Torino, 2017;
- CONSOLO C., *Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare respinta*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 266;
- CONSOLO C. – MERLIN E., *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l lis*, 2002, 110;
- CONTE R., *La prova nel procedimento per decreto ingiuntivo e nell'istanza di ingiunzione ex art. 186 ter*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 468;
- CONTE R., *Procedimento d'ingiunzione*, in CHIARLONI S. (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2012;
- CONTUZZI F.P., voce *Autorità*, in *Dig. it.*, IV, 2, Torino, 1893-1899, 414;
- CORDERO F., *Procedura penale*, 9° ed., Milano, 2012;
- COREA U., *Verso la provvisoria “efficacia” della sentenza non passato in giudicato?*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 481;
- CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002;
- COSTANTINI C., *L'interruzione della prescrizione*, in MONATERI P.G. – COSTANTINI C., *La prescrizione*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milanofiori Assago, 2009, 148;
- COSTANTINO G., *Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali*, Milano, 1984;
- COSTANTINO G., *Tutela di condanna e misure coercitive*, in CAPPONI B. – SASSANI B. – STORTO A. – TISCINI R. (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, San Mauro Torinese, 2014, 911;
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, 4° ed., Milano, 1929;
- CRISTOFOLINI G., *Sulla prefissione del termine nel decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 136;
- D'AMICO J.V., *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli, 2018;

- D'AMICO J.V., *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (parte III)*, in *Giust. proc. civ.*, 2008, 555;
- D'ONOFRIO P., voce *Appello (diritto processuale civile)*, *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, 725;
- DALMOTTO E., sub art. 669-octies, in CHIARLONI S. (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, 1237;
- DAVOLA A., sub art. 50, in CAPRIGLIONE F. (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Milano, 2018, 556;
- DE MATTEIS S., *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006;
- DE MATTEIS S., sub art. 120, in LO CASCIO G. (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, 4° ed., Milanofiori Assago, 2017, 1673;
- DELLE DONNE C., *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma, 2012;
- DEMARCHI P.G., *Le modifiche ai procedimenti cautelari in generale ed al procedimento di ingiunzione*, in DEMARCHI P.G., *Il nuovo rito civile*, II, Milano, 2006, 75;
- DEMEZ G. – PANIER C., *L'autonomie du référé*, in VAN COMPERNOLLE J. – TARZIA G. (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 45;
- DENTI V., voce *Distribuzione della somma ricavata (nell'espropriazione forzata)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 321;
- DITTRICH L., *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 247;
- DITTRICH L., *L'istruzione probatoria*, in DITTRICH L. (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 1711;
- ESTOUP P., *La pratique des procédures rapides*, 2° ed., Paris, 1998;
- FABBRINI G., voce *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1;
- FABIANI M., *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1181;
- FABIANI M., *La chiusura del fallimento e la riapertura*, in VASSALLI F. – LUISO F.P. – GABRIELLI E., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2014, 809;
- FALASCHI P.L., voce *Giattanza (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, 836;

- FARAONE L., *Il codice di procedura civile italiano annotato con ragionamenti e massime di giurisprudenza*, Napoli, 1882;
- FARINA M., *L'opposizione all'esecuzione*, in DELLE DONNE C. (diretto da), *La nuova espropriazione forzata*, Bologna, 2017, 793;
- FARINA P., sub art. 50, in COSTA (a cura di), *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Torino, 2013, 504;
- FAZZALARI E., *Profili della cautela*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1;
- FAZZALARI E., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 836;
- FELLONI G., *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, in *Giur. it.*, 2017, 2653;
- FELLONI G., *La tutela d'urgenza rispetto all'accertamento negativo: effetti anticipabili ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Giur. it.*, 2018, 638;
- FERRI C., *Le impugnazioni delle delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, numero speciale *Diritto e processo commerciale*, 51;
- FERRINI C., voce *Auctoritas*, in *Dig. it.*, IV, 2, Torino, 1893-1899, 398;
- FERRINI C., voce *Auctoritas*, in *Enc. giur. it.*, I, 5, Milano, 1904, 655;
- FERRUCCI R., voce *Prescrizione estintiva (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1957, 642;
- FIEZER E., *Interregnum and Patrum Auctoritas*, in *Mnemosyne*, 1959, 301;
- FINARDI D., *Le novità della disciplina dell'accertamento dello stato passivo a seguito delle recenti riforme della legge fallimentare – d. lgs. 5/06 e d. lgs. 169/07*, in www.il-caso.it;
- FORNACIARI M., *L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori*, Milano, 1991;
- FORNACIARI M., *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive: una prospettiva possessoria*, in *Giust. proc. civ.*, 2012, 385;
- FRANCO G., *Guida al procedimento di ingiunzione*, II, 4° ed., Milano, 2009;
- FRUS G., Sub art. 23, in CHIARLONI S. (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 655;
- FURNO C., *Decreto di reintegra e opposizione al precetto*, in *Foro civ.*, 1949, 175;
- GALGANO F., voce *Possesso I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991, 1;

GALLO P., sub *art. 2945*, in BONILINI G. – CHIZZINI A. (a cura di), *Della tutela dei diritti*, III, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milanofiori Assago, 2016, 665;

GALLO P., voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 1;

GARBAGNATI E., *Esecuzione ingiusta e ripetizione dell'indebito*, in *Foro pad.*, 1971, I, 15, ora in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 509;

GARBAGNATI E., *Espropriazione e distribuzione della somma ricavata*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 175, ora in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 477;

GARBAGNATI E., *Il procedimento d'ingiunzione*, 2° ed. a cura di Romano A.A., Milano, 2012;

GARBAGNATI E., *Preclusione «pro iudicato» e titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 302, ora in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 517;

GHIRGA M.F., *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 781;

GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, 169;

GIANNINI M.S., voce *Atto Amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 157;

GIORDANO R., *Contenuto dei ricorsi cautelari ante causam e strumentalità c.d. attenuata*, in *Corr. merito*, 2006, 1278;

GIORDANO R., *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1147;

GIORDANO R., *Procedimenti cautelari*, in ASPRELLA C. – GIORDANO G., *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, in *Giust. civ.*, 2009, VI suppl., 121;

GIORDANO R., *Qualificazione del provvedimento cautelare e obbligo di instaurare il giudizio di merito*, in *Giur. merito*, 2008, 155;

GIORDANO R., *Riflessioni sulla c.d. strumentalità attenuata nel «nuovo» procedimento cautelare uniforme*, in *Giur. merito*, 2006, 1946;

GIORDANO R., sub *art. 669-nonies*, in COMOGLIO L.P. – COSCOLO C. – SASSANI B. – VACCARELLA R. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, 1, Torino, 2014, 1213;

- GIORGETTI M., *L'esecuzione des mesures provisoires et les voies de recours contre cette execution*, in VAN COMPERNOLLE J. – TARZIA G. (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 279;
- GIUSSANI A., voce *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1988, 603;
- GIVERDON C., v. *Référé*, in *Juris classeur*, IV, CCXXXII, Paris Cedex, 1995, 1;
- GRANT M., *The Augustan 'Constitution'*, in *Greece & Rome*, 1949, 97;
- GROPPALO E., voce *Prescrizione civile*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939, 207;
- GUAGLIONE L., *Il processo cautelare*, Napoli, 2006;
- GUAGLIONE L., sub *artt. 669 quinquies – octies – decies – terdecies*, in CIPRIANI F. – MONTELEONE G., *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 459;
- HÉBRAUD P., in HÉBRAUD P. – RAYNAUD P., *Jurisprudence française en matière de procédure civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, 526;
- HÉBRAUD P., in HÉBRAUD P. – RAYNAUD P., *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, 392;
- GALINSKY K., *Augustus' auctoritas and Res gestae 34.3*, in *Hermes Zeitschrift für klassische Philologie*, 2015, 244;
- IMPAGNATIELLO G., *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010;
- INTERDONATO G., voce *Autorità*, in *Enc. giur. it.*, I, 5, Milano, 1904, 703;
- JOMMI A., *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005;
- LA CHINA S., *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970;
- LA CHINA S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA.VV., *Tutela dei diritti*, in *Tratt. Rescigno*, 2° ed., Torino, 1997, 3;
- LACABARATS A., *Le référé*, in AA.VV., *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*, Paris, 1998, 213;
- LANFRANCHI L., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 2° ed., Torino, 2004;
- LAVAGNA C., voce *Autorità (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 477;
- LIEBMAN E.T., *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 1;

- LIEBMAN E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, ora in *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962;
- LIEBMAN E.T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 2° ed., Roma, 1936;
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, 8° ed. a cura di Colesanti V. e Merlin E., Milano, 2012;
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4° ed., Milano, 1981;
- LIEBMAN E.T., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 1;
- LIEBMAN E.T., *Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153;
- LIEBMAN E.T., *Unità del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 233;
- LIEBMAN E.T., *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 248;
- LIEBMAN E.T., voce *Giudicato I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 1;
- LOMBARDO L., *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999;
- LONGO D., *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, I, Pisa, 2018;
- LONGO D., sub *art. 23*, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 443;
- LORENZETTO PESERICO A., *La continenza di cause*, Padova, 1992;
- LUISO F.P. – SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006;
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, 9° ed., Milano, 2017;
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, 9° ed., Milano, 2017;
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, III, 9° ed., Milano, 2017;
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, IV, 9° ed., Milano, 2017;
- MAIORCA C., voce *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 50;
- MANCINI P.S. – PISANELLI G. – SCIALOIA A., *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*, II, Torino, 1855;
- MANDRIOLI C., *C.d. «procedimenti cautelari» su diritti e ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 921;

- MANDRIOLI C., voce *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 431;
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, 26° ed., Torino, 2017;
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, IV, 26° ed., Torino, 2017;
- MANTOVANI D., *Il diritto e la costituzione in età repubblicana*, estratto da GABBA E. – FORABOSCHI D. – MANTOVANI D. – LO CASCIO E. – TROIANI L., *Introduzione allo storia di Roma*, Milano, 1999;
- MARELLI F., *L'esecutività della sentenza costitutiva è limitata ai soli capi di condanna accessori?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 761;
- MARELLI F., *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 761;
- MARINELLI M., *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, 1248;
- MARINUCCI E., *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, in *Aida*, 2006, 246;
- MAZZARELLA F., *Pagamento e esecuzione forzata (note esegetiche sull'art. 494 c.p.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 231;
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002;
- MENCHINI S., *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO C. – LUISO F.P. – MENCHINI S. – SALVANESCHI L., *Il processo civile di riforma in riforma*, I, Milano, 2006, 71;
- MENCHINI S., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 689;
- MENCHINI S., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in AA.VV., *Sulla riforma del processo civile. Atti dell'incontro di studio. Ravenna, 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, 21;
- MENCHINI S., *Orientamenti sull'efficacia dei provvedimenti contenziosi sommari non cautelari*, in *Giust. civ.*, 1988, II, 319;
- MENCHINI S., voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 404;
- MENCHINI S., voce *Sospensione I*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1;

- MENCHINI S. – MOTTO A., *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in VASSALLI F. – LUISO F.P. – GABRIELLI E., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2014, 376;
- MENCHINI S. – MOTTO A., *Le opposizioni esecutive e la sospensione del processo di esecuzione*, in ACONE M. – CONSOLO C. – LUISO F.P. – MENCHINI S. – MOTTO A. – MERLIN E., *Il processo civile di riforma in riforma*, II, Milano, 2007, 171;
- MENESTRINA F., voce *Giattanza (giudizio di)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Totino, 1938, 260;
- MERLIN E., *La revoca e la modifica*, in TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 461;
- MERLIN E., *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 427;
- MERLIN E., *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1546;
- MERLIN E., voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 428;
- MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064;
- MICHELI G.A., *Considerazioni in tema di regolamento di competenza e di conflitto di giudicati*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 17;
- MICHELI G.A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959;
- MICHELI G.A., *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 190;
- MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1942;
- MINUTOLI G., *La chiusura e la riapertura del fallimento*, in JORIO A. (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Milanofiori Assago, 2016, 2403;
- MONTANARI M., *Gli effetti della chiusura*, in JORIO A. – SASSANI B., *Trattato delle procedure concorsuali*, III, Milano, 2016, 607;
- MONTEL A. – SERTORIO M., voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1957, 294;
- MONTEL A., voce *Possesso (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 333;
- MONTELEONE G., sub art. 624 e 624bis, in CIPRIANI F. – MONTELEONE G. (a cura di), *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 431;

- MONTESANO L. *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955;
- MONTESANO L., *Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 935;
- MONTESANO L., *Condanna civile e tutela esecutiva*, 2° ed., Napoli, 1965;
- MONTESANO L., *Esecuzione dei provvedimenti d'urgenza ed esecuzione forzata per fare o disfare*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, 733;
- MONTESANO L., *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955;
- MONTESANO L., *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 561;
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1994;
- MONTESANO L., *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233;
- MONTESANO L., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 299;
- MONTESANO L., *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 17;
- MONTESANO L. – ARIETA G., *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991;
- MONTESANO L. – ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, III, 1, Padova, 2005;
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 3° ed., Milano, 1910;
- MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, II, 8° ed., Torino, 1916;
- MORTARA L., voce *Appello civile*, in *Dig. it.*, III, 2, Torino, 1890, 380;
- MOSCATI E., voce *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 83;
- MUSSNER W., *Le opposizioni*, in DEMARCHI ALBENGO P.G. (diretto da), *La nuova esecuzione forzata*, 2° ed., Bologna, 2018, 717;
- NARDO, *La cosa giudicata sostanziale*, in DITTRICH L. (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 2875;
- NASCOSI A., *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013;

- NATOLI U., *Il possesso*, Milano, 1992;
- NICOTINA G., *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Milano, 1979;
- NOCERA G., voce *Autorità (storia)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 465;
- NORMAND J., *La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires*, in VAN COMPERNOLLE J. – TARZIA G. (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 385;
- NORMAND J., *Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction*, in VAN COMPERNOLLE J. – TARZIA G. (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 137;
- NORMAND J., *L'exécution des mesures provisoires*, in VAN COMPERNOLLE J. – TARZIA G. (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 307;
- NORMAND, *Les fonctions des référés*, in VAN COMPERNOLLE – TARZIA (diretto da), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, 1998, 73;
- OLIVIERI A., voce *Giattanza (giudizio di)*, in *Dig. it.*, XII, Torino, 1902-1904, 235;
- OLIVIERI G., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 688;
- ORIANI R., *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977;
- ORIANI R., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, app., Torino, 1995, 585;
- PAGNI I., *La formazione dello stato passivo: il ruolo del curatore e del giudice delegato*, in JORIO A. – FABIANI M. (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 343;
- PALERMO A., voce *Provvedimenti (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 401;
- PALUCHOWSKI A., sub *art. 120*, in JORIO A. (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, 2007, 1930;
- PANZA G., *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984;
- PANZAROLA A. – GIORDANO R., *Provvedimenti d'urgenza*, in CHIARLONI S. (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016;

- PERROT R., *Les mesures provisoires en droit français*, in TARZIA G. (a cura di), *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985, 149;
- PERROT R., *Procédure de l'instance: jugements et voies de recours. Voies d'exécution et mesures conservatoires*, *Rev. trim dr. civ.*, 1988, 176;
- PERROT R., voce *Chose jugée*, in *Enc. jur.*, I, 2° ed., Paris, 1978, 1;
- PERROT R. – FRICERO N., voce *Autorité de la chose jugée. Autorité de la chose jugée au civil sur le civil*, in *Juris classeur*, VI, DLIV, Paris Cedex, 1998, 1;
- PETRILLO C., *Riconosciuta infine a chiare lettere la inconciliabilità tra tutela ex art. 700 c.p.c. ed efficacia di accertamento*, in *Corr. giur.*, 2005, 411;
- PETRILLO C., sub *art. 624*, in BRIGUGLIO A. – CAPPONI B. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, II, Padova, 2007, 612;
- PILLONI M., *Rimedi giudiziali esperibili in sede di attuazione dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 775;
- PIROTTA G., *Sulla non reiterabilità dell'istanza di conversione del pignoramento*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, 570;
- PORCARI F., sub *art. 624*, in VULLO E. (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, 2° ed., Milano, 2018, 1080;
- POTOTSCHNIG P., *L'esecuzione dei sequestri*, in TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 585;
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982;
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 620;
- PROTO PISANI A., *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile. Una parabola di studi*, Milano, 2015;
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, 57;
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991;
- PROTO PISANI A., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, 53;
- PUGLIESE G., voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 785;
- PUGLIESE G., *La prescrizione estintiva*, 4° ed., Torino, 1924;

- QUATRARO B. – DIMUNDO F., *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014;
- QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016;
- QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006;
- QUERZOLA L., *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 787;
- QUERZOLA L., voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, IV, Torino, 2009, 414;
- RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016;
- RAU E., *Le président du Tribunal de Grande Instance*, II, Paris, 1965;
- RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 2006;
- RAVAZZONI A., voce *Ipoteca I) Ipoteca immobiliare*, XVII, Roma, 1990, 1;
- RECCHIONI S., *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015;
- RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, I, in CHIARLONI S. – CONSOLO C. (a cura di), *I provvedimenti sommari e speciali*, II, Torino, 2005;
- REDDENTI E., *Diritto processuale civile*, II, 2° ed., Milano, 1953;
- REDDENTI E., *Diritto processuale civile*, III, 2° ed., Milano, 1954;
- RÉGNARD É., *De l'organisation judiciaire et de la procédure civile en France*, Paris, 1855;
- RESCIGNO P., voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1223;
- RICCI E.F., *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1073;
- RICCI E.F., *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979;
- RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999;
- RICCI G.F., *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1036;
- ROMANO A.A., *In tema di onere della prova nell'azione di accertamento negativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1555;
- ROMANO A.A., *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006;

- ROMANO A.A., *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1173;
- RONCO A., *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell'impugnazione*, in *Giur. it.*, 2007, 672;
- RONCO A., *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000;
- RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in CHIARLONI S. – CONSOLO C. (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, I, Torino, 2005;
- ROSELLI F., sub art. 2945, in VITUCCI P. (a cura di), *La prescrizione*, II, 2° ed. a cura di Ruperto S., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 107;
- ROWE G., *Reconsidering the "Auctoritas" of Augustus*, in *The Journal of Roman Studies*, 2013, 1;
- RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1956;
- RUPERTO S., voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1022;
- RUPERTO S., sub art. 2953, in VITUCCI P. (a cura di), *La prescrizione*, II, 2° ed. a cura di Ruperto S., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, 267;
- RUSSO L.A., *La riforma della legge fallimentare e la tutela giurisdizionale dei diritti: la crisi del giudicato*, in *Dir. fall.*, 2007, 250,
- SACCO R., voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 491;
- SACCO R. – CATERINA R., *Il possesso*, 3° ed., in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 2014;
- SALETTI A., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006;
- SALETTI A., *Il processo cautelare, oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 541;
- SALETTI A., *La tutela giurisdizionale nella liquidazione giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2018, 636;
- SALETTI A., *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 283;
- SALETTI A., *Le modifiche al sistema dei controlli esecutivi*, in *Giur. it.*, 2016, 2062;
- SALETTI A., *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 443;
- SALETTI A., *Processo esecutivo e prescrizione*, Milano, 1992;

- SALETTI A., *Sub art. 23*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 221;
- SALETTI A., *sub art. 669-duodecies*, in TARZIA G. – CIPRIANI F. (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1993, 387;
- SALVANESCHI L., *sub Art. 669-septies*, in TARZIA G. – CIPRIANI F. (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1993, 325;
- SAMORÌ G., *La tutela cautelare dichiarativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 949;
- SANDULLI P., *sub art. 120*, in CAVALLINI C. (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, II, Milano, 2010, 1369;
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1959/1968;
- SCARSELLI G., *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 824;
- SCHERILLO G. – GNOLI F., *Diritto Romano*, 2° ed., Milano, 2005;
- SEGNI A., *Regiudicata civile*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1936, XIV, 178, ora in *Scritti Giuridici*, I, Torino, 1965, 597;
- SEGNI A., *Sub artt. 2908-2909*, in NICOLÒ R. – ANDRIOLI V. – SEGNI A. – MICHELI G.A. – AZZARITI G. – SCARPELLO G., *Tutela dei diritti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1959, 284;
- SEGNI A., voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 985;
- SILVESTRI C., *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005;
- SILVESTRI C., *Il sistema francese dei «référés»*, in Proto Pisani (a cura di), *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 9;
- SOLDI A.M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, 2° ed., Padova, 2009;
- SOLDI A.M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, 6° ed., Milano, 2017;
- STOPPINO M., voce *Autorità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 523;
- TARUFFO M., *Le prove per induzione*, in TARUFFO M. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 2012, 1101;
- TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389;
- TARUFFO M., voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 65;
- TARZIA G., *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961;

- TARZIA G., *La tutela cautelare*, in TARZIA – SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, XXIII;
- TARZIA G., *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 637;
- TARZIA G., *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 932;
- TARZIA G., *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 35;
- TARZIA G. – GIORGETTI M., *Il provvedimento negativo*, in TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 483;
- TARZIA G. – SALETTI A., voce *Processo cautelare*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 837;
- TAVORMINA V., *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione della sentenza*, Milano, 1990;
- TAVORMINA V., *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 21;
- TAVORMINA V., *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 233;
- TEDOLDI A., *L'appello civile*, Torino, 2016;
- TENELLA SILLANI C., voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 8;
- TISCINI R., *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2004, 2209;
- TISCINI R., *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009;
- TISCINI R., *Modificazioni della competenza per ragione di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in CHIARLONI S., (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016;
- TOMMASEO F., *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983;
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 24° ed. a cura di Anelli F. e Granelli C., Milano, 2019;

TRAVI AM., voce *Distribuzione della somma ricavata*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1957, 1144;

TREGLIA G., *L'attuazione dei provvedimenti*, in TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5° ed., Padova, 2015, 559;

TRISORIO LIUZZI G., *Centralità del giudicato al tramonto?*, Napoli, 2016;

TRISORIO LIUZZI G., *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987;

TROISI B. – CICERO C., *I possessi*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2005;

VACCARELLA R., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 2° ed., Torino, 1993;

VANZ M.C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008;

VANZ M.C., *Le opposizioni in materia esecutiva*, in DITTRICH L. (diretto da), *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2019, 4059;

VARADI M., *La sentenza penale come mezzo di prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, 255;

VELLANI M., *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958;

VERDE G., *Diritto processuale civile*, II, 5° ed. a cura di Auletta F., Califano G.P., della Pietra G. e Rascio N., Bologna, 2017;

VERDE G., *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 725;

VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Camerino, 1974;

VERDE G., sub *Artt. 669-bis–669-quaterdecies*, in VERDE G. – DI NANNI L.F., *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991, 234;

VERDE G., sub *Artt. 669-bis–669-quaterdecies*, in VERDE G. – DI NANNI L.F., *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, Legge 21 novembre 1991, n. 374, Legge 4 dicembre 1992, n. 477*, Torino, 1993, 431;

VERDE G., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579;

VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, 2° ed., Torino, 2017;

VILLATA S.A., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006;

VINCRE S., *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Peschiera Borromeo, 2010;

VITTA C., voce *Autorità*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 1166;

VITTORIA P., *L'inibitoria del titolo esecutivo e la sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2010, 381;

VITUCCI P., voce *Prescrizione I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1989, 1;

VOCATURO C., *La riduzione di ipoteca e i suoi requisiti*, in *Riv. not.*, 2002, 168;

- VOCINO C., *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963;
- VULLO E., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in CHIARLONI S. – CONSOLO C. (diretto da), *I procedimenti sommari e speciali*, II, 2, Torino, 2005;
- VULLO E., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001;
- VULLO E., *Procedimenti cautelari in generale*, in CHIARLONI S. (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2017;
- VULLO E., sub *art. 615*, in VULLO E. (a cura di), *Codice dell'esecuzione forzata*, 2° ed., Milano, 2018, 945;
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Il procedimento per ingiunzione*, in DITTRICH L. (diretto da), *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2019, 4193;
- ZULBERTI M., *La provvisoria esecutività della sentenza di primo grado*, in DITTRICH L. (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 2265;
- ZULBERTI M., *Novità in tema di accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale: riflessioni a prima lettura*, in www.ildirittodegliaffari.it.

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

- C. Cost., 28 giugno 1985 n. 190, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2698;
- C. Cost., 20 maggio 1976, n. 120, in *Leggi d'Italia*;
- C. Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giust. civ.*, 1995, I, 659, con nota di MAMMONE G., *Incostituzionalità dell'art. 669-terdecies c.p.c. e parità delle parti nel processo cautelare*; in *Dir. Lav.*, 1994, II, 569, con nota di DE MARCHIS C.; in *Riv. giur. lav.*, 1995, II, 176, con nota di DE MARCHIS C., *Note in calce al reclamo ex art. 669 terdecies cod. proc. civ.*; in *Foro it.*, 1994, I, 2005, con nota di CAPPONI B., *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*; in *Corr. giur.*, 1994, 948, con nota di TOMMASEO F., *Il rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*; in *Giur. it.*, 1994, I, 409, con nota di CONSOLO C., *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*.

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

- Cass., 19 febbraio 1957, n. 603, in *Foro it.*, 1958, I, 756;
- Cass., 3 luglio 1969, n. 2424, in *Foro it.*, 1969, I, 1641;
- Cass., 6 dicembre 1972, n. 3520, in *Foro it.*, 1973, I, 1132;
- Cass., 9 maggio 1974, n. 1315, in *Giust. civ. Mass.*, 1974, 604;
- Cass., 10 aprile 1978, n. 1680, in *Foro it.*, 1980, I, 226;
- Cass., 23 maggio 1979, n. 2990, in *Leggi d'Italia*;
- Cass., 25 marzo 1981, n. 1737, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1340, con nota di GROSSI D., *Brevi note sulla tutela cautelare atipica e l'esecuzione forzata*;
- Cass., 2 aprile 1981, n. 1876, in *Foro it.*, 1981, I, 1274;
- Cass., 17 aprile 1982, n. 2339, in *Giust. civ.*, 1982, I, 847;
- Cass., S.U., 18 ottobre 1982, n. 5395, *Foro it.*, 1982, I, 3019, con nota di PROTO PISANI A.;
- Cass., 15 novembre 1982, n. 6092, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 2075;
- Cass., 20 marzo 1985, n. 2037, in *Foro it.*, 1985, I, 2275;

Cass., 10 luglio 1985, n. 4109, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 1266;

Cass., 10 aprile 1986, n. 2496, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 690;

Cass., 3 luglio 1987, n. 5840 in *Foro it.*, 1988, I, 1950, con nota di TRISORIO LIUZZI G.;

Cass., S.U., 13 giugno 1989, n. 2841, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 230 ss., con nota di ATZORI;

Cass., 5 dicembre 1990, n. 11691, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 1997;

Cass., 11 gennaio 1991, n. 206, *Giust. civ. Mass.*, 1991, 43;

Cass., 29 aprile 1991, n. 4722, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3169, con nota di LASCARO P., *Ammissibilità del decreto ingiuntivo fondato su ordinanza presidenziale ex art. 708 c.p.c.*;

Cass., 23 maggio 1992, n. 6224, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 798, con nota di CORSALE P., *Note in tema di possesso di buona fede e obbligo di restituzione dei frutti*;

Cass., 27 novembre 1992, n. 12662, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 1763;

Cass., 22 aprile 1993, n. 4763, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 960, con nota di BESSO C.;

Cass., 29 marzo 1994, n. 3078, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 415;

Cass., 26 luglio 1994, n. 6958, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 308, con nota di STINGONE C., *Actio negatoria e obbligo di prestare il consenso alla cancellazione dell'ipoteca*;

Cass., 6 novembre 1995, n. 11527, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1844;

Cass., 23 novembre 1995, n. 722, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 130;

Cass., 11 settembre 1996, n. 8221, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1272;

Cass., 20 maggio 1997, n. 4463 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 763;

Cass., 29 luglio 1997, n. 7090, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1299;

Cass., 6 agosto 1997, n. 7282, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1352;

Cass., 11 gennaio 1988, n. 26, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 13;

Cass., 9 giugno 1998, n. 5667, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1251;

Cass., 16 giugno 1998, n. 5980, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1325;

Cass., 28 agosto 1999, n. 9061, in *Riv. esec. forz.*, 2000, 95, con nota di MERLIN E., *Sulla spendibilità della compensazione in sede di opposizione all'esecuzione. Problemi e prospettive*;

Cass., 1° ottobre 1999, n. 10893, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2056;

Cass., 11 dicembre 1999, n. 13889, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2493;

Cass., 26 giugno 2000, n. 8700, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1409;

Cass., 22 febbraio 2001, n. 2602, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 302;

Cass., 5 novembre 2001, n. 13665, in *De Jure*;

Cass., 25 giugno 2002, n. 9279, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1094;

Cass., 22 luglio 2002, n. 10658, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 553, con nota di ROMANO A.A., *Prova della forma solenne ed onere della prova in un singolare giudizio di accertamento negativo*;

Cass., 8 maggio 2003, n. 7036, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 1017;

Cass., 14 luglio 2003, n. 10994, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 1662;

Cass., 12 dicembre 2003, n. 19101, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 2789;

Cass., 20 febbraio 2004 n. 3404, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Esecuzione in genere*, n. 47;

Cass., 14 luglio 2004, 13081, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1659;

Cass., S.U., 26 luglio 2004, n. 14060, in *Giust. civ.*, I, 1168;

Cass., 10 novembre 2004, n. 21367, in *Il civilista*, 2011, VI, 65, con nota di PENUTI M.C., *La provvisoria esecutività delle sentenze di primo grado non definitive: ambito di applicazione*;

Cass., 16 giugno 2005, n. 12963, in *Giust. civ.*, 2006, I, 365;

Cass., 31 ottobre 2005, n. 21115, in *De Jure*;

Cass., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I 1433, con nota di BALENA G. – ORIANI R. – PROTO PISANI A. – RASCIO N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*; in *Giur. it.*, 2007, 672, con nota di RONCO A., *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell'impugnazione*;

Cass., 29 gennaio 2007, n. 1779, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 203;

Cass., 15 febbraio 2007, n. 3374, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 330;

Cass., 13 aprile 2007, n. 8829, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1308;

Cass., 8 agosto 2007, n. 17385, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1538;

Cass., 3 settembre 2007, n. 18512, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1753;

Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1437, con nota di GIOR-DANO R., *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda del comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*;

Cass., 26 febbraio 2008, n. 5010, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 296;

Cass., 24 aprile 2008, n. 10676, in *Guida dir.*, 2008, XXX, 84;

Cass., 25 febbraio 2009, n. 4497, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 353;

Cass., 26 marzo 2009, n. 7369, in *Foro it.*, 2009, I, 2699;

Cass., 19 novembre 2010 n. 23504, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1482;

Cass., 23 marzo 2010, n. 6942, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 420;

Cass., 27 aprile 2010 n. 10069, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 620;

Cass., 18 maggio 2010, n. 12108, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1551, con nota di ROMANO A.A., *In tema di onere della prova nell'azione di accertamento negativo*;

Cass., 10 novembre 2010, n. 22862, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1433;

Cass., 19 novembre 2010 n. 23504, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1482;

Cass., 17 dicembre 2010, n. 25589, in *Foro it.*, 2011, I, 1133;

Cass., 27 aprile 2010 n. 10069, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2010, 620;

Cass. S.U., 11 gennaio 2011 n. 390, in *Giust. civ.*, 2011, I, 623;

Cass., 8 marzo 2011, n. 5419, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 368;

Cass., 25 marzo 2011, n. 7003, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 473;

Cass., 21 aprile 2011, n. 9223, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2403;

Cass., 28 luglio 2011, n. 16610, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1130;

Cass., 18 agosto 2011, n. 17371, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1176;

Cass., 8 marzo 2012, n. 3639, in *Foro it.*, 2012, I, 1018;

Cass., S.U., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.*, 2014, I, 936, con note di TRISORIO LIUZZI G., *Le sezioni unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità*, e di PROTO PISANI A., *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*; in *Famiglia e dir.*, 2013, 450, con nota di VANZ M.C., *Azione di stato e petizione d'eredità: rapporto di pregiudizialità e sospensione necessaria del processo tra antichi dubbi e nuovi principi*; in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683, con nota di MENCHINI S., *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*; in *Giur. it.*, 2013, 614, con nota di POLINARI J., *Le Sezioni unite tornano sull'art. 337, cpv., c.p.c. e riaffermano l'efficacia*

dichiarativa della sentenza impugnabile. Spunti per una lettura sistematica; in Corr. giur., 2012, 1322, con nota di ZUFFI B., *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dependente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata;*
Cass., 4 ottobre 2012, n. 16917, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1182;
Cass., S.U., 30 novembre 2012, n. 21348, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1350;
Cass., 22 gennaio 2013, n. 1462, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 77;
Cass., S.U., 8 febbraio 2013, n. 3033, in *Foro it.*, 2013, I, 819, con nota di PROTO PISANI A.;
Cass., 5 marzo 2013, n. 5391, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 222;
Cass., 6 marzo 2013, n. 5582, in *Foro it.*, 2013, I, 3285, con nota di VULLO E., *In tema di contestazioni sulla legittimità o la regolarità formale della fase di attuazione dei sequestri;*
Cass., 20 giugno 2013, n. 15435, in *Guida dir.*, 2013, XXXII, 33, con nota di GRAZIANO N., *Un rifiuto ingiustificato di prestare il consenso sembra violare le regole dei rapporti obbligatori;*
Cass., 19 settembre 2013, n. 21505, in *Giust. civ. Mass.*, 935;
Cass., 4 ottobre 2013, n. 22751, in *Foro it.*, 2014, I, 1895, con nota di PELLEGRINELLI P.;
Cass., 12 dicembre 2013, n. 27863, in *De jure;*
Cass., 25 febbraio 2014, n. 4485, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, 210;
Cass., 18 marzo 2014, n. 6207, in *De Jure;*
Cass., 10 giugno 2014, n. 13044, in *Guida dir.*, 2014, XXXVII, 62;
Cass., 11 luglio 2014, n. 15897, in *De Jure;*
Cass., 14 ottobre 2014, n. 21690, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, 981;
Cass., 12 dicembre 2014, n. 26158, in *De Jure;*
Cass., 15 gennaio 2015, n. 569, in *Guida dir.*, 2015, XVIII, 72;
Cass., 20 gennaio 2015, n. 840, in *De Jure;*
Cass., 20 gennaio 2015, n. 896, in *De jure;*
Cass., 2 febbraio 2015, n. 1841, *De Jure;*
Cass., 11 marzo 2015 n. 4904, in *De Jure;*
Cass., 9 aprile 2015, n. 7131, in *Guida dir.*, 2015, XXXIII, 58;

Cass., 9 ottobre 2015 n. 20230, in *De Jure*;
Cass., 3 ottobre 2016, n. 19720, in *De Jure*;
Cass., 20 gennaio 2016, n. 955, in *Leggi d'Italia*;
Cass., 10 giugno 2016, n. 11962, *De Jure*;
Cass., 7 luglio 2016, n. 13823, in *De Jure*;
Cass., 3 ottobre 2016, n. 19720, in *De Jure*;
Cass., 19 ottobre 2016, n. 21069, in *Guida dir.*, 2017, VIII, 79;
Cass., 20 giugno 2017, n. 15157, in *De Jure*;
Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, in *De Jure*;
Cass., 24 gennaio 2018, n. 1774, in *De Jure*;
Cass., 7 maggio 2018, n. 10867, in *De Jure*;
Cass., 15 maggio 2018, n. 11753, in *Guida dir.*, 2018, XXXV-XXXVI, 59;
Cass., 15 giugno 2018, n. 15780, in *Foro it.*, 2019, I, 608, con nota di MERONE A., *La scansione dei tempi processuali nella dialettica tra atto di disconoscimento ed istanza di verifica*;
Cass., 9 luglio 2018, n. 17936, in *De Jure*;
Cass., 17 luglio 2018, n. 19113, in *De jure*;
Cass., 9 agosto 2018, n. 20705, in *De Jure*;
Cass., 13 agosto 2018, n. 20719, in *De Jure*;
Cass., 21 agosto 2018, n. 20836, in *De Jure*;
Cass., 23 agosto 2018, n. 20994, in *De Jure*;
Cass., 5 ottobre 2018, n. 24515, in *De Jure*;
Cass., 8 gennaio 2019, n. 210, in *De Jure*;
Cass., 13 febbraio 2019, n. 4263, in *De Jure*;
Cass., 17 aprile 2019, n. 10758, in *De Jure*;
Cass., 9 luglio 2019, n. 18402, in *De Jure*.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Trib. Verona, 19 giugno 1976, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 823, con nota di CONSOLO C., *Rigorismi alterni e non giustificati in tema di opposizione tardiva ad ingiunzione per sanzioni amministrative*;

Pret. Verona, 25 maggio 1983, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 823, con nota di CONSOLO C., *Rigorismi Rigorismi alterni e non giustificati in tema di opposizione tardiva ad ingiunzione per sanzioni amministrative*;

Pret. Lecce, 13 gennaio 1993, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 306, con nota di RONCO A., *Distonie tra cautele processuali ed extraprocessuali: in tema di restrizione e cancellazione di ipoteca*;

Cons. Stat., sez. IV, 8 luglio 1993, n. 683, in *Foro amm.*, 1993, 1505;

Trib. Ravenna, 14 settembre 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 3532;

Trib. Lecce, 12 dicembre 1994, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 305, con nota di RONCO A., *Distonie tra cautele processuali ed extraprocessuali: in tema di restrizione e cancellazione di ipoteca*;

App. Lecce, 28 aprile 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 306, con nota di RONCO A., *Distonie tra cautele processuali ed extraprocessuali: in tema di restrizione e cancellazione di ipoteca*;

Pret. Salerno, 3 ottobre 1995, in *Giur. merito*, 1996, 917, con nota di SIRACUSANO E.;

Trib. Verona, 16 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1998, 473;

Trib. Monza, 26 aprile 1997, in *Giur. merito*, 1997, 690;

Trib. Brescia, 11 giugno 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 3404;

Trib. Roma, 7 aprile 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 614, con nota di BELTRAMI P.;

Trib. Milano, 7 agosto 1998, in *Giur. it.*, 1999, 524, con nota di CONTE R., *Provvedimento d'urgenza ed obbligo di cancellazione di formalità ipotecarie a seguito della riforma della sentenza di condanna*;

Trib. Milano, 17 ottobre 1999, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 873, con nota di PEZZANI T.M., *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione e l'ipoteca giudiziale*;

Trib. Padova, 17 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 2, 67;

Trib. Cassino, 28 giugno 2000, in *Leggi d'Italia*;

Trib. Milano, 25 luglio 2000, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 873, con nota di PEZZANI T.M., *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione e l'ipoteca giudiziale*;

Trib. Vallo della Lucania, 17 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 2071, con nota di ALTIERI M., *Brevi note in tema di riduzione d'urgenza dell'ipoteca «eccessiva»*;

Trib. Rieti, 28 gennaio 2002, in *Nuovo dir.*, 2002, 253, con nota di LAZZARA A., *Sull'esperibilità del provvedimento d'urgenza in merito alla riduzione dell'ipoteca*;

Trib. Bologna, 19 gennaio 2004, in *Leggi d'Italia*;

Trib. Nola, 23 marzo 2004, in *De Jure*;

Trib. Napoli, 2 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 1552;

Trib. Napoli, 18 marzo 2005, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2005, 629;

Trib. Bari, 17 novembre 2005, in *www.giurisprudenzabarese.it*;

Trib. Ivrea, 28 giugno 2006, in *Dir. giust.*, 2006, XXXII, 41, con nota di DE GIOIA V., *Quel nesso tra fase cautelare e merito. Si allenta la strumentalità necessaria*;

Trib. Reggio Calabria, 6 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1674, con nota di GIORDANO R., *Provvedimenti di urgenza e strumentalità c.d. attenuata*;

App. Milano, 14 febbraio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 155, con nota di GIORDANO R., *Qualificazione del provvedimento cautelare e obbligo di instaurare il giudizio di merito*;

Trib. Mantova, 19 aprile 2007, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Benevento, 15 maggio 2007, in *Redazione Giuffrè*, 2007;

Trib. Reggio Calabria, 16 novembre 2007, in *De Jure*;

Trib. Cagliari, 30 gennaio 2008, in *Riv. giur. sarda*, 2008, 112;

Trib. Milano, 27 febbraio 2008, in *De Jure*;

App. Milano, 14 ottobre 2008, in *Giur. merito*, 2009, 1561;

Trib. Salerno, 16 giugno 2008, in *Redazione Giuffrè*, 2008;

Trib. Perugia, 16 marzo 2009, in *Le soc.*, 2010, 1257, con nota di SOLDATI N., *Tutela cautelare d'urgenza e nullità della clausola statutaria*;

Trib. Isernia, 15 settembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 98;

Trib. Trani, 17 settembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 1321;

Trib. Roma, 12 ottobre 2009, in *Giur. comm.*, 2011, II, 659, con nota di D'ADAMO D., *La compatibilità tra l'azione di accertamento del diritto previsto dall'art. 2476, comma 2, c.c. e i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*;

Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2011, I, 287, con nota di MONDINI A.;

Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, 1857;

Trib. Latina, 30 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2011, 714;

Trib. Milano, 28 giugno 2010, in *Sez. spec. P.I.*, 2010, 1, 228;

Trib. Bari, 10 maggio 2011, in *www.giurisprudenzabarese.it*;

Trib. Nocera Inferiore, 23 maggio 2011, in *Il civilista*, 2012, I, 51, con nota di PIANEZZE G., *Il ricorso ex art. 700 c.p.c. contro l'illegittima elevazione di protesto e la responsabilità contrattuale della Banca*;

Trib. Ancona, 16 luglio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3181;

Trib. Nola, 29 luglio 2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011;

Trib. Lamezia Terme, 20 settembre 2011, in *Leggi d'Italia*;

Trib. Trani, sez. dist. Molfetta, 8 agosto 2012, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Bari, 9 novembre 2012, in *Redazione Giuffrè*, 2012;

Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Redazione Giuffrè*, 2013;

Trib. Bari, 7 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Milano, 18 aprile 2013, in *Leggi d'Italia*;

Trib. Milano, 2 luglio 2013, in *Giur. merito*, 2013, 1816;

Trib. Milano, 28 ottobre 2013, in *Giur. it.*, 2014, 92, con nota di CONTE R., *Provvedimento d'urgenza ed ipoteca illegittimamente iscritta: novità giurisprudenziali*;

Trib. Nola, 16 gennaio 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014;

Trib. Roma, 13 febbraio 2014, in *Corr. giur.*, 2015, 546, con nota di COREA U., *Limiti della tutela d'urgenza anticipatoria di sentenze dichiarative e costitutive*;

Trib. Lamezia Terme, 16 giugno 2014, in *De jure*;

Trib. Reggio Emilia, 2 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Milano, 30 luglio 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2015;

Trib. Genova, 29 dicembre 2014, in *De Jure*;

Trib. Milano, 4 marzo 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2015;

Trib. Napoli, 20 novembre 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2016;

Trib. Savona, 3 dicembre 2015, in *Redazione Giuffrè*, 2016;

Trib. Roma, 9 aprile 2016, in *Ilprocessocivile.it*;

Trib. Cuneo, 10 febbraio 2017, in *Redazione Giuffrè*, 2017;

Trib. Napoli, 27 febbraio 2017, in *www.expartecreditoris.it*;

Trib. Matera, 20 marzo 2017, in *www.expartecreditoris.it*;

Trib. Spoleto, 20 giugno 2017, *Redazione Giuffrè*, 2017;

Trib. Milano, 2 agosto 2017, *www.ilcaso.it*;

Trib. Roma, 31 ottobre 2017, in *Redazione Giuffrè*, 2018;

Trib. Palermo, 15 marzo 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018;
Trib. Foggia, 28 luglio 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018;
Trib. Lecce, 17 giugno 2019, in *www.ilcaso.it*.

GIURISPRUDENZA STRANIERA

Cass., sez. II, 30 giugno 1960, in *www.legifrance.gouv.fr*
Cass., sez. III, 17 luglio 1974, in *Bull. civ.*, 1974, III, n. 317, 241;
Cass., sez. II, 9 ottobre 1974, in *Bull. civ.*, 1974, II, n. 262, 217;
Cass., sez. III, 8 giugno 1977, in *Bull. Civ.*, III, n. 253, 193;
Cass., sez. III, 31 ottobre 1978, in *Bull. civ.*, 1978, III, n. 330, 253;
Cass., sez. III, 11 marzo 1980, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass., sez. III, 16 maggio 1984, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass., sez. I, 18 gennaio 1989, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass. Comm., 12 marzo 1996, in *Bull. civ.*, 1996, IV, n. 83, 67;
Cass., II civ., 10 marzo 2005, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, 142, con nota di P. THERY;
Cass. Soc., 30 gennaio 2008, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass., sez. III, 14 gennaio 2009, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass., sez. II, 9 settembre 2010, in *LexisNexis*;
Cass. Soc., 12 gennaio 2012, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass., sez. III, 6 marzo 2012, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass., sez. II, 13 novembre 2014, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass. Soc., 17 gennaio 2018, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass. Comm., 6 febbraio 2019, in *www.legifrance.gouv.fr*;
Cass., sez. II, 27 giugno 2019, in *www.legifrance.gouv.fr*;
TGI Paris, 18 gennaio 1996, in *Sem. Jur.*, 1996, VIII, 22589;
TGI Paris, 28 ottobre 1997, in *Sem. Jur.*, 1997, L, 22964.