

CEDAM

RIVISTA DI  
**DIRITTO PROCESSUALE**

FONDATA NEL 1924 DA  
**G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI**

GIÀ DIRETTA DA  
**E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI**

DIRETTORI

**C. PUNZI e B. CAVALLONE**

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO**

**C. CAVALLINI - V. COLESANTI**

**L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO**

**G. COSTANTINO - C. FERRI**

**R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA**

**S. MENCHINI - E. MERLIN**

**G. MONTELEONE - R. ORIANI**

**S. RECCHIONI - G. RUFFINI**

**A. SALETTI - L. SALVANESCHI**

**B. SASSANI - F. TOMMASEO**

**N. TROCKER - R. VACCARELLA**

Maggio-Giugno

**2019**

[edicolaprofessionale.com/RDP](http://edicolaprofessionale.com/RDP)

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE S.P.A. - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO - PUB. BIMESTRALE



Wolters Kluwer

**FUMUS, PERICULUM ED ALTRO AI TEMPI  
DELLA STRUMENTALITÀ ATTENUATA <sup>(1)</sup>**

SOMMARIO: 1. La tutela a strumentalità attenuata come tutela di «merito» su «presupposti cautelari». – 2. La indeterminatezza normativa del *fumus* e l'innalzamento (di fatto o più probabilmente anche di diritto) della sua soglia in caso di provvedimento anticipatorio a strumentalità attenuata. – 3. Le variegate specificazioni normative del *periculum* e la tendenza alla elasticità nella lunga stagione dell'incremento di domanda cautelare. – 4. *Segue*: l'evoluzione elasticizzante a proposito dei provvedimenti *ex art. 700*. – 5. Abbassamento della soglia del *periculum* in caso di provvedimento a strumentalità attenuata? No. – 6. Intermezzo: altri effetti collaterali, ed in particolare la strumentalità attenuata ed i provvedimenti di urgenza a contenuto non condannatorio. – 7. Conclusioni. – 8. ... e una riflessione in appendice sul problematico ambito della strumentalità attenuata.

1. – Quando (nel codice di rito civile del 1865) non vi erano norme generali ed uniformi sulla tutela cautelare e le disposizioni sparse erano ancora più rade che nel codice del 1942, Chiovenda (*Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli 1953, 241) teorizzava l'azione cautelare come mera azione, non già appendice del diritto sostanziale; non solo ed ovviamente perché esercitabile allorché non si sa ancora se il diritto esiste o meno, ma soprattutto perché questo non lo si saprà comunque e nemmeno ove l'azione cautelare sia accolta (lo ricordava opportunamente nel 2004 Giuseppe Tarzia rendendoci anzitutto mirabile *Darstellung* della «tutela cautelare nella sistemazione della dottrina italiana classica» in premessa ad Aa.Vv., *Il processo cautelare*, Milano, ora 5<sup>a</sup> ed., 2015, XIX ss.).

A volare subito in avanti, questa concezione è stata messa solo in limitata parte in crisi – quanto all'intera tutela cautelare-- dall'art. 2943 del codice civile postchiovendiano, che attribuisce effetto interruttivo della prescrizione e perciò natura di atto di esercizio del diritto soggettivo anche all'avvio di un «giudizio conservativo», oltre che di cognizione (meno esplicito, per vero, era l'art. 2125 del c.c. del 1865).

Ma soprattutto quella idea chiovendiana è in crisi oggi di fronte alla «strumentalità attenuata»: possiamo ancora dirlo – che non è un diritto

---

<sup>(1)</sup> Testo della relazione introduttiva tenuta al seminario «*La tutela cautelare: la nuova frontiera del diritto processuale civile?*» organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in Roma (11-13 marzo 2019).

soggettivo ritenuto esistente ad essere tutelato – quando è impartito un provvedimento cautelare anticipatorio a strumentalità attenuata? Altro modo di porsi la domanda: il *fumus boni iuris* è rimasto lo stesso anche in relazione ad un provvedimento di tal genere?

Sono domande (retoriche?) che esprimono due facce della medesima medaglia.

La prima domanda si affaccia *ex post* e cioè riguarda gli effetti: si allude al fatto che se il provvedimento non solo anticipa in tutto o in parte il contenuto della ipotetica sentenza di merito, ma non è neppure provvisorio e interinale bensì stabile sebbene di una stabilità diversa dalla cosa giudicata, è ben difficile dire che a quel provvedimento non corrisponda un particolare tipo di tutela giurisdizionale «nel merito» del diritto soggettivo. Insomma il provvedimento cautelare, pur restando diverso quanto ai presupposti, comincia fortemente a somigliare quanto ai fini – nel senso della funzionalità concreta – ai provvedimenti sommari non cautelari a prevalente funzione esecutiva (che in passato si volevano puntigliosamente distinti da quelli cautelari e che integrano sicuramente una tutela di merito); e supera poi, quanto a «stabilità», la congerie dei provvedimenti provvisori o provvisionali non cautelari, altra forma di tutela nel merito anticipata ma provvisoria del diritto soggettivo (2).

Ed è chiaro che poiché il contenuto anticipatorio, quando c'era, esisteva anche prima, e quando c'è non è mutato rispetto al passato, il *novum* che determina il salto del fosso concettuale e sistematico è dato dalla «stabilità», vale a dire la faccia in positivo della strumentalità attenuata. Questi provvedimenti rappresentano ora «tutela (una forma particolare di tutela) di merito» in senso pregnante, non solo perché contenutisticamente anticipatori, ma perché sono ormai relativamente stabili indipendentemente dalla cognizione piena e cioè, indipendentemente da essa e dal giudicato, soddisfano in modo potenzialmente stabile il diritto soggettivo; ove in precedenza il loro carattere ineluttabilmente interinale e provvisorio faceva sì che l'anticipazione restasse un semplice accidente ancillare della esigenza e funzione cautelare, tutt'altro dunque – siccome irrimediabilmente provvisoria – che soddisfazione del diritto soggettivo.

---

(2) Fatta la loro natura non cautelare perché pur sempre diversi ne sono i presupposti, vi è poi che la intrinseca razionalità di reclamo cautelare, revoca e modifica suggerisce la loro utilizzazione, attraverso il veicolo della applicazione estensiva o analogica della disciplina uniforme ex artt. 669 *bis* ss. c.p.c., «in quanto compatibile» (e però essenzialmente limitata a quei tre istituti) in relazione a questo o quel provvedimento «provvisorio» siccome «*lato sensu* cautelare» (qualifica nella attribuzione della quale si largheggia alquanto).

Per di più la diversa intensità di questa tutela «di merito» su «presupposti cautelari», rispetto a quella consacrata dal giudicato, si attenua, da un lato e sul piano teorico e nominale o se si vuole simbolico, ponendo mente alla crisi attuale (si seguita a confidare limitatissima) del giudicato nella interazione con gli ordinamenti sovranazionali. E molto di più si attenua, sul piano pratico e degli interessi concreti, specialmente (ma non solo) tutte le volte che la misura cautelare sia inibitoria; che è proprio una delle situazioni che ha indotto il legislatore a saltare il fosso e introdurre la strumentalità attenuata: perché mai dovrei introdurre il giudizio ordinario di merito? e che mi importa dell'accertamento coperto da giudicato sull'illecito se ho già prevenuto la lesione del diritto soggettivo all'immagine inibendo la diffusione dell'articolo denigratorio? e così via esemplificando.

La seconda domanda si affaccia *ex ante*, riguardando cioè il profilo dei presupposti: occorre, per così dire, un *fumus* più odoroso o addirittura più profumato per convincere il giudice ad impartire tutela cautelare allorché egli sa che essa è destinata a permanere stabile come se fosse tutela «di merito» pur senza il crisma del giudicato?

Qui è arduo (ma tutt'altro che impossibile come dirò) dedurre un responso affermativo dai dati normativi, i quali com'è ben noto sono rimasti, quanto al *fumus*, identici, laconici e indifferenziati. In prima approssimazione il discorso potrebbe valere comunque sul piano delle prassi giudiziarie o se si vuole del condizionamento subliminale della decisione giudiziale. Se fossi giudice, mi farei di regola influenzare e vorrei sentire in quei casi un profumo piuttosto pronunciato.

Ma se si resta nell'empiria, le considerazioni non sono diverse da quelle che possono farsi caso per caso a seconda che il provvedimento richiesto, quand'anche puramente conservativo e non anticipatorio, sia o meno particolarmente invasivo nella sfera personale e patrimoniale del resistente, oppure, ed ancora caso per caso, in relazione al bilanciamento quantitativo tra *fumus* e *periculum* (bilanciamento che trova più di una espressa eco motivazionale in quella vicenda sostanzialmente cautelare che è la inibitoria in appello, meno - chissà perché - nelle vicende propriamente cautelari; ma, senza scomodare la precomprensione, non sempre la motivazione esprime con completezza ciò che passa nella mente del giudice, specie in sede cautelare allorché oltretutto non si tratta di scolpire la pietra tombale del giudicato).

2. - Sempre all'epoca di Chiovenda, *fumus* e *periculum* erano tutto fuorché concetti normativi. Erano il frutto delle teorizzazioni di lui e di

pochi altri nel tentativo geniale di *reductio ad unitatem* delle sparute e sparse disposizioni codicistiche. E questa *reductio ad unitatem* era suggellata dalla celebre affermazione chiovendiana (*Istituzioni*, cit., 247): «esiste anche nella nostra legge la figura generale del provvedimento provvisorio cautelare; è rimesso completamente al giudice di stabilirne l'opportunità e la natura».

In questa frase si è voluto vedere la predizione dell'art. 700, e cioè del provvedimento cautelare atipico, ove il contenuto – o secondo Chiovenda la «natura» – non è predeterminato.

Ma io ci vedo soprattutto altre due cose: una attestazione della insopprimibile e fondamentale discrezionalità del giudice in ogni vicenda cautelare; ed una ulteriore connessa predizione: la predizione di ciò che sarebbe accaduto perfino in epoca (*post* 1990) di «procedimento cautelare uniforme».

Il *periculum* è rimasto non definito né definibile normativamente in termini generali, ma solo caso per caso e provvedimento per provvedimento; e neppure sempre; ed a volte in modo autoreferenziale si da lasciare amplissimo margine discrezionale al giudice (si consideri, quale esempio fra i più evidenti, il «quando è opportuno provvedere alla loro custodia o gestione temporanea» dell'art. 670 c.p.c.).

Il *fumus* siamo tutti pronti a definirlo concettualmente e manualisticamente con espressioni – «verosimiglianza», «apparenza» ecc. – che non hanno però mai trovato nel nostro ordinamento riscontro normativo; sebbene ciò sarebbe stato sicuramente possibile sul piano di una efficace semantica legislativa (pur certo non tale da sottrarre del tutto al giudice una significativa discrezionalità), come dimostrano, in altri contesti, le definizioni imperniate sulla «manifesta infondatezza» o «non manifesta infondatezza» *et similia*. Viceversa il *fumus* è oggi definito normativamente in termini generali con la espressione più ellittica ed autoreferenziale che si possa immaginare: «procede agli atti di istruzione che ritiene indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto» (art. 669 *sexies*, comma 1°, c.p.c.)<sup>(3)</sup>. Anche qui massima discrezionalità giudiziale, come prediceva Chiovenda.

---

<sup>(3)</sup> Ed è noto che la conferma del carattere tutt'altro che cautelare del procedimento sommario di cognizione si ricava elementarmente ed anzitutto proprio dal confronto tra la formulazione dell'art. 669 *sexies*, comma 1°, e quella parallela, salvo una piccola significativa differenza, dell'art. 702 *ter*, comma 5°, («procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto», e dunque a tutti quelli rilevanti nessuno escluso – senza fermarsi ad alcuna osteria di passaggio sulla strada della cognizione piena – sol che essi sono, perché il procedimento meriti di restare sul binario sommario, semplici ed espletabili intorno all'unica udienza o giù di lì).

E con ciò si ritorna alla cruciale domanda di poco sopra: il *fumus* cambia in caso di provvedimento anticipatorio a strumentalità attenuata? Detto più tecnicamente e dunque con ancoraggio tecnico alle parole del legislatore, tra «i fini del provvedimento richiesto», che segnano il perimetro del *fumus* ai sensi dell'art. 669 *sexies* c.p.c., occorre considerare anche il fatto che quel provvedimento abbia finalità anticipatorie a strumentalità attenuata? Io sarei per una risposta affermativa, la quale costituirebbe il suggello sistematico di quell'approccio apparentemente solo empirico che menzionavo.

In fondo si tratta di utilizzare sul piano logico le anch'esse previgenti ed altrettanto note parole di Calamandrei: se il carattere «ipotetico del giudizio sull'esistenza del diritto» – il *fumus* appunto, secondo Calamandrei (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 64) in epoca di assenza di una sua qualche definizione normativa<sup>(4)</sup> – «è intimamente connaturato alla natura stessa del provvedimento cautelare ed è un aspetto necessario della sua strumentalità», ebbene una volta che la strumentalità si attenua, si attenua anche quel carattere ipotetico, ed esso cioè dovrà risultare *meno* ipotetico. Non potendosi ovviamente tracciare alcuna linea di demarcazione quantitativa di un siffatto *fumus* accentuato (come del resto non la si può tracciare – neppure nei termini apparentemente plausibili del «51%» – per il *fumus tout court*), mi sentirei però di condividere appieno, sul piano operativo, affermazioni motivazionali di principio che si riferissero alla «esigenza di una maggiore consistenza del *fumus boni iuris*» implicata dalla emanazione del richiesto provvedimento «anticipatorio a strumentalità attenuata».

3. – Quanto al *periculum*, dietro ad un concetto generale sicuramente attingibile ma destinato alla genericità, la sua variegata declinazione nor-

---

Altra conseguenza operativa non priva di interesse della riconduzione all'art. 669 *sexies*, comma 1°, della nozione «normativa» di *fumus*, è che essa consente di stroncare senza mezzi termini – e senza necessità di ricorrere ad una ipostatizzata nozione naturale del *fumus*, come presupposto della cautela (pur ben possibile) – la balzana idea che il sequestro giudiziario sia attingibile anche a prescindere dal *fumus* semplicemente perché nell'art. 670 si trova soltanto scritto «quando è controversia la proprietà o il possesso». In realtà la nozione e la necessità del *fumus* non vanno ricercate nell'art. 670 (come del resto in quasi nessuna delle disposizioni che individuano cautele tipiche), bensì appunto, ed a livello generale, nell'art. 669 *sexies*, comma 1°.

<sup>(4)</sup> Ma vedi l'art. 925 del codice del 1865: «il sequestro si concede sopra ricorso motivato, premesse, se ne sia il caso, sommarie informazioni»; disposizione che, riprodotta poi sostanzialmente nell'art. 672 del nuovo c.p.c., teneva luogo, in termini però non generali e soprattutto ancor più criptici, dell'attuale art. 669 *sexies*, comma 2°.

mativa è inscindibilmente connessa alla tipicità – ed a questo o quel tipo – ovvero alla connotazione atipica della misura.

In termini generali la nozione di *periculum in mora* che caratterizza la nostra tutela cautelare non può che essere la silloge – necessariamente consapevole delle differenze – dei vari *pericula* descritti esplicitamente o implicati in sottinteso del legislatore (e dalla giurisprudenza più o meno creativa) a seconda della funzionalità concreta di questo o quel provvedimento cautelare rispetto a questa o quella situazione soggettiva.

Insomma il *fumus boni iuris* è normativamente e concettualmente sempre uno e uno solo, restando la sua formulazione tendenzialmente indipendente dal tipo di cautela e semmai riservata alla prevalentemente imponderabile discrezionalità del singolo giudice, fin quando l'irrompere (non di un nuovo specifico tipo bensì) di una particolare categoria di cautela, quella a strumentalità attenuata, non imponga – come ho appena prospettato – un suo grado comunque maggiore. Il *periculum in mora* invece è multiforme per quante sono le tipologie della cautela ed anzi la sua eventuale definizione esplicita concorre ad individuare il tipo (e corrispondentemente la specifica funzione), e per converso la definizione esplicita del tipo rifluisce sulla implicita individuazione del *periculum*.

È dunque accaduto che del tutto a prescindere e ben prima della rivoluzionaria introduzione della strumentalità attenuata il *periculum* abbia vissuto una notevole evoluzione giurisprudenziale perché esso più si prestava, nella sua multiforme realtà normativa esplicita o implicita, alla elaborazione pretoria. Al di sotto della quale, tuttavia, vi è stata pur sempre una molla di ordine generale intimamente connessa al livello della domanda di cautela ed alla funzione complessiva della cautela nel momento storico contingente.

È chiaro infatti che in una esperienza di cognizione ordinaria lunga e complessa (farraginoso e ridondante anche sulla carta: ricordiamo le almeno cinque udienze *standard* fino alla attesa audizione dei testi o precisazione delle conclusioni, che abbiamo vissuto fra il 1995 e il 2006) anche la pressione dei *justiciables* sulle porte della funzione giudiziale cautelare è aumentata.

Abuso della tutela cautelare, «settecentizzazione del processo civile» erano le cose di cui spesso si discuteva nei congressi degli anni settanta ed ottanta del trascorso secolo (a parte il proliferare in quel torno di tempo di nuove ipotesi normative di «provvisori» non *stricto sensu* cautelari). In realtà non mi risultano statistiche serie e ragionate sull'abuso di domanda cautelare, sebbene il suo aumento fosse comune ed evidente impressione. Né mi risulta che alcuno – teorico o giudice – abbia mai seriamente

valorizzato, a livello generale, la durata eccessiva del processo di cognizione come elemento intrinseco e «normativo» di *periculum*.

Certo è, ed è anzi banale dirlo, che il *periculum* alligna «nelle more della tutela finale di merito» e, se queste more di fatto si allungano, l'effetto statistico non può che essere – perfino a *periculum* concettualmente invariato o addirittura normativamente delimitato con severità (l'«irreparabilità» dell'art. 700) – l'aumento della domanda di cautela; o se si vuole di una certa cautela: essenzialmente quella anticipatoria che normalmente più è stimolata da una durata abnorme del processo di cognizione, mentre per la tutela conservativa o per alcune forme di tutela anticipatoria (proprietà industriale e concorrenza) può anche dirsi che la durata felicemente svizzera o al contrario abnorme della cognizione sia tendenzialmente un'invariante. Ma si tenga presente che la seduzione, sotto i più vari profili strategici, della tutela cautelare, donde può derivare l'inflazione o l'abuso delle richieste, non era e non è propria solo di quella anticipatoria ma anche di quella conservativa: parto con una richiesta di sequestro conservativo *ante causam* o *in limine litis* – ad esempio in vista di lungo e complesso contenzioso sulla responsabilità sociale di *ex* amministratori e sindaci – non perché abbia effettive esigenze di cautela ma per mettere subito a segno un goal e chissà stimolare alla transazione; vi sono ovviamente le controindicazioni da effetto *boomerang*.

Ed a proposito di seduzione, non si può certo trascurare il fascino che sulla parte istante, ma a volte anche sul resistente, ha esercitato il clima di oralità e soprattutto concentrazione ed immediatezza che pervade pur sempre il giudizio cautelare, mano a mano che concentrazione e immediatezza si sono perse nella diluizione omeopatica della cognizione ordinaria. Oggi la indubbia e benemerita maggior concentrazione (*post* 2006) del processo di cognizione ordinario di primo grado e la presenza del sommario di cognizione attenua ma non elide quel fascino seduttivo.

Non credo vi siano statistiche neppure in grado di dirci se ulteriore risultato concreto di quella pressione dagli anni settanta in poi fu che aumentarono ovvero diminuirono percentualmente gli accoglimenti. Erano e sono naturalmente in linea astratta ipotizzabili entrambi i risultati: siccome la domanda aumenta, si accresce la severità dei giudici sotto pressione ed essa si esplica soprattutto al livello della verifica del *periculum*; ovvero proprio a misura che la domanda aumenti, i giudici sotto pressione tendono ad abbassare la guardia in primo luogo al livello della verifica del *periculum* e la tutela cautelare si avvicina *de facto* a ciò che non è, una «provvisoria» allo stato degli atti o un *referé à l'italienne*. Ma



nessuno, mi pare, ha mai compiutamente riscontrato su base numerica l'uno o l'altro risultato.

Più importante è stato l'effetto giuridico o meglio giurisprudenziale di quella pressione, sicuramente in senso ampliativo – qualitativamente, non è detto quantitativamente – del variegato presupposto del *periculum*.

L'aumento di occasioni ed il moltiplicarsi delle situazioni concrete sottoposte alla attenzione dei giudici non poteva che portare fatalmente ad una qualche elasticizzazione giurisprudenziale del *periculum* e correlativamente della intrinseca funzione cautelare di questo o quel provvedimento.

Indubbiamente – e per fare qualche esempio utilizzando i *topoi* più classici della cautela – col sequestro conservativo vi era piuttosto poco da elasticizzare in diritto (la discrezionalità giudiziale riguardo all'apprezzamento del *periculum* esprimendosi elettivamente soprattutto riguardo alla valutazione in fatto delle circostanze indiziarie dell'attentato alla garanzia patrimoniale). Anche se, ad esempio, un relativamente recente contrasto romano-meneghino sul se al creditore di più debitori in solido sia dato ottenere il sequestro conservativo a condizione che i patrimoni di tutti condebitori rischino di divenire incapienti (Trib. Roma 11 giugno 2015, in *Giur. it.* 2016, 380 ss.) ovvero anche sol che uno dei condebitori in solido attenti alla propria integrità patrimoniale (Trib. Milano 12 novembre 2016 ed altre), al di là di sottili nessi con l'*ubi consistam* sostanziale della solidarietà dal lato passivo, può essere letto come una alternativa fra due concezioni giuridiche di *periculum*: l'una intesa a prevenire la insoddisfazione finale e concreta del diritto di credito, l'altra intesa a prevenire l'alterazione anche della semplice potenzialità di soddisfazione del diritto di credito. Più in generale, e sempre «in diritto», vanno considerati *inter alia*: l'accento forte (abbastanza ovvio, per altro, perché già nella lettera dell'art. 671 c.p.c.) posto dalla giurisprudenza sul rischio, sebbene ragionevolmente concreto, del depauperamento patrimoniale piuttosto che sul depauperamento in atto; l'attenzione alla consistenza patrimoniale anche in senso qualitativo (beni facilmente aggredibili); il pur faticoso e ad oggi tutt'altro che incontrovertito affermarsi del rilievo, ai fini del *periculum*, anche della sola statica incapacienza patrimoniale (poiché, per così dire, il rischio è *in re ipsa*, intanto si sequestrò quel poco che c'è perché un alito di vento può trasformare il poco in nulla); e più specificamente il chiarimento (Trib. Torino 30 gennaio 2009) secondo cui, nel particolare caso del sequestro conservativo *ex art. 2905*, comma 2°, c.c., il rischio di compromissione del patrimonio del debitore non c'entra di per sé nulla col *periculum*, quest'ultimo essendo rappresentato dal rischio che il bene, già del

debitore ed acquistato dal terzo, sia, nelle more della azione revocatoria, compromesso o alienato ad altri sì da rendere infruttuosa la revocatoria e la eventuale trascrizione non basti ad evitare tale rischio.

Per converso era molto più facile che l'espressione vaghissima ed ellittica che delinea il *periculum* nell'art. 670 c.p.c. portasse ad un considerevole numero di specificazioni pretorie sul rischio idoneo alla concessione del sequestro giudiziario, tanto più in considerazione del progressivo ampliamento oggettivo e funzionale della misura in relazione alla tutela di cognizione, allorché cioè la controversia sulla proprietà o il possesso non è propriamente reale ma contrattuale e così via, restando la frontiera più controversa quella della utilizzazione del sequestro e dell'affidamento al terzo custode al prevalente scopo di precludere interinalmente, ed in nome di una semplice pariteticità, ad una delle parti in lite l'esercizio del diritto controverso; utilizzazione però a mio avviso da escludere. Oppure – più in dettaglio e con qualche maggiore remora – consentisse il superamento della «equivalenza trascrizione della domanda di merito=assenza di *periculum* da successiva alienazione dell'immobile»: in realtà la opportunità della custodia può ben sussistere anche ove non si tema l'alterazione ma il semplice impossessamento da parte del terzo a seguito della successiva vendita pur inopponibile.

4. – Il vero e complesso campo di battaglia giurisprudenziale di una tale elasticizzazione è stato però l'art. 700, ove da un lato vi è quella paroletta apparentemente rigidissima – «irreparabile» – d'altro lato, fermo il presupposto di residualità e cioè la impossibilità di utilizzare un rimedio tipico, il complessivo tenore letterale lascerebbe intendere che ogni e qualsiasi diritto soggettivo possa essere «cautelato» ex art. 700. Sicché – a misura appunto che l'esperienza sotto pressione prospetti ai giudici una sempre più ampia varietà di situazioni contingenti e concrete – la tentazione di elasticità è quasi *in re ipsa*.

Più esattamente si tratta e si è trattato di scegliere:

a) se la irreparabilità andasse intesa in senso *il più possibile* assoluto (non davvero in quel *senso assoluto* che qui come altrove non poteva trovare asilo), di modo che come conseguenza si restringesse notevolmente, di fatto, il catalogo dei «diritti da 700» ed il provvedimento di urgenza diventasse, di fatto, un altro provvedimento sostanzialmente tipico (o per categorie tipiche di diritti, sia pure di diritti o «situazioni di vantaggio» che «sarebbero rimaste prive di tutela giurisdizionale adeguata ed effettiva se non fosse esistito l'art. 700» – secondo la efficace espressione di Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2002, 606 – proprio

perché se l'«irreparabilità» è intesa nel senso *il più possibile assoluto* ciò vuol dire che il corrispondente diritto soggettivo ha necessità *il più possibile assoluta* dello strumento previsto dall'art. 700 per essere autentico e vero e non ectoplasmatico);

b) o se, al contrario, il catalogo dei «diritti da 700» dovesse restare anche di fatto potenzialmente il più aperto possibile e si dovesse appunto elasticizzare il più possibile la nozione di «irreparabilità» a seconda del diritto coinvolto (la irreparabilità non è eguale a se stessa in relazione a tutti i diritti), di modo che il provvedimento d'urgenza restasse anche di fatto e in tutti i sensi una misura atipica e sommamente aperta a nuove esigenze di cautela (l'art. 700 che «da misura cautelare a carattere residuale diventa l'asse portante della tutela sommaria in genere e cautelare in particolare», ancora con le parole di Proto Pisani, *loc. cit.*).

Sarebbe molto lungo, e qui da evitare, un compiuto discorso esemplificativo su quanto e come sia in fin dei conti prevalso il secondo indirizzo, su come e quando il primo ritorni occasionalmente in auge, sul se il *trend* di elasticizzazione sia esaurito o sia ancora in corso.

Basti menzionare due esempi, l'uno per così dire storico, ormai acquisito e di ordine generale, l'altro assai particolare e controverso:

– la tutela anticipatoria del credito pecuniario funzionalmente a diritto assoluto (la remunerazione del lavoratore subordinato in relazione al suo diritto assoluto e costituzionale alla «esistenza libera e dignitosa»; non quel diritto di credito in realtà si cautela ma questo diritto assoluto; aperta la strada concettuale, i suoi limiti sono decisamente consegnati alla discrezionalità ed al buon senso: è lo stesso ove vi sia di mezzo il rischio di fallimento per l'imprenditore commerciale? decisamente sì; ed ove vi sia di mezzo, senza rischio di fallimento, la effettiva permanenza sul mercato? forse sì; e la perdita, per carenza di liquidità, di un affare assai vantaggioso? probabilmente no);

– la sospensiva di delibera assembleare *ex art. 700* in casi residuali non «coperti» dal provvedimento tipico previsto dal codice civile: il giudice richiesto di quest'ultimo non si chiede pressoché nulla della «irreparabilità» ed anzi di fatto si chiede ben poco anche del *periculum*, ed allora per osmosi così dovrebbe condursi anche il giudice del «700 sospensivo».

Più in generale, a me sembra che i tempi siano definitivamente maturi per una decisiva riflessione sul fatto che tutte le volte che un diritto è conformato sul piano sostanziale in modo che il bene della vita si ottenga in forma specifica o in secondaria alternativa per equivalente, il pregiudizio che riguardi la prima, fondamentale e caratterizzante alternativa, lasciando ovviamente impregiudicata la seconda, è tendenzialmente sempre irrepa-

rabile e perciò meritevole di essere evitato *ex art. 700*. Ad esempio: preliminare di compravendita di cosa altrui, un cavallo da corsa; il cavallo deve essere acquistato all'asta dal promittente venditore il quale notizia il promissario acquirente che non parteciperà all'asta avendo deciso di recarsi in quella data ad un raduno di costruttori di aquiloni; può il promissario acquirente chiedere *ex art. 700* l'ordine, magari assistito da *astreinte ex 614 bis c.p.c.*, di partecipazione all'asta? Non vedo francamente ragioni per rispondere negativamente. Oppure: il cavallo si trova attualmente nel possesso del terzo proprietario, il quale, pur avendolo a sua volta promesso in vendita al mio promittente venditore, lo lascia languire in una stalla buia sporca e desolata e per di più mal nutrendolo; il sequestro giudiziario è all'evidenza fuori gioco non risultando in alcun modo controversi fra me e il terzo la proprietà o il possesso del cavallo (a meno che non ci si inventi un assai problematico ricorso per sequestro in via surrogatoria, possibile *ex art. 671*, eterodosso invece *ex art. 670*); posso, dunque, da promissario acquirente chiedere *ex art. 700* la custodia dell'animale in mani e maneggio più acconci? *Idem* come sopra. E qual è – si dirà – in questo secondo caso l'azione di merito? Alternativamente quella *ex art. 2932 c.c.* se il cavallo non muore o quella risarcitoria nei riguardi del mio promittente venditore per la sua colpevole inerzia che fatalmente avrà condotto alla impossibilità di stipula dei due contratti definitivi ed alla risoluzione dei preliminari, nonché e se del caso in solido nei confronti del terzo proprietario del cavallo per lesione aquiliana del credito. Ah ma allora è questione di risarcimento e di soldi e dunque il 700 è per definizione escluso! ... senonché il diritto processuale è forma fatta per la sostanza e non per glorificare sé medesima. Ah ma così si incorre nel paradosso per il quale la prima azione di merito non è rivolgibile nei confronti dell'effettivo resistente cautelare ed in quell'altro per il quale l'accoglimento del ricorso cautelare renderà, se ad esso ci si conforma e tutto prosegue regolarmente, di fatto improponibile l'altra azione di merito preannunciata o addirittura entrambe! ... altro che paradossi: è un ottimo risultato di sostanza (che fra l'altro rende una volta di più ragione alla strumentalità attenuata), ed occorrerebbe sempre ricordare che si cautele il diritto soggettivo e non l'azione.

In fin dei conti si tratta di non escludere *a priori* la tutela cautelare in relazione a pretesa, soprattutto contrattuale, ad oggetto specifico (una cosa) ove questa tutela, per una ragione concreta o per l'altra, non possa essere assolta dal sequestro giudiziario, oppure (un *facere* o un *non facere*) non possa essere assolta *per definitionem* dal sequestro né da altra misura tipica. Sul piano logico, poi, va tenuto presente che anche la vulnerazione

del diritto assoluto della personalità (all'immagine, al nome ecc.), oggetto tradizionale «tipico» e indiscusso della tutela preventiva *ex art. 700*, dà luogo a surrogato risarcitorio pecuniario, e nessuno ha mai escluso in base a ciò il ricorso anticipatorio-preventivo al provvedimento d'urgenza. Escluderlo allorché l'oggetto specifico del diritto irreparabilmente pregiudicabile sia una semplice cosa, significa contraddire la logica; oppure significa graduare *a priori* i diritti per importanza qualitativa o presupporre, sul piano quantitativo ma puramente empirico ed assai discutibile caso per caso, un grado maggiore o minore di effettiva riparabilità per equivalente pecuniario. Senonché entrambe le operazioni sono arbitrarie rispetto al tenore ed allo spirito dell'*art. 700* nonché rispetto al complesso dell'attuale sistema della cautela.

La controtendenza è ovviamente sempre presente. Oggi poi, in epoca di dichiarata o strisciante utilizzazione della abusata dottrina dell'abuso del processo, sono comprensibili anche se non giustificabili reazioni di segno tradizionalistico e addirittura opposto all'obiettivo primario della soddisfazione giudiziale del diritto soggettivo anzitutto per via cautelare e urgente. Il Tribunale di Napoli (11 febbraio 2019) ha rifiutato recentemente di ordinare *ex art. 700* ad un operatore di telefonia fissa l'immediato ripristino della linea telefonica e di fax perché ... l'utente, in un mercato ormai concorrenziale, può ben cambiare operatore, e può anche orientarsi verso la telefonia mobile e mandare mail invece che fax; il che vale a dire (perfino a prescindere dall'ambito cautelare): non disturbare il giudice per costringere la controparte al rispetto del contratto se puoi farcela da solo mandando all'aria proprio quel contratto. Ma è da quel contratto che è nato il concreto diritto soggettivo ed è proprio quest'ultimo che si finisce per mandare all'aria.

5. – A questo punto ci si deve chiedere se il *trend*, pur controverso e non certo fluviale né a corrente unica, di elasticizzazione del *periculum* da 700 e perciò del concetto di «irreparabilità» sia destinato ad essere implementato dalla introduzione della strumentalità attenuata.

E qui vi sarebbe qualche tentazione di rispondere affermativamente congetturando in senso esattamente opposto a quanto detto per il *fumus*, e cioè: in caso di misure anticipatorie a strumentalità attenuata, più severità quanto al *fumus*, meno severità riguardo al *periculum*. Riguardando la cosa dal punto di vista del giudice: se il provvedimento che mi viene richiesto è a contenuto anticipatorio della tutela di merito e come quella (e senza più necessità di successiva richiesta di quella) è destinato a rimanere tendenzialmente stabile, che mi importa di essere rigoroso quanto al *periculum* e

di sottilizzare sulla «irreparabilità» soprattutto quando sono, di fatto o di diritto, molto più cauto riguardo al *fumus*? In fin dei conti ciò che sto facendo è impartire una veloce tutela «sostanzialmente di merito» alla parte che al 70% o 80% ha ragione e posso tranquillamente farlo perché non ho la preoccupazione della intangibilità del giudicato; e una veloce tutela di merito *minor* (perché non idonea al giudicato) è di questi tempi comunque un valore, al limite del tutto prescindente dal *periculum in mora*; mentre non avrebbe alcun senso impartire tutela cautelare puramente conservativa in assenza di un qualche non insignificante *periculum in mora*.

Senonché questa prospettiva – astrattamente plausibile – non è davvero quella del nostro legislatore e resta perciò semmai destinata al foro interno del giudice ed anche lì da prendere con le pinze. E la storia in proposito è vecchia e nuova: la nostra tutela cautelare non ha niente a che vedere col *référé* franco-belga e quest'ultimo è stato oltretutto largamente mitizzato rispetto alla realtà concreta di quei sistemi; il *periculum in mora* resta imprescindibile; il nostro legislatore, quando ha introdotto la strumentalità attenuata, avrebbe potuto (era in quel caso un legislatore sufficientemente esperto) cambiare, ma non ha cambiato il *wording* dell'articolo 700 che resta connotato dal perentorio riferimento alla irreparabilità, al quale un qualche significato occorre pur dare; mentre il *wording* dell'art. 669 *sexies*, riguardo al *fumus* è così indeterminato e aperto da prestarsi, come si è visto, ad una lettura evolutiva a seguito del *novum* sistematico rappresentato dalla strumentalità attenuata.

6. – Sorvolo su altri possibili e più labili effetti collaterali della strumentalità attenuata. Ad es.: gli occasionali tentativi di aggirare il divieto, ex art. 669 *octies*, comma 9°, di «invocabilità» in un «diverso processo» del provvedimento cautelare – non certo per l'autorità di *res iudicata* e neppure per quella liebmaniana di prova libera della complessiva situazione giuridica, ma sì forse per quella (pur tenuamente per forza di cose) persuasiva di precedente solutorio di *quaestio iuris* o perfino di *quaestio facti* – sono con ogni probabilità più agevoli in presenza di un pronunciamento cautelare tuttora formalmente i piedi siccome a strumentalità attenuata, di quanto non fossero in presenza del fantasma di uno ormai formalmente sepolto per mancato tempestivo avvio del corrispondente giudizio di merito. Oppure: la permanenza indefinita nel tempo del cautelare a strumentalità attenuata, che addossa a chi lo subisce l'onere di superamento di regola attraverso un intrinsecamente complesso giudizio ordinario, dovrebbe indurre l'interprete a leggere permissivamente il combinato dispo-

sto dei non perspicui art. 699 *decies*, commi 1° e 2°, e 669 *terdecies*, comma 4°, in modo da agevolare proprio quella parte consentendole di far valere attraverso la semplice istanza di revoca o modifica anche le sopravvenienze che avrebbe potuto e non ha fatto valere col reclamo.

Un tema mi sembra, invece, meritevole di particolare interesse e riflessione. Se la strumentalità attenuata apporti, in che misura ed in che senso, fino alla soluzione del tuttora controverso problema della concepisibilità di provvedimento di urgenza «di mero accertamento» o «costitutivo», è domanda cui può risponderci diversamente a seconda della diversa impostazione che si adotti in ordine al problema.

Questa in sintesi – senza ovviamente alcuna pretesa di originalità – la mia personale impostazione del problema e perciò la mia personale risposta alla domanda.

Quando si chiede un «700 di mero accertamento» non si intende affatto anticipare in senso proprio la certezza del giudicato di merito sulla esistenza o inesistenza della complessiva situazione giuridica e/o del diritto soggettivo. Perché, se il bene della vita è rappresentato proprio da quella certezza giuridica, una pseudo-certezza sempre rivedibile si diversifica da quel bene qualitativamente e non solo quantitativamente e perciò non lo anticipa neppure in parte; come invece l'attuazione spontanea o coattiva di un «700 condannatorio» assicura anticipatamente al richiedente, in tutto o in parte, lo stesso bene e lo stesso risultato ottenibile mediante la tutela di condanna idonea al giudicato, e la reversibilità di tale assicurazione non esclude affatto, evidentemente, che proprio quel bene della vita sia stato anticipatamente attribuito. Da questo limitato punto di vista, il c.d. «700 di mero accertamento» non è dunque (al pari, mutato ciò che si deve, dei provvedimenti cautelari «sospensivi», primo fra tutti quello di sospensione della efficacia della delibera assembleare) né propriamente conservativo, né propriamente anticipatorio<sup>(5)</sup>.

Il buon senso e la logica insiti in questo modo di ragionare saranno pure *old fashion*, ma francamente non mi paiono superabili, anche se essi non impediscono affatto di concepire un provvedimento di urgenza il cui contenuto sia puramente accertativo e non condannatorio.

Con il «700 di mero accertamento» si chiede in realtà, e può solo chiedersi, una verifica provvisoria e rivedibile di una determinata situazione giuridica a scopo esplicitamente o implicitamente autorizzativo di con-

---

<sup>(5)</sup> Anche a riguardo la ormai ritenuta strumentalità attenuata sol che la misura sia atipica e perciò disposta in forza dell'art. 700 (v. *infra*, par. 8) semplifica non poco le cose.

dotte commissive o omissive proprie di chi domanda la misura. Si chiede cioè l'accertamento della interinale legittimità di tali condotte: non già «dimmi giudice in via provvisoria ed interinale che ho il diritto di servitù volontaria di passaggio», che è appunto un non senso, bensì «dimmi in via provvisoria e interinale che, avendo io verosimilmente il diritto di servitù volontaria di passaggio, posso da domani attraversare il fondo altrui con il mio gregge che langue per sete non potendo altrimenti agevolmente accedere all'abbeveratoio»; (se invece la verifica fosse funzionale alla inibizione o alla imposizione provvisoria di condotte altrui, la misura richiesta non sarebbe di mero accertamento bensì anticipatoria della condanna, e l'accertamento retrocederebbe *more solito* alla semplice e mera constatazione del *fumus* e non sarebbe *oggetto* del provvedimento).

Stando così le cose, e posto che la verifica in punto di *fumus* inerisce necessariamente e comunque all'intera situazione giuridica, il contenuto di «accertamento anticipato» del provvedimento dipende dal *periculum* e corrisponde alla ragionevole sicurezza o alla esplicita autorizzazione – nella misura in cui esse possano dirsi utili nonostante ed impregiudicati eventuali reflussi risarcitori o ripristinatori *ex post* – circa le facoltà del richiedente (nel fascio di quelle che corrisponderebbero alla situazione giuridica in questione) che non avrebbe senso esercitare solo dopo la tutela accertativa di merito, ed il cui mancato esercizio prima di essa vanificherebbe in modo significativo (e perciò in fin dei conti irreparabile) il diritto. Perciò, in dipendenza dal *periculum*, il contenuto di «accertamento anticipato» del provvedimento d'urgenza può riguardare, con maggiore o minore estensione, una o più delle facoltà di cui il diritto soggettivo consiste purché specificamente individuate o individuabili<sup>(6)</sup>, ma non quest'ultimo in quanto tale (così nell'esempio bucolico poco sopra esposto o in altri consimili: «dimmi giudice, di fronte alle continue e pervicaci proteste anche mediatiche della società Tizia, che la clausola X del contratto con questa stipulato mi consente, siccome presumibilmente valida ed efficace e presumibilmente interpretabile nel modo X/1, di proclamarmi pubblicamente esclusivista per l'Italia della distribuzione dei prodotti di Tizia»)<sup>(7)</sup>.

<sup>(6)</sup> Altrimenti non sarà possibile riscontrare l'interesse alla cautela o per lo meno il *periculum* concreto.

<sup>(7)</sup> La nota apertura esplicita ma indeterminata ai provvedimenti di urgenza di mero accertamento (negativo) insita, quasi timidamente, nel dettato dell'art. 120, comma 6° *bis* del Codice della proprietà industriale – ammesso che non dia luogo solo, come io sarei propenso a ritenere, ad esperienze concrete, magari più frequenti e significative ma riconducibili alla medesima ricostruzione suggerita nel testo (accertamento anticipato, positivo o negativo, non del diritto proprio o altrui, bensì alla interinale legittimità di esercizio di



Impostata così la questione, la introduzione della strumentalità attuata è in astratto una invariante rispetto alla ammissibilità o meno del «provvedimento di urgenza di mero accertamento», perché esigenze cautelari e di «*periculum* da 700» soccorribili con il cennato accertamento autorizzativo possono ben darsi sia nelle more di un giudizio di merito di mero accertamento che potrebbe non iniziare mai (nuova strumentalità attenuata), sia nelle more (comunque lunghe) di un giudizio di merito ad inizio matematico e tempi di definizione ragionevolmente prevedibili (vecchia strumentalità piena) <sup>(8)</sup>.

Vi è però e solo che se di seguito a quel provvedimento di urgenza il giudizio di merito di mero accertamento può non cominciare mai, si avranno due conseguenze fattuali di segno interferente o confliggente: a) i ricorrenti saranno incentivati a richiederlo perché risulta di gran lunga aumentata la sua utilità autorizzativa temporalmente illimitata, ed è riversato sulla controparte l'onere dell'ottenimento di un accertamento di merito di segno contrario, idoneo anche agli eventuali e più o meno limitati effetti di reversione ripristinatoria e se del caso risarcitoria o indennitaria; b) vi sarà per contro spazio, nei congrui casi, per un pregnante esercizio della discrezionalità giudiziale cautelare mediante le autorizzazioni temporali condizionate cui si accennerà *infra* al par. 8 (di fatto un superamento discrezionale della strumentalità attenuata) o imposizioni di cauzioni con finalità compensative all'esito dell'eventuale giudizio di merito.

Anche quanto al provvedimento d'urgenza «costitutivo», resto dell'idea tradizionale e forse retrograda che esso sia in linea teorica ed in senso proprio inconcepibile e che alla costituzione per mano di giudice di nuova situazione sostanziale sia coesistente la irreversibilità e perciò il giudicato; di talché la reversibilità anche solo ipotetica e potenziale del provvedimen-

---

facoltà e poteri: istruttiva in proposito, anche quanto alla distinzione tra interesse e *periculum*, la ordinanza collegiale del Tribunale di Milano 19 giugno 2014 in *Novartis c. Mylan* – rappresenterebbe, in ragione delle dinamiche peculiari della materia, la classica eccezione che conferma la regola.

<sup>(8)</sup> Viceversa, se si ritiene teoricamente concepibile una alternativa anticipatoria di tipo quantitativo del mero accertamento e cioè una alternativa *minor* puramente quantitativa (e non radicalmente diversa sul piano qualitativo) rispetto all'accertamento positivo o negativo di un diritto coperto dal giudicato di merito, tutta la questione della ammissibilità del «700 di accertamento» è più semplicemente e brutalmente risolvibile col dire che quella alternativa ha soprattutto oggi un senso pregnante (molto meno in passato) proprio perché il provvedimento di urgenza non è più destinato ad essere rifiuto nella sentenza di merito o da essa travolto. Dischiusa la porta teorica ad un accertamento mero sul diritto diverso da quello coperto dal giudicato, è insomma più facile dire oggi che esso corrisponde proprio al «700 di accertamento» indefinitivamente efficace pur se rivedibile, di quanto non fosse in passato allorché neppure la indefinita efficacia poteva predicarsi.

to d'urgenza a strumentalità attenuata rappresenta ostacolo insormontabile.

Anche qui però occorre intendersi: se sul piano del *periculum* la vanificazione sostanziale e (pur relativisticamente) «irreparabile» del diritto potestativo (o in qualunque altro modo si voglia definire la situazione soggettiva retrostante), prodromo alla costituzione *ex art.* 2908 c.c., può essere evitata attraverso l'anticipazione cautelare di un capo condannatorio consequenziale della pronuncia di merito o di una autorizzazione consequenziale (si avrà in questo secondo caso un «700 di accertamento», nel senso oggettivo sopra chiarito, funzionale però a tutela di merito costitutiva), nulla osta alla concedibilità di siffatta cautela (perfino a prescindere dalla posizione che si assuma – i piani sono comunque diversi – riguardo alla provvisoria esecutorietà dei capi condannatori consequenziali di sentenza costitutiva non ancora passata in giudicato).

Non si tratterà infatti di costituire *ex novo* situazione sostanziale tendenzialmente irreversibile mediante un provvedimento reversibile (*contradictio* insuperabile), ma solo di anticipare, reversibilmente, alcuni effetti attuativi consequenziali di una nuova situazione sostanziale ipotizzata in punto di *fumus* come plausibilmente di là da venire allorché troverà definitivo accoglimento la domanda costitutiva di merito.

Ancora una volta la novità della strumentalità attenuata è teoricamente neutra in proposito, ma dà luogo – e perfino *a fortiori* - alle due conseguenze fattuali che si sono evidenziate poco sopra.

7. – In definitiva a me pare che:

– la pressione – giustificata o abusiva che essa sia stata – sulle porte della tutela cautelare ha dato in giurisprudenza, e pur in una giurisprudenza forzatamente composita ed ondivaga oltretutto perché pressoché ormai senza alcun ausilio uniformatore della Cassazione, frutti sani ed utili nel senso di una ragionevole elasticità.

– Questa elasticità – in fin dei conti ed anche se si è andati ben al di là di ciò che si immaginava all'epoca di Chiovenda – non ha snaturato la tutela cautelare facendone, come pure in epoca abbastanza recente si è temuto e come il singolo avvocato potrà sempre ed irrimediabilmente immaginare nel singolo caso concreto, uno strumento di indebita supplenza della tutela ordinaria di merito asseritamente inefficiente (sarebbe stato oltretutto demenziale, come rimediare all'allagamento del salotto deviando l'acqua verso la camera da letto).

– La crescita della domanda di cautela, il rischio dell'abuso e la constatazione di quanto fosse autentica e pregnante nella vicenda cautelare la

discrezionalità giudiziale (su cui già Chiovenda metteva l'accento forte) ha avuto tra i suoi effetti istituzionali la svolta procedimentale del 1990: introduzione del procedimento cautelare uniforme e soprattutto del doppio grado cautelare (subito esteso dalla Corte cost. al provvedimento negativo perché i rischi della discrezionalità sono sempre a doppio senso). Ed è sintomatico che nel 1990 il legislatore non abbia inciso minimamente, nella sostanza, sui presupposti della cautela bensì solo sul procedimento, quasi che si volessero accettare i risultati elastici ed evolutivi raggiunti ed anche quelli potenzialmente a venire, tranquillizzando tutti con il reclamo e con una compiuta definizione delle regole procedimentali (ed è inutile sottolineare come il reclamo, da un lato, abbia reso più dialettica ma anche più raffinata e compiuta la giurisprudenza sui presupposti della cautela, d'altro lato resti, per ciò stesso che esiste, uno strumento di prevenzione dell'abuso di domanda cautelare perfino quando non è proposto; non è frequente ma neppure infrequente il ragionamento strategico avvocatesco: «che disdetta! mi hanno respinto l'istanza cautelare *ante causam*, ma non vado a rischiare un nuovo rifiuto, addirittura in punto di *fumus*, in sede di reclamo perché allora sarebbe troppo pregiudizievole l'influenza negativa di un *arrêt* collegiale sul giudizio monocratico di merito che mi accingo ad instaurare correggendo se possibile l'impostazione»).

– Raggiunta così una sufficiente tranquillità, il terreno era pronto per la introduzione della strumentalità attenuata, che è anche essa conseguenza indiretta del successo quantitativo della tutela cautelare. Banalmente il legislatore ha fatto il conto della serva: se la tutela cautelare è tutt'altro che occasionale ed invece assai frequente e per di più impartita in doppio grado (e dunque con discrezionalità sempre pregnante ed insopprimibile ma ormai sorvegliabile dal collegio), che senso ha duplicare i fascicoli e le vicende contenziose costringendo chi ottiene un provvedimento anticipatorio ad avviare a forza il giudizio ordinario di merito, quando è ben possibile ed anzi probabile che all'istante non importi nulla del giudicato e che entrambe le parti si acquietino sull'attuazione indefinitamente stabile della anticipazione?

– L'introduzione della strumentalità attenuata è sperabilmente destinata (anche qui peraltro ci vorrebbero statistiche serie) a far diminuire i fascicoli di cognizione ordinaria, ma non ad incrementare ulteriormente e significativamente la domanda di tutela cautelare:

a) perché la tutela anticipatoria, quando serve, servirebbe anche se fossi tuttora costretto, dopo averla ottenuta, ad iniziare il giudizio di merito; e non è affatto dimostrabile che i potenziali ricorrenti *ante causam*

fossero allora scoraggiati dal dover dar seguito in cognizione ordinaria alla loro iniziativa cautelare ed oggi incoraggiati dal non doverlo più fare;

b) perché esiste ormai il binario rapido del sommario di cognizione per chi ha interesse al giudicato e non ha evidenti esigenze cautelari;

c) perché il legislatore, almeno per ora, non ha introdotto (scientemente?), a differenza che nel processo amministrativo, quella possibilità – che sarebbe stata per così dire contigua al salto in avanti della strumentalità attenuata ed essa sì fonte di una qualche conseguenza inflazionistica – di passaggio immediato al provvedimento di merito idoneo al giudicato quando il diritto vantato nel ricorso cautelare risulta *inctu oculi* sussistente ed *ictu oculi* violato o viceversa (la definizione del giudizio con sentenza breve all'esito dell'udienza cautelare: art. 60 c.p.a.).

– Anche per tale ultima ragione, la introduzione della strumentalità attenuata non snatura la tutela cautelare. Che questa ultima, in caso di provvedimento anticipatorio a strumentalità attenuata, divenga nella sostanza (e a differenza della tutela conservativa) una forma alternativa e minore, rispetto al giudicato, di soddisfazione *stabile* del diritto soggettivo è un conto. Ma ciò non toglie che i suoi presupposti siano sempre quelli: *periculum*, già elasticizzato e, se ulteriormente elasticizzabile caso per caso, non certo a causa della novità della strumentalità attenuata (ma il *periculum*, per considerevole che sia il *fumus* vi deve essere: in caso di rigetto per assenza di *periculum* una motivazione accorta sulla assoluta evidenza del *fumus*, con adeguata compensazione delle spese, saprà essere adeguatamente utile al ricorrente e minacciosa per il resistente); *fumus*, la cui verifica è forse, e perfino *de iure* e non solo *de facto*, resa più severa quando si tratti di emettere un provvedimento anticipatorio a strumentalità attenuata, ma sempre di *fumus* deve trattarsi e cioè di verosimiglianza, perché il giudice della cautela non deve neppure immaginare di poter giungere utilmente all'accertamento pieno idoneo al giudicato; e ciò è importante quando si imposta *ex ante* la eventuale istruttoria cautelare (ad esempio in una vicenda a forte contenuto tecnico e di fronte a contrapposte relazioni peritali di parte, il confronto in udienza fra i due ctp, con il giudice della cautela nella veste una volta tanto pregnante di *peritus peritorum* – *ad instar* di quanto sempre più spesso avviene, per altre ragioni, negli arbitrati internazionali – mi parrebbe una pertinente alternativa alla disposizione di una pur accelerata CTU, in astratto possibile ma sicuramente scomoda e straniante in sede cautelare).

8. – Le considerazioni che precedono sono ispirate alla realtà della strumentalità attenuata nella sua dimensione per così dire naturale, quella

limitata ai provvedimenti, tipici o atipici, che abbiano davvero un contenuto in tutto o in parte anticipatorio. È noto per altro che i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700*, sebbene statisticamente in larghissima frequenza di contenuto in tutto o in parte anticipatorio, possono occasionalmente rispondere, contenutisticamente, anche alle altre due dimensioni tradizionali della cautela: per dirla ancora con Calamandrei, quella puramente conservativa, e quella di regolamento provvisorio della situazione mediante provvedimenti innovativi destinati (idealmente) a durare fino al conseguimento della tutela ordinaria. È noto altresì che ormai la giurisprudenza largamente prevalente, in via non del tutto coerente ma di certo semplificatoria, riferisce la strumentalità attenuata (e cioè il regime e gli effetti previsti dall'art. 669 *octies*, commi 6°, 7° e 8°) indistintamente a tutti i provvedimenti *ex art. 700* quale che sia il loro contenuto, riservando la rilevanza della distinzione conservativo (o para-conservativo), anticipatorio ai soli provvedimenti cautelari tipici.

A questa acquisizione giurisprudenziale temo ci si debba arrendere. Essa non inficia – ritengo – ciò che si è fin qui rilevato (salvo che quanto detto in termini sistematici nel paragrafo 1 ed in termini operativi nel paragrafo 2 varrà naturalmente per i soli provvedimenti che siano davvero anticipatori), ma crea nondimeno una indubbia incongruenza, superabile con il ritorno ad una sana discrezionalità cautelare di ispirazione chioventiana.

Se la prima o anche la seconda delle due cennate funzioni non propriamente anticipatorie è assolta con un provvedimento *ex art. 700*, la automatica strumentalità attenuata è a rigore sperequata per lo meno le quante volte il contenuto materiale della misura *ex art. 700* corrisponda *in toto* al contenuto materiale di una misura conservativa tipica (es. sequestro e custodia di bene determinato, sospensione di delibera).

Probabilmente un modo per uscire dall'*impasse* è accettare sì la tesi secondo cui la strumentalità attenuata è attribuibile di regola non solo ai provvedimenti tipici intrinsecamente anticipatori ma anche a tutti indistintamente i provvedimenti *ex art. 700*, ma consentire al giudice del 700, come fa spesso il giudice francese del *référé*, di emanare misure di regolamento provvisorio della situazione (se si vuole a carattere misto fra il conservativo e l'anticipatorio) ovvero a carattere squisitamente conservativo (perché a contenuto materialmente identico a quelle conservative tipiche), e però «a tempo» ovvero espressamente condizionate all'avvio del giudizio di merito (ad esempio: la Soc. Tizia sospende le forniture giornaliere alla Soc. Caia, perché ciò le è stato intimato dalla Sempronina che vanta un diritto di esclusiva nei confronti di Tizia o di Caia; Caia ricorre *ex*

art. 700 dimostrando che la sospensione delle forniture blocca totalmente la sua attività imprenditoriale e rischia di escluderla dal mercato o di portarla addirittura al fallimento, e che comunque il reperimento alternativo delle medesime forniture richiede tempi non brevi; il giudice ordina ex art. 700 a Tizia la ripresa immediata delle forniture, condizionando però temporalmente, poniamo per sei mesi, la efficacia del provvedimento, ovvero condizionandone l'efficacia alla introduzione entro termine apposito, del giudizio di merito idoneo a chiarire la situazione).

ANTONIO BRIGUGLIO  
*Professore ordinario nell'Università di Roma Tor Vergata*