

CORTE DI CASSAZIONE, sez. VI civ., ordinanza 9 giugno 2015, n. 11949

Pres. Petitti – Rel. Manna

Solaia Real Estate s.r.l. c. Arm Engineering s.p.a.

In caso di accoglimento della domanda cautelare proposta ante causam, seguito da rituale inizio del giudizio di merito, ai fini dell'individuazione del giudice preventivamente adito ai sensi dell'art. 39 c.p.c. deve tenersi conto della data di instaurazione del procedimento cautelare e non del processo di merito (massima non ufficiale).

(*Omissis*) 1. – Il 20.7.2012 la Solaia Real Estate s.r.l. (di seguito Solaia), committente di opere di ristrutturazione edilizia di un edificio posto in Trieste, notificava alla Arm Engineering s.p.a. (di seguito Arm), appaltatrice, un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* per conseguire il rilascio del cantiere, deducendo l'inadempimento di quest'ultima.

Ottenuta la misura cautelare dal Tribunale di Trieste, la Solaia instaurava il relativo giudizio di merito con citazione notificata il 12.11.2012, innanzi al predetto Tribunale. Citazione, a sua volta, preceduta dalla notificazione in data 5.8.2012, da parte della Arm alla Solaia, di un ricorso e di un decreto ingiuntivo, emesso dal Tribunale di Padova, per il pagamento del corrispettivo dell'appalto, pari a Euro 1.624.099,18.

1.1. – Eccepita dalla Arm nella causa innanzi al Tribunale di Trieste la incontinenza tra le due cause, detto giudice con ordinanza del 15.4.2014 dichiarava la continenza e, ritenendosi successivamente adito, fissava alle parti un termine per la riassunzione del giudizio innanzi al Tribunale di Padova. Osservava, al riguardo, che mentre la pendenza del giudizio innanzi al giudice padovano era determinata dal deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, avvenuto in data 19.7.2012, la pendenza del processo innanzi a sé era data dalla notifica dell'atto di citazione e non da quella del deposito del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* Infatti, la diversa tesi sostenuta dalla parte attrice, secondo cui la pendenza doveva individuarsi nella data di proposizione della domanda cautelare, poteva avere fondamento prima della riforma del processo cautelare di cui al D.L. n. 273 del 2005, convertito in l. n. 51 del 2006, per lo stretto collegamento prima esistente tra fase cautelare e fase di merito, non anche successivamente, essendo il giudizio di merito del tutto eventuale.

2. – Contro tale ordinanza la Solaia propone istanza di regolamento di competenza con ricorso notificato il 15.5.2014.

Attivato il relativo procedimento camerale, il Procuratore generale ha presentato le proprie conclusioni scritte. Entrambe le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 47 c.p.c., u.c.

3. – Osserva il Procuratore generale che contrariamente a quanto sostenuto dalla società ricorrente, la pendenza del giudizio davanti al Tribunale di Trieste deve ritenersi determinata al momento della notifica dell'atto di citazione e non a quello del deposito del ricorso volto ad ottenere il provvedimento d'urgenza. Tale conclusione (cui era pervenuta questa Corte già con la pronuncia n. 7337/96) trova ulteriore conferma, prosegue, alla luce del nuovo testo dell'art. 669 *octies* c.p.c., in base al quale i provvedimenti cautelari di tipo anticipatorio, tra cui quelli innominati *ex art. 700 c.p.c.*, presentano una strumentalità attenuata, in quanto conservano i loro effetti anche se non è instaurato il giudizio di merito in funzione del quale sono stati emessi.

4. – Il Collegio non condivide le conclusioni del Procuratore generale, essendo, invece, fondato, il proposto regolamento di competenza.

La giurisprudenza di questa Corte è nel senso che nel caso di domanda cautelare accolta (e confermata in sede di reclamo), seguita da rituale instaurazione del giudizio di merito nel termine fissato ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c., ai fini della individuazione del giu-

dice preventivamente adito deve necessariamente tenersi conto della data di instaurazione del procedimento cautelare, atteso l'inequivocabile collegamento che la norma impone tra ordinanza di accoglimento e inizio della causa di merito (Cass. nn. 16328/07 e 12895/04).

A tale indirizzo conviene dare continuità, anche nel contesto del nuovo testo dell'art. 669 *octies*, comma 6°, aggiunto dal d.l. n. 35 del 2005, art. 2, comma 3, lett. *e bis*), n. 23, convertito con modificazioni in l. n. 80 del 2005, che ha previsto una strumentalità attenuata per i provvedimenti emessi *ex art.* 700 c.p.c. e per gli altri a contenuto anticipatorio. Ciò in quanto (come osservato da Cass. n. 3119/09, non massimata, e da Cass. n. 5335/07, in motivazione), la nuova formulazione dell'art. 669 *octies* c.p.c. attenua, ma non esclude il vincolo di strumentalità della misura rispetto al giudizio di merito che, ove proposto, costituisce pur sempre la naturale, anche se non necessaria, prosecuzione della fase cautelare.

Milita a sostegno la considerazione ulteriore che la domanda cautelare *ante causam*, dovendo essere proposta al giudice competente a conoscere del merito (art. 669 *ter* c.p.c., comma 1°), preannuncia una scelta processuale che, per il principio di autoreponsabilità e di affidamento processuale, vincola la parte ricorrente e onera quella resistente ad eccepire l'incompetenza già in sede cautelare.

5. – Pertanto, l'istanza di regolamento va accolta e, conseguentemente, deve essere dichiarata la competenza del Tribunale di Trieste. (*Omissis*).

Provvedimento cautelare *ante causam*, litispendenza e individuazione del giudice competente per il merito: vecchi e nuovi prodigi dalla lampada di Aladino

1. – Annotando criticamente sulle pagine di questa Rivista l'ordinanza della Sezione lavoro della Cassazione n. 3119 del 2009, Edoardo Ricci concludeva, con la fantasiosa incisività caustica che costituiva uno dei suoi mille talenti, che per la Cassazione il provvedimento cautelare pareva così «ormai diventato come la lampada di Aladino: se lo strofini, viene fuori un genio che ti dà ciò che vuoi. Ma forse sarebbe meglio dire che il genio ti dà, questa volta, quello che vuole lui» ⁽¹⁾. Ora, a distanza di pochi anni, è la Sezione Sesta della S.C. ad affrontare un'analogha problematica ed a risolverla con una motivazione sintetica, consistente essenzialmente nel richiamare l'insegnamento proprio del precedente ora ricordato, così come di poche altre pronunce di legittimità ⁽²⁾, non senza però svolgere anche alcune considerazioni inedite, espressamente dirette a fornire un ulteriore sostegno alla soluzione accolta.

Stando a quanto è possibile dedurre dalla veloce narrativa contenuta nella sentenza qui in esame, nella fattispecie una società, «committente di opere di ristrutturazione edilizia di un edificio posto in Trieste», si era ri-

⁽¹⁾ Cfr. E.F. Ricci, *Il provvedimento cautelare ante causam come lampada di Aladino*, nota a Cass., sez. lav., 9 febbraio 2009, n. 3119, in questa *Rivista* 2010, 236 ss., *ivi*, 240.

⁽²⁾ Si tratta, in particolare, di: Cass., sez. I, 24 luglio 2007, n. 16328, in questa *Rivista*, 2008, 849 ss., con nota di critica di U. Corea; Cass., sez. I, 8 marzo 2007, n. 5335, in *Mass. Foro it.* 2007, 423; Cass., sez. lav., 12 luglio 2004, n. 12895, *ivi* 2004, 994 s.

guardo all'impedimento di decadenze sostanziali e all'interruzione di termini prescrizionali³⁵ – trarre, dalle ampie premesse del ragionamento delle Sezioni Unite, parimenti late conclusioni, nella consapevolezza che la

ragionevolezza è, prima ancora che espressione di calcolo prudenziale e razionalità economica³⁶, un essenziale valore di civiltà giuridica³⁷.

Procedimento cautelare e competenza in corso di causa

Tribunale Roma, 6 ottobre 2015 – Pres. Marvasi – Est. Russo – CASPIE e C.A.S.P.I.E. – MBA e W. s.r.l. *Conferma Trib. Roma, 3 luglio 2015*

Procedimenti cautelari – In materia civile – Competenza – Competenza in corso di causa – Rapporti fra procedimento cautelare e giudizio di merito – Causa pendente per il merito – Interpretazione

Ai sensi dell'art. 669 quater, 1° comma, c.p.c., per "causa pendente per il merito" non deve intendersi una qualsiasi lite pendente tra le medesime parti, bensì esclusivamente quella avente ad oggetto la pretesa che si intende tutelare con l'atto introduttivo del giudizio di merito e non altra domanda, sebbene connessa o contrapposta (nella specie, è stato dichiarato infondato il reclamo proposto avverso l'ordinanza del giudice di prima istanza che aveva ritenuto inammissibile una domanda di sequestro conservativo, introdotta in corso di causa con riferimento ad una domanda riconvenzionale non ancora proposta nel giudizio di merito pendente).

Omissis. – Fatto

Con reclamo, depositato in data 9.7.2015, la CASPEE e la C.A.S.P.L.E., hanno impugnato il provvedimento in epigrafe indicato con il quale il Giudice di prime cure aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalle stesse reclamanti ai sensi degli art. 669-quater e 671 c.p.c., finalizzato al sequestro conservativo dei fondi, delle riserve, dei conti correnti e dei crediti, nonché dei beni di qualsiasi genere e natura, intestati alla MBA e, per quanto di sua competenza, alla Winsalute

s.r.l., fino alla concorrenza di € 20.000.000,00, pari all'ammontare dei contributi corrisposti complessivamente da esse reclamanti alla MBA per l'annualità 2014, ovvero per la diversa somma determinata dal giudice.

Le odierne istanti hanno eccepito l'erroneità dell'ordinanza succitata con particolare riferimento alla pronuncia ivi contenuta di inammissibilità della domanda cautelare formulata, hanno sostenuto, viceversa, la piena legittimità e proponibilità, dinanzi al giudice precedentemente adito, dell'istanza di sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c., perché correttamente proposta in pendenza di causa per il merito al giudice competente ai sensi dell'art. 669 quater c.p.c.;

hanno altresì rappresentato che la pendenza della lite, al fine della puntuale proposizione in corso di causa della richiesta cautelare, debba essere considerata come determinata, ai sensi dell'art. 39 c.p.c., dalla notifica dell'atto introduttivo del giudizio, si da non apparire necessaria (a tale finalità) l'apposita costituzione delle parti; viepiù hanno asserito che il rapporto di strumentalità tra l'istanza cautelare formulata in corso di causa e la domanda di merito, possa essere individuato con riguardo alla domanda riconvenzionale non ancora proposta nel giudizio già formalmente pendente tra le parti, altrimenti ledendosi i diritti di difesa dei richiedenti, i quali sarebbero costretti ad anticipare i termini della costituzione nella controversia prima della scadenza di quelli previsti dalla legge (venti giorni prima dell'udienza di compunzione). Le ricorrenti hanno infine sostenuto in fondatezza della richiesta di sequestro conservativo a tutela del proprio credito e della garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., e la necessità di un suo integrale accoglimento in ragione della sussisten-

³⁵ L'estensione del principio in argomento non solo alle decadenze sostanziali (cosa, quest'ultima, che trae valore dallo stesso dato letterale per cui la conoscenza o conoscibilità dell'atto da parte del destinatario non è generalmente prevista dalla legge quale elemento costitutivo della fattispecie impeditiva – così, Cass., Sez. un., 14 aprile 2010, 8830, cit.), ma anche ai termini prescrizionali, farebbe leva, oltre che sui motivi tutti significati nel presente paragrafo, sul rilievo per cui, diversamente opinando (e, segnatamente, addossando sull'istante l'onere di consegnare l'atto per la notifica uno o più giorni prima dello spirare del termine), si finirebbe per ridurre arbitrariamente, e senza puntuale definizione *ex ante*, la durata del termine prescrizionale, nonché sugli elementi di analogia con le decadenze (segnatamente, i punti di comunanza nella *ratio* ispiratrice ed il rilievo, ai fini preservativi del titolare, dell'atto di esercizio del diritto, analogo al compimento dell'atto ex art. 2966 c.c. – v., sull'assenza di radicali differenze ontologiche tra decadenza e prescrizione, Vitucci, *Le disposizioni generali sulla prescrizione*, Pescara, 1980, 10) e sui canoni dell'interpretazione sistematica – anche con riguardo all'art. 2934 c.c. – nonché, occorrendo, costituzionalmente orientata dell'art. 2943 c.c. (che, comunque, parlando nei lati termini di "notificazione", rinvia ai principi processuali – incluso, quindi, anche quello di scissione soggettiva – che regolano l'iter notificatorio).

³⁶ In questo senso, implicitamente fatto proprio dalla pronuncia

in epigrafe (spec. § 3.1: "Il principio di ragionevolezza implica un bilanciamento dei beni in conflitto. All'esito del bilanciamento un bene viene sacrificato a vantaggio di un altro bene. La tecnica del bilanciamento avviene attraverso vari *steps*: a) primo *step*: il sacrificio di un bene deve essere necessario per garantire la tutela di un bene di preminente valore costituzionale (per esempio, certezza e stabilità delle relazioni giuridiche); b) secondo *step*: a parità di effetti, si deve optare per il sacrificio minore; c) terzo *step*: deve essere tutelata la parte che non versa in colpa; d) quarto *step*: se entrambe le parti non sono in colpa, il bilanciamento avviene imponendo un onere di diligenza – o, comunque, una condotta (attiva o omissiva) derivante da un principio di precauzione – alla parte che più agevolmente è in grado di adempiere"); Dworkin, *Law's Empire*, London, 1986, secondo cui – come è noto – una condotta è ragionevole se il costo marginale della non esecuzione della stessa è minore di quello del pregiudizio o danno destinato a scaturirvi.

³⁷ In quest'ottica, ad es., Corte cost., 23 novembre 1994, n. 397, in *Giur. Cost.*, 1994, III, 3529. Sulla ragionevolezza come principio di coerenza, v. già Corte cost., 29 novembre 1982, n. 204, *ivi*, 2518. V. anche Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 542, che definisce il criterio quale "principio non scritto necessario per ordinare tutte le manifestazioni del giuridico".

za dei presupposti di legge del *fumus bonus juris* e del *periculum in mora*.

Instaurato il contraddittorio, si sono costituite le società reclamate, sostenendo la correttezza del provvedimento impugnato e concludendo per la sua integrale conferma. All'udienza collegiale fissata, le parti hanno discusso la causa ed il Collegio ha riservato le decisioni.

Diritto

Il reclamo è infondato per i motivi di seguito esposti.

L'impugnativa delle Casse si fonda sulla lettura combinata delle disposizioni contenute negli art. 669 quater c.p.c. e 39 c.p.c., dalla quale si evincerebbe, nella tesi delle reclamanti, il collegamento inscindibile, in ordine alla ammissibilità della domanda cautelare in corso di causa e, quindi, all'individuazione del giudice competente a deciderla, tra la notificazione dell'atto di citazione (o comunque del ricorso introduttivo della lite) e la pendenza formale della stessa controversia. Secondo le postulazioni delle reclamanti, dunque, la notificazione alla parte convenuta della citazione determinerebbe automaticamente la pendenza della lite nel merito anche ai sensi dell'art. 669 quater c.p.c., ciò prescindendo dalla reale costituzione delle parti in giudizio e dalla effettiva proposizione della domanda di merito rispetto alla quale è richiesta la cautela.

Tale ricostruzione giuridica non possiede agganci di diritto positivo, né ha trovato svolgimento argomentativo nella decisione della giurisprudenza di merito e di legittimità.

L'ad. 669-quater, comma 1, c.p.c. così recita: "quando vi è causa pendente per il merito la domanda deve essere proposta al giudice della stessa".

Secondo la giurisprudenza prevalente, per "causa pendente per il merito" non deve intendersi una qualsiasi lite pendente tra le medesime parti, bensì esclusivamente quella avente ad oggetto la pretesa che si intende tutelare con l'atto introduttivo del giudizio di merito e non altra domanda, sebbene connessa o contrapposta. Dunque, affinché si abbia pendenza nel merito della controversia è necessaria la puntuale identità di *petitum* e di causa *petendi* tra il giudizio di merito ed il procedimento cautelare: solamente in questo caso il giudice competente a conoscere della richiesta cautelare potrebbe essere individuata in quello già adito per la domanda di merito, viceversa restando la domanda cautelare del tutto slegata dall'ambito oggettivo del giudizio di merito, si da non poter essere considerata strumentale rispetto alla causa pendente dinanzi, al giudice del merito, in quanto non pertinente o inerente alla stessa.

Siffatta esegesi interpretativa è stata indicata dalla stessa Corte di cassazione, la quale si è in tal senso pronunciata sia pure con riferimento all'art. 701 c.p.c. (ora abrogato) che, per individuare la competenza del giudice chiamato a pronunciarsi su un ricorso ex art. 700 c.p.c., utilizzava lo stesso criterio ora previsto dall'art. 669 quater c.p.c. per tutti i procedimenti cautelari. La Corte di nomofilachia ha ribadito più volte che la causa per il merito, in relazione alla cui pendenza l'art. 701 cod. proc. civ., in deroga alla Competenza del pretore, prevede la Competenza del giudice istruttore è quella, tra le stesse parti nella quale si faccia valere il medesimo diritto che si afferma minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, ai fini della tutela in via cautelare. Pertanto, la competenza del giudice istruttore non sussiste quando la causa di merito investa un diritto diverso, ancorché connesso a quello dedotto nel procedimento di urgenza (Cass. n. 2795 del 09/06/1989). Ed ancora, la Suprema Corte ha affermato che "ai fini di quanto dispone l'art. 701 cod. proc. civ., perché possa parlarsi di causa pendente per il merito e, quindi, di competenza del giudice

istruttore della stessa a pronunciare sulla domanda di provvedimento d'urgenza, occorre che sussista un rapporto di inerenza attuale fra tale domanda e la lite in corso, nel senso che questa deve comprendere l'accertamento del diritto alla cui tutela tende in via provvisoria il provvedimento ex art. 700 cod. proc. civ." (Cass. n. 2339 del 05/03/1987).

Precisato ciò, il Collegio ritiene che il giudice di prime cure abbia correttamente dato attuazione ai principi di diritto affermatasi sul punto e agli assunti giurisprudenziali poc'anzi richiamati, attraverso una pronuncia scevra da vizi logici e giuridici e tale da dovere essere totalmente confermata all'esito dell'attuale fase di reclamo.

Difatti, nella fattispecie all'odierna attenzione come già veduto le Casse reclamanti hanno formulato istanza di sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c., in un giudizio nel quale ancora non erano costituite e soprattutto con riferimento ad una domanda riconvenzionale non ancora preposta a ed una chiamata di terzo (riferibile alla Winsalute s.r.l.) non ancora effettuata, bensì soltanto preannunciate nella medesima richiesta cautelare. Ne discende che il giudice impugnato ha con esattezza ritenuto insussistente, al momento della proposizione della istanza cautelare, quel rapporto di necessaria strumentalità o inerenza immediata tra l'oggetto della domanda di merito (nemmeno proposta) e la domanda cautelare (già sollevata), che da solo giustifica la proponibilità della domanda cautelare in corso di causa dinanzi al giudice competente per il merito, in attuazione di quanto enunciato nell'art. 669 quater c.p.c. D'altronde a voler intendere diversamente (ossia nel senso inverso dedotto dalle reclamanti) si verificherebbero conseguenze del tutto prive di fondamento normativa e logico, atteso che nel caso di accoglimento della domanda cautelare, qualora non vi fosse la successiva costituzione nel giudizio di merito con la proposizione della domanda riconvenzionale e la chiamata del terzo, ci troveremmo di fronte ad un provvedimento di sequestro privo di alcun collegamento con una sottostante domanda di merito ed emesso anche nei confronti di un soggetto oseranno al giudizio.

Alla stessa maniera si appalesano infondati i rilievi sollevati dalle Casse all'ordinanza reclamata in ragione di una asserita presunta violazione dei diritti difensivi delle parti convenute, costrette, in tesi, ad una "forzata" costituzione anticipata rispetto alla scadenza naturale del termine di costituzione tempestiva ordinariamente valido per le parti convenute ai sensi dell'art. 166 c.p.c. (venti giorni prima dell'udienza). Ed invero, contrariamente a quanto dedotto, nessuna effettiva costrizione riguarderebbe le parti citate ma non ancora costituite nella lite, atteso che le medesime potrebbero azionare la pretesa cautelare con un autonomo e separato ricorso ante *causam* che è stato previsto dal legislatore proprio per l'ipotesi in cui la parte che chieda la cautela si voglia limitare a preannunciare la domanda di merito; in tal caso il legislatore ha previsto un apposito rimedio in forza del quale la mancata proposizione della domanda di merito nel termine perentorio fissato dal giudice determina la perdita di efficacia del provvedimento cautelare (cfr. art. 669 novies c.p.c.). Tale meccanismo non può, invece, operare nel caso del ricorso cautelare proposto in corso di causa, non essendo prevista la fissazione di un termine proprio in considerazione del fatto che si presuppone già introdotta la domanda di merito in relazione alla quale è chiesta la cautela.

Per tutto quanto sopra esposto va quindi confermata l'ordinanza reclamata, perché corretta o priva di vizi o violazioni di legge.

In considerazione dell'integrale rigetto del gravame, le reclamante vanno condannate al pagamento delle spese

della presente fase solo nei confronti della Winsalute s.r.l., che non è parto del giudizio principale, e vengono liquidate come in dispositivo. Le spese tra le Casse e la MBA saranno liquidate all'esito del giudizio di merito.

P.Q.M.

visto l'art. 669 terdecies c.p.c., respinge il reclamo in epigrafe e per l'effetto conferma l'ordinanza impugnata;

condanna le reclamanti, in solido, al pagamento in favore di Winsalute s.r.l. delle spese della presente fase di reclamo che liquida in €4.000,00 per compensi, oltre spese generali, IVA e CPA;

riserva al giudizio di merito la regolazione delle spese della presente fase di reclamo fra le Casse reclamanti e la MBA Mutua Basic Assistance. – *Omissis*.

Sul rapporto di strumentalità fra domanda cautelare e causa pendente per il merito

Dorotea Girardi*

L'ordinanza del Tribunale di Roma in commento offre l'occasione per delineare la rilevanza che assume, ai fini dell'interpretazione dell'art. 669 *quater* c.p.c., la natura strumentale della tutela cautelare rispetto a quella a cognizione piena, in ordine ai rapporti, tanto fra oggetto della domanda cautelare incidentale e oggetto del giudizio di merito pendente, quanto fra competenza cautelare in corso di causa e competenza sul merito della causa medesima.

L'identità di *petitum* e di *causa petendi* tra il giudizio di merito ed il procedimento cautelare

L'ordinanza in epigrafe, resa a seguito di proposizione di reclamo cautelare, contribuisce ad arricchire il quadro interpretativo relativo ai rapporti fra domanda cautelare e ambito oggettivo del giudizio di merito nel quale essa è proposta *ex art. 669 quater*, 1° comma, c.p.c.

Al riguardo, la motivazione del Tribunale appare del tutto condivisibile, allorché confuta la ricostruzione giuridica offerta dalle istanti in sede di reclamo, secondo la quale il rapporto di strumentalità fra l'istanza cautelare (di sequestro conservativo) formulata in corso di causa e la domanda di merito dedotta nel giudizio può essere individuato con riguardo alla domanda riconvenzionale non ancora proposta nella lite, da considerarsi già pendente ai sensi del combinato disposto degli artt. 669 *quater* e 39 c.p.c.

In particolare, il provvedimento in commento chiarisce che siffatta lettura interpretativa non trova appigli nel diritto positivo, né conforto nell'interpretazione giurisprudenziale prevalente.

Sotto il primo profilo, l'art. 669 *quater*, 1° comma, c.p.c. dispone che "Quando vi è causa pendente per il merito la domanda deve essere proposta al giudice della stessa".

Dalla lettera della norma si deduce agevolmente che la competenza del giudice della causà di merito in ordine alla istanza cautelare nell'ambito di essa innestata, è strettamente legata alla pendenza della causa medesima. Tuttavia, la predetta formulazione letterale

non è di ausilio ai fini della definizione del presupposto di proponibilità della domanda cautelare in corso di causa, ossia la pendenza dello stesso giudizio di merito.

Sotto il secondo profilo sopra richiamato, dunque, assume rilievo l'interpretazione (giurisprudenziale) della locuzione "causa pendente per il merito", al fine di definire correttamente l'ambito applicativo dell'art. 669-*quater*, 1° comma, c.p.c. e di comprendere, in particolare, la relazione intercorrente fra la domanda cautelare proposta in corso di causa e la domanda di merito dedotta nella causa medesima.

Invero, per individuare il momento iniziale di pendenza della lite, si ha riguardo alla data della notificazione dell'atto di citazione o del deposito del ricorso (art. 39, ult. comma, c.p.c.), a seconda del rito cui è assoggettato la domanda introduttiva del giudizio di merito¹.

Senonché, è vero che la notificazione o il deposito, a seconda dei casi, determina la pendenza della lite, ma la *quaestio* interpretativa in oggetto concerne l'individuazione non di qualsivoglia causa di merito, bensì di quella rilevante al fine di "attrarre" la competenza sulla domanda cautelare.

Orbene, al fine di risolvere il dubbio interpretativo in esame, assume precipua rilevanza il significato della "strumentalità" della tutela cautelare, rispetto al processo a cognizione piena ed eventualmente a quello esecutivo², quale naturale "servenza" della prima ad assicurare l'utilità e proficuità dei secondi³.

Come confermato dal Tribunale in epigrafe, infatti,

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Su tale profilo, cfr., da ultimo, S. Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 306; in *Giurisprudenza*, v. Cass., 26 novembre 1993, n. 11724, in *www.dejuregiuffre.it*, con riferimento alla pendenza del giudizio segnata dalla notificazione del relativo atto di citazione ai fini della proposizione di un ricorso *ex art. 700 c.p.c.*

² In generale, sulla strumentalità dei provvedimenti cautelari, cfr., per tutti, A. Proto Pisani, voce "Procedimenti cautelari", in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 5 e segg., con postilla di Aggiornamento del 2006.

³ Cfr. S. Recchioni, *op. cit.*, 47 e segg., con particolare riferimento alla distinzione fra strumentalità strutturale e funzionale della tutela cautelare, la prima relativa alla relazione fra la misura cautelare e il necessario avvio e prosecuzione del processo principale, la seconda (valorizzata nel testo) concernente il rapporto di servenza della tutela cautelare rispetto a quella a cognizione piena, oltreché esecutiva. In materia societaria, cfr. D. Longo, *Presupposti e strumentalità del provvedimento cautelare di revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2007, 1009 e segg., sulla ricostruzione del presupposto del *fumus boni iuris* in ordine all'azione cautelare di revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata di cui all'art. 2476, 3° comma, c.c. e sulla strumentalità di



RG n. 2665/15

TRIBUNALE DI TRIESTE
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA

Il giudice delegato

a scioglimento della riserva di cui al verbale di udienza del 7.10.15,
rilevato che Crescenzi Michele ha proposto opposizione avverso la decisione di esclusione dello stesso dalla Alea Di Flavio De Luca & C. snc assunta in data 14.7.2015, chiedendo contestualmente la sospensione dell'esecuzione della delibera stessa;
rilevato che, fissata l'udienza per la decisione in ordine all'istanza di sospensione, si costituiva la società, eccependo in via preliminare l'incompetenza del Tribunale di Trieste – sezione specializzata in materia di impresa;
rilevato che l'art. 3, comma 2, del Dlgs. N. 168/06 (come modificato dalla L. n. 27/12) prevede che: *“le sezioni specializzate sono altresì competenti, relativamente alle società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento”*;
rilevato che pertanto le controversie relative a società di persone non rientrano nella competenza delle sezioni specializzate;
rilevato che essendo la società resistente una snc la controversia in esame non rientra nella competenza per materia di questo Tribunale quale sezione imprese;
rilevato che in senso contrario non può desumersi dalle ordinanze citate da parte attrice, che non argomentano in alcun modo sulla competenza;
rilevato che avendo la società sede in Udine è da escludersi anche la competenza per territorio del Tribunale di Trieste;
rilevato che l'esclusione della competenza del Tribunale di Trieste (per territorio, oltre che per materia) vale ad escludere qualsiasi rilevanza dell'orientamento richiamato da parte attrice circa il fatto che la ripartizione delle funzioni tra le sezioni specializzate e le sezioni ordinarie non radica una questione di competenza;
rilevato che pertanto l'eccezione di incompetenza del Tribunale di Trieste – sezione delle imprese a favore del Tribunale di Udine pare fondata;
rilevato che la sospensiva della delibera di esclusione di un socio presuppone – al pari di ogni cautelare – il *fumus boni juris* e il *periculum in mora*;
rilevato che l'incompetenza del Tribunale adito preclude l'accogliibilità – dinanzi a questo Tribunale – della domanda e quindi l'accoglimento della richiesta di sospensione;
rilevato che in senso contrario non pare argomentarsi da Cass. n. 3473/99, atteso che non pare in discussione la competenza di questo giudice, quale giudice del merito, circa la misura cautelare *ex art. 669 quater c.p.c.*, fermo rimanendo che una valutazione prognostica circa l'incompetenza della causa di merito non può non incidere sull'accogliibilità della cautela;
rilevato infatti come non si può non sottolineare il collegamento strutturale tra il giudizio cautelare e quello ordinario in virtù della imprescindibile e necessaria continuità tra la fase cautelare e quella di cognizione piena, risultando la pronuncia nel merito il riflesso immediato



della strumentalità strutturale tra la tutela cautelare e quella a cognizione completa (cfr. Tribunale Santa Maria Capua Vetere 6.5.11);
rilevato che pertanto va rigettata la richiesta di sospensione dell'esecuzione della delibera impugnata;
rilevato che la regolamentazione delle spese è demandata al merito.

P.Q.M.

rigetta la richiesta di sospensione;
spese al merito.
Trieste, 7.10.15

Il giudice
Giulia Spadaro



on conosceva o non era stato messo in grado di individuare precisamente altri coobbligati responsabili civili del danno, perché sarebbe penalizzante ricollegare ad una scelta del foro penale avvenuta inconsapevolmente la normale sanzione della sospensione necessaria.

Considerazioni non dissimili possono farsi per il caso in cui i responsabili civili sono conosciuti, ma hanno manifestato la loro disponibilità a risarcire il danno e, quindi, non sparisce il necessario evocarli come responsabili civili nel processo penale.

Tutte queste ragioni, ad avviso del Collegio corroborano la fondatezza della soluzione ipotizzata nella relazione e giustificano la caducazione dell'ordinanza impugnata, in applicazione del seguente principio di diritto: «La norma dell'art. 75 c.p.p., comma 3, dev'essere interpretata nel senso che la sospensione necessaria del processo civile disposta per il caso in cui il danneggiato abbia prima esercitato l'azione civile in sede penale con la costituzione di parte civile e, quindi, abbia successivamente esercitato l'azione civile in sede civile, non trova applicazione allorché il detto danneggiato eserciti l'azione civile in sede civile non solo contro l'imputato, ma anche contro altri coobbligati e ciò tanto se il fatto imputato è già realizzato dia luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo, quanto se dia luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario, restando, altresì, in ogni caso rilevante che alcuno o tutti fra i coobbligati fossero stati citati nel processo penale come responsabili civili».

3. L'ordinanza impugnata è, dunque, caducata e va disposta la prosecuzione del giudizio. Al giudice di merito è rimessa la decisione sulle spese del giudizio di regolamento.

P. Q. M.

La Corte dispone la prosecuzione del giudizio. Fissa per la assunzione del giudizio dinanzi al Tribunale di Roma, cui mette la decisione sulle spese del giudizio di regolamento, termine di mesi tre dalla comunicazione del deposito della presente ordinanza. — *Omissis*.

(1) Con un'articolata motivazione la Corte di cassazione, nell'ordinanza in epigrafe, esclude la necessità della sospensione del processo civile nel caso in cui il danneggiato, già costituitosi parte civile nel processo penale, eserciti in seguito l'azione civile, nella sua sede propria, tanto contro l'imputato che contro il responsabile civile.

È indifferente che si versi in un'ipotesi di litisconsorzio necessario oppure facoltativo.

La sospensione necessaria del processo ha luogo, infatti, ai sensi dell'art. 75, comma 3, c.p.p., nell'ipotesi in cui l'azione civile sia promossa nei confronti del solo imputato.

Il carattere eccezionale della disciplina dettata dall'art. 75, comma 3, c.p.p.¹ preclude un'interpretazione estensiva della norma che includa il caso in cui l'azione venga esercitata anche contro il responsabile civile².

Quest'ultimo, diversamente opinando, pur privato della possibilità di partecipare al processo penale (posto che la revoca, anche tacita, della costituzione di parte civile, ai sensi dell'art. 83, comma 6, c.p.p. e dell'art. 85, comma 4, c.p.p., travolge gli effetti ricollegati alla citazione o all'intervento volontario del responsabile civile) si vedrebbe nondimeno assoggettato all'efficacia del giudicato penale, ai sensi degli artt. 651, 652 e 654 c.p.p., in violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa³.

Da scartare, secondo la suprema Corte (e non solo, come ovvio, quando il cumulo di domande verso l'imputato ed il responsabile civile è un cumulo necessario), è anche l'ipotesi di una rottura del nesso fra le due cause, con sospensione della domanda proposta nei confronti dell'imputato-danneggiante, previa separazione del relativo giudizio dall'altro.

DOMANDA CAUTELARE ANTE CAUSAM

TRIBUNALE SALERNO, 30 marzo 2009 (ordinanza) — SCARPA *Giudice* — Iengo (avv. Fauceglia) - Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. (avv. Trezza) ed altri.

Provvedimenti cautelari — Domanda cautelare ante causam — Mancata indicazione della futura causa di merito — Nullità — Sanabilità del vizio (C.p.c. artt. 164, 669 bis, 669 sexies).

La domanda cautelare ante causam priva dell'indicazione della causa di merito è nulla, ma sanabile tramite integrazione ordinata dal giudice (1).

Omissis. — Letto il ricorso ex art. 700 c.p.c. presentato il 12 gennaio 2009 e poi integrato il 23 gennaio 2009 — *Omissis*. — considerato come nella memoria integrativa, ordinata dal Giudice con decreto del 20 gennaio 2009 al fine di individuare gli elementi identificativi della futura azione di merito cautelanda, Silvana Iengo ha precisato che la domanda di tutela a cognizione piena ed ordinaria avrà ad oggetto la determinazione del valore effettivo della quota di partecipazione sociale pignorata e l'accertamento della illegittimità

¹ L'autonomia delle giurisdizioni e l'indipendente prosecuzione dei due giudizi, ex art. 75, comma 2, c.p.p., eccezion fatta per le ipotesi tassativamente indicate dal comma 3 della norma, è specifica in caso di rapporto tra processo penale e processo civile avente ad oggetto le restituzioni ed il risarcimento, è peraltro discussa in ipotesi di processo civile non di danno, in ordine al quale vi è chi sostiene la sopravvivenza della regola della sospensione necessaria per pendenza di un processo penale "influyente": sul punto, *ex multis*, cfr. in giurisprudenza, Cass., 12 luglio 2007, n. 15657, in *Rep. Giur. It.*, 2007, voce "Procedimento civile", n. 870; Id., 18 gennaio 2007, n. 1095, *ibid.*, voce "Giudizio (rapporto)", n. 32; Id., 13 maggio 1997, n. 4179, in *Giur. It.*, 1997, I, 1164, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti, e, in dottrina, ZUMPANO, *Sospensione necessaria per pregiudizialità penale e azioni civili non risarcitorie*, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2224, nonché TRISORIO LIUZZI, *Sull'abrogazione della sospensione del processo per pregiudizialità penale*, in *Foro It.*, 1997, I, 1762.

² Sostanzialmente nello stesso senso dell'ordinanza qui an-

notata Cass., 4 gennaio 2000, n. 13, in *Rep. Giur. It.*, 2000, voce "Procedimento civile", n. 254, e per esteso, in *Foro It.*, 2000, I, 47, secondo la quale la sospensione necessaria del processo civile non ha luogo, ai sensi dell'art. 75 c.p.p., nell'ipotesi in cui l'azione civile sia promossa nei confronti del solo responsabile civile.

³ Già la Corte costituzionale, vigendo ancora il codice Rocco, aveva sancito, come è noto, la parziale incostituzionalità degli artt. 25, 17 e 18 c.p.p. nella parte in cui prevedevano un'efficacia del giudicato penale anche nei confronti di soggetti rimasti estranei al processo penale, o perché non legittimati o perché di fatto non posti in condizione di parteciparvi, con la conseguenza di circoscrivere l'ambito di operatività della sospensione necessaria del giudizio civile ai soli casi in cui il processo penale era suscettibile di concludersi con una sentenza con autorità di giudicato in sede civile (Corte cost., 26 giugno 1975, n. 166, in *Foro It.*, 1976, I, 36; Id., 27 giugno 1973, n. 97, *ivi*, 1973, I, 2009; Id., 22 marzo 1971, n. 55, *ivi*, 1971, I, 824).

della procedura di vendita messa in atto dalla Banca creditrice pignorataria in relazione agli artt. 2797 e 2471, comma terzo, c.c., nonché la violazione del meccanismo statutario di intrasferibilità delle quote sotteso alla prelazione; sentiti altresì i resistenti costituitisi, Banca Nazionale del Lavoro s.p.a., Cinegest S.r.l. e Giuseppe Rizzo, i quali si dolgono dell'applicazione analogica dell'articolo 164 c.p.c. fatta dal G.D. nel decreto 20 gennaio 2009 — *Omissis* — sciogliendo la riserva di pronuncia, all'esito del termine del 30 marzo 2009 assegnato per il deposito di memorie difensive, osserva quanto segue. — *Omissis*.

La difesa della resistente B.N.L. contesta la sanatoria del ricorso disposta dal giudice designato col decreto del 20 gennaio 2009, in applicazione analogica dell'art. 164 c.p.c., essendo, a suo dire, tale integrazione consentita "nella particolare ed unica ipotesi in cui il convenuto si sia già costituito". È innanzitutto invece vero che l'art. 164 comma 5 c.p.c. consente di sanare la domanda nulla per mancanza dei requisiti ex art. 163 n. 3 e n. 4 c.p.c. tanto se il convenuto si è costituito, tanto se ciò non sia avvenuto, distinguendo all'uopo tra integrazione o rinnovazione.

Invero, nel perdurare silenzio serbato sul punto dall'art. 669 bis c.p.c., come dall'art. 23 d. lgs. n. 5/2003, resta affidato all'interprete, pure a seguito delle riforme degli ultimi anni, il compito di fissare quale debba essere il contenuto della domanda cautelare. Viene unanimemente condiviso il richiamo all'art. 125 c.p.c., quale norma che descrive il *minimum* che ogni atto di parte deve avere, ovvero l'indicazione del giudice, delle parti, dell'oggetto, delle ragioni della domanda, delle conclusioni o dell'istanza e, infine, della sottoscrizione. Ma la soluzione più diffusa si spinge ben oltre, imponendo al ricorrente in sede cautelare di specificare anche quelle che saranno le sue conclusioni nella futura causa di merito, ovvero gli elementi di individuazione della domanda da proporsi nel giudizio di cognizione. A ciò indurrebbe sia la possibile portata anticipatoria della misura cautelare rispetto agli effetti della sentenza, sia l'esigenza di agevole individuazione del diritto di cui occorra scorgere il *fumus*, sia il riscontro di alterità, nelle ragioni di fatto o di diritto, tra l'istanza riproposta e quella precedentemente rigettata, ai fini dell'art. 669 septies, comma 1, c.p.c., sia, ancora, la presenza nel sistema dell'art. 693, comma 3, c.p.c. (che, quanto al contenuto dell'istanza di istruzione preventiva, prescrive l'esposizione sommaria delle domande o eccezioni cui la prova è preordinata), sia, soprattutto, la necessità di dare governo al meccanismo di inefficacia per mancato inizio del procedimento di merito, di cui agli originari artt. 669 octies e 669 novies c.p.c.; di molto svanita, dopo la soppressione dell'ufficio del pretore operata dal D. L.vo 19 febbraio 1998, n. 51, sembra, invece, l'impellenza di accertare, alla luce della formulazione della domanda cautelare, la competenza del giudice adito in ordine alla successiva causa di merito.

Appare sino ad oggi consolidata, quindi, l'opzione ermeneutica che assegna alla domanda di provvedimenti cautelari il compito ineluttabile di descrivere appropriatamente la posizione di diritto sostanziale cautelando, ovvero le ragioni di fatto e gli elementi di diritto costitutivi dell'assunto *fumus boni iuris*, e di indicare i motivi dell'urgenza che rendono l'intervento giudiziale non differibile sino all'esito del giudizio ordinario di merito.

Ci si chiede poi se sia possibile sanare una domanda cautelare incompleta.

I giudici hanno per lo più negato la facoltà di rimediare alla mancata indicazione dei termini dell'instaurando giudizio di merito facendo uso dell'art. 164, comma 5, c.p.c.; così come di rimettere all'uopo le parti nella fase di prime cure, ove il vizio sia accertato dal collegio in sede di reclamo.

Due appaiono, in ogni caso, le regole suscettibili di applicazione diretta alla fattispecie: l'art. 669 sexies c.p.c., che invita il giudice a procedere ed a provvedere "omessa ogni

formalità non essenziale al contraddittorio"; e l'art. 156, co. 2°, c.p.c., che ammette la pronuncia di nullità di un atto processuale solo quando esso sia talmente viziato da non poter raggiungere lo scopo. Niente sembra perciò precludere al giudice, adito con un ricorso cautelare mancante della specificazione dei richiamati requisiti, il sollecito adempimento ai suoi doveri di collaborazione per far integrare all'istante la domanda, argomentando dagli artt. 182 e 183, e proprio dall'art. 164, comma 5°, o dall'art. 640, comma 1°, c.p.c. Alcuna motivazione sulle diversità tra cognizione ordinaria e tutela cautelare risulta così convincente da giustificare la maggiore flessibilità nei confronti di una citazione di merito da rinnovare e la assoluta intransigenza per il ricorso cautelare incompleto.

La conclusione non dovrebbe cambiare dopo che, con l'art. 23, comma 1° D. lgs. n. 5/2003 e la riformulazione dell'art. 669 octies c.p.c., risulta fortemente attenuata la relazione di strumentalità tra il provvedimento cautelare e l'azione di merito. Secondo alcuni, invero, non sarebbe comprensibile onerare tutt'oggi il ricorrente in sede cautelare *ante causam* di un'analitica predeterminazione delle sue (eventuali) conclusioni di merito, quando poi, ove trattasi di provvedimenti di nunciazione, d'urgenza o in ogni modo anticipatori, sarà rimessa alla sua libera valutazione (in ordine alla piena soddisfazione conseguita già nella fase sommaria) l'instaurazione della susseguente procedura a cognizione piena. Può replicarsi che la specifica prefigurazione nel ricorso cautelare della futura causa di merito occorra ora vieppiù allo scopo di consentire l'individuazione certa della sentenza che possa poi, in virtù del comma 3 dell'art. 669 novies c.p.c., dichiarare "inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso", provocando l'inefficacia della misura. — *Omissis*.

P. Q. M.

Il Giudice designato rigetta il ricorso ex art. 700 c.p.c. — *Omissis*.

(1) Sulla sanabilità della domanda cautelare ante causam priva dell'indicazione della futura causa di merito e sulle modalità della relativa sanatoria

1. L'ordinanza del Tribunale di Salerno offre l'occasione per rivisitare una tematica sulla quale la giurisprudenza non ha tuttora raggiunto un orientamento uniforme.

È noto che, a differenza di quanto previsto per il rito ordinario con l'art. 163 c.p.c. o per il rito del lavoro con l'art. 414 c.p.c., riguardo al procedimento cautelare uniforme il legislatore ha rinunciato a disciplinare analiticamente il contenuto dell'atto introduttivo della domanda cautelare, limitandosi a stabilire, con l'art. 669 bis c.p.c., che essa si propone con ricorso.

I requisiti di contenuto-forma di tale atto si attingono dunque dall'art. 125 c.p.c., secondo cui, nel silenzio della legge, il ricorso dovrà indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda, le conclusioni o l'istanza, la sottoscrizione della parte (se sta in giudizio personalmente) o del suo difensore.

A tali requisiti si aggiunge, per la domanda cautelare proposta *ante causam*, l'indicazione della futura causa di merito che in caso di ottenimento della misura richiesta il ricorrente è tenuto (per i provvedimenti conservativi) o facoltizzato (per i provvedimenti d'urgenza, quelli nunciativi e quelli anticipatori) a far seguire¹;

¹ L'art. 669 octies c.p.c. prevede che la misura cautelare concessa *ante causam* sopravviva anche in caso di mancata succes-

siva instaurazione del giudizio di merito, per i provvedimenti d'urgenza, per quelli emessi a seguito di denuncia di nuova

guente cancellazione della causa dal ruolo, il giudice istruttore perderà la propria qualifica e, al contempo, la competenza ad esaminare eventuali istanze di revoca o modifica di misure ultrattive a strumentalità attenuata; solo da tale momento le domande di revisione dovranno essere indirizzate al giudice che aveva originariamente concesso la cautela e che, nella maggior parte dei casi, coinciderà con l'ufficio giudiziario — ma non necessariamente con il magistrato — davanti al quale pendeva il giudizio di merito estinto. Fino ad allora, il giudice del processo quiescente, seppur temporaneamente spogliato di poteri istruttori rispetto al giudizio di cognizione, manterrà la facoltà di conoscere direttamente della autonoma fase di revoca inerente al giudizio cautelare.

TERESA SALVIONI

PROCESSO CAUTELARE

TRIBUNALE MILANO, 14 aprile 2011 (ordinanza) — MANUNTA *Presidente ed Estensore* — Valtur s.p.a. (avv. ti Cavani, Broussard, Di Muro) - Nesco Egypt for Tourism and Investment s.a.e. (avv. de Bosio).

Procedimento cautelare (materia civile) — Domanda ante causam — Sequestro conservativo — Modifica della domanda di merito funzionalmente collegata alla domanda cautelare — Ammissibilità (C.p.c. artt. 669 bis, 669 octies, 669 novies).

Se l'eccezione al principio di immutabilità della domanda iniziale è prevista nell'ambito del giudizio di cognizione piena (mutamento dalla domanda di adempimento del contratto alla domanda di risoluzione del contratto), a maggior ragione la stessa deve valere nel procedimento cautelare, che oltretutto è, per definizione, funzionalmente collegato all'instaurando giudizio di cognizione (1).

 *Omissis.* — Il Collegio, ritenuto in fatto che: Valtur s.p.a. ha proposto reclamo avverso l'ordinanza, emessa in fase monocratica, con cui è stato autorizzato a suo carico il sequestro conservativo fino alla concorrenza di Euro 1.350.000,00;

Nesco Egypt for Tourism Investments s.a.e. ha insistito per la conferma dell'ordinanza reclamata e, anzi, in considerazione dell'incremento dei propri crediti, ha chiesto l'autorizzazione al sequestro fino a concorrenza di un maggior importo;

ritenuto in diritto che: — (*Omissis*). — in ordine al *fumus boni iuris*:

le ragioni di credito addotte dalla ricorrente (odierna reclamata) vanno valutate con riferimento alla preannunciata domanda di risoluzione del contratto di locazione;

la reclamante lamenta che, nel corso del presente procedimento, Nesco Egypt abbia mutato il titolo della domanda di merito funzionalmente collegata al ricorso per sequestro, in quanto inizialmente l'odierna reclamata avrebbe preannunciato di voler agire per l'adempimento del contratto;

del tutto correttamente il giudice di prime cure ha, invece, ritenuto ammissibile il mutamento del titolo: se l'eccezione al principio di immutabilità della domanda iniziale è prevista nell'ambito del giudizio di cognizione piena, a maggior ragione la stessa eccezione deve valere nel procedimento cautelare, che oltretutto è, per definizione, funzionalmente collegato all'instaurando giudizio di cognizione;

nel merito, la pretesa risoluzione di diritto del contratto di locazione in essere fra le parti appare fondata;

il contratto suddetto contiene una clausola risolutiva espressa, di cui Nesco Egypt ha dichiarato per iscritto di volersi avvalere;

l'inadempimento di Valtur alle obbligazioni del contratto sono sostanzialmente incontestate: a seguito dell'escussione della fideiussione da parte di Nesco Egypt per il mancato pagamento di canoni, la reclamante avrebbe dovuto ricostituire la garanzia venuta meno, ma a ciò non ha adempiuto;

infatti, a fronte della fideiussione complessiva per US\$ 5.250.000,00, essendo intervenuta escussione per US\$ 2.625.500,00, Valtur avrebbe dovuto reintegrare la fideiussione stessa per la differenza;

è vero che la stessa Valtur ha versato la somma di US\$ 1.000.000,00 e ha consegnato un titolo di US\$ 1.675.000,00 (peraltro, con scadenza settembre 2011 e, quindi, non ancora esigibile), ma tali importi sono stati e vanno imputati al credito di Nesco Egypt per il canone di locazione in corso;

anche se il canone in questione è relativo al semestre che scadrà a settembre 2011, va rilevato che convenzionalmente il canone medesimo va corrisposto in via anticipata e, quindi, costituisce un credito di Nesco a tutti gli effetti scaduto ed esigibile;

Valtur replica che, avendo la controparte invocato la risoluzione di diritto, il canone di cui sopra non sarebbe dovuto;

in realtà, il canone risulta dovuto comunque, se non altro a titolo di indennità di occupazione (Valtur è tuttora nella detenzione degli alberghi) e/o di lucro cessante (Nesco avrebbe diritto all'importo fino alla scadenza contrattuale del settembre 2011 a titolo di risarcimento danni per l'inadempimento della conduttrice, che ha causato la risoluzione anticipata del rapporto);

è quindi confermata la mancata ricostituzione della garanzia fideiussoria in favore della locatrice e tale inadempimento è negozialmente previsto come motivo di risoluzione di diritto del contratto (art. 14.02 lett. c);

Omissis. — in ordine all'ammontare del credito e del sequestro:

il credito azionato in sede cautelare appare confermato dai documenti in atti;

la penale per il ritardo nella restituzione degli alberghi alla locatrice deriva dalla previsione contrattuale;

il periodo intercorso dall'introduzione del procedimento ad oggi induce a ritenere incrementato il credito di Nesco per tale voce e, quindi, pienamente giustificato l'importo per il quale è stato autorizzato il sequestro;

per contro, la considerazione che il contratto comunque cesserebbe nel settembre 2011 induce ad un giudizio prognostico sul danno (in particolare, quello conseguente al ritardo nella riconsegna degli alberghi) che, già a una delibazione sommaria, fa apparire manifestamente eccessiva la penale pattuita (US\$ 50.000,00 per ogni giorno di ritardo);

infatti, come rilevato dalla reclamante, la locatrice, a seguito della risoluzione per effetto dell'automatica applicazione della penale giornaliera, finirebbe per riscuotere somme enormemente superiori a quelle dovute dalla conduttrice nel caso di regolare adempimento del contratto fino alla sua naturale scadenza;

è, dunque, concretamente prospettabile la riduzione della penale in sede di processo di merito e alla luce di tale considerazione va rigettata la domanda di Nesco diretta ad otte-

produrre un'altra: al riguardo, CARCATERA, *Analogia: I. Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 16 e segg.; CAIANI, *Analogia b) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 348 e segg., specialmente 356. I due criteri si pongono in un ordine,

per così dire, subordinato, per cui l'interprete, seguendo un rigoroso metodo interpretativo dovrebbe prima tentare la strada dell'estensione e poi, solo in caso di esito negativo, quella dell'analogia.

nere autorizzazione ad ulteriore sequestro conservativo per importi superiori a quelli portati dall'ordinanza reclamata; va rigettata anche la richiesta di elevare l'importo del sequestro in funzione della mancata manutenzione degli alberghi ascritti a Valtur; come rilevato dal primo giudice, la domanda suddetta è sfornita di prova, in particolare in ordine al quantum: non è, infatti, dato sapere in quali condizioni concretamente si trovino gli alberghi locati, quali pregiudizi siano attribuibili all'omessa manutenzione da parte di Valtur e quali possano essere i costi per il ripristino. — *Omissis*.

(1) *Mutatio libelli* e processo cautelare

1. Nell'ordinanza in commento¹ il Tribunale di Milano ha ritenuto ammissibile, nel corso di un procedimento cautelare *ante causam*, la modifica, da parte del ricorrente — ferma restando la misura cautelare originariamente richiesta (nella specie: un sequestro conservativo) — della domanda di merito inizialmente indicata al momento della proposizione dell'istanza cautelare.

La questione, così come sottoposta all'esame del giudice milanese — *mutatio*, in sede di giudizio cautelare *ante causam*, della domanda di merito cui era strumentalmente collegata la domanda cautelare — appare del tutto inedita: non si rinviene infatti, in giurisprudenza, alcun precedente in termini, né in senso conforme, né in senso difforme².

Anche in dottrina, per il vero, la questione appare poco dibattuta. Chi ha affrontato il tema³ si è anzitutto posto l'interrogativo se, in un caso come quello di specie (per citare testualmente l'Autore cui ci si riferisce: “quando — fermi i *petita* cautelari — in corso di procedimento si individuino come servita dalla domanda urgente una domanda diversa da quella originariamente proposta individuata nel ricorso”⁴), si possa effettivamente parlare di modificazione della domanda cautelare, ed ha ritenuto, a questo riguardo, che non costituisca *mutatio libelli* in senso stretto (e che, pertanto, debba considerarsi ammissibile) il passaggio, in pendenza di procedimento cautelare, da una domanda di merito ad un'altra, volto a ripristinare il nesso teleologico (in ipotesi, precedentemente mancante o imperfetto) tra cautela e tutela. Più in generale, tale dottrina conclude affermando che di vera modificazione di domanda cautelare si possa parlare soltanto allorché vengano mutati gli elementi oggettivi e soggettivi della

domanda cautelare “in senso stretto”, non anche quando siano modificati elementi oggettivi “ulteriori”, quale l'indicazione della futura domanda di merito.

Data, quindi, la novità (almeno per quanto concerne la giurisprudenza) dell'argomento, è opportuno dar conto, sia pur sinteticamente, dei termini della vicenda sulla quale si è trovato a pronunciare il Tribunale di Milano.

2. Nell'ambito di un rapporto contrattuale di affitto di azienda, costituita da due strutture alberghiere, la parte locatrice, contestando inadempimenti contrattuali dell'affittuario, ha richiesto un sequestro conservativo nei confronti di quest'ultimo, a garanzia dei crediti derivanti dagli asseriti inadempimenti, in vista della domanda di merito di adempimento e di manutenzione del contratto, debitamente preannunciata dal ricorrente al momento della proposizione della domanda cautelare.

Senonché, in pendenza del procedimento cautelare così incardinato, la ricorrente-locatrice ha comunicato poi per iscritto alla convenuta-affittuaria la volontà di avvalersi di una clausola risolutiva espressa inserita nel contratto e, invocando l'avvenuta risoluzione di diritto di quest'ultimo, ha proposto avanti alla Corte Internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale (autorità competente per il merito in ragione di apposita clausola compromissoria) domanda volta ad ottenere la riconsegna dell'azienda, il pagamento di penali per il ritardo nella consegna della stessa, nonché il risarcimento per i danni arrecati all'azienda a causa della mancata manutenzione; il tutto, ferma restando la richiesta di sequestro conservativo su beni e crediti dell'affittuaria, così come precedentemente proposta al Tribunale di Milano.

Quest'ultimo, tanto nell'ordinanza di “primo grado” — che ha concesso il domandato sequestro conservativo —, quanto nell'ordinanza emessa all'esito del reclamo — che ha confermato la misura concessa —, ha ritenuto ammissibile la modificazione, così come sopra prospettata, della domanda di merito funzionalmente collegata alla domanda cautelare, sulla base di motivazioni pressoché coincidenti.

Segnatamente, nell'ordinanza qui annotata, il Collegio chiamato a pronunciarsi sul reclamo, confermando le argomentazioni del giudice di prime cure⁵, ha rilevato che, se l'eccezione al principio di immutabilità

¹ Trattasi di ordinanza emessa in sede di reclamo cautelare, integralmente confermativa dell'ordinanza reclamata.

² La giurisprudenza ha invero già affrontato, in passato, il tema della *mutatio libelli* con riferimento al procedimento cautelare, ma sotto un profilo differente rispetto all'ordinanza in esame, ossia relativamente alla possibilità di mutare, in corso di procedimento cautelare, l'originaria domanda cautelare, al fine di ottenere una misura cautelare diversa da quella precedentemente richiesta: Trib. Firenze, 27 maggio 1995, in *Rep. Giur. It.*, 1996, voce “Provvedimenti cautelari”, n. 35 (per la motivazione in *Foro It.*, 1996, I, 1863, con nota di GAMBINERI), ha negato tale possibilità; v. anche sul tema, pur se antecedenti all'introduzione del c.d. procedimento cautelare uniforme, Cass., 27 gennaio 1986, n. 543, in *Mass. Giur. It.*, 1986, 104, che ha ritenuto possibile, nel corso del procedimento di convalida di un sequestro giudiziario, la conversione d'ufficio di quest'ultimo in sequestro conservativo, con la conseguente convalida di tale ultima misura cautelare, e *Id.*, 8 ottobre 1954, n. 3435, in *Mass.*

Giur. It., 1954, 767, che ha ammesso la conversione di un sequestro conservativo in un sequestro giudiziario. Riguardano un profilo ancora diverso, e precisamente quello dell'ammissibilità o meno dell'ampliamento, in corso di procedimento cautelare, dell'originaria *causa petendi*, attraverso l'allegazione di nuovi elementi di fatto o di diritto: Trib. Roma, 5 giugno 2000 e *Id.*, 20 luglio 2000, entrambe in *Giur. It.*, 2001, 497, con note di NUNIN e BRIDA, e *Id.* Foggia, 10 febbraio 2004, in *Rep. Giur. It.*, 2005, voce “Provvedimenti cautelari”, n. 25, che si sono espresse per l'inammissibilità di tale ampliamento. Recentemente, ha poi ritenuto possibile la precisazione, qualificata infatti quale semplice “*emendatio*”, della domanda cautelare originariamente proposta, Trib. Napoli, 26 giugno 2009, in *Giur. Merito*, 2010, 701.

³ RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I Procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di Chiarloni e Consolo, I, Torino, 2005, 299.

⁴ RECCHIONI, *ibid.*

⁵ In prima istanza il giudice milanese aveva ritenuto ammis-

Omissis. — Letto il ricorso, presentato da Carlo Paolo Bottignol in qualità di procuratore di Somsak Kitiparaporn, titolare di tutte le azioni di Nasseti spa in liquidazione, società dichiarata fallita dal Tribunale di Milano il 23.4.1999, ricorso diretto alla convocazione di un'assemblea ordinaria per la sostituzione del liquidatore, per l'approvazione dell'azione di responsabilità contro il liquidatore Sergio Valle e per la conversione del capitale in euro e di un'assemblea straordinaria per il trasferimento della sede sociale, letta la memoria di resistenza di Sergio Valle, che sostiene la carenza di legittimazione a ricorrere e l'inammissibilità della pretesa; sentite le parti interessate e i loro difensori; sciogliendo la riserva assunta in data odierna; ritenuto che il voto, e conseguentemente il diritto di convocare l'assemblea in mancanza di impulso dell'organo di gestione e di quello di controllo, può essere espresso dal procuratore *ad negotia* nei casi in cui la procura tragga fondamento da un ampio rapporto di fiducia tra rappresentante e rappresentato e non sia diretta solamente alla specifica esigenza di attribuire al rappresentante la facoltà di intervenire e votare in assemblea; considerato infatti che, in questi casi, la procura è motivata dall'esigenza del rappresentante di avere una persona che si occupi di tutti i suoi affari in una temporanea situazione di impossibilità di seguirli (esigenza quindi di contenuto analogo alla rappresentanza legale e a quella organica) e ritenuto di conseguenza che non possa trovare applicazione nei confronti di una simile procura la limitazione alla rappresentanza per singole assemblee, dettata dal secondo comma dell'art. 2372 c.c., che tende ad evitare l'incetta di deleghe e quindi a tutelare il diritto di informazione dei deleganti; osservato che nel caso di specie Somsak Kitiparaporn, residente a Bangkok e abitualmente operante all'estero, ha conferito il 10.9.1997 all'attuale ricorrente ampia procura a gestire i suoi beni in Italia, ivi compresa la facoltà di «interventare alle assemblee ordinarie e straordinarie di società» da lui partecipate; ritenuto che tale procura sia espressione di un rapporto di fiducia tale da ricomprendere il diritto all'informazione connesso all'iniziativa in oggetto e che non pregiudichi lo specifico interesse del delegante a dare istruzioni sugli specifici argomenti proposti dal delegato per l'ordine del giorno; considerato che, essendo stata la procura raccolta da notaio e inserita a repertorio, non appare necessaria l'esibizione dell'originale; rilevato che non costituisce univoco indizio di revoca della procura di cui si discute il fatto che l'interessato abbia rilasciato il 17.1.2001 procura ad altro rappresentante per l'acquisto delle azioni di Nasseti spa, non essendovi prova della revoca della procura del 10.9.1997 e risultando, come indizio contrario, il fatto che Kitiparaporn ha fatto pervenire in data 4.5.2002 una dichiarazione, sia pure non autentica ma con sottoscrizione apparentemente conforme all'originale, di avallo della richiesta avanzata da Bottignol; considerato che il liquidatore in carica

ha legittimamente rifiutato di porre all'ordine del giorno gli argomenti dell'azione di responsabilità, che spetta agli organi della procedura concorsuale, quello del trasferimento della sede sociale, che contrasta con gli interessi della procedura stessa e quello della conversione del capitale in euro, che non presenta alcun interesse pratico in uno stato di liquidazione fallimentare; ritenuto invece che Sergio Valle ha opposto un illecito rifiuto a convocarla per la nomina del liquidatore, tanto più dopo avere presentato le dimissioni; considerato che il liquidatore dimesso resta in carica fino alla sostituzione, anche in pendenza di una procedura concorsuale che, come è noto, non incide sull'organizzazione societaria ed anzi richiede che la stessa sia esistente ed operativa per l'esame di singole questioni compatibili con la procedura; preso atto che sia il liquidatore che i sindaci, oggi comparsi, non si sono dichiarati disposti a convocare l'assemblea.

P. Q. M.

Visto l'art. 2367 c.c. ordina la convocazione dell'assemblea ordinaria della fallita Nasseti spa in liquidazione, presso la sede legale della stessa società. — *Omissis.*

TRIBUNALE MILANO, 24 aprile 2002 (ordinanza) — D'Isa Giudice Istruttore. — Fantini - Jolly s.r.l.

Provvedimenti cautelari — Disconoscimento di scrittura privata — Accertamento incidenter tantum (C. p. c. art. 669 *sexies*).

Società — Società a responsabilità limitata — Assemblea — Rinvio — Deliberazione a maggioranza (C. c. art. 2374).

Società — Società a responsabilità limitata — Amministratori — Revoca — Sospensione della delibera (C. c. artt. 2378, 2383, 2487).

Società — Società a responsabilità limitata — Bilancio di esercizio — Sospensione delibera (C. c. art. 2378).

Pur in presenza di una scrittura disconosciuta, il giudice cautelare conserva il potere di valutare incidenter tantum la verosimiglianza della pretesa avanzata, potendo peraltro avvalersi nel modo più opportuno degli atti di istruzione indispensabili (1).

Il rinvio dell'assemblea, rientrando tra i poteri deliberativi della maggioranza assembleare, non necessita di una nuova procedura di convocazione e non soggiace al vincolo dei tre giorni previsto dall'art. 2374 c. c. per la richiesta di rinvio da parte della minoranza (2).

sexies, 1° comma, c. p. c., ove lo si autorizza a procedere «nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto» (in questo senso AU-LETTA, *op. cit.*, 552).

(2) La seconda massima è, pur nella sinteticità della motivazione, conforme all'orientamento unanime della giurisprudenza (Trib. Napoli, 7 gennaio 1999, in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce «Società», n. 649 e in *Società*, 1999, 839, con nota di CIVERRA; Id. Milano, 23 maggio 1996, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 808 e in *Società*, 1996, 1436; Id. Napoli, 10 dicembre 1983, in *Rep. Giur. It.*, 1985, voce «Società», n. 496 e in *Dir. e Giur.*, 1984, 624, con nota di MIOLA; App. Milano, 29 maggio 1973, n. 1278, in *Giur. It.*, 1973, I, 2, 1192 e Trib. Milano, 22 marzo 1990, *ivi*, 1990, I, 2, 760, ove, in nota, ulteriori richiami giurisprudenziali) e della maggioranza della dottrina (*ex multis* GRIPPO, *L'assemblea nelle s.p.a.*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno, XVI, Torino, 1982; CAVALLI-MARULLI-SILVETTI, *Le società per azioni*, II, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1996, 179), secondo le quali l'art. 2374 c. c. non esaurisce la disciplina delle ipotesi di rinvio ma introduce una disciplina derogatoria, posta a tutela della minoranza al fine di garantire la possibilità di acquisire ulteriori informazioni e di esprimere un voto documentato e responsabile. In tale prospettiva si riconosce alla minoranza qualificata una facoltà che di norma rientra tra i poteri ordinari della maggioranza, prescrivendo dei limiti che valgono solo per tale ipotesi (v. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, III, Torino, 1994, 167).

In senso diverso è tuttavia quella parte della dottrina che ritiene la maggioranza sottoposta ai medesimi vincoli, in quanto una diversa interpretazione equivarrebbe ad attribuire alla stessa «la facoltà di paralizzare i lavori assembleari» (v. PACIELLO, *Il rinvio della assemblea*, in *Riv. Notar.*, 1986, 100; GIULIANI, *Rinvio dell'assemblea a data fissa*, *ivi*, 1961, 117; Id., *Il rinvio della assemblea nelle società di capitali*, *ivi*, 1958, 221; nonché, vigente il codice di commercio, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1932, 235). Una dottrina i cui dubbi parrebbero per la verità condivisibili allorché si ipotizzasse in capo alla

labili di rappresentanza legale ed organica. D'altronde sembra potersi rilevare che la soluzione opposta renderebbe di fatto inoperante l'esercizio dei diritti sociali tramite un procuratore generale, facendo così prevalere le ragioni organizzative interne alla società su quella del socio di gestire il proprio patrimonio mediante un procuratore generale. Tuttavia sembra potersi affermare che nelle società per azioni chiuse le esigenze organizzative interne possono prevalere su quelle dei singoli soci solo in presenza di un'apposita clausola statutaria introdotta ai sensi dell'art. 2372 c. c., 1° comma (sul punto v. SACCHI, *ult. op. cit.*, 423).

PAOLO FIORIO

(1) La prima massima pare corretta.

La giurisprudenza che, pur affrontando una fattispecie del tutto differente, si era espressa in senso difforme (Trib. Genova, 28 dicembre 1994, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 547) è stata oggetto di aspre critiche da parte della dottrina proprio con riferimento all'affermata impossibilità, in un giudizio a cognizione sommaria, di utilizzare una scrittura disconosciuta e di accertare *incidenter tantum* l'autenticità della stessa (v. AULETTA, *Querela di falso e giudizio cautelare*, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 550). La posizione assunta dal Tribunale di Milano sembra quindi preferibile. Accogliendo una diversa impostazione l'effettività della tutela subirebbe un grave pregiudizio, in quanto il disconoscimento della scrittura potrebbe tradursi infatti in un'arma iniqua, volta ad impedire la pronuncia in sede cautelare da parte del giudice adito (con il solo e talvolta debole deterrente costituito dall'incriminazione per calunnia): v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, Napoli, 1994, 706.

Per ovviare a tale distorsione del giudizio cautelare, occorre che questo, di fronte ad un documento disconosciuto, conservi, parallelamente al giudizio di falso a cognizione piena, la facoltà di accertare la verosimiglianza della pretesa e possa a tal fine avvalersi di ogni elemento di valutazione che reputi opportuno (TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 163; CONSOLIO-LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 468): il che pare trovare fondamento nell'art. 669

La delibera assembleare di revoca dell'amministratore, realizzando i suoi effetti in via immediata, non è suscettibile di esecuzione e non può pertanto essere oggetto di sospensione, che non comporterebbe in ogni caso la reimmissione nell'incarico dell'amministratore revocato, poiché gli effetti di tale revoca si sono ormai definitivamente realizzati ed esauriti; la protrazione degli effetti rispetto all'organizzazione sociale perdura infatti soltanto in relazione all'eventuale nomina di un nuovo amministratore (3).

La delibera di approvazione del bilancio di esercizio, per il suo carattere ricognitivo contabile, non necessita di alcuna attività esecutiva e risulta pertanto insuscettibile di sospensione (4).

Omissis. — Il G.I., sciogliendo la riserva che precede, sull'istanza proposta in qualità di socio (come precisato a verb. ud.) dall'impugnante Andrea Fantini, già amministratore unico della Jolly s.r.l., per la sospensione delle delibere assunte in data 28.4.2001, 5.5.2001, 19.10.2001 e 8.11.2001 da assemblee della predetta Jolly s.r.l., osserva: il provvedimento di sospensione di cui all'art. 2378 c.c. costituisce una misura cautelare tipica che — sebbene con cognizione sommaria ed impregiudicata la decisione di merito — impone al giudice di valutare i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Il riferimento della norma alla ricorrenza di «gravi motivi» si correla alla necessità di ravvisare la sussistenza di un nesso causale fra l'esecuzione (ovvero la protrazione dell'efficacia) della deliberazione impugnata ed il pregiudizio temuto ed implica l'apprezzamento comparativo della gravità delle conseguenze derivanti, sia al socio impugnante sia alla società, dalla esecuzione e dalla successiva rimozione della deliberazione impugnata.

L'assemblea ordinaria 28.4.2001 (avente all'o.d.g. «deliberare ai sensi dell'art. 2364 c.c.; delibere in merito alle cariche sociali; delibere ai sensi dell'art. 2389 c.c.; varie ed eventuali»), assente l'impugnante, ha deliberato (doc. 6 fasc. attore e doc. 7 fasc. convenuto) col voto favorevole dei soci presenti portatori del 69% del capitale sociale, la revoca dalla carica di a.u. del socio Andrea Fantini e la nomina quale a.u., con relativo emolumento, del socio Marco Fantini, fratello dell'impugnante, riservando ad altra sede la valutazione sul promovimento dell'azione sociale di responsabilità; in ordine all'approvazione del bilancio, rilevato di non essere in grado di procedere non avendo l'a.u. Andrea Fantini depositato la bozza di bilancio, ha deciso di sospendere i lavori e di «riprendere i lavori il giorno 5 maggio 2001 alle ore 10.00 sempre presso la sede sociale».

maggioranza un libero ed illimitato potere di rinvio e di determinazione dei tempi dell'assemblea; ciò che comporterebbe la possibilità di rinvii immotivati o reiterati nel tempo sul medesimo oggetto, ovvero preordinati al solo scopo di ledere gli interessi e i diritti della minoranza o di mascherare l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea (v. SERRA, *op. cit.*, 174).

(3) Nella terza massima il Tribunale esclude la possibilità di sospensione cautelare della revoca dell'amministratore, in quanto gli effetti si realizzano in via immediata senza la necessità di alcuna attività di esecuzione (cosiddetto *self executing*). In un'occasione precedente il tribunale ambrosiano aveva per la verità ammesso la sospensione della revoca degli amministratori quando essa conseguisse alla promozione di un'azione sociale di responsabilità ma in tali fattispecie la revoca era un effetto legale della delibera sospesa e non l'oggetto principale della sospensione (Trib. Milano, 26 luglio 1997, in *Giur. It.*, 1998, 93).

Va detto che maggiori controversie ha suscitato l'ammissibilità della sospensione delle delibere di nomina degli amministratori: rispetto alla quale la giurisprudenza prevalente si esprime invece in senso positivo, sul riflesso che la nomina, pur non richiedendo il compimento di atti esecutivi, produce i suoi effetti nel tempo durante il periodo di carica degli amministratori (Trib. Bari, 18 maggio 1999, in *Giur. Comm.*, 2000, 152; Id. Piacenza, 6 maggio 1989, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 1128; Id. Milano, 21 giugno 1988, in *Società*, 1988, 1052 e in *Giur. Comm.*, 1988, II, 904; conf. ZAGANELLI, *Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative*, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 360 nonché la stessa motivazione dell'ordinanza che si pubblica. Ma contr., in dottrina, PAVONE LA ROSA, *La rinnovazione delle deliberazioni assembleari invalide*, in *Banca Borsa*, 1954, I, 893; PROVINCIALI, *Presupposti del provvedimento di sospensione delle delibere assembleari*, in *Dir. Fall.*, 1952, 61; per una completa ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale e delle varie opinioni dottrinali si veda, per tutti, ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, III, Torino, 1993, 409).

Naturalmente, una volta ammessa in linea generale la possibilità di sospendere la delibera di nomina, resta da stabilire quale sia la sorte del consiglio di amministrazione precedente (ovvero, come nel caso esaminato, dell'amministratore unico), tema sul quale si registrano posizioni contrastanti in giurisprudenza (nel senso che la delibera di nomina di nuovi amministratori comporti la sterilizzazione degli effetti e il ripristino della situazione preesistente, ivi compresa la restituzione dei po-

In data 5.5.2001 (doc. 7 fasc. convenuto) l'assemblea, ancora assente l'impugnante, ha deliberato l'approvazione del bilancio al 31.12.2000. Le assemblee 19.10.2001 e 8.11.2001 (doc. 12 e 18 fasc. convenuto), aventi all'o.d.g. lo scioglimento e messa in liquidazione della società, sono andate deserte. Per dette assemblee, pertanto, non vi è materia di sospensione, non essendo stata adottata alcuna delibera.

L'impugnante ha disconosciuto la sottoscrizione apposta sull'avviso di convocazione (cfr. in copia doc. 5, 6 fasc. convenuto, nonché originale prodotto in atti) dell'assemblea ordinaria «in prima convocazione per il giorno 28 aprile 2001 alle ore 19.00 ed occorrendo in seconda convocazione per il giorno 11 maggio 2001 stesso luogo e stessa ora», sostenendo che la sigla apparentemente a suo nome è apocriфа (in tal senso ha prodotto consulenza tecnica di parte), e deducendo quindi che il vizio radicale del procedimento (inesistenza dell'avviso di convocazione) determina la nullità delle delibere assembleari assunte.

Pur non sottacendo la problematicità della questione relativa alla utilizzabilità o meno in sede cautelare di una scrittura privata disconosciuta (in senso negativo, ma in fattispecie del tutto diversa, cfr. Trib. Genova, 28.12.1994, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 547) non pare che sia possibile trasporre nel procedimento cautelare le regole che disciplinano le conseguenze dei disconoscimento nella cognizione piena, in quanto strutturalmente incompatibili. E tuttavia la deformalizzazione dell'istruzione cautelare (cfr. art. 669 *sexies* co. 1 c.p.c.) non impedisce al Giudice di procedere nei modi più opportuni, sganciati dalle regole della verifica, ad una valutazione circa l'autenticità della scrittura ai fini cautelari in relazione alla verosimiglianza della pretesa avanzata, tanto più in una fattispecie quale la presente in cui il documento riguarda il procedimento di convocazione assembleare.

I testi escussi (da una parte Simona Cavallone e Floria Clerici per la convenuta; dall'altra Caterina Stampa per l'impugnante, come da verb. ud. che precede) hanno reso versioni discordi ed apparentemente incompatibili. La teste Cavallone, unica indifferente rispetto ai rapporti personali e familiari coinvolti nella presente vicenda e per la quale neppure è stata prospettata una subornazione quale dipendente onde la sua attendibilità non è decisamente inficiata neppure dai rilievi del Consulente tecnico di parte allo stato anch'essi opinabili, ha riferito, ricordando i fatti poiché quel documento le era stato raccomandato come importante, che Andrea Fantini lo aveva sottoscritto in circostanze particolari: in auto fuori dagli uffici della società

teri agli amministratori revocati, Trib. Napoli, 23 febbraio 1990, in *Dir. Fall.*, 1990, II, 911; in senso contr. Id. Monza, 28 settembre 1981, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 333).

Una tesi, la prima, che pare a chi scrive discutibile. La «reviviscenza» del vecchio organo gestorio sarebbe infatti il frutto di un'indebita invasione delle attribuzioni dell'assemblea da parte del giudice e di una pericolosa sovrapposizione tra due distinti processi decisionali: da un lato la delibera di revoca i cui effetti si sono ormai realizzati ed esauriti, dall'altro la nomina degli amministratori entranti, i cui effetti, perduranti nel tempo, possono essere oggetto di sospensione cautelare.

Anche su questo punto qualche indicazione utile parrebbe venire dall'ordinanza che si pubblica, in cui si precisa che la sospensione della delibera di revoca non comporterebbe comunque l'automatica reimmissione nell'incarico dell'amministratore revocato, in quanto la sospensione degli effetti non equivale alla «(provvisoria) revoca della delibera sospesa».

(4) Con la quarta massima si conferma un orientamento costante del Tribunale di Milano (sent. 6 dicembre 2001, in *Giur. It.*, 2001, 1199; Id., 12 gennaio 2001, *ibidem*, 1199, con nota di Iozzo e in *Società*, 2001, 711, con nota di Zucca, *La delibera di approvazione del bilancio non può essere sospesa*, ove ulteriori richiami), secondo il quale la delibera di approvazione del bilancio si limiterebbe ad attribuirgli «rilevanza esterna» e non produrrebbe effetti diretti rispetto all'organizzazione della società e alla posizione del singolo socio (conformemente in dottrina, MINERVINI, *Su una particolare funzione del bilancio delle società per azioni*, in *Società, associazioni, gruppi organizzati*, Napoli, 1973, 350; LIBONATI, *Formazione del bilancio e destinazione degli utili*, Napoli, 1974, 98; COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, I, 2, Padova, 1999, 501). In assenza di interventi da parte del Supremo Collegio, il punto è tuttavia controverso nella giurisprudenza di merito, essendo maturato un orientamento che estende la sospensione ex art. 2378, 4° comma, c. c. a tutte le ipotesi in cui la deliberazione, pur non richiedendo una specifica esecuzione, risulti tuttora efficace e produttiva di effetti rispetto ai soci, ai terzi e alla società anche dopo la sua formazione, ivi compresa l'approvazione del bilancio (Trib. Napoli, 15 ottobre 1998, in *Società*, 1999, 710; Id. Napoli, 23 giugno 1995, in *Foro It.*, 1995, I, 3325; Id. Chiavari, 24 agosto 1992, in *Società*, 1993, 351; Id. Napoli, 6 febbraio 1990, *ivi*, 1990, 906; in dottrina G. BIANCHI, *Assemblee ordinarie e straordinarie*, Padova, 1999, 542).

(poiché in quel periodo Andrea Fantini non entrava negli uffici), dove la stessa Cavallone, espressamente incaricata, glielo aveva portato con altra posta che Andrea Fantini aveva invece trattenuto. La deposizione Cavallone è adeguatamente correlata alla deposizione Clerici, la quale ha riferito di avere dato quell'incarico e di avere poi ricevuto il documento sottoscritto.

In ogni caso, una netta presa di posizione sulla falsità o autenticità della sottoscrizione non appare decisiva, in relazione al tipo di documento di cui trattasi ed alle peculiari valutazioni che si impongono nella fattispecie e che sottendono la cautela richiesta. Vi sono elementi i quali inducono a ritenere che Andrea Fantini abbia sostanzialmente accettato la riferibilità a se stesso, quale a.u., dell'avviso di convocazione di cui si discute.

Nella versione dell'impugnante (cfr. anche teste Stampa), dopo il ricevimento dell'avviso di convocazione per l'assemblea 28.4.2001 in prima convocazione e 11.5.2001 in seconda convocazione, egli aveva sottoscritto e fatto inoltrare (a ciò provvedendo la teste Clerici) la raccomandata 20.4.2001 (doc. 8 fasc. convenuto, non disconosciuto) del seguente tenore: «RE: Assemblea ordinaria. L'assemblea di cui sopra in seconda convocazione è rinviata al 29/06/01 stesso luogo stessa ora». Qualunque ne siano state le motivazioni (secondo la teste Stampa: «per non mettere in mezzo gli Avvocati») sulla questione della falsa firma sull'avviso di convocazione, detta missiva 20.4.2001 dimostra: che Andrea Fantini era a conoscenza dell'avviso di convocazione per il 28.4.2001 e 11.5.2001; che, come a.u., si è limitato a modificare la data della seconda convocazione spostandola al 29.6.2001. Se ne desume: che, come a.u., ha avvalorato la precedente convocazione, sostanzialmente assumendola come proveniente da sé e confermandola. Inoltre, con lettera 14.7.2001 (doc. 7 fasc. attore) Andrea Fantini, accusandone ricevuta, fa riferimento a «verbale di assemblea non su carta intestata, non tenuto nei luoghi e nelle date nello stesso indicate» (trattasi del verbale di cui a doc. 6 fasc. attore), ma non accenna alla pretesa inesistenza di convocazione. Nel merito, nega che le bozze di bilancio non fossero state depositate e contesta gli addebiti mossigli quale a.u.

Alla luce degli elementi finora evidenziati, il dedotto vizio procedimentale non appare di per sé integrante i gravi motivi per la sospensione dell'esecuzione delle delibere. Si rileva inoltre che in atto di citazione (cfr. p. 4, 5) l'impugnante sostiene che «i fatti descritti nel presunto verbale del 28.4.2001 non si sono concretamente verificati, oppure sono stati eventualmente posti in essere soltanto in data successiva» ed aggiunge di non essere stato presente all'adunanza «essendo all'oscuro della convocazione». Tali affermazioni denotano aspetti contraddittori ed un certo mutamento di prospettiva: dapprima si prospetta il socio ignaro sia della convocazione sia dell'assemblea; poi si profila la falsa convocazione come vizio invalidante un'assemblea la cui inesistenza fattuale si sfuma; infine anche la convocazione risulta comunque ricevuta (cfr. teste Stampa) e su di essa si innesta la missiva 20.4.2001 già menzionata (doc. 8 fasc. convenuto).

Il pregiudizio paventato dall'impugnante è stato rimarcato con riferimento allo scioglimento della società, messo all'o.d.g. delle assemblee convocate dal nuovo a.u. per il 19.10.2001 e 8.11.2001 (poi andate deserte, come già detto).

Si osserva che la sospensione della esecuzione non equivale a (provvisoria) revoca della delibera sospesa e che l'amministratore ormai revocato non è perciò reimmesso automaticamente nell'incarico (né invero l'impugnante lo ha esplicitamente richiesto, ma la deduzione svolta in atto di citazione che sia inefficace anche la revoca dell'a.u. Andrea Fantini potrebbe intendersi in tal senso) poiché per tale aspetto gli effetti della deliberazione di rimozione dalla carica si sono ormai definitivamente realizzati ed esauriti. Dunque, la protrazione degli effetti rispetto alla organizzazione sociale perdura soltanto in relazione alla nomina del nuovo a.u. Ma la mera sottoposizione all'assemblea del tema dello scioglimento e messa in liquidazione della società non pregiudica le sovrane determinazioni di questa e di per sé non configura un motivo apprezzabile in termini di gra-

vità. Ed anche ove si ritenessero censurabili determinati comportamenti del nuovo a.u., essi dovrebbero essere ricondotti ad un vizio della delibera qui impugnata (in termini di nomina maliziosamente preordinata o quant'altro), altrimenti sussistendo autonomi rimedi, quali il ricorso ex art. 2409 c.c. (che infatti l'impugnante ha prefigurato lamentando la violazione del proprio diritto di controllo ex art. 2489 c.c.).

Per quanto riguarda la delibera di approvazione del bilancio, ed in assenza di deduzioni specifiche di pregiudizio da parte dell'impugnante, va comunque ricordato e ribadito l'orientamento di questo Tribunale (cfr. Trib. Milano, 6.12.2000 e Trib. Milano, 12.1.2001, in Giur. It., 2001, I, 1199) per cui il bilancio costituisce una ricognizione del risultato contabile della gestione sicché la delibera di approvazione, in quanto tale, è insuscettibile di esecuzione, né, del resto, determina la liberazione da responsabilità eventualmente configurabili.

La delibera di approvazione del bilancio avvenuta in data 5.5.2001 in sede di aggiornamento a data fissa deliberato dall'assemblea 28.4.2001 appare legittima, rientrando tra i poteri deliberativi della maggioranza e ritenendosi in tal caso non necessaria la nuova convocazione né valendo il vincolo dei tre giorni previsto dall'art. 2374 c.c. per la richiesta di rinvio da parte della minoranza (cfr. Trib. Milano, 23.5.1996, in Giur. It., 1996, I, 2, 808). L'istanza di sospensione deve pertanto essere respinta, con le statuizioni come in dispositivo anche per il prosieguo della causa di merito. — *Omissis*.

APPELLO MILANO, 12 marzo 2002 — URBANO *Presidente* — VANONI *Relatore*. — Toschi, Agnelli (avv. Trevisan) - Società Metallurgica Italiana - SMI s.p.a. (avv. D'Urso, Libonati, Guizzi e Mechelli).

Società — Società per azioni — Diritto di recesso — Cause — Tassatività (C. c. art. 2437).

Società — Società per azioni — Delibera di fusione che comporta mutamento dell'oggetto sociale — Comunicazione al socio non intervenuto — Effetti (C. c. art. 2437).

Società — Società per azioni — Diritto di recesso e diritto di voto (C. c. art. 2437).

Società — Società per azioni — Acquisto di azioni a termine — Spettanza del diritto di voto e di recesso (C. c. art. 1531).

Società — Società per azioni — Obblighi informativi ex L. 7 giugno 1974, n. 216 (L. 7 giugno 1974, n. 216, artt. 1-4).

Nelle società per azioni l'esercizio del diritto di recesso produce un depauperamento del capitale sociale e costituisce un fatto negativo anche per i creditori sociali: da cui la tassatività delle fattispecie di recesso e la conseguente necessità di una interpretazione restrittiva della norma (1).

La comunicazione al socio non intervenuto di una società per azioni della delibera di fusione che comporti il cambiamento dell'oggetto sociale determina la piena conoscibilità dell'atto di cui si tratta e fa decorrere il termine per l'esercizio del recesso indipendentemente dalla data di iscrizione della delibera nel registro imprese (2).

Nelle società per azioni l'esercizio del diritto di recesso è collegato al diritto di voto (3).

Nel caso di acquisto di azioni a termine la proprietà, e quindi il diritto di voto e quello di recesso, spettano all'acquirente solo dal momento della scadenza del termine indipendentemente dall'iscrizione a libro soci. Infatti i presupposti per l'esercizio del diritto di voto sono il legittimo possesso del titolo azionario e il suo deposito ai sensi dell'art. 4 legge n. 1745/1962 (4).

Gli adempimenti di cui all'art. 1-4 n. 2 L. 7 giugno 1974, n. 216 sono obblighi informativi nei confronti della sola CONSOB e non nei confronti dei soci e dei terzi (5).

nel fatto che il contratto di acquisto (a termine) delle azioni fosse stato stipulato tramite un agente di cambio prima della delibera di fusione (gli acquirenti non avevano potuto partecipare all'assemblea perché il diritto di voto era rimasto in capo al venditore) ed il termine per l'esercizio del recesso (esercitato oltretutto tempestivamente dagli attori) scadesse dopo la scadenza del termine di acquisto delle azioni.

La Corte d'appello di Milano nel decidere il caso di specie parte dalla premessa, rapidissimamente enunciata, che le ipotesi di recesso sono

(1-5) Osservazioni in tema di vendita a termine di azioni, fusione e diritto di recesso

1. Nel caso esaminato dalla Corte d'appello due acquirenti a termine di azioni esercitavano il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2437 c. c. poiché la società di cui avevano acquistato le azioni aveva deliberato la fusione per incorporazione in un'altra società, anch'essa quotata, avente oggetto sociale diverso. La peculiarità della fattispecie consisteva

Procedimenti cautelari

Tribunale di Lucca, 22 gennaio 2014 – Rel. ed est. Fornaciari – Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia – R. M.

Procedimenti cautelari – Procedimento ex art. 700 c.p.c. – Questione di legittimità costituzionale – Pronuncia sulla domanda previa disapplicazione della norma incostituzionale – Fattispecie in tema di cura della sclerosi laterale amiotrofica con il c.d. metodo Stamina

Qualora sia richiesto un provvedimento d'urgenza a tutela di un diritto misconosciuto da una norma contraria alla Costituzione, il giudice è tenuto a pronunciare sulla domanda, senza rimettere la questione alla Consulta e disapplicando la norma anticostituzionale (nella specie, la ricorrente aveva azionato in via cautelare il suo diritto a far curare in una struttura sanitaria pubblica, con il c.d. metodo Stamina, una sclerosi laterale amiotrofica, nonostante fosse decorso il termine previsto dall'art. 2 del D.L. 25 marzo 2013, n. 24, così convertito nella L. 23 maggio 2013, n. 57).

Omissis. – *La vicenda processuale:* Con ricorso ex art. 700 c.p.c. la M., essendo affetta da sclerosi laterale amiotrofica, ha chiesto di essere autorizzata all'infusione di cellule staminali mesenchimali prodotte con metodo Stamina.

Con ordinanza dell'11.10.13 (anticipata con decreto inaudita altera parte del 20.5.13) questo Tribunale ha accolto il ricorso, rilevando che l'art. 2 d.l. 25.3.13 n. 24, conv. con modifiche in l. 23.5.13 n. 57, laddove consente esclusivamente il completamento dei trattamenti avviati anteriormente alla sua entrata in vigore e non anche l'avvio *ex novo* dei trattamenti medesimi, si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.

L'Azienda Ospedaliera convenuta ha proposto reclamo. *Inquadramento generale della materia.*

La controversia concerne la vicenda, nota anche mediaticamente, del trattamento a base di cellule staminali mesenchimali prodotte secondo il metodo Stamina di pazienti affetti da gravi patologie neurologiche.

In generale, la materia delle terapie geniche e cellulari somatiche è regolata dal d.m. 5.12.06.

Omissis.

Peraltro, con il citato art. 2 d.l. 24/2013, in considerazione del fatto che, pur in assenza dei requisiti di cui al suddetto art. 1 d.m. 5.12.06, in alcuni casi erano stati comunque avviati trattamenti con cellule staminali mesenchimali, il legislatore ha derogatoriamente sancito la possibilità di completare tali trattamenti.

All'indomani di tale intervento normativo, presso numerosi Tribunali sono stati proposti ricorsi d'urgenza con i quali, denunciandosi l'illegittimità costituzionale della distinzione fra i pazienti per i quali il trattamento fosse già stato iniziato anteriormente all'entrata in vigore del d.l. e quelli per i quali altrettanto non fosse avvenuto, è stato chiesto di consentire anche a questi ultimi di accedere al trattamento medesimo.

Anche il ricorso in esame si inserisce in questo filone.

Le questioni da affrontare.

Quella appena delineata essendo la materia del conten-

dere, i punti da affrontare sono due: a) in primo luogo quello se sia possibile, in sede cautelare, la delibazione della questione di costituzionalità e, se del caso, la disapplicazione della normativa primaria in contrasto con la Costituzione, senza rimessione alla Corte Costituzionale; b) in secondo luogo – e posto che il primo interrogativo venga risolto affermativamente – quello se il citato art. 2 d.l. 24/2013 sia in effetti in contrasto con la Costituzione.

a) *La delibabilità della questione di costituzionalità.*

Nel nostro ordinamento, com'è noto, il controllo di costituzionalità delle leggi è riservato alla Corte Costituzionale: il Giudice ordinario, laddove ritenga che una normativa primaria confligga con la Costituzione, deve arrestarsi e rimettere la questione alla Corte.

In sede cautelare ciò risulta peraltro impossibile, perché i tempi del meccanismo risultano incompatibili con l'urgenza alla quale è improntato il processo cautelare. A fronte di tale dato, si danno dunque, in astratto, tre possibilità: aa) decisione alla luce della normativa primaria, senza tenere conto di quella costituzionale; bb) delibazione della questione di costituzionalità, decisione alla luce di tale delibazione e poi rimessione della questione alla Corte Costituzionale; cc) delibazione della questione di costituzionalità, decisione alla luce di tale delibazione e riserva al giudizio a cognizione piena della sollevazione della questione di costituzionalità.

Scartata senz'altro la seconda soluzione, in quanto con la decisione il processo cautelare termina e perché comunque a tal punto la questione di costituzionalità risulterebbe non più rilevante, fra le altre due soluzioni non v'è dubbio che sia la terza a dover essere adottata e ciò per un duplice ordine di ragioni.

Per un verso occorre infatti considerare che il *fumus boni iuris* deve essere inteso non già quale valutazione, sia pure sommaria, in merito all'attuale fondatezza della domanda, vale a dire all'attuale sussistenza del diritto, bensì quale valutazione della prospettiva di accoglimento della domanda all'esito del giudizio a cognizione piena. A diversamente ritenere, si dovrebbe infatti escludere la possibilità di emettere provvedimenti d'urgenza strumentalmente a processi costitutivi, vale a dire a tutela di diritti allo stato non ancora esistenti e destinati ad insorgere solo a seguito della successiva sentenza.

Per altro verso occorre poi considerare che l'applicazione delle norme costituzionali non è ontologicamente preclusa al Giudice ordinario. Al contrario, il principio generale è senz'altro quello per il quale anche tali norme, al pari di qualunque altra dell'ordinamento, rientrano nell'ambito della cognizione del Giudice medesimo ed è solo in forza dell'istituzione della Corte Costituzionale e della previsione del giudizio di costituzionalità che deve ritenersi esclusa la disapplicazione incidentale della norma primaria incostituzionale. Se questo è vero, è però allora evidente che quest'ultima esclusione in tanto vale, in quanto e nei limiti nei quali il giudizio di costituzionalità risulti concretamente operante, in caso contrario riprendendo vigore il principio generale.

La riprova, qualora ve ne fosse bisogno, è fornita dalle disposizioni transitorie e finali della Costituzione, e segnatamente dalla VII², a mente della quale "fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme

e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione", vale a dire incidentalmente, ad opera del Giudice ordinario.

Certo, all'indomani dell'istituzione della Corte Costituzionale tale previsione deve ritenersi in sé superata. Ma essa rappresenta la chiara espressione del predetto principio di carattere generale, vale a dire quello per il quale la previsione del giudizio di costituzionalità davanti alla Corte Costituzionale in tanto priva il Giudice ordinario del potere di disapplicazione della norma primaria incostituzionale, in quanto risulti concretamente operante.

Del resto, a diversamente ritenere, si perverrebbe all'assurdo per il quale la normativa costituzionale risulterebbe lettera morta proprio nei casi nei quali, essendovi urgenza di provvedere, l'esigenza di tutela è maggiore.

b) La (in)costituzionalità dell'art. 2 d.l. 24/2013.

In generale, va innanzitutto chiarito che la c.d. libertà di cura, spesso invocata in materia di accesso a trattamenti sanitari a spese del Servizio Sanitario Nazionale, è un profilo totalmente irrilevante. In questione non è infatti la libertà quanto al medico di praticare una determinata terapia e quanto al paziente di sottoporvisi, bensì la scelta, da parte dello Stato, di se, come e quanto finanziare la spesa sanitaria nazionale.

Questo essendo il punto, va detto che quella in questione è una scelta che, per quanto sicuramente soggetta ad alcuni vincoli costituzionali di carattere generale, è e rimane fondamentalmente discrezionale e dipendente da valutazioni di carattere economico-finanziario. Di certo, non è dunque sostenibile, in norme della "libertà di cura", che il Servizio Sanitario Nazionale dovrebbe senz'altro finanziare qualunque trattamento terapeutico o asseritamente tale.

Ciò premesso, rimane peraltro, come accennato, che alcuni vincoli costituzionali esistono. In particolare, per ciò che qui rileva, ne vengono in considerazione due: da un lato quello, positivo, imposto dal principio di uguaglianza; dall'altro quello, negativo, imposto dall'art. 32 Cost., laddove riconosce il diritto alla salute come fondamentale.

In nome del primo principio, lo Stato, per quanto libero

di scegliere la propria politica sanitaria, è tenuto a osservare la parità di trattamento fra situazioni analoghe, non potendo operare scelte discriminatorie o capricciose. In nome del secondo, esso, ferma restando la possibilità di finanziare trattamenti ancora sperimentali, di certo non può impiegare le proprie risorse per finanziare trattamenti dichiaratamente nocivi.

Calando questi due principi nel caso di specie, ed iniziando dal secondo, si osserva quanto segue.

Il trattamento mediante cellule staminali, per quanto anche mediaticamente noto, non è ancora dotato di acclarata validità terapeutica. Nondimeno, in merito ad esso non esistono dati univoci e certi neppure in merito alla sua dannosità. Allo stato, non può dunque ritenersi che il fatto di consentire e finanziare la sua pratica incontri il limite negativo di cui poco sopra, con la conseguenza che nessuna incostituzionalità è imputabile, sotto questo profilo, al citato art. 2 d.l. 24/2013 – né nella sua formulazione letterale, né nella sua richiesta applicazione generalizzata – laddove consente tale pratica.

Per converso, appare invece indubbiamente incostituzionale la limitazione dell'accesso al trattamento ai soli pazienti che avessero lo avessero iniziato anteriormente all'entrata in vigore del d.l. Quella in questione, legata alla data di inizio del trattamento medesimo, è infatti una distinzione del tutto casuale ed accidentale, legata ad una circostanza totalmente estranea a quelli che dovrebbero essere i criteri – evidentemente di carattere medico – in base ai quali individuare i soggetti ai quali somministrarlo.

La norma deve dunque essere disapplicata, laddove contempla appunto tale limitazione, con la conseguenza che anche coloro che non avessero iniziato il trattamento anteriormente alla predetta data, e fra questi la Magri, hanno diritto ad accedervi, alle medesime condizioni di coloro che lo avessero viceversa iniziato.

Da qui il rigetto del reclamo.

Sulle spese: Data la complessità della questione, le spese sono senz'altro da compensare. – *Omissis.*

Procedimento cautelare ed incidente di costituzionalità

Alberto Ronco

Qual è la rilevanza e quale il modo con cui trattare, nell'ambito del procedimento cautelare, la questione di legittimità costituzionale di una norma di legge ordinaria? Il tema affatica da decenni dottrina e giurisprudenza, che offrono un panorama variegato di risposte. Il Tribunale di Lucca – nell'ambito di un procedimento ex art. 700 c.p.c. con il quale si è azionato il diritto ad essere curati in una struttura pubblica mediante il c.d. metodo Stamina – ritiene di poter direttamente disapplicare la norma incostituzionale. L'Autore esamina criticamente le varie soluzioni e propone di articolare in questi casi il procedimento cautelare attraverso la sequenza: pronuncia immediata con disapplicazione della norma incostituzionale, rimessione della questione alla Corte con sospensione del procedimento, eventuale successiva riassunzione finalizzata alla revoca o modifica (o conferma) del primitivo provvedimento.

Posizione del tema

Il problema di natura processuale affrontato dall'ordinanza del Tribunale di Lucca, problema (grave di per sé e reso gravissimo dalla specificità della fattispecie), che tocca i rapporti tra i poteri dello Stato e l'effettività della tutela giurisdizionale, può sintetizzarsi in una domanda: che cosa deve fare il giudice cui sia richiesto un provvedimento cautelare a protezione di un diritto che non trova riconoscimen-

to in una norma di legge ordinaria, ma direttamente nella Costituzione, diritto che, anzi, le norme di legge ordinarie misconoscono? Dove è evidente che il cuore dell'interrogativo sta nel dubbio sull'applicazione in ambito cautelare dell'art. 134, primo alinea, Cost., dell'art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e dell'art. 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87, i quali riservano alla Corte costituzionale la decisione sull'illegittimità costituzionale delle leggi ed impongono al

62 RIGETTO DEL RICORSO D'URGENZA PER CARENZA D'INTERESSE AD AGIRE ED ACCOGLIMENTO DELL'ISTANZA SUBORDINATA DI SEQUESTRO GIUDIZIARIO DI BENI AZIENDALI

TRIBUNALE DI BARI - SEZ. II - 3 AGOSTO 2006 (ORD.) - G.D. SCODITTI - FALL. SO.GE.CO. S.P.A. (AVV. DE PALO) C. TENDER S.R.L. (AVV. TUCCI, LIANTONIO)

Procedimento cautelare - Provvedimento d'urgenza - Rigetto - Sequestro giudiziario - Gestione temporanea patrimonio aziendale - Attuazione diritto controverso - Pregiudizio - Ammissibilità.

(C.P.C., ARTT. 700 E 670)

1. Il rigetto del petitum principale di una domanda cautelare d'urgenza non preclude l'ammissibilità dell'istanza di sequestro giudiziario in essa contenuta in via subordinata, sussistendo controversia sul possesso di un complesso immobiliare oggetto di un cessato contratto d'affitto d'azienda, vantando il ricorrente una pretesa restitutoria, e dovendo provvedere alla gestione temporanea dell'azienda, al fine di conservarne il patrimonio, sussistendo la possibilità che si determinino situazioni idonee a pregiudicare l'attuazione del diritto controverso.

Procedimento cautelare - Provvedimento d'urgenza - Autorizzazione a non adempiere obbligo di restituzione immobile - Interesse ad agire - Esclusione.

(C.C., ART. 1460; C.P.C., ART. 700)

2. *Il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., proposto al fine di ottenere l'autorizzazione a non adempiere la richiesta di restituzione di un immobile invocando l'art. 1460 c.c., non è ammissibile, e va quindi rigettato per mancanza d'interesse ad agire del ricorrente, trattandosi di autotutela di carattere sostanziale attivabile direttamente dalla parte.*

(Omissis). — La domanda cautelare, avente come *petitum* in linea principale istanza ex art. 700 c.p.c. ed in linea subordinata istanza di sequestro giudiziario, è strumentale, come espressamente dedotto dalla ricorrente, a domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto di affitto di azienda del 16 giugno 2004 avente ad oggetto il complesso alberghiero «Grand Hotel Ambasciatori», o in subordine a domanda di risoluzione giudiziale del predetto contratto, con condanna al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni. Preliminarmente va affrontato il profilo della *causa petendi* del ricorso.

La curatela ricorrente ha allegato l'intervenuta risoluzione di diritto del contratto per effetto della dichiarazione di data 15 maggio 2006 con cui la parte ha inteso avvalersi della clausola risolutiva di cui all'art. 5 del contratto medesimo. Che tale disposizione negoziale abbia natura di clausola risolutiva espressa non è dubbio, posto che le parti hanno espressamente previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento dell'obbligo posto a carico della società affittuaria di eseguire gli interventi manutentivi e di sicurezza specificati dalla clausola medesima, né la qualificazione in tal senso della previsione negoziale è controversa fra le parti. Ciò che invero è controverso è la sussistenza dei presupposti dell'allegato inadempimento, essen-

do la circostanza contestata dalla società convenuta, la quale ha anche eccepito l'inadempimento del locatore, che avrebbe consegnato l'azienda priva delle necessarie autorizzazioni per lo svolgimento dell'attività cui sarebbe destinata.

Sotto quest'ultimo aspetto, deve evidenziarsi che proprio l'art. 5, contenente la clausola risolutiva espressa, prevede un particolare regolamento secondo cui si esclude la garanzia da parte della curatela del fallimento circa l'utilizzabilità e conformità del complesso aziendale alla normativa in materia di prevenzione degli infortuni, di sicurezza, di igiene e di tutela ambientale. Trattandosi di un elemento naturale del negozio, la garanzia in discorso può essere esclusa, salvo il limite generale del dolo o colpa grave (art. 1229 c.c.), nella specie non allegati. Ed invero la mancata allegazione da parte della società affittuaria di circostanze di invalidità del patto di esonero da responsabilità si spiega con l'assunzione dell'obbligo da parte dell'affittuaria medesima, previsto sempre dall'art. 5, di eseguire a propria cura e spese tutti gli interventi manutentivi ordinari e/o straordinari o comunque di adeguamento della struttura alberghiera, specie con riferimento a tutti gli impianti di cui è dotato il complesso alberghiero, nonché tutti i necessari interventi di messa in sicurezza dello stesso complesso (così letteralmente la clausola negoziale). Ciò che dunque doveva per ipotesi gravitare nell'ambito della responsabilità del locatore è stato per espressa pattuizione spostato nell'area della responsabilità dell'affittuaria, che ne ha assunto il relativo obbligo. La questione dirimente che a questo punto si pone è quella dell'esistenza effettiva dell'inadempimento.

Prevede l'art. 5 del contratto che in relazione all'esecuzione degli interventi di cui sopra, ove gli stessi non siano superiori ad una spesa complessiva di euro 25.000,00, verrà riconosciuto un credito in prededuzione da liquidarsi al momento del rilascio del complesso alberghiero (da effettuarsi, in base all'art. 3, entro tre mesi dalla aggiudicazione definitiva del bene, cui corrisponde il termine finale di durata del rapporto), con il criterio della minor somma tra quella pari alla spesa sostenuta e quella pari al miglioramento effettivo conseguito, mentre per gli interventi in eccedenza rispetto ad euro 25.000,00, gli stessi dovranno essere preventivamente autorizzati dalla procedura e saranno riconosciuti con lo stesso criterio precisato. Aggiunge l'art. 5 che in mancanza di autorizzazione i detti interventi in eccedenza di euro 25.000,000 saranno acquisiti negli effetti alla procedura senza alcuna corresponsione di indennità, salvo che la società affittuaria non intenda rimuovere le opere oggetto dei predetti interventi senza danneggiamento della struttura.

Non è controverso che con istanza del 4 agosto 2004 la Tender s.p.a. abbia richiesto l'autorizzazione al giudice delegato a conferire incarico professionale per la redazione del progetto e quanto necessario per la predisposizione degli adeguamenti alla normativa vigente, e che tale istanza sia rimasta priva di riscontro. Deduce al riguardo la curatela ricorrente che, trattandosi di realizzare nella specie non interventi manutentivi estranei al sinallagma contrattuale, ma opere necessarie per lo stesso esercizio dell'azienda, l'esecuzione era obbligata senza alcun bisogno di autorizzazione. La deduzione è inconferente posto che la clausola risolutiva espressa in considerazione è prevista proprio per gli interventi manutentivi e di messa in sicurezza necessari per l'esercizio dell'azienda alberghiera. In realtà ciò che poteva semmai legittimamente obiettarsi era che l'autorizzazione andava richiesta non al giudice delegato ma al curatore quale amministratore del patrimonio fallimentare. Trattandosi infatti di facoltà prevista da contratto stipulato dal curatore (su autorizzazione naturalmente del giudice delegato), l'autorizzazione *de qua* è da considerare atto di ordinaria amministrazione, né può dirsi che la stessa rientri nelle ipotesi previste dall'art. 35 l. fall. L'atto mira, invero, alla conservazione ed al miglioramento del patrimonio fallimentare, non certo alla sua diminuzione o dispersione. In quanto diretta all'ufficio fallimentare l'istanza può comunque essere intesa come indirizzata anche al curatore (e peraltro la società convenuta ha dedotto — e la circostanza non è stata contestata — che risulta apposto sull'istanza il «non luogo a provvedere» del curatore). Centrale, ai fini della risoluzione della controversia, appare a questo punto una corretta interpretazione della previsione negoziale di cui all'art. 5.

Ferma restando l'esistenza dell'obbligo in capo alla società affittuaria di eseguire gli interventi previsti, la subordinazione dell'esecuzione degli interventi eccedenti l'importo di euro 25.000,00 all'autorizzazione della procedura fallimentare è astrattamente suscettibile di una duplice inter-

(H) segue...

pretazione, e cioè come onere del locatore o come onere dell'affittuario. Mentre nel primo caso l'inadempimento dovrebbe essere escluso, essendo rimasto inadempito l'onere del locatore-creditore, nel secondo dovrebbe ritenersi verificato. L'indagine ermeneutica deve muovere dalla considerazione dell'interesse che l'atto autorizzatorio è destinato a soddisfare. Intendendo l'autorizzazione come onere del locatore-creditore, essa deve essere sussunta nell'area degli atti necessari affinché l'affittuario-debitore possa adempiere l'obbligazione (art. 1206 c.c.), e dunque nella zona della cooperazione del creditore all'adempimento. Allo scopo dunque di conseguire la prestazione, il locatore dovrebbe, quale suo onere, concedere l'autorizzazione richiesta, pena l'inconfigurabilità dell'inadempimento. In realtà, un elemento di contraddizione rispetto a tale configurazione del rapporto lo introduce già l'atto in questione, e cioè l'autorizzazione. Nel caso di specie, posto che il soggetto è già dotato del potere (in realtà potere-dovere) di compiere l'attività in questione, l'autorizzazione dovrebbe intendersi non costitutiva (di un potere prima inesistente), ma meramente integrativa, e cioè di rimozione all'esercizio della facoltà. Il consenso autorizzatorio della parte serve però di norma nella disciplina dell'affitto a rimuovere un limite che trova il suo fondamento nell'interesse del locatore medesimo a mantenere inalterato l'immobile. Qui, invece, l'esecuzione delle opere corrisponde ad un diritto del locatore e, specularmente, all'obbligo negoziale dell'affittuario, e dunque è logicamente contraddittorio che all'autorizzazione sia tenuto, quale suo onere, lo stesso soggetto interessato all'oggetto dell'autorizzazione medesima. Deve infatti considerarsi che la curatela fallimentare, nella veste di locatore, è interessata alla conservazione del patrimonio destinato alla liquidazione, e dunque all'esecuzione dei lavori cui la società affittuaria si è obbligata.

L'argomento principale tuttavia, in senso dell'ascrizione dell'autorizzazione ad onere dell'affittuario, è che la clausola disciplina l'ipotesi dell'esecuzione dei lavori senza autorizzazione, prevedendo la loro acquisizione negli effetti alla procedura senza corresponsione di indennità, salvo il diritto della società affittuaria di rimuovere le opere oggetto degli interventi senza danneggiamento della struttura. L'autorizzazione dunque protegge l'interesse dell'affittuario-debitore all'indennità, ed è indipendente dal rapporto obbligatorio. In mancanza di autorizzazione gli interventi devono comunque essere eseguiti, in virtù dell'obbligazione negoziale, e vanno acquisiti al fallimento. L'unico effetto in tal caso è quello dell'assenza di indennità, salvo l'esercizio del diritto di rimozione delle opere. Ed invero l'autorizzazione corrisponde anche ad un interesse del locatore sotto il profilo della legittimità della spesa, potendo costui così scegliere fra il mantenimento dell'opera, con la corresponsione della relativa indennità, e la possibilità che la stessa sia rimossa dall'affittuario. Peraltro la mancanza di autorizzazione non è del tutto scevra da controllo giudiziale. L'affittuario ai fini del riconoscimento del proprio credito in prededuzione al momento del rilascio del complesso alberghiero può dedurre nelle forme di legge che il mancato rilascio di autorizzazione è dovuto ad un comportamento arbitrario del curatore in violazione della regola fondamentale di correttezza, senza che tuttavia questo gli consenta, contro la buona fede, di rifiutare l'esecuzione degli interventi manutentivi e di sicurezza (si è detto che l'autorizzazione non risponde ad un onere del locatore, sicché l'adempimento dell'obbligazione non è subordinato all'autorizzazione). Allo scopo di vedere riconosciuto il proprio credito in prededuzione la società affittuaria ha pertanto l'onere di chiedere l'autorizzazione, cautelando così il proprio diritto anche per l'ipotesi che la curatela arbitrariamente non rilasci l'autorizzazione. Naturalmente, in mancanza di richiesta di autorizzazione, nulla competerà in favore dell'affittuaria.

Conclusivamente deve affermarsi che la società affittuaria, nonostante il mancato riscontro alla richiesta di autorizzazione (e comunque il «non luogo a provvedere» del curatore), doveva eseguire gli interventi manutentivi e di sicurezza previsti dal contratto. Sulla base della dichiarazione ai sensi dell'art. 1456 comma 2 c.c., il contratto deve intendersi risolto di diritto.

Passando quindi ai rimedi cautelari invocati deve osservarsi quanto segue. La curatela ha chiesto in linea principale ai sensi dell'art. 700 c.p.c. inibitoria nei confronti di Tender s.r.l. dal richiedere al fallimento So.Ge.Co. la restituzione del complesso aziendale alberghiero in questione, ovvero autorizzazione al fallimento a rifiutare tale restituzione. A questo proposito deve premettersi che con provvedimento ai sensi dell'art. 25 comma 1 n. 2 l. fall., depositato in data 24

maggio 2006, il giudice delegato aveva ordinato alla Tender s.r.l. l'immediato rilascio in favore del curatore del complesso alberghiero, e che con ordinanza collegiale depositata in data 11 luglio 2006 il tribunale, in accoglimento del reclamo ai sensi dell'art. 26 l. fall., aveva annullato il decreto del giudice delegato. Venuto meno il titolo del rilascio, deve reputarsi in diritto ripristinato lo *status quo ante*. Il fatto che l'immobile sia attualmente ancora detenuto dalla curatela è una circostanza fattuale irrilevante per il diritto, posto che, dovendosi presumere l'adeguamento della situazione di fatto a quella giuridica, la Tender s.p.a. ha diritto al ripristino della situazione antecedente il decreto annullato. Sotto questo aspetto inammissibile è un provvedimento cautelare che, allo scopo di paralizzare la detta pretesa, rinviene dall'annullamento del titolo che aveva modificato lo stato di diritto, inibisca la richiesta di restituzione dell'immobile, o autorizzi il fallimento a rifiutare la detta restituzione. Ciò che la curatela ricorrente fa qui valere è in sostanza il diritto di rifiutarsi di adempiere l'obbligo di restituzione, invocando all'uopo la norma di cui all'art. 1460 c.c. (nonché quella di cui all'art. 1461). Ma, a parte la circostanza assorbente secondo cui l'azione cautelare è stata promossa strumentalmente alla domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto, e non a quella di accertamento della legittimità del rifiuto di adempiere, deve sottolinearsi che non è ammissibile il ricorso alla tutela cautelare al fine di ottenere l'autorizzazione a non adempiere, posto che trattasi di autotutela di carattere sostanziale attivabile direttamente dalla parte. Posto che l'attuazione dell'art. 1460 c.c. compete alla parte, difetta quindi l'interesse ad agire in sede cautelare (diverso è ovviamente il caso in cui la consegna o il rilascio siano dovuti per esecuzione forzata minacciata con atto di precetto).

Ammissibile è invece l'istanza di autorizzazione di sequestro giudiziario proposta in linea subordinata (prive di rilievo sono al riguardo le deduzioni di parte convenuta, posto che il ricorso al riguardo deve reputarsi proposto ai sensi dell'art. 670 c.p.c.). Sussiste la controversia sul possesso del complesso aziendale, vantando la curatela ricorrente una pretesa restitutoria quale effetto della allegata risoluzione del contratto. È opportuno inoltre provvedere alla gestione temporanea dell'azienda in quanto, stante l'inadempimento della società convenuta agli obblighi previsti dall'art. 5 del contratto, e l'interesse della curatela fallimentare alla conservazione del patrimonio della società fallita, sussiste la possibilità che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso. (*Omissis*).

NOTA

(1) Il Tribunale di Bari, adito in sede cautelare, esamina due istanze proposte con unico ricorso, in via principale ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e subordinata ex art. 670 c.p.c. dal fallimento So.Ge.Co. s.p.a., proprietario di un complesso alberghiero concesso in gestione alla convenuta Tender s.r.l. con un contratto di affitto d'azienda. La vicenda cautelare appare strumentale al successivo accertamento dell'intervenuta risoluzione di diritto del contratto suddetto ed in subordine, alla dichiarazione di risoluzione giudiziale dello stesso, con condanna dell'affittuaria al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni, quale conseguenza dell'inosservanza del suo obbligo di eseguire gli interventi manutentivi e di sicurezza convenuti.

Il procedimento cautelare è stato intrapreso dal curatore allo scopo di procedere ad interventi urgenti ritenuti necessari alla conservazione dell'immobile, non essendo egli riuscito ad ottenerne il rilascio ai sensi dell'art. 25 n. 2 l. fall.

(2) Il tribunale barese rigetta la prima e accoglie la seconda delle istanze cautelari proposte. Più precisamente, con riferimento alla prima, uniformandosi al prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale in materia (cfr. TOMMASEO, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 866 ss.; ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, 2, Padova, 1985, 93 ss.; Pret. Verona 18 novembre 1987, con nota di VULLO, *Brevi osservazioni in tema di provvedimenti d'urgenza*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 802; Pret. Taranto 27 dicembre

oggettivamente la portata del mezzo di impugnazione di cui all'articolo 18 L. Fall., emergono *ictu oculi* dalla relazione accompagnatoria del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, in cui il legislatore ha specificamente dichiarato che «la modifica vale ad escludere l'applicabilità della disciplina dell'appello dettata dal codice di rito e ad assicurare l'effetto pienamente devolutivo dell'impugnazione, com'è necessario attesi il carattere indisponibile della materia controversa e gli effetti della sentenza di fallimento, che incide su tutto il patrimonio e sullo *status* del fallito».

Se, dunque, nella disciplina ante-riforma sembravano percorribili entrambe le strade (quella del regolamento necessario come unico mezzo di impugnazione e quella della cumulabilità di quest'ultimo con l'impugnazione prevista dall'art. 18 L. Fall.), allo stato, la nuova disciplina sembra aver escluso l'applicazione dell'art. 42 c.p.c., in favore del reclamo come unico mezzo di impugnazione. Rimane il dubbio circa l'applicabilità del regolamento facoltativo di competenza, *ex art.* 43 c.p.c. Tuttavia, come appena visto, una lettura orientata nel senso della *ratio* degli interventi del legislatore nella procedura fallimentare, sembrerebbe escluderlo.

MAURIZIO MARANGON

PROVVEDIMENTI CAUTELARI

TRIBUNALE VENEZIA, 30 dicembre 2010, n. 2759 — MAIOLINO *Giudice relatore* — S.M. (avv.ti De Lazzari, Virgilio) - S. s.n.c. ed altri (avv.ti Bonino, Rossi).

Provvedimenti cautelari — Provvedimenti cautelari in materia societaria — Provvedimento di sospensione dell'esecuzione di delibera assembleare di esclusione di un socio — Estinzione del procedimento di merito — Effetti (D.Lgs. 17 ottobre 2003, n. 5, artt. 23, 24).

Il provvedimento di sospensione di una delibera assembleare di esclusione di un socio deve essere annoverato tra i provvedimenti anticipatori di cui agli artt. 23 e 24 D.Lgs. 17 ottobre 2003, n. 5, idonei a mantenere la propria efficacia a prescindere dalla prosecuzione del procedimento di merito cui afferiscono (1).

 *Omissis.* — La controversia presuppone la soluzione di una specifica questione di diritto: ovvero se i provvedimenti di sospensione di delibera assembleare di società abbiano o meno contenuto anticipatorio rispetto alla sentenza di merito, giacché, ferma l'estinzione della causa a cognizione piena, solo nel caso sia riconosciuta natura anticipatoria, al provvedimento di sospensione potrà essere riconosciuta una efficacia ultrattiva rispetto alla causa di merito cui è senz'altro strumentale. — *Omissis.* — Ritiene opportuno il Collegio partire dalla definizione di "anticipatorietà", che il legislatore non ha fornito, nonché dalla *ratio* della previsione normativa di cui si discute. Il concetto di anticipatorietà riporta alla tradizionale distinzione dei provvedimenti cautelari in conservativi ed anticipatori fondata sulla differenza di pericoli cui detti provvedimenti intenderebbero porre rimedio: si tratta di una classica bipartizione, risalente a Calamandrei, in base alla quale il provvedimento conservativo mira a conservare una situazione di fatto, evitando che si verificino mutamenti nelle circostanze idonei a frustrare l'efficacia della sentenza di merito, mentre il provvedimento

anticipatorio punta ad anticipare gli effetti innovativi della realtà che sarebbero prodotti dalla sentenza di merito, in ogni ipotesi in cui detta sentenza risulterebbe altrimenti inutile. In sostanza, mentre il provvedimento conservativo vuole evitare il pericolo dell'infruttuosità della sentenza di merito, il provvedimento anticipatorio vuole evitare il pericolo della sua tardività: si tratta quindi di una distinzione imperniata sulla diversa funzione dei provvedimenti cautelari. Gli studi successivi hanno affiancato a questa tradizionale distinzione un'ulteriore bipartizione, imperniata non tanto sullo scopo del provvedimento quanto alla sua struttura: ovvero sull'esame di come si strutturare il provvedimento e quale sia il suo contenuto per realizzare lo scopo avuto in mira. Se si tratta di valutare quale contenuto e quindi quali effetti i due tipi di provvedimenti producano e non a quali pericoli siano destinati a porre rimedio, i provvedimenti anticipatori (a questo punto non solo cautelari, visto che risultano svincolati dalla necessità di rimediare ad un pericolo) sono quelli che intervengono prima della sentenza di merito e che ne anticipano in qualche misura il contenuto: il provvedimento anticipatorio — si è affermato — è quello che produce gli effetti caratteristici della successiva sentenza, anche se con una pronuncia che presenti diversa natura giuridica. Cosicché il provvedimento sotto un profilo strutturale (ovvero di tecnica normativa, atteso che così è stato delineato dal legislatore) ben può essere qualitativamente diverso rispetto al provvedimento anticipato giacché diversa è la natura della pronuncia, ma quantitativamente uguale, atteso che almeno in parte il provvedimento anticipatorio è "contenuto" nel provvedimento anticipato. Ora, risulta condivisibile la tesi della società convenuta, laddove sottolinea che il provvedimento cautelare di sospensione di delibera assembleare non ha natura anticipatoria sotto un profilo funzionale, essendo "volto a mantenere lo *status quo* precedente alla emanazione della delibera, in attesa della decisione sulla validità della delibera stessa". Il provvedimento sospensivo, infatti, intende evitare che gli effetti della sentenza giungano quando la realtà fattuale si sia modificata in modo tale da risultare di scarsa utilità: in sostanza, l'annullamento della delibera di esclusione del socio a distanza di anni rispetto alla sua pronuncia non è di per sé inattuabile, ma può risultare di scarsa utilità sia per le differenti scelte di vita che il socio escluso può essere stato costretto ad adottare sia per le radicali modifiche che possono avere nel frattempo coinvolto la società su decisione dei soci superstiti. Se però si ha riguardo al profilo strutturale, la sospensione della delibera mira proprio a paralizzare gli effetti della deliberata esclusione, così svolgendo effetti analoghi rispetto alla sentenza di annullamento: entrambi i provvedimenti garantiscono al socio impugnante di essere reintegrato nella compagine sociale. È ben vero che la sentenza, avendo natura costitutiva, ha la forza di eliminare la delibera e che analogo potere manca al provvedimento di sospensione della delibera medesima, ma ciò non toglie che quest'ultimo produca comunque alcuni effetti tipici della sentenza seppure "quantitativamente" inferiori a quelli prodotti dalla stessa: cioè, non elimina la delibera, ma impedisce che la stessa produca i propri effetti. Non elimina l'atto-fonte e non interviene quindi sull'esistenza del provvedimento ma sulla sua idoneità a produrre i suoi effetti tipici e sugli effetti prodotti da detta fonte. Si tratta quindi di verificare se il legislatore che ha disciplinato nel nostro sistema processual-civilistico i concetti di strumentalità attenuata e di anticipatorietà dei provvedimenti cautelari, intenda far riferimento ad un concetto funzionale oppure strutturale di anticipatorietà, giacché solo nel secondo caso il provvedimento di sospensione della delibera della società potrà essere annoverato tra i provvedimenti anticipatori di cui agli artt. 23 e 24 D. Lgs. 5/2003, idonei a mantenere la propria efficacia a prescindere dalla prosecuzione della causa di merito cui afferiscono. Ebbene, ritiene il Collegio che le norme menzionate — così come l'analogo art. 669 *octies*, 6° comma, c.p.c.: "*provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito*" — richiamino una definizione di provvedimento anticipatorio basato sulla struttura dell'atto ovvero sulla struttura degli effetti che lo stesso è idoneo a produrre, e non sulla sua funzione. L'argomento è in primo

luogo letterale, atteso che le stesse norme menzionate indicano quale elemento discriminante la "capacità di anticipare gli effetti della sentenza di merito", rimanendo invece irrilevante il differente contenuto tra la decisione anticipatoria e quella anticipata e risultando idonea la pronuncia di sospensione della delibera ad evitare che la vita della società sia condizionata e dipenda dalla decisione assunta dall'assemblea dei soci. Il provvedimento cautelare sospeso quindi rimane quiescente, esistente quale atto giuridico, ma incapace di produrre i propri effetti: l'atto rimane in vita, ma non produce più effetti, che vengono per così dire congelati. Un secondo argomento viene poi dall'analisi della *ratio* e dell'*iter* che ha condotto all'adozione della normativa riferita ed in particolare delle norme che avevano introdotto il concetto di strumentalità attenuata per i provvedimenti cautelari anticipatori adottati nell'ambito del c.d. processo societario (artt. 23 e 24 D. Lgs. 5/2003). In primo luogo va ricordato come l'intento del legislatore fosse sostanzialmente deflattivo, in modo che la parte interessata, già vittoriosa in sede cautelare, fosse libera di scegliere se instaurare o proseguire il giudizio di merito fino alla pronuncia della sentenza ovvero ritenersi soddisfatta della pronuncia cautelare già ottenuta: se si mette in conto che la parte potrebbe ancora non essere soddisfatta del provvedimento anticipatorio, che un risultato favorevole evidentemente deve averle già assicurato anche se non la tutela piena tipica della sentenza di merito, deve anche presupporre una differenza tra gli effetti immediati della sentenza e gli effetti del provvedimento cautelare, che rimarrebbe pur sempre un provvedimento anticipatorio anche se non integralmente satisfattivo. Va poi ripercorso il dibattito che ha condotto alla formulazione di quelle norme: tra le esigenze più sentite vi era proprio quella di snellire il procedimento di impugnativa delle delibere assembleari, al fine di evitare che la società rimanesse nell'incertezza della validità o meno delle decisioni dei soci per tutto il periodo necessario all'ottenimento di una decisione definitiva di merito, incertezza del tutto inconciliabile con la necessità di certezza dei rapporti sociali propria della vita dell'ente. Riconosciuta invece la stabilità del provvedimento cautelare di sospensione, la società ed il socio impugnante hanno la possibilità di raggiungere "un punto fermo" nel loro contenzioso, potendo rinunciare a proseguire la causa di annullamento fino alla sua tipica conclusione di merito. La tesi esposta ha raccolto alcuni argomenti dissensi, che, per quanto approfonditi, paiono soccombere di fronte alle considerazioni svolte. Non risulta innanzitutto decisivo il richiamo alla natura costitutiva della sentenza di annullamento della delibera assembleare: è innegabile che il provvedimento di sospensione non può mai assumere natura costitutiva, ma se — come anticipato — si guarda agli effetti del provvedimento cautelare (la paralisi dell'efficacia della delibera) e non alla sua funzione (rimuovere la delibera dalla realtà giuridica), non potrà negarsi che entrambe le decisioni interrompono la produzione di effetti della delibera sociale: solo che la sentenza raggiunge questo risultato con l'eliminazione in radice dell'atto che detti effetti produce, mentre l'ordinanza cautelare interviene direttamente e solamente sugli effetti, impedendone la produzione. Si è evidenziata altresì la difficoltà di conciliare la sospensione della delibera ultrattiva rispetto all'estinzione della causa di merito, atteso che detto giudizio può essere promosso solo entro un determinato periodo di tempo, trascorso il quale maturerebbe l'irreversibile consumazione del potere di impugnativa e comunque il potere di verificare la validità o meno della delibera contestata: con l'effetto che, estinta la causa, il provvedimento di sospensione sopravviverebbe ma non sarebbe più possibile giungere ad una decisione di merito definitiva. Ritiene il Collegio che, pur verificandosi nel caso indicato una situazione di fatto peculiare, ciò non sia idoneo a giustificare una opposta soluzione di diritto alla problematica esposta. Infatti la valutazione della natura anticipatoria o meno di un provvedimento ha carattere generale e la sua soluzione deve prescindere dalle singole fattispecie concrete cui detta distinzione andrebbe applicata. Invero, una cosa è affermare che il provvedimento di sospensione di delibera assembleare ha natura anticipatoria perché produce effetti analoghi seppure "quantitativamente mino-

ri" rispetto alla sentenza di annullamento della delibera; un'altra cosa è valutare cosa avvenga in concreto; se il processo di merito si estingua dopo la pronuncia cautelare di sospensione, una volta decorso il termine di decadenza per l'impugnativa della delibera. Sotto altro profilo va anche osservato come non appaia condivisibile la tesi che denuncia nella fattispecie prospettata una irrimediabile incertezza in ordine all'esistenza della delibera assembleare, incertezza inconciliabile con le esigenze di certezza in cui dovrebbe operare la società. A parte il fatto che non grande certezza poteva garantirsi ad una società nella disciplina previgente, quando la decisione di annullamento o meno della delibera poteva seguire anche di molti anni il provvedimento cautelare di sospensione della stessa, va considerato come nell'attuale panorama normativo la situazione di fatto risulti molto meno precaria di quanto possa apparire: non potrà ottenersi una sentenza che accerti la validità o meno di quella delibera, ma sicuramente — salve le vicende tipiche dei provvedimenti cautelari, che comunque possono sempre verificarsi anche nel corso di una pluriennale causa di merito — la delibera non produrrà più i propri effetti. Non pare dirimente neppure il richiamo della società convenuta all'esigenza di tutela di entrambe le parti ed in particolar modo della società "impugnata", che — sostiene la parte — subirebbe irrimediabilmente le conseguenze dell'inattività del socio impugnante, la cui inerzia avrebbe determinato l'estinzione della causa. Basta al riguardo osservare come l'inerzia che dà luogo all'estinzione del giudizio sia di entrambe le parti e non di una sola di esse: di fronte all'inerzia del socio impugnante ben avrebbe potuto l'odierna società convenuta dare impulso al processo e nella specie notificare l'istanza di fissazione d'udienza. Al contrario ha avallato la condotta processuale del S.M., non assumendo autonome iniziative processuali e contribuendo così al verificarsi dell'evento estintivo della causa. Cosicché risulta altresì infondata la tesi per cui l'opzione interpretativa prescelta in ordine alla natura anticipatoria del provvedimento cautelare di sospensione della delibera condurrebbe al rischio di abuso del socio impugnante, che, ottenuto il richiesto provvedimento sospensivo, potrebbe con la propria inerzia lasciar estinguere il giudizio di merito, impedendo così anche alla società di giungere alla decisione di merito sul giudizio di annullamento della delibera: l'estinzione della causa di merito è senz'altro una scelta consapevole ed autonoma di ciascuna delle parti. Ancora, non rileva il fatto che il provvedimento cautelare di sospensione sia stato pronunciato all'esito di una cognizione meramente sommaria: questa è infatti la caratteristica di qualsiasi provvedimento cautelare ed, anzi, di qualsiasi provvedimento sommario, anticipatorio o non anticipatorio che sia. Né infine è rinvenibile alcuna lesione all'interesse di terzi che vengano in contatto con la società. A parte il fatto che detta esigenza si pone in maniera identica sia che il provvedimento di sospensione di delibera coesista con il processo di merito che prosegue lungo i suoi ordinari binari, sia che il provvedimento di sospensione si consolidi per effetto dell'estinzione della causa di merito, in entrambi i casi l'esigenza dei terzi di sapere se una determinata delibera sociale produca o meno effetti è tutelata con la pubblicità normativamente imposta, ovvero l'iscrizione del provvedimento di sospensione nel registro delle imprese. Concludendo, la domanda della società S. e dei soci L.M. e L.P. di declaratoria di inefficacia del provvedimento cautelare di sospensione depositato il 15.7.2009 va rigettata. — *Omissis*.



(1) Natura anticipatoria o conservativa del provvedimento di sospensione di una delibera assembleare, nel rapporto con l'estinzione del procedimento di merito

1. Con la pronuncia in epigrafe, il Tribunale di Venezia ha rigettato la domanda di declaratoria d'inefficacia di misura cautelare proposta *ex art. 669 novies*, commi 1 e 2, c.p.c., a motivo della sopravvenuta estin-

(L)

L'attore che abbia enunciato in citazione quale fatto costitutivo della domanda di rendiconto unicamente il conferimento del mandato, non può successivamente prospettare a fondamento della propria pretesa l'esistenza di una negotiorum gestio, risolvendosi tale prospettazione non già in una diversa qualificazione giuridica dei medesimi fatti, ma in una vera e propria mutatio libelli.

TRIBUNALE DI NAPOLI — 4 aprile 2003 — Pres. Annunziata — Est. Magliulo — C.D.G. (avv. Ciancio) c. L.D.G. (avv. Mele).

[4740/108] **Interdizione e inabilitazione - Interdizione - Cause - Pronuncia d'interdizione - Presupposti.**
(Cod. civ., art. 414).

[4740/36] **Interdizione e inabilitazione - Inabilitazione - Cause - Pronuncia d'inabilitazione - Presupposti.**
(Cod. civ., art. 415).

[4740/36] **Interdizione e inabilitazione - Inabilitazione - Cause - Pronuncia d'inabilitazione - Soggetto affetto da forma patologica tale da limitare la capacità di provvedere ai propri interessi - È legittima.**
(Cod. civ., art. 415).

Ai fini della pronuncia di interdizione non è richiesta l'esistenza di una tipica malattia mentale, bensì un'alterazione delle facoltà intellettive e/o volitive tali da determinare una totale incapacità di provvedere ai propri interessi, non solo con riguardo agli affari di indole patrimoniale, ma a tutti gli atti della vita civile che attengono sia alla cura della persona che all'adempimento dei doveri familiari, pubblici, ecc. (1).

In ordine alla pronuncia di inabilitazione il presupposto è costituito da un'alterazione delle facoltà mentali di non particolare gravità; ed in tale ricorrenza rileva anche il pregiudizio economico cui è esposto l'inabilitato o la sua famiglia ed è sufficiente che sia accertata l'esistenza di un pericolo attuale di atti pregiudizievoli al patrimonio, desunto dalle manifestazioni morbose, senza che occorra la prova che siano derivate deviazioni nel campo patrimoniale (2).

È legittima la pronuncia d'inabilitazione di un soggetto affetto da una forma patologica tale da limitare la capacità di provvedere ai propri interessi, così da richiedere opportuni strumenti di assistenza e di cooperazione. (Fattispecie in cui l'inabilitando è risultato affetto da una forma patologica caratterizzata da evidenti deficit cognitivi e di memoria tali da limitare la capacità di provvedere ai propri interessi) (3).

(1-3) Quanto alla nuova figura dell'amministratore di sostegno, ex l. 9 gennaio 2004 n. 6, v. Trib. Bari 15 giugno 2004, in questo stesso fascicolo, *supra*.

TRIBUNALE DI TORRE ANNUNZIATA — 17 marzo 2004 — Est. Lume — L.P. s.n.c., ditta B. e C. s.n.c. di L.I. (avv. Di Prisco, Como e Calò) c. Comune di Torre del Greco, (avv. Zeno).

[7812/288] **Sequestro conservativo, convenzionale e giudiziario - Inefficacia - Sequestro ante causam - Definizione del procedimento per questioni processuali - Declaratoria di inefficacia - Necessità.**
(Cod. proc. civ., art. 669 *novies*, 670, 671).

[1596/72] **Compromesso e arbitrato - Arbitrato - Rituale - Rapporto con l'autorità giudiziaria ordinaria - Rinuncia alla giurisdizione.**
(Cod. proc. civ., art. 806).

[1596/36] **Compromesso e arbitrato - Arbitrato - In genere - Sentenza che dichiara la competenza degli arbitri - *Traslatio iudicii* - Esclusione - Definizione del processo - Sussistenza.**
(Cod. proc. civ., art. 50, 279).

Poiché le disposizioni dell'art. 669 novies c.p.c., che disciplina le ipotesi di inefficacia del provvedimento cautelare, sono espressione del generale principio della strumentalità di tale provvedimento rispetto al giudizio di merito, l'inefficacia del sequestro conservativo e del sequestro giudiziario concessi ante causam va dichiarata anche nel caso, non espressamente contemplato dall'articolo citato, in cui la sentenza, ancorché non passata in giudicato, abbia definito il processo di merito decidendo questioni processuali impedi-

Il rapporto tra giudice ed arbitri rituali non può essere costruito in termini di competenza in senso tecnico, in quanto anche la clausola compromissoria per arbitrato rituale determina una rinuncia alla giurisdizione e, quindi, l'improponibilità della domanda davanti al giudice statale (1).

*La sentenza con la quale il tribunale declina la propria competenza in favore degli arbitri rituali — sia che in essa s'individui una pronuncia su questione preliminare di merito che accerta l'improponibilità della domanda davanti al giudice statale, sia che in essa si individui una pronuncia di mero rito —, non consente la *translatio iudicii* dinanzi agli arbitri, a norma dell'art. 50 c.p.c., e pertanto definisce il processo.*

(1) In proposito, v. Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527 e Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403, in *Fl.*, 2001, 116 (e la successiva giurisprudenza di legittimità) per la qualificazione come merito della devoluzione della questione circa la contumacia ad altri.

TRIBUNALE DI NAPOLI — 16 marzo 2004 — *Est.* Gaviano — C. (avv. Perrone Capano) c. E.S.I. s.p.a. (avv. Federico).

[2496/48] **Diritti d'autore - Contratto di edizione - Editore che muta l'orientamento di una rivista di proprietà di altri - Diritto al risarcimento dei danni - Sussistenza.**
(L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 118).

[2496/48] **Diritti d'autore - Contratto di edizione - Estinzione - Rivista - Morte dell'autore - Proseguimento delle pubblicazioni - Diritti degli eredi al risarcimento dei danni - Sussistenza.**
(L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 134).

La condotta dell'editore che cambi radicalmente l'indirizzo culturale e politico di una rivista, facendola divenire espressione di orientamenti che nulla più hanno a che vedere con la scuola di pensiero del suo fondatore, proprietario della testata, è astrattamente idonea a ledere diritti propri della personalità umana ed in particolare, nell'ambito di questi, il diritto all'identità personale, all'onore ed alla reputazione. Trattandosi di lesione di

«La Locazione Finanziaria nei luoghi, modi e termini indicati dal Locatore». Pienamente legittima risulta quindi la richiesta di restituzione immediata dell'autovettura, presso la sede della società opposta, contenuta nella lettera di risoluzione ricevuta dall'utilizzatore il 24 dicembre 1991 e reiterata nella domanda d'ingiunzione. La circostanza poi che l'autovettura in questione, successivamente all'emissione del decreto e più esattamente nella notte tra il 19 ed il 20 marzo 1992 (e non già 1991 come si legge erroneamente nell'atto di opposizione) sia stata sottratta al Vegliante da ignoti ladri, come da lui sostenuto nella denuncia di furto sporta il giorno successivo (...), mentre rende insuscettibile di esecuzione forzata detto obbligo per l'indisponibilità del bene con conseguente revoca del decreto opposto, non elide però in alcun modo la legittimità della domanda di restituzione e dell'ingiunzione emessa in suo accoglimento. Sempre in base alla citata clausola contrattuale, l'utilizzatore era inoltre tenuto a corrispondere in un'unica soluzione qualunque somma che risultasse già maturata a suo carico per canoni, spese ed interessi di mora, sicché parimenti legittima risulta la richiesta della società locatrice di pagamento di lire 8.118.180 corrispondente ai canoni di locazione rimasti insoluti; somma evidentemente dovuta dall'utilizzatore quale corrispettivo per l'utilizzazione del bene locato. La clausola in questione, posta a fondamento della domanda d'ingiunzione prevedeva infine «la facoltà della Finroma '81 s.r.l. di richiedere al Conduttore, a titolo di risarcimento del danno, il pagamento in unica soluzione del valore attuale — al tasso ufficiale di sconto in vigore alla data di stipulazione del contratto di Locazione Finanziaria — di tutti gli altri importi contestualmente previsti a carico del conduttore, e non pagati, fino al termine della locazione e del prezzo di acquisto di cui all'art. 5 del contratto, al netto dell'eventuale somma realizzata dalla Finroma '81 s.r.l. dalla vendita o dal reimpiego in Leasing del bene, il tutto fatto salvo l'eventuale conguaglio a favore del Conduttore».

Ed è proprio in esecuzione di tale clausola contrattuale che la società opposta ha richiesto il pagamento dell'ulteriore importo di lire 27.810.238 che corrisponde all'importo dei 14 canoni che l'utilizzatore avrebbe dovuto corrispondere in caso di regolare esecuzione del contratto (pari a lire 31.836.000) attualizzato alla data di risoluzione del contratto (per un totale di lire 27.510.238) a cui si aggiunge l'importo di lire 300.000 corrispondente al prezzo convenuto in caso di esercizio della facoltà di acquisto. L'opponente dal canto suo, mentre riconosce, sia pure in via subordinata, di dovere l'importo di lire 8.118.180 per canoni insoluti, con l'atto introduttivo del presente giudizio risulta contestare il diritto della società opposta alla corrispondenza dell'ulteriore importo di lire 27.810.238, sotto il profilo della sua non cumulabilità con l'indennizzo versato dall'assicuratore dell'auto in data 21 luglio 1992 pari a lire 26.500.000, nel senso che il pagamento della somma ingiunta costituirebbe per la società di leasing un arricchimento senza causa. Tale eccezione, così come formulata, va però disattesa, giacché risulta evidente che entrambi gli importi hanno una loro ben precisa ed autonoma causale: rappresentando l'indennizzo versato dalla società assicuratrice il corrispettivo per la perdita del bene locato che l'utilizzatore avrebbe comunque dovuto restituire alla scadenza del contratto, salva l'ipotesi di esercizio della facoltà di acquisto, preclusa però, nel caso in esame, dal suo stesso grave inadempimento, e la somma ingiunta la prestazione dovuta dall'utilizzatore in caso di suo inadempimento, a titolo di risarcimento (clausola penale). Alla stregua di tali considerazioni, chiarito che la risoluzione del contratto di locazione finanziaria *inter partes* comporta il diritto della locatrice alla restituzione del bene locato, risultando precluso per l'utilizzatore, per effetto del suo grave inadempimento, l'esercizio della facoltà di acquisto del bene locato, e che l'indennizzo versato dalla società locatrice rappresenta appunto il corrispettivo del valore del bene al momento della sua sottrazione, ritiene però questo collegio, in adesione ad autorevole insegnamento giurisprudenziale (così Cass. n. 71/1484, 82/519), che nella contestazione dell'opponente della somma ingiunta è contenuta senz'altro, sia pure implicitamente, una richiesta di riduzione della penale, nel senso che, secondo la prospettazione di parte attrice la so-

cietà opposta conseguirebbe, con la risoluzione del rapporto, un risultato economico (lire 62.428.418) ritenuto manifestamente eccessivo. Ciò posto è opinione di questo collegio che per valutare la fondatezza della richiesta di riduzione occorre far riferimento, anzitutto, all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, nonché, per altro verso, al risultato economico che la Finroma avrebbe conseguito in caso di regolare esecuzione del contratto. Dalla copia del contratto prodotta da parte attrice, si ricava agevolmente che alla scadenza del rapporto di leasing l'opposta avrebbe conseguito, come corrispettivo della locazione, l'importo di lire 41.658.000 ed alternativamente la restituzione del veicolo locato ovvero l'incasso del prezzo di acquisto, fissato in lire 300.000 (circostanza questa che, tenuto conto della natura del bene locato, autovettura Alfa 164 nuova di fabbrica, induce a ritenere che le parti intendevano attribuire al negozio concluso anche una funzione traslativa). Ciò posto, se si considera:

a) che la società opposta, a seguito del furto del veicolo ha comunque conseguito un indennizzo (lire 26.500.000) di gran lunga superiore al valore residuale del bene, quale attribuito dalle stesse parti in contratto (lire 300.000);

b) che nella stessa formulazione della citata clausola contrattuale (art. 11), era stata espressamente prevista dalle parti la deduzione, dall'importo dovuto a titolo di penale, dell'eventuale somma realizzata dalla vendita o dal reimpiego in leasing del bene locato;

c) che essendo l'opposta una società finanziaria non direttamente interessata alla produzione o commercializzazione del bene locato, essa aveva comunque un considerevole interesse all'esecuzione del contratto, incontrando presumibilmente, per sua stessa natura, non poche difficoltà nella riallocazione del bene, specie tenuto conto del suo deprezzamento a seguito dell'avvenuta utilizzazione;

d) che essendo la clausola penale destinata a svolgere anche una funzione di dissuasione dall'inadempimento, di rafforzamento cioè del vincolo contrattuale, deve allora ritenersi equo che la parte non inadempiente consegua, in sede di risoluzione, almeno un 15% in più di quanto avrebbe conseguito alla scadenza naturale del contratto, così come sostenuto da autorevole dottrina in sede di commento ad una relativamente recente decisione giurisprudenziale (Cass., 26 novembre 1987, n. 8766, in *Foro It.*, 1988, I, 2229), giacché altrimenti si arriverebbe all'assurdo che per l'altro contraente sarebbe assolutamente indifferente adempiere o non adempiere alle proprie obbligazioni;

appare equo ridurre la somma richiesta a titolo di penale (lire 27.510.238) al minor importo di lire 14.225.825.

Da quanto sin qui affermato discende che in parziale accoglimento dell'opposizione il decreto opposto va revocato anche relativamente all'ingiunzione di pagamento ed il Vegliante condannato al pagamento della minor somma complessiva di lire 14.225.825, oltre gli interessi di mora convenzionali, dalle singole scadenze, quanto ai canoni insoluti e dalla data di risoluzione (24 dicembre 1991) quanto alla penale.

Le spese di lite, liquidate in dispositivo, vanno poste a carico dell'opponente virtualmente soccombente.

Ricorrono le condizioni di legge per dichiarare provvisoriamente esecutiva tra le parti la presente sentenza *ex art.* 653 c. p. c. — *Omissis*.

I.

TRIBUNALE PARMA, 13 giugno 1994 (ord.) — MARI Estensore.
— Contini e Ghillani (avv. ti Coico e Volponi) - Bergamaschi (avv. Banchini).

Provvedimenti cautelari — Revoca e modifica — Valutazione di legittimità o di opportunità del permanere della cautela — Presupposti — Fatti sopravvenuti nel processo o extraprocessuali — Idoneità (C. p. c. art. 669 decies).

La revoca o la modifica del provvedimento cautelare può avvenire solo allorché nel processo o al di fuori dello stesso si verificano fatti sopravvenuti che incidano sulla valutazione di legittimità o di opportunità del permanere del vincolo cautelare (1).

II.

PRETURA PARMA, SEZIONE LAVORO, 4 marzo 1995 (ord.) — FERRAÚ Estensore. — Bassi (avv. ti De Marchi e Volponi) - Spaggiari (avv. ti Pistolesi e Angiello).

Provvedimenti cautelari — Revoca e modifica — Presupposti — Valutazione alla luce di elementi emergenti «ex novo» dalla istruzione probatoria — Inammissibilità nel corso o alla chiusura della istruzione — Riserva del potere di revoca al giudice della fase decisoria (C. p. c. art. 669 decies).

Sequestro conservativo, giudiziario e convenzionale — Sequestro conservativo — Revoca e modifica — Riduzione del compendio sequestrato — Ammissibilità nel corso della fase istruttoria (C. p. c. artt. 496 e 679).

Sequestro conservativo, giudiziario e convenzionale — Sequestro conservativo di immobile — Autorizzazione dell'affitto dell'immobile sequestrato — Nel corso della fase istruttoria — Ammissibilità (C. p. c. artt. 559, 560, 2° comma e 679).

La revoca o la modifica del provvedimento cautelare non può coincidere con il riesame o con la diversa valutazione

(1-2) Nella fattispecie decisa dal giudice istruttore del Tribunale di Parma, l'istanza di revoca del provvedimento cautelare era stata proposta nel corso del giudizio di merito dopo lo svolgimento della fase del reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies c. p. c.

Il Tribunale ritiene che non sussista il presupposto del mutamento delle circostanze, per la considerazione che non sono state introdotte nel giudizio di merito nuove prospettazioni e allegazioni di fatto o di diritto: l'istanza di revoca sarebbe stata, invece, limitata a meri sviluppi delle argomentazioni e osservazioni prospettate dalla parte nella fase cautelare, e particolarmente in quella del reclamo.

Entrambe le ordinanze in epigrafe sottolineano il diverso regime del reclamo e della modifica (o revoca) della misura cautelare: il reclamo è volto al riesame, ossia al controllo, della legittimità e della opportunità originarie di essa. Viceversa, la revoca trova luogo soltanto se nuove circostanze di fatto fanno ritenere che il permanere della misura non sia (più) opportuno.

Differente, però, sembra l'ambito dei presupposti dei «mutamenti nelle circostanze» a tenore dell'una e dell'altra pronuncia.

Per il tribunale, infatti, parrebbero consentite, così come nella fase del reclamo, anche in quella della revoca (o modifica) nuove allegazioni di fatto e di diritto, restando tuttavia esclusa in quest'ultima la reiterazione delle ragioni già dedotte con il reclamo.

Per il pretore le circostanze sopravvenute nel corso dell'istruzione, tali da costituire motivo di revoca, o modifica, della misura cautelare, sono ristrette a evenienze extraprocessuali, rimanendo esclusa comunque la prospettazione (come di nuovi elementi) delle risultanze dei mezzi di prova. Le decisioni si allineano, dunque, ciascuna agli indirizzi prospettati dalla dottrina circa l'interpretazione in parte qua della disposizione dell'art. 669 decies c. p. c.

Per il primo di essi, che suggerisce una interpretazione «estensiva» del riferimento legislativo, così da ricomprendere nei motivi di revoca anche nuove ragioni di fatto e di diritto v.: FRUS, in *Le riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 737 e segg., 740 e segg.; CARPI, COLESANTI e TARUFFO, *Commentario breve del codice di procedura civile*, 3° ed. a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 1994, 1350; SASSANI, in Consolo-Luiso-Sassani, *La riforma del processo civile*, I, Milano, 1991, 501; ARIETA, in Montesano-Arieta, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 149. Per PROTO PRISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 714 la formula ricomprende l'emersione nel corso del processo a cognizione piena di fatti e circostanze meramente probatori «che introducono elementi nuovi nella valutazione del maggiore o minor grado di probabile esistenza del diritto» (virgolette dell'Autore) e del *periculum in mora*, a cautela del quale il provvedimento era stato emanato.

Nel medesimo ordine di idee della pronuncia del pretore di Parma, v.: TOMMASEO, in *Corriere giur.*, 1991, 95 e segg., 104, secondo cui il riferimento legislativo al mutamento delle circostanze come all'unico motivo di revoca del provvedimento cautelare significa aver dato rilevanza esclusivamente ai mutamenti extraprocessuali delle circostanze di fatto e non invece ai semplici mutamenti delle allegazioni o alle nuove risultanze istruttorie che inde-

degli elementi considerati al momento della sua pronuncia, essendo ammissibile solo l'esame di circostanze sopravvenute; del pari, la revoca non può essere disposta nel corso dell'istruzione in base alle prove esperite, in quanto la valutazione dei risultati dell'istruzione può e deve essere fatta soltanto in sede decisoria (2).

Nel corso della istruzione il giudice della causa di merito può disporre la riduzione del compendio sequestrato (3).

E necessaria l'autorizzazione del giudice per la stipulazione da parte del custode del contratto di locazione dell'immobile, trovando applicazione le disposizioni circa l'autorizzazione a dare in locazione l'immobile pignorato. In tal caso il vincolo del sequestro si estende ai canoni percipiendi (4).

I.

Omissis. — Il G.I. ritenuto che la revoca (o la modifica) del provvedimento cautelare nel giudizio di merito ex art. 669 decies c. p. c. può avvenire solo se si verificano mutamenti nelle circostanze, cioè, secondo corretta e condivisibile interpretazione, allorché nel processo o al di fuori dello stesso si verificano fatti sopravvenuti che incidono sulla valutazione di legittimità o di opportunità del permanere in vita del vincolo cautelare; che nel caso di specie nessuna nuova prospettazione o allegazione di fatto o di diritto risulta introdotta dall'istante — convenuto nel giudizio di merito, essendosi lo stesso limitato a sviluppare, ulteriormente, argomentazioni ed osservazioni che avevano già formato oggetto di esame nella precedente fase caute-

boliscano o dissolvano il *fumus boni iuris* della concessa cautela; MERLIN, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile. Commentario*, a cura di Tarzia e Cipriani, ed. agg. con il Commento alla legge n. 477 del 1992 a cura di Saletti, Padova, 1993, 369 e segg., 370 e segg., ove si sottolinea la connotazione della revoca come strumento cui è estranea una funzione di riesame della originaria giustificazione del provvedimento, diretto esclusivamente a determinarne la caducazione in presenza di eventi che abbiano per effetto il sopravvenuto venir meno dei presupposti cautelari del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* (ivi, 371); ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, 254; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 355 e segg., 382; Id., *I controlli sulle misure cautelari*, in *Scritti in onore di E. Fazzolari*, III, Milano, 1993, 631 e segg., 645 e segg. (per il quale rimane esclusa la prospettazione senza limiti temporali, *sub specie* di motivo di modifica o revoca di quanto può essere dedotto come motivo di reclamo); MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 10° ed., III, Torino, 1993, 200; VERDE, in VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990*, n. 553, Torino, 1991, 257 e segg.

Nella giurisprudenza edita si segnalano, nel senso che l'inciso dell'art. 669 decies consenta la proposizione dell'istanza di revoca basata su fatti preesistenti alla emanazione del provvedimento cautelare, ma non sottoposti all'esame del giudice perché ignorati: Trib. Foggia, 12 luglio 1993, in *Rep. Giur. It.*, 1993, voce «Provvedimenti cautelari», n. 51 e, per la motivazione, in *Foro It.*, 1993, I, 2983; Trib. Bari, 25 marzo 1993, *ibid.*, I, 1680. Adde, per una fattispecie singolare con riferimento alla disciplina transitoria, Trib. Bari, 15 febbraio 1993, in *Rep. Giur. It.*, 1993, voce «Provvedimenti cautelari», n. 52 e, per la motivazione, in *Foro It.*, 1993, I, 952, che ha ritenuto che il ricorso per la revoca di un provvedimento d'urgenza emanato prima del 1° gennaio 1993 *ante causam* dal pretore e non notificato, ricorso proposto dopo il 1° gennaio 1993, prima della designazione del giudice istruttore, al presidente del tribunale, e fondato su *errores in iudicando* e non su «mutamenti delle circostanze», va qualificato quale reclamo.

(3-4) Non constano precedenti specifici sui punti di cui alle massime.

Nel senso che la valutazione delle condizioni che autorizzano la riduzione del pignoramento o del sequestro conservativo sia affidata al discrezionale apprezzamento del giudice di merito, v. Cass., 1° marzo 1986, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

La sentenza citata nella motivazione, Cass., 16 novembre 1991, n. 12321, in *Mass. Giur. It.*, 1991, recita nella massima: «L'ordinanza con cui il giudice istruttore della causa di convalida di un sequestro giudiziario, provvedendo a norma degli artt. 676, 3° comma e 560, 2° comma, c. p. c., autorizza il custode a dare in locazione l'immobile sequestrato determinandone il canone non è impugnabile con ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 cost., trattandosi di provvedimento privo di carattere decisivo, che non risolve tra le parti della causa un contrasto in ordine all'appartenenza di un diritto, non essendo configurabile un diritto delle stesse parti a che le funzioni dell'ufficio di custodia siano esercitate in uno o altro modo».

lare (ed in particolare in sede di reclamo ex art. 669 *terdecies* c. p. c.); che, a prescindere da ogni ulteriore considerazione, va quindi ritenuta la insussistenza delle condizioni per l'applicazione della invocata norma di cui all'art. 669 *decies* c. p. c., pacificamente non utilizzabile per porre rimedio a vizi di legittimità o di inopportunità originari del provvedimento cautelare.

P. Q. M.

Rigetla la richiesta di revoca ex art. 669 *decies* c. p. c. — *Omissis*.

II.

Omissis. — Il Pretore, a scioglimento della riserva che precede; sull'istanza di revoca del sequestro conservativo presentata dai convenuti e sulle istanze subordinate di liberazione di una parte dei beni dal vincolo e di autorizzazione a locare l'immobile sequestrato sito in Fidenza, Via Berenini, n. 40 e Via Gramsci nn. 15 e 17, osserva quanto segue.

1. Sostiene parte convenuta, a fondamento della propria istanza di revoca che, a tal fine, possono essere considerati non solo elementi «esterni» al processo, ma anche quelli emergenti dalla istruttoria in funzione di «adeguamento della cautela alla situazione di fatto o processuale che viene via via determinandosi», dimodoché sarebbe consentita la modifica in sede di riesame del provvedimento cautelare e una nuova valutazione di quegli stessi elementi utilizzati ai fini dell'emissione del provvedimento stesso.

Tale tesi non può essere condivisa.

L'art. 669 *decies* c. p. c. dispone che nel corso dell'istruzione il g.i. della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare anche se emesso anteriormente alla causa «se si verificano mutamenti nelle circostanze». Questa espressione, che è identica a quella adoperata dall'art. 708, ult. co., c. p. c. è stata generalmente interpretata come «mutamenti delle circostanze di fatto extraprocessuali» e sopravvenute.

In altri termini, il legislatore con tale espressione ha inteso tracciare esattamente il confine tra potere di revoca e/o modifica del provvedimento cautelare e riesame del medesimo.

La revoca, cioè, non può coincidere col riesame o la diversa valutazione degli elementi considerati al momento della pronuncia del provvedimento, per il semplice fatto che a tal fine è stato introdotto l'istituto del reclamo che, pertanto, è preclusivo dell'esame di merito da parte dello stesso giudice che ha emesso il provvedimento. Dal che deriva la coerenza del sistema normativo che riserva al potere di revoca-modifica solo il rilievo di quelle circostanze sopravvenute che non hanno potuto formare oggetto della domanda di riesame in sede di reclamo.

Né il riesame, di conseguenza, può ritenersi ammissibile, nel corso dell'istruttoria in base alle prove esperite sul presupposto che il giudice si convinca che il provvedimento cautelare è divenuto sprovvisto dei necessari requisiti del *fumus* e del *periculum*.

Invero, prima dell'acquisizione delle prove non ci può essere spazio per la revoca-modifica del provvedimento, poiché il riesame non è consentito al giudice che l'ha emesso, bensì in sede di reclamo; ma non può essere consentito neanche nel corso dell'istruttoria o ad istruttoria esaurita in quanto la valutazione dei risultati dell'istruzione deve essere fatta in sede decisoria, posto che soltanto con la sentenza di merito può essere accertata e dichiarata la insussistenza del diritto a cautela del quale era stato concesso il provvedimento cautelare, così come inequivocabilmente si evince dal 3° comma dell'art. 669 *novies* c. p. c. Ne discende così che il potere di far venire meno la misura cautelare è affidato al giudice della decisione e non al giudice istruttore. Il che non ricorre nella specie, poiché il processo non è pervenuto ancora alla fase decisoria.

2. Non è neanche ammissibile in questa fase la riduzione del compendio sequestrato.

Invero, al sequestro sono applicabili per analogia le norme sul pignoramento (v. il richiamo contenuto nel 2° comma dell'art. 679 c. p. c.).

L'art. 496 c. p. c. ammette la riduzione del pignoramento quando il valore dei beni pignorati è superiore all'importo delle spese e dei crediti per i quali si procede.

In questa fase e al di fuori di quella decisoria non si hanno elementi per determinare nella specie l'entità delle somme risarcitorie pretese dal Bassi, di guisa che non è possibile stabilire quale sia il rapporto fra presunti crediti dell'attore nella loro precisa entità e valore dei beni sottoposti a sequestro conservativo.

3. In ordine alla chiesta autorizzazione all'affitto di un immobile soggetto a sequestro, ad uso negozio, ritiene il giudicante che tale istanza può essere accolta.

La necessità dell'autorizzazione a stipulare tale contratto discende dal combinato disposto degli artt. 559-560 c. p. c., sulla custodia dei beni e sulle modalità della stessa, posto che l'art. 559 c. p. c. è espressamente richiamato dall'art. 679, 2° comma c. p. c. e che l'art. 560 è strettamente connesso al primo.

L'art. 560, 2° comma consente di dare in locazione l'immobile pignorato, e quindi sequestrato, con l'autorizzazione del giudice (cfr. in tal senso, Cass. 16 novembre 1991, n. 12321).

A fronte delle chiare disposizioni di cui sopra, non rileva il richiamo all'art. 2906 c. c. fatto da parte attrice per dedurre l'inammissibilità dell'intervento del giudice.

Ai fini di tale intervento è stata prodotta la bozza del contratto di locazione di immobile ad uso commerciale, sito in Fidenza Via Berenini 40 e Via Gramsci 15 e 17.

Il contratto verrebbe concluso con la soc. DARO S.r.l. con sede in Parma per la durata di anni sei, per il canone annuo di lire 40.000.000 da pagarsi in quattro rate, sono previste adeguate garanzie per il mancato pagamento, nonché per tutti gli oneri e le obbligazioni derivanti dal contratto, fra cui è la prestazione di specifica fideiussione bancaria per un importo, di lire 50.000.000, per la durata di sei anni.

Ritiene il Pretore che il contratto di cui alla bozza offre adeguate garanzie anche per l'attore e quindi ne può essere autorizzata, nei detti termini, la stipulazione.

Per quanto riguarda i canoni percipiendi, occorre precisare che ad essi si estende il vincolo del sequestro, così come il vincolo del pignoramento si estende agli accessori, alle pertinenze e ai frutti della cosa pignorata, ex art. 2912 c. c., applicabile nella specie analogicamente.

Ritiene il giudicante che le somme riscosse a titolo di canone di locazione vanno depositate in un libretto bancario produttivo di interessi, intestato alle proprietarie con la menzione dell'assoggettamento al vincolo cautelare; delle somme depositate soltanto un quarto può essere destinato agli oneri di manutenzione dell'immobile di spettanza del proprietario. — *Omissis*.

TRIBUNALE MILANO, 9 giugno 1994 — MELI *Presidente* — PERROTTI *Relatore*. — Velafin s.r.l. in liquidazione (avv. ti Adinolfi, Serangeli) - Velafin s.r.l. in liquidazione coatta amministrativa e altri (avv. ti Vallino, Benessia).

Liquidazione coatta amministrativa — Dichiarazione dello stato di insolvenza — Opposizione ex art. 195 l. fall. — Mancata nomina del Commissario liquidatore — Illegittimità costituzionale art. 195, 4° comma — Esclusione — Integrazione del contraddittorio ex art. 331 c. p. c. nei confronti del Commissario liquidatore (C. p. c. art. 331; L. Fall. art. 195).

Liquidazione coatta amministrativa — Dichiarazione dello stato di insolvenza — Audizione dell'autorità governativa di vigilanza — Difetto — Nullità sanabile ex art. 157 c. p. c. (C. p. c. art. 157; L. Fall. art. 195).

Liquidazione coatta amministrativa — Sua estensione a società controllata — Accertamento del rapporto di collegamento — Organo a ciò preposto — Configurabilità di questione di giurisdizione — Esclusione (L. 1° agosto 1986, n. 430, art. 2).

È infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 195, 4° comma l. fall., in relazione all'art. 24 Cost., per l'ipotesi che l'autorità governativa non abbia disposto la li-

TRIBUNALE DI MESSINA — 15 dicembre 1997 (ord.) — Est. Iannello — Runci c. Morabito e altri.

[6720/240] Procedimento cautelare - Revoca e modifica - Revoca ex art. 669 decies c.p.c. per mutamenti nelle circostanze - Emersione di nuovi elementi di prova - Ammissibilità della revoca.

La revoca di misura cautelare — ai sensi dell'art. 669 decies c.p.c. — può essere chiesta anche qualora il «mutamento nelle circostanze» originariamente vagliate nel concedere la cautela consista nell'emersione di fatti meramente probatori ed endoprocessuali (1).

(*Omissis*) osservato, inoltre, quanto all'altro dedotto motivo di inammissibilità dell'istanza, che, nella specie, risultando pacifico in causa che l'eccezione di difetto di giurisdizione sia stata già opposta avanti il giudice cautelare (dal quale è stata implicitamente disattesa) e abbia costituito specifico motivo di reclamo (non accolto perché ritenuto infondato in fatto), il quesito che in questa sede si pone e se, tra i mutamenti nelle circostanze che ai sensi dell'art. 669 decies c.p.c. soltanto possono giustificare la richiesta di revoca della misura, possa essere ricompresa anche la sola emersione di fatti o circostanze meramente probatori, ossia endoprocessuali;

che al riguardo, sebbene sia noto il contrasto esistente sul tema soprattutto in dottrina, ritiene questo istruttore che, proprio in ragione delle medesime ragioni di ordine sistematico sopra considerate, il quesito meriti risposta affermativa;

che, invero, si rivelerebbe in contrasto con la funzione stessa del giudizio cautelare (di cui anche la possibilità di revoca o riproposizione non può non considerarsi espressione) non dar rilievo ai fini in discorso a circostanze emergenti da acquisizioni probatorie che introducano «elementi nuovi nella valutazione del maggiore o minor grado di probabile esistenza del diritto» (v. in tal senso, in giurisprudenza, Trib. Udine, ord. 14 dicembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 2295 s.; cfr. anche Trib. Firenze, ord. 15 maggio 1995, *ivi*, 1996, I, 1097 ss.; Trib. Foggia, ord. 12 luglio 1993, *ivi*, 1993, I, 2983; Trib. Bari, ord. 25 marzo 1993, *ivi*, 1680;

ritenuto che, nella specie, tale rilievo non può in particolare disconoscersi alla produzione di documento (nota datata 13 novembre 1997 del Banco di Sicilia s.p.a., sede di Messina, attestante il mancato frazionamento del mutuo concesso per il programma edilizio della cooperativa e la mancata segnalazione di alcun atto di assegnazione e contestuale accollo di mutuo), avente indubbio rilievo probatorio ai fini della *vexata questio* riguardante l'effettiva acquisizione in capo all'attrice della titolarità dell'alloggio in questione: trattasi infatti di emergenza probatoria solo ora offerta e mai in alcun modo allegata nelle precedenti fasi cautelari (nelle quali tale aspetto della vicenda, ossia l'avvenuta stipula o meno dei mutui individuali, era rimasta del tutto in ombra sul piano delle prove offerte) e tale da rafforzare in maniera decisiva l'eccezione preliminare opposta dai convenuti alla pretesa dell'attrice; (*Omissis*).

(1) Cfr., nello stesso senso, Trib. Firenze 15 maggio 1995 (ord.), in *Foro it.*, 1996, I, 1097; e Trib. Udine 11 dicembre 1994 (ord.), *ivi*, 1995, I, 2295. Per ulteriori riferimenti in argomento, v. Trib. Roma 26 maggio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 768 (con nota di GASPERINI); Trib. Foggia 12 luglio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2983; e Trib. Bari 25 marzo 1993, *ivi*, 1680.

In dottrina, CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Milano, 1996, 670 ss.; VACCARELLA e VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, IV, 324 ss.

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI L'AQUILA — 19 settembre 1997 — Pres. ed est. Manera.

[8652/20] Tribunale per i minorenni - Competenza civile - Nomina del curatore speciale del minore infra sedicenne al fine del disconoscimento di paternità ex art. 244 comma ult. c.c. - Spetta al tribunale ordinario.

La competenza per la nomina del curatore speciale del minore infra sedicenne, su istanza del p.m. volta al promovimento dell'azione di disconoscimento della paternità ai sensi dell'art. 244 comma ult. c.c. spetta al tribunale ordinario e non al tribunale per i minorenni (1).

(*Omissis*) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO — Con ricorso depositato in cancelleria il 10

titolo oneroso. Dal combinato disposto degli artt. 177, 1° comma, lett. a) e 179, lett. b), c.c. deriverebbe che l'acquisto per usucapione retroagirebbe al momento dell'inizio del possesso e costituirebbe un bene personale del coniuge, trattandosi di un acquisto pervenuto in assenza di corrispettivo. In tale ottica, quindi, il bene acquistato per usucapione non rientrerebbe in comunione nell'ipotesi in cui il possessore fosse uno solo dei coniugi prima del matrimonio.

Secondo la dottrina prevalente (v. Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2014; Sicilia, *Art. 177, 1° comma, c.c., lett. a), c.c. e applicabilità all'usucapione di immobili; art. 184 c.c. e alienazione di immobili*, in *Notariato*, 2009; C.M. Bianca, *La famiglia*, Milano, 2005; Oberto, *Acquisti a titolo originario e comunione legale*, in *Fam. e Dir.*, 1994; De Paola, Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978; Pino, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1975.), supportata dalla sentenza in esame e dal predetto orientamento giurisprudenziale, l'espressione: "acquisti compiuti" di cui all'art. 177, 1° comma, lett. a), c.c. fa riferimento sia agli acquisti a titolo originario sia a quelli a titolo derivativo, non avendo il Legislatore provveduto a specificare ulteriormente tale terminologia, che presenta un contenuto onnicomprensivo e senza distinzione alcuna.

In particolare, si è precisato che non tutti gli acquisti a titolo originario cadono in comunione. Tra essi, infatti, occorre distinguere quelli caratterizzati dal fenomeno della c.d. attrazione reale e quelli, invece, caratterizzati dal fenomeno della c.d. attrazione personale.

I primi non rientrano nella comunione in quanto operano automaticamente in ragione dello specifico rapporto che lega il bene acquisito al bene che lo attrae, come nell'ipotesi dell'accessione. Tale automatismo ne comporta l'esclusione dalla comunione in quanto contrastante con l'espressione "acquisti compiuti" utilizzata dall'art. 177, 1° comma, lett. a), c.c., la quale presuppone una determinata condotta posta in essere dall'acquirente. Condotta che non sussiste nell'accessione, nella quale la forza espansiva del diritto di proprietà immobiliare ex art. 934 c.c. di beni di proprietà personale ex art. 179, 1° comma, lett. a), c.c. ne esclude l'inclusione.

I secondi, invece, rientrano nella comunione legale in quanto connotati da un comportamento attivo dell'acquirente, come nell'ipotesi dell'usucapione e dell'acquisto a non domino ex art. 1153 c.c.. In particolare, nel-

l'usucapione assume rilevanza il comportamento del soggetto che, attraverso il possesso continuato ed ininterrotto del bene per il periodo di tempo necessario previsto dalla legge, ne diviene titolare. Si tratta di un apporto personale dell'acquirente, consistente nell'apprensione materiale della *res*, che manca nell'altra fattispecie acquisitiva a titolo originario dell'accessione.

In sintesi, quindi, tale corrente di pensiero ha specificato che, sebbene l'art. 177, 1° comma, lett. a), c.c. concerne sia gli acquisti a titolo derivativo sia gli acquisti a titolo originario, occorre comunque verificare caso per caso se quest'ultimi rientrano nella comunione legale oppure nel patrimonio del singolo coniuge.

Infine, si rileva che, in tema di usucapione, una parte della dottrina (Galati, *Dell'usucapione*, artt. 1158-1167, in *Comm. C.C.*, a cura di Schlesinger, Milano, 2013; Scotti, *L'acquisto per usucapione compiuto dal coniuge in regime di comunione legale*, in *Notariato*, 2009; Majello, voce "Comunione legale fra coniugi-profilo sostanziali", in *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1988) ha fortemente criticato l'orientamento giurisprudenziale confermato dalla sentenza in esame. Tali autori, infatti, mettono in risalto la struttura ontologica dell'istituto dell'usucapione ed, in particolare, il modo e la tipologia del possesso esercitato.

Secondo i sostenitori di tale tesi, non appare corretto dare rilevanza esclusiva al momento finale del tempo necessario ad usucapire per fare rientrare un acquisto in comunione legale, ma occorre attribuire importanza all'intero periodo dell'esercizio del possesso, soprattutto quando questo viene esercitato prima del matrimonio da uno solo dei due coniugi. In siffatta ipotesi, l'acquisto di un bene per usucapione non rientrerebbe nella comunione legale in quanto l'altro coniuge, non avendo posseduto, non è mai entrato in diretta relazione con il bene. Ciò che rileva è solo il possesso esercitato dal coniuge usucapente e, pertanto, sarà solo il patrimonio di quest'ultimo a giovare dell'acquisto.

In base a tale corrente di pensiero, quindi, il regime di comunione legale non può prevalere sui principi che regolano l'usucapione in assenza di un'espressa previsione normativa, in quanto favorire in modo indiscriminato la comunione rischierebbe, in alcuni casi, di compromettere l'equilibrio delle posizioni economiche dei coniugi che la comunione stessa tende a tutelare.

Vincenzo Mirmina

Provvedimenti cautelari e misure coercitive

Tribunale di Bari, 16 maggio 2016, n. 122 – G.U. Fazio – P.S. (avv.ti Bocchini e Gonnella) – A.S., J.S., E.S. e L.A. (avv. Chionna)

Obbligazioni e contratti – Inadempimento – Obblighi infungibili di fare – Astreinte – Procedimento cautelare – Ammissibilità

Considerato che il contenuto generale della previsione

di cui all'art. 614 bis c.p.c. non limita la concessione del rimedio dell'astreinte alle pronunce giudiziali di natura ordinaria rese al termine di controversia, è consentita la condanna a misure di coercizione indiretta, anche in sede cautelare, tutte le volte in cui la soddisfazione dell'interesse del ricorrente non possa prescindere dalla volontà e fattiva collaborazione dell'obbligato.

Omissis. – Nel merito il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Va evidenziato in primo luogo che – al contrario di quanto sostenuto da parte resistente – la richiesta d’urgenza avente ad oggetto l’esecuzione di obbligo di fare infungibile risulta perfettamente ammissibile, posto che la natura dell’obbligo da adempiere non costituisce un ostacolo all’ammissibilità della tutela cautelare, in considerazione dell’assenza di limiti di ammissibilità nella formulazione della predetta norma, della possibilità (in alcuni casi) di ottenere l’esecuzione della misura cautelare tramite strumenti di coercizione indiretta e dell’idoneità a giustificare l’utilità della misura cautelare della semplice prospettiva di un adempimento spontaneo, indotto dal potere di convincimento dalla pronuncia giudiziale (Tribunale Verona, 09.03.2010).

Detta ammissibilità risulta poi indirettamente confermata dall’introduzione in fase esecutiva con la novella di cui alla l. 69/09 delle cd astreintes, ossia di sanzione accessoria consistente nel pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del comportamento imposto alla parte soccombente nell’emessa pronuncia giudiziale, rimedio pacificamente attuabile anche in sede cautelare, in cui la soddisfazione dell’interesse del ricorrente non può prescindere dalla volontà e fattiva collaborazione dell’obbligato (Tribunale Bari, 10/05/2011, n. 356) e visto il contenuto generale dell’obbligo di cui all’art. 614 bis c.p.c., non limitato alle pronunce giudiziali rese al termine di controversia di natura ordinaria (Tribunale di Bari 14.06.2011).

Va poi precisato in punto di diritto che ai fini dell’azionabilità della c.d. tutela cautelare atipica di cui all’art. 700 c.p.c., il giudice competente (ex art. 669 ter c.p.c.) è chiamato a verificare se il ricorrente abbia agito in difesa di un diritto: a) che sia possibile oggetto di un giudizio ordinario di cognizione; b) che non sia tutelato da una misura cautelare tipica; c) che sia sorretto dal *fumus boni iuris*, cioè dall’apparenza di fondatezza della domanda; d) che, a causa del tempo necessario a farlo valere in via ordinaria, sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, ossia non riparabile adeguatamente nella forma dell’equivalente monetario (*periculum in mora*).

Sotto il primo aspetto si osserva che appare verosimile l’esistenza, in via indiziaria, del diritto fatto valere dal ricorrente ad ottenere che i resistenti si attivino per consentirgli la liberazione dalle fideiussioni da lui prestate per conto della C. G. S.r.l. (e segnatamente per i rapporti bancari specificamente individuati nel ricorso introduttivo alle pagg. 4 e 5 lett. a-b-c-d), alla luce dell’espressa pattuizione contenuta nell’accordo del 30.07.2014 per Notaio P. da eseguirsi entro il 31.07.2015 e del loro pacifico inadempimento, non essendovi prova che questi abbiano provveduto a contattare gli istituti di credito interessati per proporre il pagamento dei debiti, il rilascio di altre garanzie o comunque tutti quegli interventi atti ad ottenere il consenso del creditore principale alla liberazione del fideiussore.

Peraltro, l’esistenza dell’accordo e del contestuale impegno dei resistenti a liberare il fideiussore ovvero a manlevarlo emerge anche dal tenore della comparsa di costituzione e risposta depositata dai resistenti a seguito della chiamata in causa operata dal ricorrente nel corso del giudizio di opposizione, in cui i resistenti non hanno contestato l’intervenuta convenzione con il ricorrente in virtù della quale è avvenuta la loro chiamata in causa in detto procedimento.

Si aggiunga, inoltre, che – al contrario di quanto paventato dai resistenti – risultano conseguenza della loro inerzia e/o inadempimento non solo le procedure esecutive sub c-d pag. 8 del ricorso perché iniziate dopo la scadenza del termine pattuito nell’accordo di liberazione, ma anche la pendenza del procedimento esecutivo sub a) e dell’azione revocatoria sub b) (doc. 14 fascicolo di parte ricorrente), essendo state avviate in pendenza del termine ma in ogni caso rispettivamente 9 mesi e circa 6 mesi dopo la sottoscrizione dell’accordo, tempo durante il quale i resistenti non hanno mostrato di agire tempestivamente per scongiurare la loro attivazione.

Peraltro, anche la circostanza che il piano concordatario (la cui procedura ad oggi non risulta completata) preveda espressamente a pag. 31 quale condizione la liberazione del fideiussore non appare dirimente ai fini di causa, sia perché trattasi di procedura ancora in corso, sia perché nell’atto di rinegoziazione dei finanziamenti (doc. 28 fascicolo di parte ricorrente) con gli istituti di credito non vi è espressa menzione della liberazione dello S. P., sia perché, quand’anche il concordato dovesse avere corso, va comunque acquisito formalmente il consenso delle banche allo “svincolo” del fideiussore.

Peraltro, la pendenza della procedura concordataria implica l’operatività del divieto di intraprendere azioni esecutive ex art. 168 L. fall., con conseguente possibile “riversamento” delle pretese creditorie nei confronti del fideiussore.

Sotto l’aspetto del *periculum in mora* si osserva che, trattandosi di pregiudizio di natura patrimoniale, questo certamente sussiste, in quanto le conseguenze del lamentato inadempimento non appaiono riparabili patrimonialmente e comunque non sono tali da attendere l’esito del giudizio di merito, essendovi certamente uno scarto non colmabile fra danno subito e danno risarcibile (Tribunale Bari, sez. IV, 15.07.2010).

Vanno, in proposito, evidenziati gli effetti negativi sin qui patiti dal ricorrente, sia perché gravato da procedure esecutive in corso, sia perché leso nella sua “immagine commerciale”, in quanto la propria condizione di “segnalato” al CRIF in ragione dell’inadempimento dei resistenti (alcuni dei quali – vedi atti esibiti dal ricorrente con le proprie note conclusive – hanno venduto propri beni e non hanno neppure chiarito se con gli introiti rinvenienti da tali cessioni siano destinati a ripianare i debiti garantiti dallo S. P.) gli impedisce di ottenere un finanziamento anche di minimo importo per poter svolgere la sua attività lavorativa (vedi docc. 17-18-19-20 e atti esibiti dal ricorrente con la propria memoria conclusiva), sì da sostentarsi e vivere dignitosamente.

In ragione di quanto precede, va ordinato ai resistenti di liberare il ricorrente dalle fideiussioni rilasciate dal ricorrente e meglio descritte ai punti a-b-c-d pagg. 4 e 5 del ricorso introduttivo (qui da intendersi richiamato e trascritto sul punto) entro il termine di gg. 20 dalla comunicazione della presente ordinanza, ponendo in essere ogni attività utile per ottenere detto risultato finale.

Va, altresì, accolta la richiesta del ricorrente di liquidazione di somma ex art. 614 bis c.p.c. per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del detto obbligo, ormai ammissibile da gran parte della giurisprudenza di merito anche in fase cautelare (Tribunale di Bari, ordd. 10.05.2011 e 26.02.2014, Tribunale di Cagliari 19.10.2009), trattandosi di strumento idoneo a compulsare il suo destinatario alla attuazione spontanea del provvedimento cautelare, in funzione deflattiva del successivo contenzioso di merito. –

Omissis.

(0)

N. R.G. 578/2015



TRIBUNALE ORDINARIO di FOGGIA

Contenzioso - SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Corrado D. Di Corrado	Presidente
dott. Maria Angela Marchesiello	Giudice
dott. Vincenzo Paolo Depalma	Giudice Relatore

all'esito dell'udienza del 15/05/2015

nel procedimento per reclamo iscritto al n. r.g. 578/2015 promosso da:

██████████ (C.F. ██████████) con il patrocinio dell'avv. ██████████
██████████ elettivamente domiciliato in Via ██████████ n. ██████████
presso il difensore avv. ██████████

██████████ con il patrocinio
██████████ elettivamente domiciliato in ██████████
San Severo presso il difensore avv. ██████████

RECLAMANTI

contro

██████████ con il patrocinio dell'avv. ██████████
██████████
██████████

██████████ con il patrocinio dell'avv.
██████████ e dell'avv. elettivamente domiciliato in ██████████
██████████ presso il difensore ██████████

RECLAMATI

Ha emesso la seguente

ORDINANZA

Con ricorso depositato in modalità cartacea il 30.01.2015 ██████████ e ██████████ proponevano reclamo contro l'ordinanza pronunciata in data 15.01.2015 dal Tribunale di Foggia, all'esito del giudizio possessorio di cui a r.g. n. 6651/2014 (avviato dagli stessi reclamanti con ricorso datato 2.08.2014).

Con memoria difensiva depositata telematicamente il 2.04.2015 si costituivano ██████████ e ██████████ eccependo preliminarmente l'inammissibilità del reclamo, perché depositato in forma cartacea, e quindi in violazione dell'art. 16 bis del d.l. 179/2012.

All'udienza del 15.05.2015 i reclamanti depositavano ordinanza del Tribunale di Asti datata 18.03.2015, alle cui motivazioni si riportavano al fine di affermare l'ammissibilità del reclamo cartaceo. I reclamati si riportavano ai propri scritti difensivi. Il Tribunale riservava la decisione.

Il reclamo depositato con modalità cartacea è inammissibile.

Ai sensi dell'art. 16 bis d.l. n. 179/2012 (e ss. mod.): *“a decorrere dal 30 giugno 2014 nei procedimenti civili o di volontaria giurisdizione, innanzi al tribunale, il deposito degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti precedentemente costituite ha*

luogo esclusivamente con modalità telematiche, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici”.

Tale obbligo di deposito con modalità telematica opera, dunque, per gli atti ed i documenti depositati dai “difensori delle parti precedentemente costituite”, all’interno dello stesso giudizio.

Tanto premesso, ritiene questo Tribunale che la norma in esame si applichi anche per il deposito del “reclamo”, in quanto entrambe le parti erano già costituite nella fase precedente, introdotta con l’originario ricorso possessorio.

Ciò, in ragione della natura giuridica del reclamo.

Esso, infatti, non avvia un nuovo ed autonomo giudizio, ma innesta una fase eventuale relativa al medesimo giudizio avviato con il ricorso cautelare. La decisione maturata al suo esito, inoltre, è passibile di ulteriori modifiche in caso di sopravvenienze nel corso del giudizio di merito.

In tal senso, attenta dottrina ha osservato che: *“il legislatore del 1990 ha introdotto il nuovo istituto del reclamo contro i provvedimenti cautelari, configurandolo, più che come una vera e propria impugnazione, come una sorta di **prosecuzione del giudizio cautelare unitario**; ciò in funzione di una nuova pronuncia nell’esercizio degli stessi poteri da parte di un giudice che è diverso da quello che ha pronunciato il primo provvedimento, solo perché opera in una composizione sempre collegiale per lo più nell’ambito dello stesso ufficio giudiziario; e tutto ciò con l’attribuzione alla nuova pronuncia della portata di sostituirsi alla prima”.*

In tal senso, si è espresso anche il Protocollo del Tribunale di Foggia sul Processo civile telematico del 24.06.2014, secondo il cui articolo 1, *“Nell’incertezza interpretativa del testo normativo di cui all’art. 16 bis, comma 1, d.l. 179/2012, convertito con l. 221/2012, si ritiene concordemente che dopo la data del 30 giugno 2014 non potranno essere depositati in formato telematico gli atti introduttivi dei giudizi: si intende che tra questi non sono compresi i **reclami avverso i provvedimenti cautelari, che devono considerarsi come atti endoprocessuali**”.*

In ragione dell’unitarietà del giudizio cautelare e, dunque, dalla ravvisata natura endoprocessuale del reclamo, non meritano accoglimento le deduzioni svolte dalla parte reclamante, richiamando la pronuncia del Tribunale di Asti del 23.03.2015.

Non risulta, infatti, pertinente il richiamo al principio di libertà delle forme, di cui all’art. 121 c.p.c., atteso che tale principio si riferisce alla forma degli atti processuali, e non alle modalità di trasmissione all’Ufficio degli stessi (come nel caso di specie).

Il “deposito”, infatti, - propriamente inteso - è *“un’attività materiale priva di requisito volitivo autonomo”* (cfr. Cass. Sez. U, Sentenza n. 5160 del 04/03/2009). Non può quindi considerarsi un “atto del processo”, né ai fini di cui all’art. 121 c.p.c., né ai sensi dell’art. 156 c.p.c.

Non a caso, il titolo VI del Codice di Procedura Civile (concernente gli “atti processuali”), non disciplina né menziona in alcun modo il “deposito”, non inserendolo nemmeno tra gli “atti di parte” elencati all’art. 125 c.p.c.

In tale ottica, anche a voler ritenere la “modalità telematica” una “forma”, imposta per legge, per il “deposito” degli atti endoprocessuali, non può trovare applicazione diretta la disciplina di cui all’art. 121 c.p.c., che testualmente riferisce il principio della libertà delle forme ai soli “atti del processo”.

Va esclusa anche un’applicazione analogica della stessa norma, considerando che essa, pur affermando un principio generale, espressamente trova applicazione solo *“per gli atti per i quali la legge non richiede forme determinate”*.

Sicché, anche per questa via, il richiamo della disciplina di cui all’art. 121 c.p.c. risulta non condivisibile, considerato che, nel caso di specie, l’art. 16 bis d.l. n. 179/2012 espressamente prevede, per gli atti delle parti già costituite, l’obbligo del deposito mediante modalità telematica.

Del pari, non risulta a monte neppure predicabile un’applicazione analogica dell’art. 156 c.p.c., in ragione della portata eccezionale del suo precetto, testualmente riferito ai soli “atti del processo”, e quindi non al “deposito” in sé considerato.



Tanto precisato, avendo il legislatore previsto l'“esclusiva” modalità telematica per il deposito degli atti endoprocessuali, deve ritenersi implicitamente che l'ordinamento giuridico non ammette per tali atti modalità di deposito alternative.

Sicché è dal contenuto implicito della stessa disposizione dell'art. 16 bis d.l. n. 179/2012 che va ricavato il corollario della inammissibilità dei depositi degli atti endoprocessuali effettuati con modalità diverse da quella telematica.

E, del resto, solo attraverso una simile esegesi è possibile dare reale senso normativo all'avverbio “esclusivamente” utilizzato dal legislatore, che finirebbe per risultare privo di valore precettivo nell'ipotesi in cui si ritenesse ad esso prevalente il principio generale della sanatoria per “raggiungimento dello scopo”.

Tale interpretazione appare conforme ai principi di certezza del diritto e di ragionevole durata del processo, che hanno ispirato la riforma del processo civile telematico, essendo il deposito telematico funzionale ad un più rapido ed immediato accesso agli atti e documenti del processo, per il giudice e per le parti già costituite.

Va, quindi, dichiarata l'inammissibilità del reclamo depositato in modo difforme dalla modalità esclusivamente prevista dal legislatore.

La novità della questione trattata induce l'odierno collegio a dichiarare integralmente compensate tra le parti del spese relative alla presente fase processuale.

P.Q.M.

1) Dichiaro inammissibile il reclamo depositato con modalità cartacea;

2) Compensa integralmente, fra le parti, le spese del giudizio.

Foggia, 15/05/2015

Il Giudice relatore

dott. Vincenzo Paolo Depalma

Il Presidente

dott. Corrado D. Di Corrado



gano frustrati da una preclusione assoluta ad ottenere il ristoro dei danni non patrimoniali.

Tra i più recenti contributi dottrinari in tema di responsabilità del produttore: ALPA-LEVI (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001; PONZANELLI, *Responsabilità del produttore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, 913; ID., *La responsabilità del produttore negli Stati Uniti d'America*, in *Danno e Resp.*, 1999, 1066; STOPPA, voce «Responsabilità del produttore», in *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998, 119 e segg.; CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 1997.

ELISABETTA GIOVANARDI

TRIBUNALE BELLUNO, 22 ottobre 2002 (ordinanza) — GIACOMELLI *Giudice relatore*. — Fugante (avv. Patello), Agenzia delle entrate (avv. Grezzo) - Ministero dell'economia e delle finanze (avv. Valerio).

Provvedimenti cautelari — Controversie in materia di pubblico impiego — Provvedimento emesso tribunale in composizione monocratica — Reclamo — Competenza (C. p. c. art. 669 *terdecies*).

Provvedimenti cautelari — Reclamo — Facoltà della pubblica amministrazione di stare in giudizio attraverso propri dipendenti — Sussistenza (C. p. c. artt. 417 *bis* e 669 *terdecies*).

Amministrazione pubblica — Enti pubblici non statali — Atto introduttivo del giudizio — Notificazione nella sede legale dell'ente (C. p. c. art. 144).

Provvedimenti cautelari — Nullità della notifica del ricorso cautelare — Reclamo — Rimessione del procedimento al primo giudice — Esclusione (C. p. c. art. 669 *terdecies*).

La competenza a conoscere del reclamo proposto avverso i provvedimenti cautelari resi dal giudice unico del lavoro, anche in materia di pubblico impiego, spetta al tribunale in composizione collegiale, anziché alla Corte di appello (1).

In sede di reclamo avverso l'ordinanza cautelare pronunciata dal giudice unico del lavoro la pubblica amministrazione può stare in giudizio direttamente tramite propri dipendenti (2).

La notificazione degli atti destinati ad un'amministrazione pubblica non statale si esegue presso la sede legale dell'ente, anziché presso l'avvocatura dello Stato (3).

Non è consentito al giudice del reclamo che rilevi la nullità della notificazione del ricorso cautelare rimettere le parti davanti al giudice di prima istanza qualora sia decorso il termine da questi stabilito per la notifica del ricorso stesso (nella fattispecie, il giudice, rilevata la nullità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, eseguita presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato, anziché presso la sede legale dell'Ente convenuto, dichiarava l'inammissibilità del reclamo) (4).

 **Omissis.** — 1. — Va innanzitutto rilevato che l'Agenzia delle Entrate si è validamente costituita, nella fase del reclamo, avvalendosi di un proprio funzionario.

Invero, a norma dell'art. 417 *bis*, 1° comma, c.p.c., l'Amministrazione pubblica può costituirsi in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti, seppure «limitatamente al giudizio di primo grado».

Il reclamo previsto dall'art. 669-*terdecies* c.p.c. si inserisce nell'ambito del procedimento cautelare, del quale costituisce una fase eventuale, di natura impugnatoria.

Poiché il procedimento cautelare ha carattere strumentale rispetto al giudizio di merito, è evidente che, se il provvedimento cautelare reclamato è stato emesso da un giudice di primo grado, la fase del reclamo si svolge nel medesimo grado del giudizio, come emerge dalla lettera dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. laddove prevede che il reclamo «si propone al collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato».

In particolare, nelle controversie di lavoro spetta al Tribunale in composizione collegiale — e non alla Corte d'Appello — l'esame del reclamo proposto avverso i provvedimenti cautelari emessi dallo stesso Tribunale in composizione monocratica (cfr.

App. Lecce 27.4.2000 e App. Catanzaro 16.3.2000, in Foro It., 2000, 2016), e ciò anche in materia di impiego pubblico (v. Trib. Venezia 8.6.2000 e Trib. Brindisi 26.5.2000, in Foro It., 2001, 719).

L'eccezione in proposito sollevata dal reclamante principale va pertanto rigettata.

2. — Deve quindi essere esaminato, in via preliminare ed assorbente, il reclamo incidentale proposto dall'Agenzia delle Entrate.

L'Agenzia ha eccepito la nullità della notificazione del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, in quanto eseguita presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia anziché presso la sede della stessa Agenzia.

L'eccezione è fondata.

L'art. 61, 1° comma, del d.l.vo 30.7.1999 n. 300 stabilisce espressamente che «le agenzie fiscali hanno personalità giuridica di diritto pubblico», e l'art. 72 del medesimo decreto aggiunge che dette agenzie «possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 43 del testo unico approvato con r.d. 30.10.1933 n. 1611»; la disposizione è stata ribadita dall'art. 20, 3° comma, del D.P.R. 26.3.2001 n. 107.

Il rinvio all'art. 43 del r.d. 30.10.1933 n. 1611 dimostra che le agenzie fiscali sono considerate — ai fini dell'assunzione della rappresentanza in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato — come «amministrazioni pubbliche non statali», in quanto titolari di una propria soggettività distinta da quella dello Stato.

Ne consegue che la notificazione di atti introduttivi del giudizio va eseguita direttamente nei confronti di tali amministrazioni, presso la relativa sede, e non presso l'Avvocatura dello Stato, a pena di nullità della notifica.

Invero, le disposizioni dettate dall'art. 11 del r.d. 30.10.1933 n. 1611 in tema di citazione in giudizio delle amministrazioni dello Stato si applicano alle sole controversie in cui sia parte l'Amministrazione statale, e non si estendono alle controversie nelle quali siano parte altri enti che abbiano soggettività giuridica formalmente distinta dallo Stato (v. Cass. 3.8.2001 n. 10690, Cass. 25.8.1997 n. 7956).

Nel caso concreto, al contrario, il ricorso introduttivo del procedimento cautelare è stato notificato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, riguardo a tutte le amministrazioni convenute (Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate e Agenzia dei Territorio): è quindi evidente, alla luce dei principi richiamati, la nullità delle notifiche eseguite nei confronti delle due Agenzie fiscali, alle quali il ricorso avrebbe dovuto essere notificato nelle rispettive sedi.

Non essendo intervenuta la costituzione di alcuna delle amministrazioni nel corso della prima fase del procedimento cautelare, potrebbe astrattamente prospettarsi la questione dell'applicabilità al reclamo cautelare della disposizione dettata per il giudizio d'appello dall'art. 354 c.p.c., che impone la rimessione del procedimento al primo giudice quando si rilevi la nullità della notificazione dell'atto introduttivo (per la soluzione negativa cfr. Trib. Roma 7.7.2000, in Giur. Merito, 2001, 24).

Tuttavia, nel caso del procedimento cautelare la rimessione non sortirebbe comunque alcun effetto, in quanto il termine originariamente assegnato dal primo giudice per la notifica del ricorso — pur non avendo carattere perentorio (salvo il caso previsto dall'art. 669-*sexies*, 2° comma, c.p.c.) — è irrimediabilmente scaduto, con la conseguenza che detto termine, secondo il disposto dell'art. 154 c.p.c., non può più essere prorogato o rinnovato (cfr. Cass. 29.1.1999 n. 808, Cass. 26.11.1992 n. 12640, Cass. 25.7.1992 n. 8978).

Neppure il primo giudice potrebbe, pertanto, concedere un nuovo termine per provvedere alla rinnovazione della notificazione del ricorso cautelare.

Sul fondamento di tali considerazioni, il Tribunale, in accoglimento del reclamo incidentale, deve pertanto limitarsi a rilevare e dichiarare la nullità della notificazione del ricorso introduttivo e di tutti i successivi atti del procedimento cautelare, con conseguente inammissibilità del reclamo principale. — *Omissis.*

 (1-4) Con ricorso *ex art. 700 c. p. c.* notificato presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato un dipendente dell'Agenzia delle Entrate richiedeva, in via cautelare, il trasferimento di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 104, ad un ufficio finanziario di altro Comune, al fine di poter assistere i genitori ivi residenti. Rigettato il ricorso, proponeva reclamo al Tribunale in composizione collegiale.

(P)

L'Agenzia delle Entrate, contumace nel corso della prima fase del procedimento cautelare, si costituiva nel giudizio di reclamo tramite propri dipendenti.

Il Tribunale adito, verificata la regolarità, ai sensi dell'art. 417 bis, 1° comma, c. p. c., della costituzione, nei modi sopra indicati, dell'amministrazione convenuta, rilevava la nullità della notificazione del ricorso introduttivo del giudizio cautelare e dichiarava, pertanto, inammissibile il reclamo.

L'ordinanza in rassegna vale a chiarire alcune questioni processuali inerenti la regolare instaurazione del contraddittorio nel procedimento cautelare, con particolare riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego.

I. Parte della giurisprudenza riconosce alla pubblica amministrazione, nelle controversie di lavoro, la facoltà di stare in giudizio nel procedimento di reclamo ex art. 669 terdecies c. p. c. direttamente tramite propri dipendenti, qualificando il reclamo come una fase, eventuale, del giudizio di primo grado (così, Trib. Caltanissetta, 23 agosto 2001, in *Giur. di Merito*, 2002, 970, con nota di CAMPIONE, *La difesa della p.a. nel reclamo avverso ordinanza cautelare nel processo del lavoro*; Id. Padova, 11 giugno 2000, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 1977; Id. Roma, 15 aprile 2000, *ibidem*, I, 1977).

Nell'ordinanza in epigrafe, il Tribunale di Belluno perviene alla medesima conclusione, pur muovendo dalla premessa, differente, che il reclamo ha natura *latu sensu* impugnatoria, affermando la competenza, in ordine al procedimento di reclamo avverso l'ordinanza cautelare pronunciata dal giudice unico del lavoro, del Tribunale in composizione collegale, da ritenersi organo di primo grado, anziché della Corte di appello. Tale affermazione non è pacifica in giurisprudenza. Nello stesso senso dell'ordinanza in rassegna cfr. App. Roma, 7 giugno 2000 e Id. Firenze, 12 aprile 2000, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 778, con nota di TATARELLI, *Sul giudice competente a conoscere del reclamo contro il provvedimento cautelare del tribunale, giudice unico del lavoro*; Id. Lecce, 27 aprile 2000; Id. Catanzaro, 16 marzo 2000 e Trib. Trani, 11 aprile 2000, in *Foro It.*, 2000, I, 2016 (richiamate in motivazione); Id. Udine, 26 maggio 2000, in *Lav. Giur.*, 2000, 1070 con nota di MENGHINI, *La competenza sul reclamo contro il provvedimento del giudice unico del lavoro e, in materia di pubblico impiego*, Id. Venezia, 8 giugno 2000 e Id. Brindisi, 26 maggio 2000, entrambe in *Foro It.*, 2001, I, 719. *Contra*, App. Catanzaro, 23 novembre 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 3009, con nota di VERDE, *Brevi riflessioni sulla competenza del giudice del reclamo nelle controversie di lavoro*; Trib. Catanzaro, 28 ottobre 1999, in *Foro It.*, 2000, I, 642; Id. Catanzaro, 30 settembre 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 205, con ampia nota di MUTARELLI, *In tema di competenza territoriale nelle controversie di lavoro nei confronti delle amministrazioni dello stato e regime di notificazione dei ricorsi*. In dottrina, cfr. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 282 e segg., in particolare alla nota 84.

Attesa la natura impugnatoria del reclamo, escludono, peraltro, l'applicabilità, in questa sede, dell'art. 417 bis c. p. c.: Trib. Avezzano, 21 agosto 2002, in *Rep. Giur. It.*, 2002, voce «Provvedimenti cautelari», n. 49; Id. Caltanissetta, 6 maggio 2002, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 259.

Sulla natura del reclamo cautelare, cfr. Trib. Padova, 13 febbraio 1996, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 460 e, in dottrina, CORSINI, *op. cit.*, 87 e segg., nonché DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 215 e segg.

II. Sul regime di notificazione applicabile nelle controversie nelle quali è parte un'amministrazione pubblica giuridicamente distinta dallo Stato vi è una messe di decisioni conformi all'ordinanza *de qua*: Cass., 3 agosto 2001, n. 10690, in *Rep. Giur. It.*, 2001, voce «Avvocatura dello Stato», n. 13; Id., 25 agosto 1997, n. 7956, *ivi*, 1997, voce «Notificazione (mat. civ.)», n. 30 e, per esteso, in *Foro It.*, 1997, I, 3167; Id., 25 novembre 1995, n. 12215, in *Rep. Giur. It.*, 1995, voce «Ingiunzione», n. 11; Id., 11 aprile 1995, n. 4149, *ibidem*, voce «Impiego pubblico», n. 321; Id., 25 marzo 1993, n. 3573, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1835, cui si rimanda per ulteriori richiami. In dottrina, cfr., MUTARELLI, *op. cit.*, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 206 e spec. 214 e segg.

III. La questione relativa all'applicabilità al giudizio di reclamo dell'art. 354 c. p. c., che prevede la rimessione al primo giudice in caso di violazione del principio del contraddittorio, è invece piuttosto controversa.

Per la soluzione negativa, qui adottata dal Tribunale di Belluno sul rilievo che il decorso del termine (ancorché meramente ordinatorio) originariamente stabilito per la notificazione del ricorso ne precludeva comunque la sua proroga o la sua rinnovazione anche da parte del primo giudice, cfr. anche, sia pure con differenti motivazioni, Trib. Roma, 7 luglio 2000, in *Giur. di Merito*, 2001, 24 nonché, in fattispecie diverse dalla presente, Id. Modena, 16 giugno 1999, *ivi*, 1999, I, 964; Id. Roma, 13 maggio 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2154; Id. Napoli, 30 aprile 1997, in *Giur. It.*, 1998, 269, con nota di DALMOTTO e, in dottrina, CORSINI, *op. cit.*, 130.

Contra, ritenuta l'applicabilità del principio del doppio grado di giurisdizione anche nell'ambito del procedimento cautelare, cfr. App. Catanzaro, 11 dicembre 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2153; Trib. Nocera Inferiore, 18 novembre 1999, *ibidem*, I, 2153; Id. Trani, 3 marzo 1999, in *Giur. di Merito*, 2000, 857; Id. Trani, 2 marzo 1999, in *Rass. dir. civ.*,

2000, 932, con nota di CARTUSO, *Reclamo cautelare e rimessione al primo giudice*; Id. Bologna, 30 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, 38. Nella stessa direzione, in dottrina, v. GUARNIERI, *Reclamabilità del decreto di rigetto della domanda cautelare*, in *Lav. Giur.*, 1997, 55-56.

Pure incerte, in giurisprudenza, sono le conseguenze che si ricollegano allo spirare di un termine ordinatorio: nello stesso senso dell'ordinanza in epigrafe, cfr. Cass., 26 novembre 1992, n. 12640, in *Rep. Giur. It.*, 1992, voce «Procedimento civile», n. 157. Altra parte della giurisprudenza, al contrario, non ritiene sia precluso il compimento dell'atto processuale dopo la scadenza di un termine ordinatorio, salvo sopravvenute situazioni processuali ostative: Cass., 19 gennaio 1998, n. 420, in *Giur. It.*, 1998, 2044, con nota di richiami.

Il legislatore della riforma del processo societario ha recepito la tesi qui accolta dal Tribunale di Belluno, disponendo espressamente che in sede di reclamo cautelare «non è consentita la rimessione al primo giudice» (art. 23, 5° comma, D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, pubblicato in *Gazz. Uff.* n. 17 del 22 gennaio 2003, suppl. ord. n. 8).

L'applicabilità dell'art. 354 c. p. c. al procedimento ex art. 669 terdecies c. p. c. sembra invero ostacolata sia dall'eccezionalità della norma, dettata per il giudizio ordinario, e dalla tassatività delle ipotesi di regressione, che dall'esigenza di concentrazione e speditezza del procedimento cautelare.

La giurisprudenza che nega la rimessione del giudizio al giudice di prime cure per mancata notifica dell'istanza proposta *ante causam* sembra consentire, peraltro, la riproposizione della domanda cautelare oltre i limiti previsti dall'art. 669 septies c. p. c. (così, Trib. Roma, 7 luglio 2000, *cit.*). Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare rigettata per motivi di merito o di rito, nonché sui rapporti tra reclamo e riproponibilità dell'istanza cfr., ancora, CORSINI, *op. cit.*, 98 e 173 e segg.

TRIBUNALE VERBANIA, 23 aprile 2002, n. 52 — CRIVELLI Giudice. — Sedioli (avv. Di Primio) - Valtur s.p.a. (avv. ti Gaudiano, Riveda).

Danni in materia civile e penale — Viaggio «all inclusive» — Obblighi contrattuali — Inadempimento — Risarcimento del danno da vacanza rovinata (D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 111; Corte di Giustizia Europea, decisione 12 marzo 2002, Causa C-168/00).

I disagi sopportati dal turista a causa dell'inadempimento di obblighi contrattuali del tour operator configurano un danno da vacanza rovinata, inteso quale pregiudizio non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale, la cui risarcibilità trova fondamento nel D. Lgs. n. 111/1995, nel cui art. 16 l'espressione «qualsiasi altro pregiudizio» rappresenta il fondamento normativo richiesto dall'art. 2059 c. c. per consentire il risarcimento del danno non patrimoniale (1).

 *Omissis.* — *Svolgimento del processo:* Con atto di citazione ritualmente notificato l'attrice evocava in giudizio la società convenuta per sentirla condannare al risarcimento dei danni patiti in occasione di un viaggio turistico presso l'isola caraibica di Anguilla.

Affermava infatti l'attrice di aver acquistato nell'estate 1998 un «pacchetto turistico tutto compreso» dalla società Valtur per il periodo 25 luglio-9 agosto di quell'anno. Giunta però a destinazione, l'attrice veniva sistemata nel giro dello stesso giorno in quattro diverse stanze. La stanza definitivamente assegnata poi, benché la Sedioli avesse pagato un supplemento di lire 1.200.000, era ancora in ristrutturazione, meno accogliente delle stanze «Standard» previste per il prezzo base, con la porta d'accesso priva di chiave. Inoltre durante tutto il soggiorno si avevano interruzioni quotidiane dell'erogazione dell'energia elettrica e dell'acqua, e i condizionatori dell'aria rimanevano accesi per non più di due ore al giorno.

Ancora, il cibo era di scarsa qualità e il riassetto della stanza avveniva tardivamente e solo dopo lamentele.

Carneva poi la Sedioli una quota di dollari 20 per partecipare al carnevale locale, che si sarebbe dovuto svolgere in una zona a una certa distanza dal villaggio, e che però poi non ebbe luogo.

L'assistenza degli animatori era poi stata scarsissima e durante una gita a Dog Island, a bordo dell'imbarcazione

a quello che la norma, di regola, considera come inevitabile conseguenza dell'esecuzione forzata; che la irreparabilità del danno deve esser valutata in termini oggettivi, tale essendo quel pregiudizio insuscettibile di reintegrazione per equivalente, nel caso in cui la sentenza gravata sia cassata; che la situazione di specie deve esser valutata alla stregua di tali parametri.

4. Considerato preliminarmente che sussistono le condizioni di cui all'art. 131 *bis* disp. att. c. p. c., avendo la ricorrente prodotto all'udienza odierna il certificato di pendenza del giudizio di cassazione; che la ricorrente allega e dimostra la presenza di un quadro gravemente nevrotico derivante dal fatto di avere «perso», a seguito della sentenza di questa Corte, la casa in cui nacque, in cui vive e che aveva avuto promessa in vendita da sua madre: che detto quadro è documentato dalla relazione medica — non contestata nel merito da Vincenzo Caselli — del prof. Anselmo Zanalda, che attesta la presenza della nevrosi predetta, sinora non felicemente controllata sul piano terapeutico con gli psicofarmaci somministrati; che lo specialista suggerisce una adeguata preparazione psicologica della ricorrente al fine di farle, eventualmente, accettare l'esito del giudizio; che tutto ciò dimostra esservi nella specie un pregiudizio per la ricorrente che supera ed eccede le conseguenze normali dell'esecuzione della citata sentenza e la possibilità di attività anticonservative è tale dal dimostrare l'esistenza di un pregiudizio obiettivo, nel senso anzidetto; che sussistono, quindi, le condizioni per sospendere la esecutorietà della sentenza.

P. Q. M.

Visto l'art. 373 c. p. c.; sospende l'esecutorietà della sent. 3-8 febbraio 1995, n. 211 di questa Corte. — *Omissis*.

TRIBUNALE TORINO, 29 marzo 1995 (ordinanza) — PREMOSSELLI *Estensore*. — Converso (avv. Baudino) - Camerano (avv. Antonielli d'Oulx).

Provvedimenti cautelari — Ordinanza di diniego di revoca — Reclamabilità — Esclusione (C. p. c. artt. 669-*decies*, 669-*terdecies*).

Non è ammissibile il reclamo nei confronti di un'ordinanza che respinge un'istanza di revoca di un provvedimento cautelare (1).

(1) Nello stesso senso, in giurisprudenza, seppur con riferimento ad un'istanza di revoca proposta nell'ambito di un procedimento diretto a far dichiarare l'inefficacia di una misura cautelare, cfr. Trib. Napoli, 25 novembre 1994, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 1653, con nota critica di NOVELLO. Su un caso di asserita improponibilità del reclamo cautelare, Simmetricamente, per la ritenuta irreclamabilità dell'ordinanza che revoca il provvedimento cautelare, cfr. Trib. Milano, 16 gennaio 1995, in *Foro It.*, 1995, I, 1353, con nota di GIOVANNONI.

↑ In dottrina, sul problema relativo alla reclamabilità dell'ordinanza che pronuncia sull'istanza di revoca di cui all'art. 669-*decies* c. p. c. si registra una varietà di opinioni:

— da un lato vi è chi sostiene la reclamabilità di tutti i provvedimenti pronunciati sull'istanza di modifica o revoca, sia di rigetto che di accoglimento, quale che sia il loro contenuto, in forza di un «corretto inquadramento della portata del "principio del doppio grado della giurisdizione cautelare"», collegato alla qualificazione dei provvedimenti di revoca o modifica come «rimedi autonomi per dare ingresso ad autonome fattispecie sopravvenute» (cfr. SASSANI (CONSOLO, LUISO), *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 503 e seg.);

— dall'altro, si nega che contro il provvedimento che ha modificato o revocato la misura cautelare sia proponibile il reclamo, avendo quest'ultimo «per oggetto soltanto l'ordinanza con la quale sia stato concesso un provvedimento cautelare (e non quella con cui sia stato modificato o revocato il provvedimento già concesso)» (così VERDE-DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990*, n. 353, Torino, 1991, 258; conf. CARPI, COLESANTI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 1991, 232; SAMORÌ, *Sub commento all'art. 669-terdecies c. p. c.*, in CARPI TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 3ª ed.,

Omissis. — 2. Sulla ammissibilità del reclamo. Il collegio osserva che il rimedio di cui all'art. 669-*terdecies* c. p. c. è testualmente ammesso avverso l'ordinanza con la quale, prima dell'inizio o nel corso della causa di merito, sia stato concesso un provvedimento cautelare, ed in virtù della recente sentenza additiva della Corte costituzionale deve ora ritenersi ammesso anche avverso le ordinanze di rigetto, non reclamabili secondo l'originario sistema normativo.

L'art. 669-*decies*, invece, che attribuisce al giudice istruttore della causa di merito il potere di revoca o modifica del provvedimento positivo, nulla dispone circa eventuali mezzi di gravame, onde deve ritenersi che l'ordinanza di modifica o revoca, e quella che rigetta la corrispondente istanza sia, al più, revocabile o modificabile dallo stesso istruttore, ma non sia assoggettata allo specifico rimedio previsto per i provvedimenti di accoglimento o di rigetto dell'istanza cautelare, essendo nel potere discrezionale del legislatore determinare se e con quale mezzo i singoli provvedimenti possano essere impugnati. Salvo che vengano violati norme o principi costituzionali, ma nella materia *de qua* è da un lato evidente che non entra in gioco il 2º comma dell'art. 111 Cost. e, dall'altro, che se non è reclamabile né il provvedimento che accoglie l'istanza di revoca o modifica (quanto meno quello che non aumenta la portata della cautela) né quello che la respinge, i due contendenti erano posti su un piano di parità.

3. Per giungere a diverse conclusioni circa l'ammissibilità del reclamo, occorrerebbe poter stabilire un'identità — forse non basterebbe un'analogia atteso il principio della tassatività dei mezzi di impugnazione — tra l'ordinanza che in accoglimento dell'istanza cautelare concede il sequestro e quella che, dopo la concessione, rigetta l'istanza di revoca per mutamento nelle circostanze, quasi che la seconda fosse un nuovo provvedimento concessivo autonomamente reclamabile. Il che, tuttavia, non è, essendo ontologicamente diverso il provvedimento che introduce una situazione giuridica prima non esistente (e cioè il vincolo, nei beni sequestrati) e quello che tale situazione si limita a confermare (e che di conferma si tratti e non di *novum* risulta anche dal 1º comma dell'art. 669-*undecies*) disattendendo l'allegazione di intervenuto mutamento delle circostanze. — *Omissis*.

P. Q. M.

Il Collegio dichiara inammissibile il reclamo avverso l'ordinanza reiettiva di istanza di revoca o modifica emessa dal giudice istruttore. — *Omissis*.

Padova, 1994, 1359; TARZIA, *Il provvedimento negativo. Il reclamo, in Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova, 1993, 393).

Più in particolare, sulla reclamabilità dell'ordinanza che rigetta l'istanza di revoca della misura cautelare, taluno la nega, osservando che tale atto di esercizio del potere cautelare non darebbe luogo ad un provvedimento di concessione di misura cautelare, unico suscettibile di controllo *ex art.* 669-*terdecies* c. p. c., ma soltanto ad un provvedimento di conferma della stessa (cfr. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 369); questo argomento non è condiviso da chi rileva che la legge prevede la sicura reclamabilità di un'ordinanza di conferma, e non di concessione, della misura cautelare (nel caso di cui all'art. 669-*sexies*, 2º comma, c. p. c., allorché si conferma, con ordinanza, una misura cautelare concessa con decreto *inaudita altera parte*), e reputa quindi reclamabile l'ordinanza che rigetta un'istanza di revoca (cfr. FRUS, *Sub commento all'art. 669-terdecies c. p. c.*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna-Roma, 1992, 781).

Per la negazione della reclamabilità di un'ordinanza di rigetto di un'istanza di revoca cfr. anche FRASCA (D'AIETTI, MANZI, MELE), *I provvedimenti cautelari*, Milano, 1993, 2ª ed., 176; CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata*, in *Giur. It.*, 1994, I, 413; GUARNIERI, *Note in tema di reclamabilità del provvedimento di rigetto della domanda cautelare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 674, nota 28.

Contra, cfr. LUISO, *La riforma dei procedimenti cautelari nei «Provvedimenti urgenti» per il processo civile*, in *Documenti Giustizia*, 1990, 7-8, 56; cfr. anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 723, il quale, pur riconoscendo le problematicità della questione, ammette, dubitativamente, la reclamabilità delle ordinanze che abbiano pronunciato sulle istanze di modifica o revoca.

184 c.p.c. — nella quale le parti possono perfino produrre documenti, oltre che indicare nuovi mezzi di prova — per poter concedere la clausola in questione!

Consequentemente, va ritenuto che sussista la facoltà del g.i. di concedere la provvisoria esecuzione al decreto opposto in sede di udienza di prima comparizione delle parti, salva naturalmente in ogni caso la possibilità di far slittare detta decisione, sia sull'accordo delle parti, sia in considerazione dell'esistenza di questioni pregiudiziali o preliminari che egli ritenga necessario trattare prima di affrontare l'istanza di esecutività.

Venendo al merito della presente controversia, va rilevato che la società opponente ha eccepito di aver diffidato la contropar-

vendicato per poter «metabolizzare» la riforma del 1990; a torto o a ragione, l'avvocatura si è sentita «vittima» della riforma e, costituendosi in soggetto politico «nuovo» (*Coordinamento unitario*), ha richiesto a gran voce un'attenuazione del rigore del sistema, che, a suo dire, determinava una deteriore condizione per il convenuto. Ciò spiega perché proprio il convenuto abbia ora occupato il centro della scena, e risulti posto in grado di scegliere quale fisionomia attribuire alla fase preparatoria. Siamo evidentemente dinanzi all'ultimo atto di una rappresentazione che si ripete nelle alterne vicende delle riforme processuali civili, sebbene vada posto in rilievo che, nel 1950, il contraccolpo rispetto al codice del 1942 è stato certamente più violento, ed ha prodotto risultati assai più consistenti.

Tale ultima considerazione introduce il secondo rilievo, di carattere «tecnico»: nonostante il maggiore spazio che è stato riservato alla trattazione scritta, nonostante l'affermazione della logica del «doppio» e le inevitabili ricadute sulle disposizioni collegate al 180-183, nonostante la «diluizione» che è stata realizzata della fase preparatoria in contrasto con le aspirazioni del riformatore del 1990, il nucleo fondamentale della riforma è rimasto sostanzialmente integro: mi sembrerebbe esagerato parlare, in rapporto alla vicenda innestata dal d.l. n. 238 e conclusa con la l. 534/95, di vera «contoriforma», perché la «diluizione» ha interessato, al massimo, un'udienza (anche se di centrale importanza nella struttura del nuovo rito). Il sistema è certamente stato reso nel suo complesso meno coerente, e maggiore sarà lo sforzo degli interpreti per ricondurlo a quel «progetto razionale» di cui efficacemente parlava il Csm nella nota risoluzione del maggio 1988. Ma non andrei oltre nella valutazione degli effetti dei decreti estivi.

L'ultimo rilievo è quello dallo svolgimento più complicato: cosa possono fare gli interpreti per preservare il più possibile la razionalità del sistema originario? Qui il problema che emerge prepotentemente è quello dei tempi di durata del procedimento, in una situazione generale e diffusa che già ci vede largamente inadempienti alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ed in particolare all'art. 6, § 1, sul diritto al «termine ragionevole» di durata del processo. Nella legge del 1990, il termine lungo a comparire (sessanta giorni) ed il possibile rinvio della prima udienza a cura del g.i. designato (quarantacinque giorni) erano funzionali alla trattazione effettiva in prima udienza (*retro*, § 1 e 2); nel nuovo sistema a questi due termini lunghi andrebbe «in ogni caso» aggiunto il termine tra l'udienza (o le udienze) del 180 e quella del 183, che è anch'esso un termine lungo perché il convenuto deve poter disporre di almeno venti giorni, da computarsi a ritroso dalla data dell'udienza di trattazione, per proporre, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio.

Dinanzi al cumulo di detti termini, la cui funzione preparatoria dell'effettiva trattazione è largamente venuta meno, e dinanzi al nuovo ruolo della prima udienza — ruolo a tal punto limitato da consentire di parlare, senza falsi pudori, di udienza di mero «smistamento» — una reazione intelligente degli interpreti potrebbe essere quella di non applicare, se non in casi del tutto eccezionali, l'art. 168 *bis*: non ha infatti senso il rinvio della prima udienza, se questa non è funzionale ad una effettiva trattazione del merito. Del resto, come si è avuto modo di accennare *supra*, il sistema del 1990 era concepito in modo tale che il g.i., nel decidere il rinvio sino a quarantacinque giorni della prima udienza, di norma non avrebbe avuto modo di prendere visione della comparsa di risposta: non diversamente da quanto potrà avvenire ora a seguito della l. n. 534, che piuttosto chiaramente consente al convenuto di costituirsi non in rapporto all'udienza del 180, bensì in rapporto a quella del 183.

Adottando questo piccolo accorgimento, e pagando il prezzo dell'impossibilità di programmare in modo adeguato e serio le prime comparizioni (che del resto assumeranno ora il ruolo di veloci e disimpegnate udienze di mero «smistamento»), si dovrebbe riuscire a contenere l'effetto dei decreti estivi, restituendo al giudizio di cognizione ordinaria la fisionomia che gli era stata assegnata dal legislatore del 1990, ed al giudice civile quel ruolo di controllo e di effettiva direzione del procedimento che la riforma aveva autorevolmente affermato e che il d.l. n. 238 ha tentato, in verità con scarso successo, di sottrargli.

BRUNO CAPPONI

te a sospendere la spedizione della merce, ritenendo unilaterale ed ingiustificata l'indicazione del quantitativo indicato dalla Incen; inoltre, ha eccepito non trattarsi di rapporto di compravendita, bensì di prestazione di servizi, ed ha quindi concluso per la dichiarazione di annullamento del contratto per errore ai sensi dell'art. 1428 c.c.

L'opposizione non è quindi fondata su prova scritta, né appare di pronta soluzione (avendo l'opponente già richiesto un'istruttoria orale), mentre il decreto appare legittimamente emesso, poiché il credito appare fondato su prova scritta — ordine di acquisto del 28 febbraio 1990 sottoscritto dal legale rappresentante della società opponente — e la merce risulta essere stata consegnata allo spedizioniere Danzas s.a. (vedi lettera 14 marzo 1990).

TRIBUNALE DI ROMA; ordinanza 27 giugno 1995; Pres. CIARDI, Rel. CELESTE; Soc. Italsanità c. Banca di Roma e altri; Soc. Morgan e Soc. Transaction c. Soc. Italsanità e altri.

Procedimenti cautelari — Ordinanza di accoglimento o rigetto dell'istanza di revoca — Reclamo — Ammissibilità — Limiti (Cod. proc. civ., art. 669 *decies*, 669 *terdecies*).

Procedimenti cautelari — Omesso esame della domanda cautelare — Reclamo — Limiti (Cod. proc. civ., art. 669 *septies*, 669 *terdecies*).

È ammissibile il reclamo proposto avverso l'ordinanza di accoglimento o rigetto dell'istanza di revoca di provvedimento cautelare; in tal caso il giudice del reclamo deve limitarsi a sindacare la valutazione compiuta dal giudice della revoca e cioè verificare se effettivamente siano intervenuti i «mutamenti delle circostanze», senza poter procedere ad un riesame complessivo delle ragioni poste a base della decisione cautelare. (1)

In ipotesi in cui il giudice, accogliendo l'istanza di revoca del provvedimento cautelare, ometta di esaminare la domanda cautelare che era stata proposta in via subordinata, la parte ricorrente potrà riproporre la suddetta domanda innanzi al giudice della cautela dovendosi negare che possa essere il giudice del reclamo a provvedere. (2)

1. - Preliminarmente, si ritiene l'ammissibilità dei reclami avverso i provvedimenti di revoca. Invero, accogliere o rigettare l'istanza di revoca di una misura cautelare significa sostanzial-

(1-2) L'ordinanza si pone in netto contrasto con la giurisprudenza finora edita la quale si è sempre pronunciata in senso contrario alla reclamabilità del provvedimento di revoca; v. Trib. Roma, ord. 26 maggio 1995, che segue, con nota di richiami.

Specificamente nel senso della non reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca di un provvedimento cautelare, v. anche Trib. Torino, ord. 29 marzo 1995, *Giur. it.*, 1995, I, 2, 907.

In dottrina, la tesi dell'ammissibilità del reclamo è sostenuta da F. CARPI-M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 1995, 1359.

Parzialmente conforme l'opinione di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi ritrovata»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 409, che però esclude l'ammissibilità del reclamo in ipotesi di rigetto dell'istanza di revoca.

In ordine ai limiti del giudice del reclamo in ipotesi di impugnazione dell'ordinanza positiva o negativa di revoca, non si rinvencono riscontri né in dottrina né in giurisprudenza.

Neppure sulla seconda massima si rinvencono precedenti giurisprudenziali editi.

mente esercitare, rispettivamente, in modo negativo o positivo il potere di cautela (lo stesso discorso vale per il caso della modifica di cui all'art. 669 *decies* c.p.c., poiché il provvedimento, anche se modificato, rimane pur sempre un provvedimento che concede la tutela cautelare).

Se la tesi dell'irreclamabilità dei provvedimenti di revoca — soprattutto quelli di revoca totale — poteva essere coerente nell'impianto originario dei procedimenti cautelari, così come introdotto dalla l. 26 novembre 1990 n. 353, che non ammetteva impugnazioni contro il diniego della misura cautelare, oggi tale premessa è venuta meno a seguito della sentenza n. 253 del 23 giugno 1994 della Corte costituzionale (*Foro it.*, 1994, I, 2005), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. nella parte in cui vietava il reclamo avverso l'ordinanza di rigetto (in altri termini, per effetto della predetta decisione, l'obiezione principale alla reclamabilità, fondata sulla analogia tra rigetto e revoca, sembra tramontata, posto che oggi il reclamo non risulta più limitato ai provvedimenti che sacrificano la posizione di colui che subisce il provvedimento cautelare).

Attualmente, quindi, nel caso in cui, per un mutamento delle circostanze, si è adottato un provvedimento di revoca (o di modifica), la parte che si scontenta di tale statuizione, o perché reputi che non fossero mutate le circostanze, o che fossero mutate ma non in modo rilevante da far venir meno i presupposti della concessa misura cautelare, deve essere ammessa a formulare il reclamo.

In buona sostanza, si reputa che il potere di revoca (o di modifica) non sia altro che un normale potere di decisione cautelare, soltanto che esercitato in un periodo di tempo successivo al rilascio dell'originaria misura cautelare, che tuttavia non può estinguere tale potere nel corso dell'istruzione della causa. Se così è, anche se il doppio grado di giudizio non è costituzionalmente protetto, appare non ispirato a ragionevolezza limitare la tutela della parte che subisce la revoca (o la modifica) inibendo ogni possibilità di controllo sulla stessa.

Opinare diversamente, infatti, significherebbe rendere il provvedimento cautelare che accoglie o rigetta l'istanza di revoca (o di modifica) intoccabile fino all'emanazione della sentenza di primo grado, in radicale contrasto con quelle esigenze, da un lato, di adeguamento del provvedimento cautelare agli sviluppi del processo a cognizione piena, e, dall'altro, di assicurazione di quelle modalità del diritto di difesa consistenti nel potere di provocare il controllo di un provvedimento da parte di un giudice diverso da quello che lo ha emanato.

Esigenze queste ultime di stampo decisamente garantista, che sono emerse nella ricostruzione dei procedimenti cautelari operata dal legislatore della novella del codice di rito, e sono state ribadite dal giudice dalle leggi con l'ampliamento dell'ambito dell'istituto del reclamo, soprattutto tenendo conto che i provvedimenti che comunque costituiscono atti di esercizio del potere cautelare, pur essendo provvisori, sono idonei ad incidere immediatamente — talvolta anche in modo irreversibile — sulla realtà sostanziale.

In questa ottica, appare inconferente rilevare che è identica la posizione della parte che vanamente invoca la revoca e quella che la subisce, stante in entrambi i casi una vera e propria amputazione del diritto di difesa, come sembra fuori luogo sostenere che le ragioni di chi subisce la revoca di un provvedimento cautelare precedentemente conseguito sono comunque garantite dalla riproponibilità dell'istanza cautelare, in quanto, per quanto sia debole la preclusione dell'art. 669 *septies* c.p.c., la parte non potrà far riesaminare da alcun giudice diverso «quelle» circostanze mutate, già vagliate dal giudice della cautela (le predette «circostanze» che si vorrebbero far valere a base di una nuova istanza cautelare non potranno mai essere le stesse che sono state prese a fondamento dell'originario provvedimento cautelare, e che successivamente il giudice della causa di merito ha ritenuto o meno mutate, giustificando così la revoca o la conferma del provvedimento concesso, pena altrimenti l'elusione della summenzionata preclusione).

2. - Una volta ritenuto ammissibile il reclamo avverso i provvedimenti (positivi o negativi) di revoca, vanno, tuttavia, delineati i confini entro i quali può operare il giudice del gravame.

Va ricordato, infatti, che, ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c., il provvedimento di revoca può essere concesso solo ove si sia-

no verificati «mutamenti nelle circostanze», idonei ad incidere sull'uno o sull'altro dei due presupposti fondanti la misura cautelare (c.d. *fumus boni iuris* e c.d. *periculum in mora*).

La conseguenza è che il giudice della revoca non può in alcun modo fondare la propria decisione su un convincimento giuridico differente da quello posto a base del provvedimento cautelare che si chiede di revocare. Quel giudice, quindi, deve solo accertare se è sopraggiunto un *quid pluris* sul piano fattuale che il giudice del provvedimento revocando non ha potuto utilizzare perché indisponibile al momento della formazione del suo convincimento.

In questa prospettiva, compito di questo giudice del reclamo è soltanto quello di sindacare la valutazione fatta dal giudice della cautela, e cioè verificare se effettivamente le circostanze predette siano o meno cambiate, e se tale mutamento possa far venir meno i presupposti del provvedimento revocando.

In altri termini, questo collegio dovrà sostanzialmente sostituirsi al giudice della revoca, riesaminandone l'operato, ma limitandosi sempre a valutare l'incidenza dei prospettati «mutamenti delle circostanze» sulla statuizione precedentemente adottata, senza mai però procedere ad un riesame complessivo delle ragioni poste a base della decisione cautelare, che, per sua natura, è destinata ad essere sostituita dalla pronuncia definitiva di merito.

Ogni altra indagine deve ritenersi esclusa in questa sede. In particolare, è precluso il controllo delle motivazioni che hanno indotto inizialmente il giudice ad emettere l'ordinanza cautelare, controllo che doveva essere oggetto di reclamo dell'originario provvedimento ex art. 700 c.p.c. Come anche l'esame di altre circostanze sopraggiunte nel corso del giudizio, ma non poste a base del provvedimento attualmente reclamato, esulano dalla cognizione di questo giudice (ci si riferisce, ad esempio, all'ordinanza del g.i.p. del 23 giugno 1994, con la quale si è revocato il sequestro preventivo delle fidejussioni disposto ai sensi dell'art. 321 c.p.p.; la valutazione negativa dell'efficacia neutralizzante il principale sostegno del provvedimento cautelare civile è stata già effettuata con ordinanze dei giudici istruttori in data 5 dicembre-7 dicembre 1994 e in data 31 dicembre 1994-2 gennaio 1995, che hanno rigettato l'istanza, e che non sono state oggetto di reclamo).

Risulta diversa, in tal modo, la funzione del reclamo avverso l'originaria misura cautelare (accolta o denegata) ed avverso il provvedimento (positivo o negativo) di revoca della stessa; nel primo caso, il collegio è tenuto a controllare l'opportunità o/e l'illegittimità del provvedimento adottato dal giudice della cautela, nel secondo caso, invece, dovrà controllare se il giudice della cautela ha utilizzato correttamente lo strumento — revoca o modifica — che l'ordinamento gli concede per conservare al provvedimento cautelare la permanente aderenza alle mutevoli situazioni di fatto della causa di merito.

In altri termini, compito del giudice del reclamo avverso l'originaria cautela è di realizzare un controllo per così dire dall'esterno, cioè nelle forme dell'impugnazione della sola ordinanza che ha concesso o negato la cautela, ma al di fuori del giudizio di merito, mentre compito del giudice del reclamo in sede di revoca è solo quello di controllare che il giudice monocratico abbia verificato le modificazioni oggettive dei fatti e le abbia giustamente interpretate come rilevanti o meno per valutare l'attualità dei presupposti del rilascio e del contenuto delle misure cautelari; siamo in presenza, quindi, di un sindacato che si colloca all'interno del giudizio di merito, cercando di armonizzare in via dinamica la misura cautelare con lo stadio dell'accertamento, via via acquisito, del diritto del quale si invoca la cautela.

Strutturati i due reclami di cui sopra sulla base di tecniche procedurali diverse, in quanto radicati su differenti supporti cognitivi, ne consegue che risulteranno diverse le censure che il reclamante potrà far valere; inverso, nel caso dell'originario provvedimento che concede o nega la cautela, potranno essere dedotte tutte le lamentele idonee a provocare un riesame dello stesso sotto il profilo del merito cautelare e della legittimità, mentre nel caso del provvedimento di revoca (o di modifica) si chiederà al collegio soltanto di sindacare la valutazione del g.i. sulla persistente meritevolezza della misura cautelare alla luce delle risultanze processuali progressivamente acquisite nella causa di merito (tale ricostruzione, peraltro, consente, da una

parte, di non porsi in contrasto con la lettera e con la *ratio* dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., e, dall'altra, di evitare il rischio di una generalizzata e potenzialmente indefinita reclamabilità dei provvedimenti di revoca o di modifica).

3. - Fatte queste brevi, ma pur necessarie premesse — sull'ammissibilità del reclamo e sui limiti dello stesso — ritiene il collegio che, nel caso concreto, sussistano i presupposti per la revoca del provvedimento emesso *ante causam* dal Pretore di Roma, con ciò condividendo il ragionamento operato dal g.i. che ha accolto l'istanza di revoca (v. ordinanze in data 11-12 aprile 1995), ed evidentemente essendo di contrario avviso del g.i. che, invece, tale istanza ha rigettato (v. ordinanze in data 21-22 aprile 1995).

Va, infatti, considerato che, in sede penale, è stato prosciolto l'avv. Squatriti nonché gli altri imprenditori a carico dei quali era stata ipotizzata la commissione di illeciti penali in danno di Italsanità nella conclusione dei contratti per cui è causa, per cui risulta venuto meno il c.d. *fumus boni iuris* necessario al fondamento del provvedimento cautelare.

Il Pretore di Roma, nel disporre il provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., si era basato esclusivamente sulla fondatezza dell'ipotesi accusatoria, o quanto meno sulla sua probabilità, valutata in relazione agli atti ed allo stato del relativo giudizio.

Tale probabile fondatezza è venuta oggettivamente meno a seguito della sentenza di assoluzione del g.i.p.; pertanto, salva la sussistenza di eventuali impugnazioni o cambiamenti di indirizzo all'interno del giudizio penale — che, allo stato, non interessano la valutazione di questo giudice del reclamo — va riconosciuto che il provvedimento predetto esclude la sussistenza di fattispecie penali, e, in difetto di ciò, la sussistenza del *fumus* della pretesa di Italsanità perde consistenza, difettando ogni fondamento probatorio diverso.

In altri termini, si ritiene che il procedimento logico-giuridico seguito dal g.i. che ha accolto l'istanza di revoca sia immune da vizi e quindi pienamente condivisibile da questo collegio.

Invero, il Pretore di Roma aveva fondato il provvedimento ex art. 700 c.p.c. sulla circostanza dell'allora probabile coinvolgimento dei predetti imputati, in concorso tra loro, nell'ipotizzato reato di truffa ai danni di Italsanità, ritenendola «determinante ai fini della decisione».

Ora, il proscioglimento dei prevenuti comporta, allo stato, il superamento di tale determinante incidenza della pendenza del procedimento penale posta a riprova della fondatezza della pretesa della misura cautelare, con specifico riferimento alla dedotta invalidità dei negozi di locazione ai quali è inerente la garanzia, la cui escussione è stata inibita dal medesimo pretore.

Ne deriva che, in accoglimento dei reclami proposti dalle società Transaction e Morgan, vanno revocate le ordinanze del g.i. in data 21-22 aprile 1995, con cui si denegava l'istanza di revoca del provvedimento cautelare di sospensione della fideiussione in oggetto, revoca che va, quindi, concessa in questa sede di reclamo. Conseguentemente, il rigetto del reclamo proposto dalla società Italsanità, e, per l'effetto, la conferma delle ordinanze del g.i. in data 11-12 aprile 1995, con cui si revocava la predetta misura cautelare.

4. - Resta da esaminare il reclamo proposto da Italsanità avverso il diniego di una nuova misura cautelare.

Sul punto, va, tuttavia, rilevato che il g.i. che ha accolto l'istanza di revoca, e che, quindi, doveva pronunciarsi sulla nuova istanza, atteso che questa era stata proposta in via subordinata — e cioè nel caso di revoca della sospensione della fideiussione per cui è causa — ha ommesso ogni valutazione critica sulla stessa.

infatti, da un lato, nel dispositivo delle ordinanze dell'11-12 aprile 1990, nulla si legge in merito ai subordinati ricorsi ex art. 700 c.p.c. interposti dalla società Italsanità («P.Q.M. revoca il provvedimento di urgenza disposto dal Pretore di Roma in data 7 maggio 1993 e fissa per la prosecuzione del giudizio l'udienza del 27 settembre 1995 ore 10,30. Si comunichi»).

Dall'altro, nella parte motiva si legge soltanto che «la domanda d'urgenza avanzata da Italsanità non può accogliersi... per le stesse ragioni sopra esposte, integrate da quelle poste a base della precedente ordinanza del 5-6 dicembre 1994», provvedimenti questi ultimi relativi, però, alla valutazione delle ragioni a sostegno delle sole istanze di revoca (prima denegate, e poi accolte).

In altri termini, il giudice della cautela si è limitato a richia-

mare le argomentazioni in ordine ai «mutamenti nelle circostanze», che in un primo momento — dissequestro penale delle fideiussioni — lo avevano indotto a rigettare l'istanza di revoca, e che in un secondo momento — proscioglimento da parte del g.i.p. — hanno comportato l'emanazione dell'ordinanza qui reclamata.

Rigettando i (nuovi) ricorsi d'urgenza presentati da Italsanità — e cioè in caso di accoglimento dell'istanza di revoca — con il mero richiamo alle motivazioni in base alle quali aveva deciso sulle istanze di revoca dei provvedimenti cautelari emanati *ante causam*, il g.i. non si è in buona sostanza pronunciato sul punto. Infatti, il richiamo delle precedenti ordinanze, se ha un qualche rilievo in ordine all'accertamento del «mutamento nelle circostanze» rilevanti, ai sensi dell'art. 669 *septies* c.p.c., per la decisione della revoca della originaria misura cautelare, nessuna influenza riveste in ordine alle «nuove ragioni di fatto e di diritto» di cui all'art. 669 *septies* c.p.c. invocate per l'adozione di un nuovo provvedimento di sospensione dell'escussione delle fideiussioni.

Stesso discorso va fatto per i g.i. che ha rigettato l'istanza di revoca, il cui provvedimento negativo è stato riformato in questa sede di reclamo, revocando così il provvedimento cautelare *ante causam*. Invero, il giudice della cautela, denegando la richiesta di revoca, e quindi mantenendo la sospensione delle fideiussioni in oggetto, vedeva precluso l'esame della nuova istanza di provvedimento ex art. 700 c.p.c., per il semplice ma decisivo fatto che, non revocando la precedente misura cautelare, si rivelava inutile concederne una nuova.

Tuttavia, accogliendo ora il relativo reclamo, e dunque, revocando in sede di gravame l'ordinanza emessa *ante causam* dal pretore, questo collegio non può controllare la valutazione effettuata dal g.i. sulla nuova istanza di misura cautelare, valutazione che, correttamente per quanto sopra detto — e cioè perché spiegata in via subordinata —, non vi è stata nel caso concreto.

Una volta, quindi, ritenuto sussistente, a seguito della sentenza di proscioglimento del g.i.p., quel «mutamento nelle circostanze» rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 669 *decies* c.p.c. — mutamento che Italsanità nega, e che *ex adverso* si afferma e qui si condivide — rimangono senza provvedimento i subordinati ricorsi ex art. 700 c.p.c., relativi a materia risultata assorbita dal rigetto delle istanze di revoca delle cautele civili.

In questa prospettiva di totale carenza di decisione da parte dei giudici delle cause di merito — entrambi i giudici istruttori, sia pure in base a considerazioni diverse — non può ovviamente questo giudice del reclamo controllare quegli *errores in procedendo* ed *in iudicando* eventualmente commessi dal giudice della cautela.

Invero, anche ammessa la legittimazione del giudice (diverso e collegiale) del reclamo ad emettere la misura cautelare già negata dal giudice di primo grado, ciò presupporrebbe pur sempre la valutazione delle medesime circostanze di fatto e di diritto dell'istanza cautelare, che invece il giudice della causa di merito ha completamente ommesso. Pertanto, la parte, che è rimasta soccombente in questa sede di gravame, potrà proporre davanti al giudice della cautela l'istanza di una nuova misura cautelare, e solo a seguito di una vera e propria decisione sul punto potranno essere esercitati i poteri di controllo di questo collegio. Daltronde, adottare in sede di reclamo l'invocata misura significherebbe in buona sostanza privare la parte che la subisce della possibilità di controllo del giudice diverso e collegiale, e ciò non sarebbe in linea con quanto sopra argomentato in ordine alla reclamabilità del provvedimento di revoca, comportando effettivamente una limitazione ingiustificata del diritto di difesa.

(R)

Il caso: s

Tizio ottiene un provvedimento d'urgenza nei confronti di Caio, con condanna di questo alla rifusione delle spese di lite. Caio propone reclamo, che però viene respinto, con aggravio delle ulteriori spese a carico del reclamante.

Non viene avviato il processo di merito, ma Caio, successivamente al rigetto del reclamo, viene a conoscenza di "fatti anteriori" che lo inducono a chiedere "al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare" la revoca del provvedimento d'urgenza, ai sensi dell'art. 669-*decies*, c.p.c.

I fatti sottoposti solo ora all'attenzione del giudice sono effettivamente rilevanti e decisivi, sicché il giudice revoca il provvedimento d'urgenza.

Ma Caio – sottolineato che i fatti che determinano la revoca erano anteriori al ricorso e al provvedimento cautelari ed erano già noti alla controparte, che gli aveva tenuti nascosti – chiede anche: a) la rifusione delle spese sostenute per presentare l'istanza di revoca e difendersi nel relativo procedimento; b) la condanna di Tizio a restituire quanto pagatogli a Tizio a titolo di rimborso spese per le fasi di emissione del provvedimento d'urgenza e di reclamo; c) la condanna di Tizio, in quanto "soccombente postumo", a rifondergli le spese che egli stesso (Caio) ha sostenuto in quelle fasi.

Quali di queste domande possono essere accolte?