

Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare

*Giovanni Arieta**

SOMMARIO: 1. Premesse. I controlli cautelari e il principio di autonomia. – 2. La natura giuridica del reclamo. – 3. L'oggetto del giudizio di reclamo. – 4. Carattere sostitutivo del provvedimento reso in sede di reclamo. Conclusioni sulla natura del reclamo. – 5. Rapporti tra reclamo e regime di riproponibilità della domanda rigettata. – 6. Rapporti tra reclamo e regime di modifica e/o di revoca. – 7. I provvedimenti soggetti a reclamo. – 7.1. Il decreto *inaudita altera parte*. – 7.2. L'ordinanza di incompetenza e di difetto di giurisdizione. – 7.3. L'ordinanza di modifica e revoca. – 7.4. L'ordinanza d'inefficacia. – 7.5. L'ordinanza resa in sede di attuazione. – 7.6. I provvedimenti cautelari extravaganti. – 7.7. Il provvedimento sommario possessorio. – 8. La competenza a conoscere del reclamo. – 9. Contraddittorio e legittimazione al reclamo. – 10. Termine di proposizione. – 11. Il reclamo incidentale. – 12. L'inibitoria in sede di reclamo. – 13. L'istruzione in sede di reclamo. – 14. Le spese nel giudizio di reclamo. Coordinamento tra reclamo e opposizione avverso il capo relativo alle spese. – 15. L'attuazione.

1. PREMESSE. I CONTROLLI CAUTELARI E IL PRINCIPIO DI AUTONOMIA

I “controlli” sull'esercizio del potere cautelare sono affidati a due istituti, chiamati ad operare in momenti di norma diversi, ma che possono anche essere coincidenti, della vicenda processuale, ai quali l'ordinamento assegna funzioni nettamente differenziate, pur se entrambi possono pervenire al risultato della rimozione, totale o parziale, del provvedimento cautelare. Se la revoca e la modifica costituiscono potere esclusi-

* Professore di Diritto processuale civile nell'Università di Camerino.

vo del giudice istruttore della causa di merito – cioè dello stesso giudice che ha emesso la cautela in corso di causa o, in caso di tutela *ante causam*, del giudice che, di norma, appartiene allo stesso ufficio giudiziario di quello che ha emesso la misura cautelare –, funzionalmente diretto a consentire, per tutto il corso di svolgimento del giudizio di merito, che la cautela già concessa sia “adattata” ai “mutamenti nelle circostanze” nelle more intervenuti¹, a consentire, cioè, la maggiore “efficienza” od anche l’anticipata paralisi della cautela in attuazione del principio di strumentalità della tutela cautelare, il reclamo risponde alla diversa esigenza che il controllo sul provvedimento che abbia pronunciato sulla domanda cautelare sia svolto attraverso il riesame dello stesso, da parte di giudice diverso e collegiale ed all’esito di apposito procedimento disciplinato dall’art. 669 *terdecies*, c.p.c.

Secondo il testo originario di tale norma, quest’ultima forma di controllo avrebbe dovuto avere per oggetto solo il provvedimento di accoglimento, totale o parziale, della cautela richiesta *ante causam* o in corso di causa, avrebbe, cioè, dovuto limitarsi ad elidere, ove necessario, il (possibile) pregiudizio subito dal soggetto passivo destinatario della cautela, il solo ritenuto meritevole di avere accesso al reclamo. La sentenza “additiva” n. 354 del 1994 ed i successivi interventi della Corte costituzionale² hanno profondamente mutato l’originario quadro di riferimento, sul quale si erano basate le prime ricostruzioni teoriche ed applicazioni dell’istituto, determinando la trasformazione pressoché integrale dei caratteri identificativi dell’intero istituto, che da strumento di controllo dei soli provvedimenti concessivi si è trasformato in mezzo di ge-

¹ Sulla nozione di “mutamenti nelle circostanze”, comprensiva delle sopravvenienze interne ed esterne al processo di merito pendente, v. MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, III, p. 215.

² Oltre alla sent. 23 giugno 1994, n. 253, dichiarativa della parziale incostituzionalità dell’art. 669 *terdecies* (in *Foro it.*, 1994, I, p. 2001, con nota di Capponi, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 409, con nota di Consolo, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 659, con nota di Mammoni, nonché *Giur. cost.*, 1994, p. 2033 e ss., con mia nota *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*), la Corte ha pronunciato le sentt. 26 maggio 1995, n. 197, in *Foro it.*, 1996, I, p. 51, con nota di Grasso e 11 dicembre 1995, n. 501, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 654 e *Giur. it.*, 1996, I, p. 166, con nota di Consolo, rispettivamente in tema di reclamabilità dell’ordinanza d’incompetenza e dell’ordinanza pronunciata al termine della fase sommaria del giudizio possessorio e, da ultimo, la sent. 27 dicembre 1996, n. 421 (v. *infra* nel testo), ancora inedita.

nerale riesame sui provvedimenti che il giudice della cautela pronuncia sulla domanda cautelare, e la necessità, forse ancora non del tutto avvertita, di una radicale riconsiderazione delle basi teoriche e della natura del mezzo, indispensabile per affrontare i “vecchi” e nuovi problemi anche di natura applicativa, oltre che per apprezzare compiutamente le forti implicazioni sistematiche del “nuovo” reclamo cautelare e le ricadute su altri istituti del processo civile.

Nella formazione di questo nuovo quadro di riferimento, ruolo non secondario ha svolto il principio di autonomia della tutela cautelare³, che, lungi dall'essere soltanto autonomia delle regole procedimentali che disciplinano lo svolgimento del giudizio cautelare uniforme, è in primo luogo autonomia di funzione giurisdizionale, cui va riconosciuta rilevanza costituzionale nell'ambito della più generale garanzia del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost.⁴. Le misure cautelari (tipiche, atipiche ed extravaganti), che l'ordinamento mette a disposizione, *ante causam* o nel corso del giudizio di merito, dei soggetti che assumono di essere titolari di diritti soggettivi lesi o sottoposti a pericolo di lesione più o meno irreparabile, costituiscono strumento indispensabile, e talvolta unico, per la conservazione e, più in generale, per la salvaguardia di diritti non ancora accertati, ma la cui esistenza è dal giudice della cautela ritenuta probabile, per consentire, cioè, che la tutela in via ordinaria (che all'accertamento “pieno” di quegli stessi diritti è istituzionalmente diretta) non sia, in tutto o in parte, vanificata, anche “praticamente”, in conseguenza di quelle lesioni o di quei pericoli di lesione. Ma, oltre che indispensabile, si tratta di strumento irrinunciabile e indisponibile da parte degli stessi asseriti titolari dei diritti lesi o sottoposti a pericolo di lesione, che l'ordinamento deve assicurare, anche a prescindere dalla natura disponibile o

³ È ormai pacifica la “compatibilità” del principio di autonomia con quello di strumentalità della tutela cautelare, che si manifesta solo in presenza di provvedimento concessivo della cautela che è diretto ad assicurare, per tutto il corso di svolgimento del giudizio di merito, il “collegamento” tra cautela concessa e futura sentenza di merito: v. G. TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, XXVII.

⁴ Secondo R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, p. 512, “l'importanza centrale della tutela cautelare, quale essenziale profilo della tutela giurisdizionale riconosciuta e consacrata nell'art. 24 Cost., è ancor più chiaramente avvertibile ed avvertita che in passato”.

non del diritto, non potendo tollerare che un “vuoto”, anche temporaneo e contingente, di tutela cautelare, comporti il rischio di lesione irreparabile del diritto, non neutralizzabile attraverso le normali garanzie del diritto di azione⁵. Quel che rileva, anche a livello costituzionale, è il riconoscimento della possibile insufficienza delle “normali” garanzie che assistono il diritto di agire in via ordinaria e la conseguente necessità di apprestare e di garantire ulteriori e diverse forme di tutela, capaci non già di far conseguire all’attore “che ha ragione” (istante in via cautelare) tutto quanto egli ha diritto di ottenere (l’attribuzione dei torti e delle ragioni è, per definizione, estranea all’“area” cautelare), in via di anticipata soddisfazione, totale o parziale, della pretesa (esigenza, questa, soddisfatta dagli strumenti di tutela sommaria non cautelare), ma di consentire che la successiva tutela ordinaria non si riveli inutile per la parte che abbia visto accogliere la propria domanda di merito. Con la conseguenza che il “valore” della tutela cautelare, anche se, in certo modo, sembrerebbe integrare e completare, quasi con funzione “accessoria”, le “nor-

⁵ Proprio sulla base di queste considerazioni la Corte costituzionale, con la sent. n. 25 del 1992, è pervenuta alla declaratoria d’incostituzionalità dell’art. 705 c.p.c. in tema di rapporti tra giudizio possessorio e giudizio petitorio, nella parte in cui tale norma impediva, con il generalizzato ed assoluto divieto, per il convenuto in possessorio, di proporre il giudizio petitorio fino a che il primo non fosse definito e la relativa decisione non fosse stata eseguita, di far valere il diritto reale di proprietà in presenza di irreparabile pregiudizio dello stesso. Per le stesse ragioni, più di recente, la Corte costituzionale, con sent. 13 luglio 1995, n. 318, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una norma contenuta in legge speciale (art. 1, L. 13 dicembre 1928, n. 3232), nella parte in cui, richiamando le norme in vigore per la riscossione delle imposte dirette, impediva, in caso di contestazioni, da parte dell’utente, dell’esistenza o entità del credito, all’Autorità giudiziaria ordinaria di sospendere l’esecuzione dei ruoli esattoriali relativi ad entrate di natura non tributaria. Sono queste le ragioni per le quali, anche in presenza di patto compromissorio per arbitrato irrituale, si deve riconoscere pieno accesso alla tutela cautelare, con la conseguente necessità di coordinare la cautela concessa ed, in specie, il principio sancito dall’art. 669 *octies* con il patto compromissorio irrituale: rinvio, sul punto, al mio *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 755 e ss. Sul tema v., altresì, da ultimo, L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1995, pp. 313-314; C. FERRI, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 116 e ss.; B. SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 710 e ss.; A. LEVONI, *Arbitrato libero e misure cautelari ovvero la capra e i cavoli*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 177 e ss.; G. GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale* (in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di L. Montesano*).

mali” garanzie dell’azione⁶, trae, a ben vedere, il suo fondamento anche costituzionale in ragioni e finalità in parte diverse: mentre, nelle seconde, l’effettività della tutela si caratterizza sotto il profilo esclusivamente soggettivo, in quanto deve dirigersi e riguardare “l’attore che ha ragione”, nella tutela cautelare assume rilievo centrale il profilo oggettivo, posto che essa è chiamata ad assicurare, unitamente alla salvaguardia del diritto dell’istante, l’effettività della futura tutela giurisdizionale in se considerata. In questo contesto nasce l’esigenza di prevedere – accanto alla revoca e alla modifica, che, come si è detto, è potere del giudice istruttore della causa di merito – una forma di controllo che sia diretta e più immediata espressione del principio di autonomia della tutela cautelare, che consenta al giudice collegiale, diverso da quello che pronunciato la misura cautelare, di esercitare, all’esito di apposito procedimento “interno” al sistema cautelare, il controllo sul provvedimento reso sulla domanda cautelare, da attuarsi, come meglio si vedrà in seguito, attraverso nuovo esercizio degli stessi poteri cautelari esercitati dal primo giudice, secondo regole, cioè, ispirate dalla stessa “logica” che governa ogni giudizio cautelare. Se il reclamo costituisce espressione del principio di autonomia della tutela cautelare, ogni indagine sullo stesso deve essere in primo luogo condotta misurando la capacità delle regole interne al sistema cautelare di consentire la ricostruzione del mezzo quale tipico strumento di controllo sul provvedimento di accoglimento e di rigetto della domanda cautelare e, solo in caso di riconosciuta insufficienza delle stesse, facendo ricorso a norme, più o meno generali, “esterne” a detto sistema.

2. LA NATURA GIURIDICA DEL RECLAMO

Il dibattito sulla natura giuridica si è sino ad oggi sviluppato attorno al problema se il reclamo sia un’impugnazione in senso proprio e se ad

⁶ V. I. ANDOLINA, *Unitarietà e flessibilità del nuovo modello procedimentale di tutela cautelare: chiose a margine dell’art. 669 quaterdecies del (novellato) codice di rito civile*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano, 1994, p. 602, secondo il quale, se connotato consustanziale della tutela giurisdizionale è la sua effettività, “è giocoforza riconoscere che il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi in globi necessariamente al suo interno anche il diritto di veder preservata l’utilità ed integrità del risultato giustiziale”.

esso siano applicabili, in tutto o in parte, le regole generali sancite dagli artt. 323 e ss. c.p.c. e le soluzioni prospettate siano state inevitabilmente influenzate dalla sentenza “additiva” della Corte costituzionale del 1994. Se l’originaria limitazione al provvedimento di accoglimento della domanda cautelare caratterizzava il reclamo in funzione della neutralizzazione del (possibile) pregiudizio a carico del soggetto passivo, la caducazione di tale limite è stata prevalentemente intesa nel senso dell’accentuazione del carattere impugnatorio del mezzo e, con esso, del collegamento, più o meno stretto, con il principio del doppio grado⁷. Va, però, ricordato che l’allargamento dell’area di reclamabilità al provvedimento negativo è stato determinato non già per garantire che l’esercizio del potere cautelare fosse attuato attraverso due distinti gradi di giudizio, con l’“istituzionalizzazione” di un giudice della cautela di prima e di seconda istanza, ma al diverso scopo di ripristinare la “parità delle armi” tra le parti, di attribuire, cioè, anche alla parte che si sia vista rigettare, in ipotesi illegittimamente, la domanda di cautela (assumendo l’espressione “rigetto” nella sua più lata accezione), lo stesso potere, già riconosciuto alla parte destinataria della cautela concessa, di provocare il controllo sul provvedimento da parte di giudice collegiale diverso da quello che l’ha pronunciato; ed appare indubbio che il ripristino della situazione di parità quanto al potere di dare impulso al reclamo ha determinato una ben maggiore “diffusione” del reclamo, che, anche attraverso la generalizzazione della tipologia di censura, si è venuto a caratterizzare quale mezzo di controllo generale sul provvedimento cautelare, esperibile per qualsiasi motivo che abbia portato all’accoglimento o al rigetto della domanda cautelare. Ma, per sostenere che il reclamo ha, nella sostanza, introdotto o che sia comunque espressione del principio del doppio grado, non sembra sufficiente fermarsi alla constatazione della detta diffusione e generalizzazione, in quanto l’indagine deve, in primo luogo, essere indirizzata alla precisa ricostruzione del tipo di rapporto che la legge ha inteso instaurare tra primo e secondo giudice e, subito dopo, all’individuazione del profilo oggettivo e delle modalità cognitive attraverso le quali il controllo deve essere svolto.

⁷ Secondo C. CONSOLO, in CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, pp. 706-707, “la struttura basilare è quella di un’impugnazione”, sostitutiva a critica illuminata. Per la natura impugnatoria v. M. CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, p. 95 e ss.

Quanto al rapporto tra primo e secondo giudice, esso può, in astratto, articolarsi sia sul modello dell'appello, cioè come espressione di due distinti gradi⁸, di cui il secondo deve svolgersi necessariamente di fronte all'organo superiore in funzione tipicamente impugnatoria del provvedimento emesso nel primo, sia su diverso modello che, al contrario del primo, non presuppone la sovraordinazione del secondo giudice, e, dunque, il "passaggio" della controversia ad un grado superiore, bensì il trasferimento *ex lege* al giudice del reclamo degli stessi poteri del primo, nell'ambito di un fenomeno di prosecuzione dell'unitario giudizio cautelare, che ha inizio davanti a giudice di norma monocratico e che può proseguire e concludersi, di norma davanti allo stesso ufficio giudiziario, con provvedimento reso dal giudice sempre collegiale.

A questo secondo modello, a favore del quale già avevamo espresso la nostra preferenza⁹, sembra aver fatto riferimento il più recente intervento della Corte costituzionale, la quale, nell'affermare che la "logica" del riesame cautelare "si muove tutta all'interno della peculiarità procedimentale del nuovo modello cautelare uniforme", ha parlato di "estraneità" del reclamo alla "prospettiva propria dell'impugnazione in senso stretto", riconoscendo che l'effettività del riesame può essere realizzata in virtù dei soli "criteri dell'alterità e della collegialità del giudice e non necessariamente anche attraverso il rapporto di sovraordinazione tra giudici"¹⁰.

Se è la collegialità, e non il carattere sovraordinato dell'organo, a caratterizzare soggettivamente il giudice del reclamo – e la previsione del tribunale quale organo chiamato a conoscere del reclamo avverso i prov-

⁸ In questo senso, invece, R. VACCARELLA, *op. cit.*, p. 529, secondo cui il giudice della cautela "oggi stabilmente si articola in due organi, l'uno investito del primo grado e l'altro dell'eventuale reclamo". L'Autore, peraltro, riconosce che "la misura cautelare emessa (comunque) a conclusione del procedimento è, *jure*, emessa dal giudice della cautela unitariamente considerato".

⁹ V. il mio *Reclamabilità del provvedimento di rigetto*, cit., p. 2045 e ss.

¹⁰ V. sent. 27 dicembre 1996, n. 421. Nella sent. n. 253 del 1994 la Corte, senza affrontare *ex professo* il tema della natura giuridica del reclamo, si era limitata a definire il mezzo come *revisio prioris instantiae* diretta a conseguire il controllo sugli *errores in procedendo* e *in iudicando* eventualmente commessi dal giudice della cautela, e tale qualificazione, cui si accompagnava la significativa accentuazione del carattere di "alterità del giudice dell'impugnazione", cioè di uno dei requisiti soggettivi del giudice del reclamo, sembrava esprimere un'opzione sulla funzione più che sulla natura del reclamo.

vedimenti emessi dal pretore non è espressione della volontà di devolvere tale competenza al giudice superiore, ma ad organo collegiale che non poteva non essere il tribunale –, il rapporto tra i due giudici è, di norma, quello tra giudice monocratico e giudice collegiale appartenenti allo stesso ufficio giudiziario, con il conseguente venir meno di ogni collegamento con il principio del doppio grado¹¹. In questa prospettiva di controllo “rotatorio” e non impugnatorio debbono, a parer nostro, svolgersi le ulteriori indagini sull’oggetto del giudizio di reclamo e sul carattere devolutivo e sostitutivo del mezzo.

3. L’OGGETTO DEL GIUDIZIO DI RECLAMO

L’oggetto del giudizio di reclamo è determinato in primo luogo dai motivi di censura proposti nell’istanza di reclamo principale e incidentale. Poiché, con l’istanza di reclamo, possono essere denunciati i vizi, non predeterminati dalla legge, di “merito cautelare”, relativi ai presupposti della tutela invocata ed alla loro valutazione, o di rito, relativi al procedimento adottato (con riferimento alle regole sancite dall’art. 669 *sexies*), ovvero mere censure attinenti l’ingiustizia del provvedimento positivo o negativo, anche in ordine al contenuto della misura cautelare eventualmente concessa, compreso l’ordine di versamento della cauzione che il giudice può, anche d’ufficio, disporre con il provvedimento di accoglimento¹², l’indagine da parte del giudice del reclamo può riguardare ogni aspetto già preso in esame dal primo giudice per accogliere o rigettare la domanda cautelare. Dette censura possono essere fondate o introdurre

¹¹ Sia pure all’esito di diverso percorso argomentativo, esclude la sussistenza di un doppio grado di giurisdizione cautelare M.P. GASPERINI, *Reclamabilità dei provvedimenti ex art. 669 decies c.p.c. e doppio grado di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 782.

¹² In questo senso R. VACCARELLA, *op. cit.*, p. 525, secondo cui il reclamo costituisce lo strumento “attraverso il quale può e deve farsi valere ogni circostanza di fatto, ragione di diritto o prova che possa condurre ad una decisione diversa da quella reclamata”; E. MERLIN, *I limiti temporali di inefficacia*, in *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 357; M. CIRULLI, *La nuova disciplina*, cit., p. 115; G. BASILICO, *I rimedi nei confronti dei provvedimenti cautelari alla luce dei nuovi artt. 669 decies e 669terdecies c.p.c.*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1995, p. 668.

anche questioni “nuove” di fatto e di diritto, non prospettate davanti al primo giudice, in quanto la mancanza di qualsiasi regime di preclusioni sia negli atti introduttivi, sia nello svolgimento delle successive attività processuali davanti al primo giudice, consente alle parti di far valere, in sede di reclamo, anche difese non svolte in precedenza. Per sostenere l'ammissibilità di questioni e difese nuove non è nemmeno necessario richiamare l'ultimo comma dell'art. 669 *terdecies*, che, nell'attribuire al presidente del tribunale o della Corte investiti del reclamo il potere, eccezionale, di inibitoria (v. *infra*), fa espresso riferimento ai “motivi sopravvenuti” idonei a far sì che il provvedimento arrechi “grave danno”, che estendono il potere cognitivo del giudice del reclamo all'esame di profili di novità, non presi in considerazione, in quanto “sopravvenuti” dal primo giudice¹³.

Gli unici limiti, da ricercarsi nell'ambito del sistema, che attengono all'oggetto del giudizio di reclamo vanno individuati non già nel tipo di censure proponibili e nel loro contenuto, ma in quelli, di duplice natura, irrimovibilmente fissati dalla domanda cautelare originariamente proposta e comunque da quella su cui il primo giudice ha (o avrebbe dovuto) provvedere: non è, infatti, ammissibile la formulazione in sede di reclamo di nuove domande sia con riferimento a nuovi diritti soggettivi, diversi da quello posto ad originario fondamento della domanda, da sottoporre a cautela, sia con riferimento all'invocazione di nuove misure pur a cautela dello stesso diritto dedotto, diverse da quello (o da quelle) richieste al primo giudice.

Il problema, a questo punto, di rilievo centrale ai fini della ricostruzione del mezzo, è quello di accertare se il giudice del reclamo sia vincolato all'esame dei soli vizi dedotti o dalle sole censure mosse dalle parti circa l'inopportunità o l'ingiustizia del provvedimento reclamato, ovve-

¹³ Secondo A. SALETTI, *op. cit.*, p. 540, se la cognizione del giudice del reclamo si estende ai “motivi sopravvenuti”, “non ha giustificazione precludere la deduzione di fatti preesistenti, in precedenza non dedotti”. Nel senso che l'ultimo comma dell'art. 669 *terdecies* comporta necessariamente che le circostanze sopravvenute possano essere dedotte anche ai fini del merito R. VACCARELLA, *op. cit.*

In senso contrario v. M. CIRULLI, *op. cit.*, p. 117, che esclude la possibilità di allegare fatti nuovi al fine di evitare possibili duplicazione di tutele; Trib. Catania, ord. 23 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2271, secondo cui il reclamo cautelare non può fondarsi su nuove circostanze di fatto preesistente, ma non dedotte.

ro possa estendere, anche d'ufficio, la propria indagine ed i propri poteri cognitivi anche a questioni assorbite nella decisione di primo grado che non siano state espressamente riproposte dalle parti, nonché a quelle eventuali parti o capi del provvedimento reclamato per i quali nessun vizio o mera censura sia mossa né dal reclamante né dal soggetto che resiste al reclamo¹⁴; se, cioè, come per l'appello, i motivi di reclamo, sempre che specificamente dedotti, e, più in generale, il contenuto dell'atto di reclamo (e delle difese della parte resistente), determini, fissandone irrevocabilmente i precisi limiti, l'oggetto del giudizio di reclamo¹⁵, ovvero se questo sia automaticamente costituito dallo stesso oggetto del giudizio di prima istanza, che il secondo giudice è in grado di conoscere in via autonoma, senza alcun limite e per il solo fatto dell'avvenuta proposizione del reclamo in funzione prosecutoria dell'unitario giudizio cautelare. La soluzione di tale delicato problema va ricercata nel comma 4 dell'art. 669 *terdecies*, il quale, imponendo al giudice del reclamo di pronunciare, all'esito del relativo giudizio, ordinanza non impugnabile di conferma, modifica o revoca del provvedimento cautelare, attribuisce allo stesso un potere-dovere che, pur se apparentemente svincolato dalla determinazione dell'oggetto del giudizio di reclamo, implica la titolarità a favore dell'organo collegiale degli stessi poteri già in capo al primo giudice, che la legge reputa necessaria per consentire, in sede di reclamo, il rinnovato esercizio della funzione cautelare. La possibilità di accedere al reclamo in presenza di provvedimento negativo (oltre che di parziale accoglimento della domanda) e di ottenere, se del caso, direttamente e "per la prima volta" da parte del secondo giudice, la misura cautelare che sia stata dal primo (in tutto o in parte) ingiustamente negata, già di per sé sta a significare che al collegio siano "trasferiti" dalla legge tutti i poteri spettanti al primo giudice, a prescindere dall'esercizio degli stessi in senso favorevole o meno alla parte istante, ivi compreso quello d'im-

¹⁴ Si pensi, in caso di provvedimento positivo, al reclamo che investa la sola valutazione del *fumus boni iuris* e non quella sul *periculum in mora* o viceversa; e, in caso di provvedimento negativo motivato sia per incompetenza che per infondatezza sul merito, al reclamo che si limiti a censurare la valutazione sul merito, senza svolgere alcuna doglianza avverso il capo relativo alla dichiarata incompetenza.

¹⁵ In questo senso M. CIRULLI, *op. cit.*, p. 115 e ss., secondo cui l'oggetto del reclamo è limitato al riesame delle questioni dedotte dalle parti in prime cure e riproposte in sede di gravame.

posizione della cauzione¹⁶ e che, dunque, il giudizio cautelare sia in grado di proseguire, nella pienezza delle sue funzioni, davanti al giudice del reclamo.

La titolarità *ex lege*, in capo all'organo chiamato a decidere sul reclamo, degli stessi poteri cautelari assegnati al primo giudice, sulla quale va registrato significativo consenso, ci sembra sia incompatibile con i limiti derivanti dall'eventuale applicazione dell'onere di riproposizione di cui all'art. 346 c.p.c., con la concezione, cioè, del reclamo quale mezzo di controllo dei soli vizi denunciati dalle parti. Se, infatti, il giudice del reclamo è sì organo del riesame, ma, nello stesso tempo, è esso stesso giudice della cautela, chiamato ad esercitare i poteri di controllo non disgiuntamente dagli stessi poteri cautelari già attribuiti al primo giudice, ciò vuol dire che a detto organo la legge intende consentire di esercitare la funzione ad esso assegnata senza limiti di sorta o, più precisamente, con gli stessi limiti che il primo giudice è tenuto ad osservare, quali risultano fissati dalla domanda cautelare originariamente proposta (e dalle vicende successive sino alla pronunzia) e che alla funzione del reclamo sia strettamente e, per così dire "naturalmente", collegata la pienezza dei poteri cautelari e delle prerogative, anche officiose, che la legge riconosce al giudice della cautela, senza che gli stessi ricevano limiti di sorta, né dal contenuto del provvedimento emesso, né, tanto meno, dal contenuto delle censure mosse dalla parte reclamante.

Alla stessa conclusione si perviene prendendo in considerazione il rapporto tra principio della domanda e funzione del riesame. L'operatività di tale principio già nel giudizio di prima istanza, se è integrale per quanto concerne il potere monopolistico della parte di instaurare il giudizio e di individuare il diritto soggettivo che viene sottoposto a cautela, con l'indicazione dei relativi fatti costitutivi, subisce consistenti deroghe (rispetto alla tutela "normale") sia per quanto concerne le iniziative probatorie sia in relazione al contenuto stesso della invocata misura cautela-

¹⁶ G. TARZIA, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1992, p. 398, *sub* art. 669 *terdecies*, parla di "stessa latitudine dei poteri spettanti al giudice della cautela" che si riscontra nel giudice del reclamo; C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3 Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 378, rileva che "i poteri del giudice del reclamo sono gli stessi del giudice di prime cure, sì che entrambi sono giudici cautelari", con conseguente esigenza di "una reiterazione della giurisdizione e così della decisione cautelare, anche allorché si tratta di disporre in senso del tutto conforme".

re e, in specie per quanto concerne la tutela atipica, al potere-dovere del giudice di “scelta” delle misure assicurative più idonee a neutralizzare il dedotto pregiudizio, in funzione della più efficace attuazione degli scopi “pubblicistici” della stessa tutela. Tale situazione non può che riprodursi anche nella fase del reclamo, nella quale la funzione del riesame è stata concepita in stretta correlazione con l’esercizio degli stessi poteri cautelari del giudice di prima istanza: soluzione, questa, a ben vedere, che non sembra nemmeno essere il frutto di scelta discrezionale del legislatore, essendo imposta dalla stessa natura e funzione della tutela cautelare, la quale, comunque esercita, anche in sede di riesame, appare incompatibile o difficilmente compatibile con vincoli o limitazioni dei poteri cognitivi, soprattutto di carattere procedimentale, rimessi o meno all’iniziativa di parte, che siano in grado di “condizionare” l’esercizio della tutela, di sottrarre, cioè, temi d’indagine e d’intervento da parte del giudice, da questi ritenuti essenziali o comunque rilevanti ai fini di quell’esercizio¹⁷. In altri termini, nella materia cautelare, il controllo, da parte di giudice diverso, sull’operato del primo giudice non può essere inteso “asetticamente” come potere di mera verifica e di correzione di eventuali errori commessi dal primo giudice, ma esige pienezza dei poteri ed assenza di limiti “oggettivi” e deve potersi concludere con il nuovo esercizio della funzione cautelare. Per queste ragioni escludiamo che la mancata, formale riproposizione di questioni od anche di domande assorbite, sempre che non siano state espressamente rinunciate, abbia l’effetto di sottrarre il potere di pronuncia sulle stesse¹⁸ e così, ad esempio, di impedire al giudice del riesame di dichiarare l’incompetenza del primo giudice, pur in assenza di specifico motivo di censura sollevato dalle parti ovvero di impedire al giudice del reclamo che abbia deciso di revocare il provvedimento concessivo della misura cautelare chiesta in via principale, di pronunciarsi e, se del caso, concedere la misura chiesta in via subordinata, pur in assenza di formale riproposizione in sede di reclamo

¹⁷ In senso contrario G. TARZIA, *op. cit.*, p. 339, secondo il quale, poiché il principio della domanda vige anche nel procedimento di gravame, il reclamo investirebbe il giudice del controllo “nei limiti nei quali esso viene richiesto”.

¹⁸ Secondo C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 378, l’effetto devolutivo delle varie questioni assorbite nella decisione di primo grado sarebbe “filtrato (o meglio condizionato) da un onere di riproposizione a pena di (presunzione) di rinuncia, sul modello di cui all’art. 346”.