

CONVEGNO TORRE ANNUNZIATA 16.1.2023

I procedimenti cautelari d'urgenza

Le principali utilità dello strumento cautelare

di Andrea Penta

1. Premesse generali.

La funzione del provvedimento d'urgenza è stata ritenuta quella di configurare una tutela a quei diritti che sfuggono alla tutela cautelare tipica, vale a dire quella di dare «uno sbocco a quelle esigenze di tutela che il legislatore non era riuscito a prevedere» (A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali*, Napoli, 1979, 336).

È solo nello spazio lasciato libero dalle maglie della disciplina cautelare tipica, qualora «presenti lacune tali da lasciare insoddisfatto il bisogno di tutela cautelare o, ancora, risulti in certe situazioni di scarsa efficacia», che trova ampio inserimento la tutela cautelare atipica (F. TOMMASEO, voce «*Provvedimenti di urgenza*», in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1998, 866).

In termini generali, i presupposti necessari per l'emissione di un provvedimento d'urgenza sono:

- 1) la mancanza di provvedimenti cautelari specifici o determinati;
- 2) l'esistenza di un diritto da far valere in via ordinaria, minacciato da un pregiudizio grave ed irreparabile;
- 3) il fondato motivo di temere l'insoddisfazione del diritto durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria

Inoltre, atteso il carattere di sussidiarietà della tutela di cui all'art. 700 c.p.c., l'accesso ad essa è consentito solo qualora non risultino utilizzabili altri provvedimenti cautelari tipici.

La natura di norma di chiusura dell'art. 700 c.p.c., la strumentalità al giudizio di merito e la sua atipicità impongono, quindi, all'organo giudicante di tracciare i confini dell'irreparabilità del pregiudizio, al fine di evitare che la norma sia strumentalizzata ed invocata dalla parte al solo scopo di ottenere in tempi brevi, con un'istruzione sommaria ed «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» (art. 669-*sexies* c.p.c.), un provvedimento dallo stesso effetto giuridico, talvolta anche più ampio (benché ciò non sia ammissibile), del provvedimento conclusivo del giudizio di merito.

Il provvedimento d'urgenza è caratterizzato dalla atipicità (cioè la norma non individua né i presupposti né gli effetti che si possono ottenere con il provvedimento) e dalla sussidiarietà (rispetto a provvedimenti cautelari tipici contenuti nelle sezioni del capo III).

In quest'ottica, la tutela offerta dal ricorso in via d'urgenza risulta, ad esempio, incompatibile con il peculiare (tipico) strumento (cautelare) di cui all'art. 2378 c.c. (per le impugnative delle delibere societarie), nel corpo del quale l'evenienza di peculiare urgenza è stata oggetto di specifica previsione normativa.

Neppure devono ritenersi ammissibili provvedimenti *ante causam* per proteggere interessi sostanziali relativi a situazioni giuridiche tutelate da procedimenti cautelari tipici, la cui *ratio* sarebbe elusa dall'applicabilità della tutela d'urgenza.

È venuta meno la possibilità di chiedere al giudice dell'opposizione al precetto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *ex art. 700 c.p.c.*, che era stata riconosciuta dalla giurisprudenza, anche della cassazione, in difetto di strumenti processuali tipici. Invero, è stato riconosciuto il potere del giudice dell'opposizione al precetto di sospenderla, su istanza di parte e concorrendo gravi motivi (art. 615, comma 1, c.p.c.).

1. La sussidiarietà (o residualità).

La tutela in via d'urgenza garantisce una tutela cautelare anche in presenza di situazioni non prevedibili *ex ante* da parte del legislatore.

Ciò implica, in sostanza, che, a seguito della proposizione di un ricorso d'urgenza, il primo problema che si pone è stabilire se non vi sia un rimedio *ad hoc* non utilizzato dalla parte.

La dottrina non ha dubbi nel ritenere che la natura residuale dell'art. 700 c.p.c. abbia portata generale, così da escludersi l'ammissibilità del provvedimento d'urgenza in tutte le fattispecie già regolate da misure cautelari atipiche, anche non previste dal codice di procedura civile, ma dal codice sostanziale o da leggi speciali.

L'art. 700 c.p.c. è ammissibile anche laddove esistano provvedimenti cautelari tipici, purché sia volto a neutralizzare *pericula* diversi da quelli previsti dalle misure cautelari nominate; il caso classico è quello del creditore di una somma di denaro che invochi cautela non verso il pericolo di dispersione della garanzia generica (pericolo preso in considerazione dal sequestro conservativo), ma contro altri pericoli (per esempio, quello al proprio sostentamento per i crediti da retribuzione o da mantenimento). In quest'ottica, se il pericolo lamentato corrisponde a quello tipico, allora si deve ricorrere alla tutela cautelare tipica; ma se vi è un pericolo diverso da quello con riferimento al quale il legislatore prevede un provvedimento cautelare tipico, si può invocare il provvedimento d'urgenza.

1.1. L'ambito della famiglia.

È, a titolo esemplificativo, inammissibile il ricorso alla tutela d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. per ottenere in via provvisoria un assegno di mantenimento nelle more dell'udienza presidenziale di separazione personale dei coniugi, stante il carattere residuale della tutela cautelare apprestata dall'art. 700 e tenuto conto del fatto che la situazione rappresentata trova la sua tutela cautelare tipica, specifica ed organicamente disciplinata nell'ambito dell'udienza presidenziale di cui agli artt. 707 e 708 c.p.c.. Solo al giudice istruttore, nel corso della successiva fase, è consentito fissare in via d'urgenza e provvisoria l'assegno di mantenimento della prole, salva restando la revocabilità del relativo provvedimento, destinato comunque ad esaurirsi con la decisione di merito (Cass., 21 maggio 1988, n. 3541). Viceversa, allorché i coniugi non abbiano ancora instaurato procedimento per separazione giudiziale, è ammissibile il ricorso alla procedura cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.*, ove il genitore allontanatosi da casa non adempia agli oneri contributivi di mantenimento *ex art. 143 c.c.* nei confronti dei figli minori. È a darsi atto, peraltro, di un orientamento intermedio (che cerca di coniugare il requisito della sussidiarietà della cautela atipica e l'esigenza dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti garantita dall'art. 24 Cost.), secondo cui, con riferimento al processo di separazione giudiziale dei coniugi, il ricorso alla tutela cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.* sarebbe da ritenere ammissibile fino all'udienza destinata alla pronuncia dei provvedimenti presidenziali nell'interesse dei coniugi e della prole (Trib. Napoli, 24 marzo 2005, su *www.ilcaso.it*. Del resto, tenuto conto che tra la notifica del ricorso e l'udienza di comparizione delle parti deve intercorrere un arco temporale non inferiore a 45 giorni, ben potrebbe ipotizzarsi che un diritto possa *medio tempore* subire un pregiudizio irreparabile. Si pensi al caso in cui uno dei due coniugi debba con urgenza trasferirsi all'estero, portando seco un figlio minore).

2.1. I procedimenti speciali tipici a cognizione sommaria.

La strumentalità della tutela cautelare atipica rispetto ad un giudizio ordinario ed a cognizione piena ed esauriente ha portato molti interpreti a negare il ricorso all'art. 700 c.p.c. tutte le volte in cui, a tutela della situazione giuridica cautelanda, l'ordinamento abbia predisposto a monte un procedimento speciale tipico a cognizione sommaria (procedimenti sommari tipici destinati a concludersi, quanto meno in una prima fase, con un provvedimento sommario esecutivo).

Il provvedimento d'urgenza, in altri termini, sarebbe invocabile solo nella misura in cui l'unica alternativa alla cautela fosse il giudizio ordinario, a cognizione piena, tradizionalmente inteso, e non già quando il danno imminente ed irreparabile possa altrimenti essere evitato, mediante il ricorso ad un distinto e celere procedimento speciale (si tende ad inquadrare nell'alveo del giudizio ordinario a cognizione piena il rito speciale del lavoro).

Tra le forme di tutela speciale, non cautelare, accordate dal nostro codice di rito la prima a venire in rilievo è quella del **procedimento monitorio**. La dottrina minoritaria è favorevole alla compatibilità tra le due tutele e, quindi, incline a ritenere che il creditore in possesso dei requisiti previsti dagli artt. 633 ss. del c.p.c. possa liberamente scegliere tra il ricorso all'art. 700 c.p.c. ed il ricorso per decreto ingiuntivo.

L'impostazione assolutamente prevalente [A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 634; *I provvedimenti d'urgenza, Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 370. Contrario alla compatibilità tra le due tutele anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, VI ed., 260, che prospetta una distinzione tra procedimenti sommari non necessari ma alternativi alla tutela ordinaria (procedimento sommario, decreto ingiuntivo e convalida di licenza o sfratto), per i quali non vi sarebbe margine per una tutela cautelare specifica « perché essi hanno la finalità di evitare il processo ordinario in quanto si presume che la controparte non si opponga; ma possono sempre convertirsi in un processo ordinario, se la controparte lo richiede », e procedimenti a cognizione sommaria necessaria (ad es., la prima fase del procedimento di repressione della condotta antisindacale *ex art. 28 st. lav.*), per i quali « non è da escludere che vi siano situazioni di urgenza tali in cui la tutela cautelare si debba ammettere, in quanto anche un processo a cognizione abbreviata potrebbe risultare troppo lungo ».] invece, esclude la concorrenza tra i due mezzi come conseguenza ineluttabile di una pretesa incompatibilità tra cautela innominata e procedimenti speciali, dal momento che il secondo comma dell'art. 642 espressamente abilita il giudice a concedere la provvisoria esecuzione « se vi è pericolo di pregiudizio nel ritardo ». È vero che il giudizio monitorio non ha natura cautelare e, quindi, dovrebbe sfuggire all'*incipit* della norma che limita la residualità, come più volte notato, alla sola concorrenza con misure cautelari previste dall'ordinamento complessivamente inteso; ma è altrettanto vero che la stessa possibilità prevista dal secondo comma dell'art. 642 c.p.c. integra uno strumento di tutela che, già di per sé, consente di neutralizzare (o ridurre) il pericolo nel ritardo. La presenza di un simile strumento consente di escludere, cioè, che il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria possa arrecare a questo un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Il creditore che sia in possesso della prova documentale sufficiente per la pronuncia in suo favore di un decreto ingiuntivo potrà, pertanto, vedersi dichiarare inammissibile una domanda di analogo contenuto veicolata *ex art. 700 c.p.c.*

Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte con riferimento al **procedimento per convalida di sfratto** (così, il rilascio dell'immobile locato non potrà essere disposto in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., perché a tutela di quel diritto il legislatore ha già approntato lo strumento della convalida di sfratto, prevedendo la possibilità di addivenire all'ordine di rilascio, anche in presenza di opposizione, con riserva delle eccezioni del conduttore), che con il monitorio condivide la natura di accertamento con prevalente funzione esecutiva, ed ai **procedimenti camerali**. In tale ambito, va ricordato che si tende ad

escludere la possibilità di pronunciare, per difetto del *periculum in mora*, un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che ordini al locatore di compiere le riparazioni della cosa locata, tenuto conto che il conduttore vi può provvedere in maniera autonoma avvalendosi dell'art. 1577, comma 2, c.c., che gli riconosce il diritto di eseguire direttamente, salvo rimborso, le riparazioni urgenti della cosa locata.

Il **procedimento sommario di cognizione** non è ascrivibile ai sommari *tout court* tradizionalmente intesi, destinati, sì, alla produzione di un provvedimento decisorio, ma solo in caso di conversione, in una fase successiva a cognizione piena ed ordinaria.

Il giudizio di cui agli artt. 702-*bis* ss., insomma, ha dato vita ad un modello semplificato di trattazione della causa all'interno del processo ordinario (secondo C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 882 ss., è un sommario-semplificato di cognizione «concorrente in via alternativa con quello di cognizione ordinaria» e in grado, quanto quello, di somministrare una tutela piena). La sommarietà, in altri termini, riguarda pacificamente la struttura del procedimento, che è, o può essere, ampiamente deformalizzata, ferma restando la pienezza e completezza della cognizione, che porta allo stesso giudicato cui conduce fisiologicamente il processo disciplinato dal secondo libro del codice (L'accertamento pieno e completo cui conduce il giudizio di cui agli artt. 702-*bis* ss. è idoneo al giudicato già in esito alla fase sommaria, a prescindere dall'esistenza di un secondo grado di appello. Ciò in contrapposizione ai sommari autonomi non necessari, in cui l'idoneità al giudicato è indissolubilmente legata alla possibilità della conversione della fase sommaria in fase ordinaria, proprio sul presupposto che la prima manchi di quel *quid*, in termini di completezza o approfondimento della cognizione, che sarà recuperato nella seconda.).

Del resto, difetta il sommario di cognizione degli elementi più caratteristici ed indefettibili della cautela, primo fra tutti la dipendenza dal *fumus boni iuris* e dal *periculum in mora*.

Deporrebbe in tal senso altresì la previsione contenuta nell'art. 702-*ter*, comma 5, c.p.c., che è quasi integralmente sovrapponibile a quella dettata in tema di procedimenti cautelari dall'art. 669-*sexies*, comma 1, c.p.c., con l'unica sostanziale differenza che, mentre quest'ultima disposizione si riferisce agli atti di istruzione "indispensabili", la prima richiama gli atti di istruzione "rilevanti". Da ciò deriva che, nell'ambito del processo sommario, devono ritenersi astrattamente ammissibili (oltre alle prove atipiche, ovvero a quelle tipiche ma atipicamente assunte; ad esempio, testi e c.t.u. giureranno, ma capitoli e quesiti potranno essere deformalizzati e financo elisi) anche le tipiche prove costituende (quali l'interrogatorio formale, il giuramento e la prova testimoniale) o la consulenza tecnica, sempre che tali attività siano in concreto compatibili con le esigenze di celerità e speditezza proprie del rito sommario.

In conclusione, il problema di residualità non si pone, e non può porsi, nei confronti di un giudizio che cautelare non è, quale appunto il sommario di cognizione.

In quest'ottica, si ritiene che la tutela in via d'urgenza sia accordabile anche quando, astrattamente, sarebbe percorribile la via del giudizio sommario di cognizione.

L'unico quesito da porsi è se il tempo occorrente per la tutela del diritto nelle forme di cui agli artt. 702-*bis* ss. possa pregiudicarlo in modo imminente ed irreparabile o, per dirla diversamente, se il sommario di cognizione sia, per durata, tendenzialmente idoneo ad evitare il pregiudizio imminente ed irreparabile nella stessa misura in cui lo è il procedimento d'urgenza.

In primo luogo, l'attore, al momento in cui sceglie il rito *ex art.* 702-*bis*, si espone al rischio che il giudice, ove ritenga che le difese svolte dalle parti richiedano una istruzione non sommaria, disponga con ordinanza non impugnabile il mutamento del rito. In secondo luogo, la sommarietà dell'istruttoria non equivale affatto a semplicità del diritto da accertare (in proposito, Cass., sez. I, 14 marzo 2017, n. 6563, ha statuito che la verifica della compatibilità tra istruzione sommaria propria del procedimento di cui agli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c. e fattispecie concretamente portata in giudizio va effettuata con riferimento non alle sole deduzioni probatorie formulate dalle parti, bensì all'intero complesso delle difese ed argomentazioni che vengono svolte in quel dato giudizio, tenendo conto, tra l'altro, della complessità della controversia, del numero e della natura delle questioni in discussione).

In conclusione, alla stregua dell'orientamento esaminato, il giudizio sommario di cognizione non sarebbe, in astratto, in posizione di conflitto e/o incompatibilità con la cautela atipica, essendo il primo un giudizio di cognizione ordinaria e piena, sia pure sommaria per il rito, atipico e potenzialmente di durata idonea a recare un pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto in esso dedotto, non implicando la sommarietà dell'istruttoria semplicità dell'accertamento e, quindi, necessariamente celerità della decisione.

2. La distinzione rispetto alle misure tipiche.

Al fine di garantire la sussidiarietà (o residualità) della tutela in via d'urgenza rispetto agli strumenti di tutela tipici già esistenti, diventa estremamente delicato il compito del giudice di qualificare correttamente la domanda cautelare sottoposta al suo vaglio, in applicazione del principio per cui egli è l'unico soggetto chiamato ad individuare e qualificare la domanda (*iura novit curia*).

A titolo esemplificativo, fermo restando che nessuna sostanziale diversità sussiste, quanto alla natura giuridica, tra i **provvedimenti previsti dagli artt. 688 ss. c.p.c.** ed i provvedimenti che il giudice può adottare a norma dell'art. 700 c.p.c., gli uni e gli altri partecipando dell'identica funzione giurisdizionale di carattere cautelare, diretta ad evitare che un evento possibile o probabile possa irrimediabilmente pregiudicare interessi tutelati dal diritto, gli stessi si distinguono tra loro solo per il grado di

determinazione specifica della funzione predetta, nel senso che, mentre nelle ipotesi di denuncia di nuova opera o di danno temuto la funzione cautelare si concreta in un provvedimento dal contenuto già normativamente prefissato, nell'ipotesi dell'art. 700 c.p.c., invece, la funzione stessa è pressoché indeterminata, sì da poter sopperire anche ad esigenze non del tutto prevedibili specificamente (ad esempio, considerato che la denuncia di opera nuova presuppone che l'opera non sia compiuta, ma che sia intrapresa, e non sia trascorso un anno dal suo inizio, è possibile ricorrere alla tutela in via d'urgenza allorquando si mira ad impedire l'inizio stesso dei lavori). Parimenti, mentre la denuncia di danno temuto mira a prevenire il danno minacciato dallo stato attuale della cosa altrui (e pur tenuto conto che l'azione diretta alla pronuncia dei provvedimenti necessari per eliminare il pericolo di danno cui soggiace il fondo per effetto della situazione determinatasi nel fondo vicino a causa di un'opera portata a compimento deve qualificarsi di danno temuto), il ricorso allo strumento di cui all'art. 700 c.p.c. sarebbe ammissibile nell'eventualità in cui il danno potesse derivare dallo stato futuro che una imminente azione altrui potrebbe determinare.

Il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* è reputato inammissibile, quando ricorrono i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare tipica contemplata nelle azioni nunciatricie.

2.1. Il sequestro giudiziario.

Il sequestro giudiziario di beni si annovera tra i più tipici provvedimenti cautelari, uno dei pochi, peraltro, ancora oggi sottoposto al regime di strumentalità forte, nonostante la riforma del 2005, con conseguente onere per l'attore di instaurare il processo di merito in un termine perentorio, pena l'inefficacia della stessa misura cautelare.

Notoriamente, la forma di sequestro in commento (ossia quella disciplinata dall'art. 670, n. 1, c.p.c.) è una misura "conservativa" funzionale alla fruttuosità della futura esecuzione in forma specifica. Nell'art. 670 c.p.c. il *periculum* è atipico, risolvendosi nella generica opportunità di gestione o custodia dei beni e, quindi, traducendosi in un pericolo, anche astratto, di alienazione, sottrazione e/o gestione rovinosa dei beni che ne formano oggetto. Il grado di *periculum in mora* è inferiore rispetto a quello richiesto per altri provvedimenti cautelari. Quanto alla intensità del *periculum*, in particolare, si ritiene che esso non debba essere concreto ed attuale, rendendosi condizione necessaria e sufficiente la mera possibilità, anche ipotetica o astratta, che il diritto controverso venga pregiudicato.

Lo strumento del provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. si distingue rispetto alla cautela del sequestro giudiziario disciplinato dall'art. 670 c.p.c. (per Cass., sez. III, 6 agosto 1965, n. 1879, qualora

sia controverso tra due o più persone a chi spetti la titolarità di un credito verso terzi e si voglia impedire al debitore di pagare ad una di esse e di pregiudicare, così, le eventuali ragioni degli altri contendenti, tale risultato può essere raggiunto non attraverso il sequestro giudiziario, ma attraverso un provvedimento di urgenza, rientrando tra quelli innominati previsti dall'art. 700 c.p.c. che importi il divieto giudiziale al terzo di pagare e, conseguentemente, la temporanea indisponibilità del credito), in quanto: *a*) consente al beneficiario della misura preventiva di disporre liberamente del proprio bene e, quindi, di sfruttarlo pienamente e senza alcun vincolo; *b*) permette di evitare l'instaurazione del giudizio di merito e mantenere, ciò nonostante, l'efficacia del provvedimento cautelare, come previsto dall'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., con il beneficio ulteriore di non ostacolare la negoziazione del bene con terzi, che non saranno preoccupati dalla pendenza di un giudizio vertente su quel bene. In quest'ottica, ad esempio, il provvedimento di rilascio immediato dell'azienda *ex art.* 700 c.p.c., rispetto al rimedio di cui all'art. 670 c.p.c., può garantire al meglio le esigenze aziendali nel loro complesso, sia sul piano produttivo che su quello concorrenziale. Sussiste, allora, il requisito della insussistenza di una misura cautelare tipica a tutela del diritto fatto valere (cfr. requisito della strumentalità) nell'ipotesi in cui si richieda *ex art.* 700 c.p.c. un'ordinanza per il rilascio di una azienda, qualora il sequestro giudiziario non si appalesi uno strumento adeguato a garantire la possibilità di ottenere una completa soddisfazione delle posizioni soggettive asseritamente lese nei tempi necessari per la definizione del giudizio.

Tuttavia, il sequestro giudiziario (si ha controversia sulla proprietà o sul possesso non soltanto quando sia esperita azione di rivendica, ma anche in ipotesi di azioni personali aventi per oggetto la restituzione della cosa da altri detenuta) presuppone l'esistenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso di una cosa, o comunque un'azione contrattuale dalla quale potrebbe derivare la condanna alla restituzione di un bene, e non è dunque ammissibile nell'ambito di un'azione ove non si affermi né uno *jus in rem*, né uno *jus ad rem*. In quest'ottica la giurisprudenza di legittimità e di merito non ha mai dubitato dell'ammissibilità del procedimento *ex art.* 700 c.p.c. per ottenere la pronuncia di condanna ad un *facere*, quale quella relativa al rilascio di un immobile occupato abusivamente.

Ogni qualvolta il ricorrente postuli un risultato ulteriore rispetto alla mera custodia o gestione del bene controverso, e tale risultato non trovi adeguato riscontro in altra misura cautelare tipica, la strada verso la forma di tutela atipica di cui all'art. 700 c.p.c. dovrebbe dirsi spianata.

Avuto riguardo all'inadempimento dell'affittuario di un'azienda (le stesse conclusioni, nondimeno, possono estendersi, *mutatis mutandis*, a qualunque controversia avente ad oggetto la restituzione di un bene oggetto di un contratto in fase patologica — sia questo contratto di locazione, di affitto, di compravendita — o un'azione di adempimento *ex art.* 2932 c.c.), in ordine alla pretesa inammissibilità del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. per difetto di sussidiarietà, l'esperienza giurisprudenziale insegna che nella crisi del rapporto

contrattuale di affitto di azienda possono teoricamente trovare spazio tanto la cautela tipica del sequestro giudiziario dell'azienda, quanto la cautela atipica della anticipazione degli effetti restitutori della emananda sentenza di risoluzione del contratto (Trib. Nola, 29 gennaio 2013, in *Corr. merito*, 2013, 10, 955, ha affermato che la domanda di restituzione dell'immobile oggetto di locazione finanziaria può essere formulata ai sensi dell'art. 700 c.p.c., sussistendo il requisito della residualità rispetto al sequestro giudiziario di cui all'art. 670 c.p.c., n. 1, tutte le volte in cui quest'ultimo strumento non sia in grado di neutralizzare adeguatamente il *periculum* paventato dal ricorrente, quale l'impossibilità di disporre economicamente del bene oggetto del contratto onde far fronte alla propria esposizione debitoria). Le due soluzioni tendono, infatti, a garantire differenti situazioni, atteso che la riacquisizione del compendio aziendale offre al concedente utilità ulteriori e diverse rispetto alla mera custodia o alla gestione temporanea dell'azienda. Il concedente, in attesa della definizione del giudizio di merito, verrebbe altrimenti a rischiare di perdere le potenzialità dell'azienda stessa nel caso in cui il dissesto economico dell'affittuaria conducesse alla chiusura della medesima o, comunque, ad una forte contrazione dell'attività. Nel caso in cui venga invocata la tutela cautelare volta alla restituzione dell'azienda ceduta in ragione del mancato pagamento del prezzo da parte del cessionario, l'irreparabilità del danno è insita nella natura del contratto ed è, quindi, ravvisabile nel pericolo di deterioramento dell'azienda, pregiudizio non interamente riparabile per equivalente.

In conclusione, la restituzione dell'azienda, nel tempo occorrente per la definizione del giudizio ordinario sulla risoluzione del contratto di affitto, potrà essere anticipata in via d'urgenza tutte le volte in cui il pregiudizio dedotto non possa essere soddisfattivamente fronteggiato con il sequestro giudiziario. Invero, il sequestro giudiziario non consente alla parte di rientrare nella piena disponibilità, giuridica ed economica, del bene, così pregiudicandone sensibilmente i diritti di proprietario (così R. CONTE, in *Giur. it.*, 2004, 84. Invero, non può, per sua *ratio*, struttura e funzione, garantire il fondamentale diritto del proprietario di disporre economicamente del proprio bene, essendo più modestamente votato a custodire o gestire temporaneamente il bene).

Al contempo, ed in senso inverso, deve ritenersi ammissibile il ricorso alla tutela in via d'urgenza prodromica ad una domanda di restituzione di un immobile locato, in conseguenza dell'inadempimento della locatrice che impedisca la presenza del conduttore nel bene. Invero, diversamente opinando, mai il conduttore potrebbe riottenere il godimento del bene per quel lasso di tempo in cui tale godimento sia stato impedito proprio dall'inadempimento della locatrice [nel lungo tempo occorrente per la definizione di un processo civile di cognizione (specie qualora la parte soccombente intendesse percorrere tutti i gradi del giudizio) il contratto stipulato *inter partes* potrebbe anche giungere a naturale scadenza].

A parti invertite, la restituzione immediata dell'immobile potrebbe altresì consentire alla proprietaria di disporre economicamente del bene, concedendolo a terzi in locazione finanziaria o alienandolo, così ottenendo le risorse necessarie per far fronte ad una eventuale esposizione debitoria (se è vero che, nelle more di un sequestro giudiziario, il custode ben può procedere a locare il bene per una durata non superiore a quella del sequestro, una simile gestione temporanea non potrebbe neutralizzare il *periculum* dedotto dall'istante, quello cioè di non poter far fronte alla propria esposizione debitoria, anche alienando il bene di cui è proprietario. Il sequestro giudiziario ha la sola finalità di preservare il bene dal pericolo di infruttuosità nelle more del giudizio, ma non consente al legittimo proprietario di disporre economicamente. Un pericolo di tal fatta, in realtà, è fronteggiabile soltanto mediante la disposizione economica — ad opera del proprietario, e non certo di un custode — del bene, onde reperire le risorse economiche necessarie allo scopo sopra evidenziato.).

2.2. Il sequestro conservativo.

Più sottile è la linea di demarcazione rispetto al sequestro conservativo.

Se un creditore teme di subire un pregiudizio nel tempo occorrente per far valere il proprio diritto di credito in via ordinaria, pregiudizio ravvisabile, per esempio, nella impossibilità di adempiere a sua volta nei confronti di propri creditori a causa del danno apportato alla propria sfera patrimoniale dalla mancata soddisfazione del credito, il *periculum* paventato non sarà un *periculum* da infruttuosità (*rectius*: la perdita della garanzia del proprio credito) e, dunque, non potrà essere neutralizzato con la misura del sequestro conservativo.

Quindi, il *discrimen* tra le due misure è dato proprio dal tipo di pregiudizio dedotto: nell'esempio fatto, la concessione del sequestro conservativo non sarebbe di alcun giovamento al creditore, dal momento che il vincolo di indisponibilità a cui sarebbero sottoposti i beni del debitore non servirebbe ad impedire il paventato inadempimento di questi nei confronti dei propri creditori.

In definitiva, quanto alla tutela di un credito di una somma di denaro, se il danno da ritardo che si vuole evitare è esclusivamente il pericolo che il convenuto si renda insolvente prima della pronuncia della sentenza, il rimedio sarà quello del sequestro conservativo, non del provvedimento d'urgenza; se, invece, si ha non il timore di non avere il denaro al termine del processo di merito, ma serve invece avere il denaro subito, perché altrimenti la prestazione non servirà più o non servirà allo stesso modo, allora il provvedimento da rendere sarà quello di cui appunto all'art. 700 c.p.c. (si pensi al denaro che serve per evitare un fallimento).

3. La cancellazione dell'iscrizione ipotecaria.

Questione connessa, ma autonoma, è quella relativa alla possibilità di ricorrere al ricorso in via d'urgenza allorquando il relativo provvedimento cautelare esaurirebbe in via integrale la tutela ottenibile in via ordinaria. Ad esempio, va denegata la concessione in via di urgenza della tutela invocata ai fini della cancellazione della iscrizione ipotecaria, e ciò in forza del chiaro disposto dell'art. 2884 c.c., secondo cui la stessa, per essere eseguita dal conservatore, deve essere ordinata con sentenza passata in giudicato. Tale previsione, del tutto analoga a quella prevista dall'art. 2668 c.c. in tema di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale, rende inammissibile l'ordine di cancellazione mediante ordinanza cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, la quale non ha il carattere di definitività richiesto dalle citate disposizioni. Invero, nonostante l'attuale attitudine dei provvedimenti urgenti ad anticipare gli effetti di provvedimenti definitivi, anche a seguito della riforma da ultimo intervenuta, l'ordinanza *ex art. 700 c.p.c.* rimane modificabile o revocabile, non preclude la proponibilità del giudizio di merito e, in ogni caso, ha efficacia solo nell'ambito dello stesso procedimento. La questione è assolutamente nota alla giurisprudenza ed in realtà concerne anche i casi di cd. ipoteca giudiziale senza contraddittorio (iscrizione di ipoteca a seguito di decreto ingiuntivo concesso con provvisoria esecutività *ex art. 642 c.p.c.*, nel qual caso al giudice dell'opposizione è concesso solo di sospendere l'efficacia esecutiva, dovendo per la cancellazione necessariamente attendersi il passaggio in giudicato della sentenza che accolga l'opposizione). L'orientamento decisamente prevalente nella giurisprudenza di merito è nel senso dell'inammissibilità della tutela in via di urgenza in tal caso, come nell'analoga situazione della trascrizione della domanda giudiziale. La conclusione muove dalla considerazione che il provvedimento cautelare esaurirebbe la tutela conseguibile attraverso il giudizio di merito (cfr. in tal senso anche Cass., 16 gennaio 1986, n. 251, secondo cui l'ordinanza che dispone la cancellazione della trascrizione della domanda è da considerarsi in netto contrasto con il connotato più tipico dei provvedimenti di urgenza *ex art. 700*, quello che lo accomuna agli altri provvedimenti cautelari dello stesso Capo III, cioè la provvisoriété, e, producendo effetti irreversibili, spezza quel legame di strumentalità che il provvedimento di urgenza deve avere con quello di cognizione ordinaria ed assume i caratteri di un provvedimento abnorme).

È stato di recente osservato [non mancano provvedimenti radicalmente di contrario tenore, sia in assoluto (ad esempio, Trib. Milano, 30 settembre 2002, in *Giur. milanese*, 2002, 435) che limitatamente alle ipotesi in cui la trascrizione sia stata richiesta illegittimamente in relazione a domande astrattamente non trascrivibili; così, ad es. Trib. Verona, 10 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 1441] che deve essere dichiarato inammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* proposto per ottenere un provvedimento coercitivo del giudice per la cancellazione della trascrizione di una delle domande indicate negli artt. 2652 e 2653 c.c., che può essere ordinata — quando non sia consentita dagli interessati — soltanto con sentenza e si esegue quando la stessa sia passata in giudicato (art. 2668 c.c.), stante la definitività ed irreversibilità degli effetti sostanziali della cancellazione, con la conseguenza che, ove venga disposta a norma dell'art. 700 c.p.c. con ordinanza del giudice istruttore della relativa causa, tale ordinanza non ha più carattere

provvisorio, bensì decisorio e definitivo, e quindi costituisce provvedimento abnorme, ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost..

A tale orientamento si ritiene di dover aderire, in considerazione dell'esplicito dettato normativo (attraverso il quale sostanzialmente il legislatore ha scelto di porre a carico del debitore il rischio del danno derivante dalla illegittima iscrizione, piuttosto che a carico del creditore quello di mancato recupero del credito), pur nella consapevolezza dell'esistenza di una situazione di disparità tra le parti. In casi siffatti, pertanto, l'asserito debitore, per conseguire la cancellazione dell'ipoteca indebitamente iscritta, dovrà esperire un ordinario giudizio di cognizione (ferme restando le eventuali azioni di responsabilità) ed attendere il passaggio in giudicato della conclusiva sentenza che ordini la cancellazione. Va, peraltro, segnalato un indirizzo a tenore del quale la trascrizione della domanda giudiziale potrebbe essere cancellata in via interinale con ricorso di urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. esclusivamente quando la suddetta trascrizione sia abusiva, vale a dire fatta al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

La più recente giurisprudenza ha evidenziato che l'istanza *ex art. 700 c.p.c.* può considerarsi ammissibile solo quando si richieda una riduzione ipotecaria, e non una cancellazione della stessa. Le tesi che affermano il contrario si fondano su un'applicazione estensiva o analogica dell'art. 2884 c.c., equiparandosi la riduzione delle ipoteche ad una vera e propria cancellazione, estensione per similitudine che è, però, del tutto incongrua: sia perché diversa è la *ratio* della fattispecie che soggiace a ciascun istituto, sia perché la legge non mostra affatto e necessariamente una lacuna nella parte in cui disciplina l'istituto della riduzione, avendo il legislatore omissivo di statuire che essa debba disporsi con provvedimento conseguente ad un definitivo accertamento o con un provvedimento definitivo solo perché (probabilmente) non ha ritenuto che la riduzione presupponga una valutazione definitiva circa l'inesistenza originaria o sopravvenuta del credito da garantire.

In **ambito lavoristico**, è stato affermato che i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. hanno di norma il carattere dell'atipicità, dovendo essere adottati, secondo le circostanze, allo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, ma non devono per ciò solo anticipare il prevedibile contenuto della medesima; ne consegue che il provvedimento d'urgenza con cui si ordina la reintegrazione nel posto di lavoro di un lavoratore il cui licenziamento appaia illegittimo non ha necessariamente contenuto ed efficacia analoghi a quelli di un ordine di reintegrazione emesso, ai sensi dell'art. 18 della l. n. 300/1970, con la sentenza di merito, non ricomprendendo il provvedimento cautelare l'accertamento dell'obbligo datoriale del pagamento della retribuzione maturata nel periodo dalla data del licenziamento a quella della reintegrazione, ed essendo conseguentemente inidoneo a fondare la domanda di tali retribuzioni richieste dal lavoratore in sede monitoria.