

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/10/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38700-provvedimenti-ex-art-700-c-p-c-e-tutela-di-mero-accertamento>

Autore: Laddomada Marco

Provvedimenti ex art. 700 c.p.c. e tutela di mero accertamento

PROVVEDIMENTI EX ART. 700 C.P.C. E TUTELA DI MERO ACCERTAMENTO

1 L'art. 700 c.p.c.: generalità, struttura e funzione

1.1 Atipicità della tutela d'urgenza e profili costituzionali

Punto di partenza di questa trattazione è quello che, a metà degli anni Ottanta, sembrò senza ombra di dubbio essere un punto di arrivo. Il riferimento è alla famosa sentenza n. 190 del 1985¹ in cui la Corte Costituzionale affermò a chiare lettere la copertura costituzionale della tutela cautelare atipica per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, nei limiti in cui il periculum in mora assurga agli estremi della irreparabilità del pregiudizio.

Con tale sentenza si chiuse dunque il dibattito² sul significato costituzionale della tutela cautelare e oggi nessuno può più dubitare del fatto che “la tutela cautelare atipica, nei limiti dell'irreparabilità del pregiudizio, rappresent(i) (...) un minimum, che nessun legislatore ordinario potrà pretermettere, pena la entrata in crisi dei più elementari principi cardine di ogni moderno sistema processuale”³.

In effetti, tutto ciò che è venuto dopo, fossero pronunce dello stesso giudice delle leggi o di giudici di merito, non ha fatto altro che ribadire il principio.

La Corte costituzionale ha infatti avuto dapprima modo di ricordare (come già aveva fatto con la sentenza del 1985), sulla base dell'insegnamento di Chiovenda, che “la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del ‘principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione’”⁴ e più recentemente (in una sentenza sulla ragionevole durata del processo) di constatare che le misure cautelari conservative o anticipatorie hanno

¹ Corte cost., s. 28-06-1985, n.190 in www.cortecostituzionale.it. La Corte dichiarò l'illegittimità (per contrasto con gli art. 3 comma 1 e 113 cost) dell'art.21 ultimo comma l. 6 dicembre 1971 n. 1034, in quanto non prevedeva il potere del giudice amministrativo di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che apparissero secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, laddove il ricorrente avesse motivo di temere che durante il tempo necessario per la pronuncia di merito il suo diritto fosse minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile.

² Il dibattito era dato dal fatto che la Corte cost. si era già più volta espressa sul tema della tutela cautelare, con decisioni ondvaghe. La prima rilevante pronuncia fu la s.n.122/1970 con cui cominciò a delinearsi il principio in forza del quale la tutela d'urgenza nel caso di pregiudizio irreparabile (con riferimento ai soli diritti assoluti) ha valenza costituzionale, ma con la precisazione che “l'art. 700 cod. proc. civ (...) a causa della genericità dei poteri che conferisce al giudice, incontra tutti i limiti desumibili da una sua interpretazione nel sistema vigente e non consente quindi che siano adottate misure che risultino vietate da altre norme dell'ordinamento: a maggior ragione se si tratti di norme di rango costituzionale.” (Corte cost. s.n.122/1970, in www.cortecostituzionale.it).

Particolare importanza rivestì anche la s.n. 284/1974, in cui la Corte affermò il principio della “connaturale” inerenza della tutela cautelare alla tutela giurisdizionale (Corte.cost. 27 dicembre 1974, n.284, in Foro it., 1975, I, 263, con nota di PROTO PISANI).

Di segno decisamente opposto fu la s.n. 63/1982, dove la Corte cost., in ordine alla questione di legittimità dell'esclusione del potere cautelare in capo al giudice tributario, affermò che “la potestà cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost., ma la sua disciplina è demandata alla legge ordinaria alla quale spetta di regolare la materia” (Corte cost. 1 aprile 1982, n.63, in Foro it, 1982, I, 1216, con nota di PROTO PISANI).

Per un più ampio inquadramento della tutela d'urgenza nella prospettiva costituzionale vd. R. CONTE Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio, in Rivista di diritto processuale, 1995 fasc. 1, 213 e ss.

³ PROTO PISANI Appunti sulla tutela cautelare, in Riv. dir. civ.,1987, I, 115.

⁴ Corte cost., s.23-06-1994, n.253, in www.cortecostituzionale.it

“funzione strumentale all’effettività della stessa tutela giurisdizionale” presidiando il “diritto fondamentale garantito dall’art. 24, secondo comma, Cost.”⁵.

Anche la giurisprudenza di merito, dal canto suo, ha sottolineato il ruolo svolto nel nostro ordinamento dalla tutela cautelare atipica⁶.

Si capisce allora che l’art.700, entrato in punta di piedi nel c.p.c. del 1942, considerato inizialmente come mera norma di chiusura per la sua atipicità (che investe tanto il periculum in mora – e la conseguente situazione giuridica cautelanda - quanto il contenuto dei provvedimenti), sia oggi da intendersi come uno strumento fondamentale per garantire l’effettività della tutela giurisdizionale.

Proseguendo nel ragionamento, basti passare in rassegna la giurisprudenza di merito⁷ per capire come la norma, a partire dall’entrata in vigore della Costituzione, abbia garantito un’effettiva tutela a situazioni soggettive altrimenti non tutelabili con misure cautelari tipiche (si pensi al diritto alla salute, alla personalità o alle libertà) svolgendo così un ruolo insostituibile. Tuttavia, il forte successo che la stessa ha trovato nelle sue applicazioni pratiche ha forse sovraccaricato l’istituto, facendo perdere il carattere di sussidiarietà che una misura cautelare atipica dovrebbe avere in un sistema misto come è il nostro. Tanto che è stato detto che l’art.700 c.p.c. è diventato “l’asse portante della tutela sommaria urgente in genere e cautelare in particolare”⁸.

1.2 Strumentalità e provvisorieta (anche dopo la legge n. 80/2005). *L’assicurazione provvisoria degli effetti della sentenza di merito.*

Poiché il principio che sta alla base è dunque quello secondo il quale la durata del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione, si è conseguentemente individuato nella provvisorieta e strumentalità (rispetto al provvedimento a cognizione piena) i caratteri essenziali della tutela cautelare (e perciò anche dei provvedimenti d’urgenza)⁹.

La provvisorieta trova la sua ragion d’essere nel fatto che “i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema (...) della giustizia (...) sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario”¹⁰. Di conseguenza le misure cautelari, se da un lato sono rilasciate a seguito di un processo a cognizione sommaria, dall’altro non sono idonee a dettare una disciplina definitiva del diritto controverso. Infatti, la legge precisa che “l’autorità di un provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo” (art.669-octies u.c., c.p.c.) escludendo che possa esistere un “giudicato cautelare”.

⁵ Corte cost., s. 23-07-2010, n.281, in www.cortecostituzionale.it

⁶ Per esempio il Tribunale di Milano (14-08-1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 354, n. CONTE) ha affermato che la tutela d’urgenza costituisce una componente essenziale del diritto di difesa qualora sia necessario neutralizzare gli effetti di un periculum in mora che assurga agli estremi della irreparabilità, salva la sua limitabilità, qualora ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento (come avviene nel caso di conflitti tra interessi di cui uno di rango costituzionale superiore, la cui comprimibilità non sia ammessa o lo sia solo in casi tassativi); oppure il Tribunale di Genova (T. Genova, 12-03-2003 in *Riv. critica dir. lav.*, 2003, 315.), ha rilevato che “la tutela in sede cautelare costituisce un momento essenziale del diritto di difesa perché ne assicura l’effettività. In non pochi casi in mancanza della misura cautelare il diritto di difesa verrebbe in pratica sacrificato, e l’art.24 C. si ridurrebbe a una vana enunciazione di principio”.

⁷ Per i casi più rilevanti, vd. le indicazioni bibliografiche/giurisprudenziali nelle note successive e inoltre si rinvia a LADDOMADA, *La tutela cautelare nel diritto processuale civile nonché Id., La tutela cautelare nell’Unione Europea: evoluzione giurisprudenziale e nuovo Reg. UE n. 1215/2012*, entrambe in www.diritto.it

⁸ PROTO PISANI, op. cit.,125.

⁹ Vd. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 9 e ss.

¹⁰ CALAMANDREI, op.cit., 20.

Con strumentalità si vuole indicare invece che i provvedimenti cautelari “non sono mai fini a se stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica”¹¹.

Tuttavia, i due requisiti tradizionali devono oggi essere considerati alla luce della legge n.80/2005 che ha mutato i co.6 e 7 dell’art.669-octies. Si è infatti previsto che il provvedimento d’urgenza (insieme ai provvedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto, oltre che gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito) emanato prima della causa di merito conservi efficacia anche se la causa non sia instaurata o successivamente alla sua instaurazione si estingua¹². Si dice allora che la strumentalità sia stata “allentata”, lasciando da parte la strumentalità strutturale (cioè il nesso indissolubile che legava la misura cautelare con il giudizio di merito, imponendo l’instaurazione entro un certo termine di quest’ultimo, pena l’inefficacia della prima), ma che sia stato salvato il profilo di strumentalità funzionale, cioè “il requisito che impone, viceversa, che il rimedio richiesto in via provvisoria sia ritagliato, in chiave anticipatoria, sulla funzione che la pronuncia di merito sarà chiamata a esprimere”¹³. Tutto ciò in un’ottica di deflazione giudiziaria e di ridimensionamento del ruolo del giudicato. Peraltro, ci si è chiesti se la nuova disciplina della c.d. strumentalità allentata abbia reso non più necessaria l’indicazione delle conclusioni di merito nel ricorso¹⁴.

La strumentalità, con particolare riferimento ai provvedimenti d’urgenza, si ricava leggendo l’art. 700 c.p.c., dove si identifica lo scopo dell’ordine cautelare atipico nell’esigenza di “assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza di merito”. La tecnica dell’assicurazione provvisoria degli effetti della decisione di merito trae il fondamento dal fatto che la finalità cautelare può sorgere sia per conservare o cristallizzare la situazione (a fronte di un pericolo da infruttuosità), oppure, per modificarla o innovarla (in caso di pericolo da tardività) attraverso un regolamento

¹¹ CALAMANDREI, op.cit., 21. Così, per esempio, si è ritenuto inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c (alla luce degli art. 2393, 2393 bis e 2409 c.c.) proposto dai soci di minoranza di una s.p.a al fine di ottenere la revoca, in via cautelare, dell’amministratore delegato, per difetto del presupposto della strumentalità della cautela richiesta, in quanto era stata prospettata la futura proposizione non di una domanda di revoca dell’amministratore, ma di un’azione di responsabilità e di risarcimento danni (T. Mantova, 10-07-2008 in Giur. merito, 2009, 716, n. GAETA). Sempre sulla strumentalità, è stato detto che non è ammissibile il ricorso ex art.700 c.p.c. quando la pretesa fatta valere non corrisponda ad una aspettativa giuridicamente tutelata o quando risulti che il provvedimento cautelare richiesto non abbia una concreta utilità pratica per il richiedente (T. Cagliari, 24-01-2008 in Riv. giur. sarda, 2008, 111, n. DORE).

¹² Cfr. T. Catania-Bronte, 09-07-2009 in Foro it., 2009, I, 2813. Si afferma in motivazione che “alla luce del novellato art. 669 octies, 6° comma, c.p.c., non va fissato termine per instaurare giudizio di merito tutte le volte che il provvedimento anticipatorio sia idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (come nella specie)”

¹³ PAGNI, *Provvedimenti d’urgenza* (voce) in Il diritto, enciclopedia giuridica del sole 24 ore, Bergamo, 2007, vol.12:PRO-REA, 480

¹⁴ Secondo T. Firenze, 17-08-2006 (in Foro toscano-Toscana giur., 2006, 340) la tutela cautelare atipica di cui all’art. 700 c.p.c. prevede che le conclusioni di merito siano ritenute comprensive anche dei rimedi atipici ottenibili dal giudice in via d’urgenza potendo il giudice adottare i provvedimenti che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito: infatti la modifica legislativa dell’art. 669 octies c.p.c. avendo reso meramente eventuale la fase di merito presuppone la formulazione delle conclusioni definitive già nella fase dell’urgenza. Similmente il T. Roma (02-12-2009, in Giur. comm., 2011, II, 659, n. D’ADAMO) ha ritenuto inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c. poichè il ricorrente si era limitato a richiedere il mero accertamento del diritto di esercitare il controllo sulla gestione ex art. 2476, 2° comma, c.c., senza enunciare neppure come eventuale la proposizione di azione di responsabilità. In senso diametralmente opposto invece T. Milano, 07-06-2006 (Giur. merito, 2006, 2691, n. DIAFERIO), il quale ha ritenuto che a seguito della modifica introdotta in materia, circa la facoltatività della instaurazione del giudizio di merito successivamente al procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., l’indicazione delle conclusioni di merito non possa più considerarsi condizione di ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c.

provvisorio del rapporto a contenuto più o meno anticipatorio della sentenza di merito: è quest'ultimo il settore in cui più frequentemente opera l'art. 700 c.p.c.

In realtà, in dottrina e in giurisprudenza si sono riscontrati orientamenti contrastanti in ordine a "quanto" e "come" anticipare¹⁵. Anche in presenza di queste oscillazioni, nessun dubbio sembra ormai sussistere sul fatto che il provvedimento ex art. 700 c.p.c. abbia ormai assunto non soltanto una funzione meramente conservativa ma anche anticipatoria degli effetti del provvedimento di merito, dovendo comunque garantire, attraverso l'adozione di provvedimenti non solo negativi, che assicurino la conservazione del diritto, ma anche di ordini aventi contenuto positivo, che il decorso del tempo necessario per ottenere la sentenza non crei danni irreparabili ai diritti che sono stati fatti valere, rendendo quindi inutile l'adozione del provvedimento conclusivo del giudizio¹⁶.

Infine, un altro punto che sembra ormai pacifico - e che discende dal requisito della strumentalità della tutela cautelare - è il principio per cui non si può ottenere dal provvedimento d'urgenza più di quanto si potrebbe ottenere con la sentenza che definisce il giudizio^{17 18}.

In realtà, i problemi non finiscono qui, perché a questo punto si pone la questione di "cosa" sia possibile anticipare: si tratta del tema dell'anticipazione degli effetti delle sentenze di mero

¹⁵ Così a fronte di chi propugna per una distinzione tra funzione di anticipazione e funzione di assicurazione provvisoria degli effetti, sottolineando la natura non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti d'urgenza (in tal senso vd. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art.700 c.p.c.*, 2ª ed., Padova, 1985, 65; ID, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti d'urgenza ex art.700 c.p.c.*, in Riv. Dir. proc. 1984, 585. L'Autore ritiene che, a fronte di una anticipazione puramente "quantitativa" del futuro provvedimento di merito, sia talvolta possibile una anticipazione "qualitativamente" diversa), vi è chi ritiene la funzione anticipatoria compatibile con l'anticipata soddisfazione della pretesa, ben potendo avere il provvedimento d'urgenza contenuto anche completamente anticipatorio (Vd. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza. Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 393, il quale afferma che "poiché le misure cautelari tipiche (...) riescono ad assicurare una tutela quasi completa contro il c.d. pericolo da infruttuosità (...) il settore in cui l'art.700 più frequentemente è chiamato ad operare - ad assolvere cioè la sua funzione di norma di chiusura - è quello della tutela c.d. anticipatoria").

Nondimeno la giurisprudenza, scontando le incertezze dottrinali, ha manifestato un orientamento ondivago, da cui tuttavia si possono desumere alcuni punti fermi. Emblematico in tal senso è stato il Tribunale di Milano (T.Milano 14-08-1995, in Giur. it., 1996, I, 2, 354, n. CONTE.) che ha ritenuto che il provvedimento d'urgenza possa avere un contenuto anticipatorio, anche totale, della sentenza e, sulla scia dell'insegnamento di Tommaseo, ha detto che "la risoluzione di un conflitto fra due interessi contrapposti può essere foriera di danni irreparabili; tali danni, peraltro, potrebbero conseguire anche al diniego della misura cautelare; nel conflitto fra contrapposti interessi di pari rango, la constatazione del carattere di definitività, che avrebbe il provvedimento di urgenza richiesto, non appare motivo sufficiente a giustificare il rigetto, dovendosi ritenere che il legislatore preferisca che sia evitato un pregiudizio irreparabile ad un diritto la cui esistenza appaia probabile, anche al prezzo di provocare un danno irreversibile ad un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile".

Peccato solo che la giurisprudenza successiva non si sia orientata sempre in tal senso. Recentemente infatti si è nuovamente negato che il provvedimento d'urgenza possa avere un contenuto completamente anticipatorio della decisione finale (Vd. T. Lucca, 23-04-2010 in Riv. esecuzione forzata, 2010, 675, secondo il quale l'art. 700 è funzionalizzato ad assicurare provvisoriamente gli effetti e non ad anticiparli in toto. Ma anche T. Firenze, 24-07-2006 in Foro toscano-Toscana giur., 2006, 339 che ritiene che la tutela cautelare atipica di cui all'art. 700 c.p.c. consenta l'anticipazione degli effetti della decisione e non l'anticipazione della decisione tout court.).

¹⁶ Così T. Catania, 05-01-2004 in Foro it., 2004, I, 262.

¹⁷ TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 113.

¹⁸ Secondo T. Roma, 05-11-2003 in Foro it., 2003, I, 3440, le misure adottabili ex art.700, in via anticipatoria o conservativa, debbono comunque essere funzionali alla tutela della situazione giuridica sostanziale durante il tempo occorrente per far valere questa in via ordinaria, non potendosi ottenere in via d'urgenza più di quanto può ottenersi in via ordinaria. Nello stesso senso sempre secondo T. Roma, 30-03-2006 in Foro it., 2007, I, 1975, poiché appare escluso che il giudice possa concedere in via cautelare utilità che la parte non potrebbe conseguire neanche con l'integrale accoglimento delle pretese di merito, è inammissibile la domanda con la quale un ente previdenziale (nella specie, l'Inpgi) chiede al giudice un provvedimento cautelare che imponga alle associazioni sindacali (nella specie, la Fieg e la Fnsi) un termine di quindici giorni perché le stesse assumano le determinazioni di loro competenza sulla proposta formulata dall'ente previdenziale di modifica al regolamento delle prestazioni previdenziali ed assistenziali (nella specie, dei giornalisti), decorso il quale la stessa proposta deve ritenersi implicitamente confermata.

accertamento e costitutive. In questa sede, una volta terminata l'analisi introduttiva in ordine alle condizioni e ai requisiti richiesti dalla tutela d'urgenza, esamineremo il problema della compatibilità tra art. 700 e tutela meramente dichiarativa.

1.3 Condizioni per la concessione della misura cautelare: la residualità

Nessun dubbio ormai sul fatto che con l'inciso "fuori dai casi regolati da questo capo" si miri ad escludere l'applicabilità dei provvedimenti d'urgenza quando, mediante il ricorso a tale istituto, si voglia tutelare un diritto contro un periculum in mora per neutralizzare il quale esiste già, con riferimento alla situazione giuridica cautelanda, una misura cautelare tipica¹⁹. Così si è detto che, sebbene l'art.700 abbia natura residuale, esso può essere emesso congiuntamente ad altra misura cautelare, allorché miri ad assicurare utilità diverse rispetto a quest'ultima²⁰.

Anche con riferimento all'ambito di applicabilità, la dottrina non ha più dubbi nel ritenere che la natura residuale dell'art.700 c.p.c. abbia portata generale, così da escludersi l'ammissibilità della tutela generale atipica in tutte le fattispecie già regolate da misure cautelari tipiche, previste dal codice di procedura, oppure extravaganti^{21 22}.

¹⁹ Così pressoché all'unanimità dottrina e giurisprudenza. Contra, isolatamente, vd. T.Trani, 19-07-2000, GM, 2001, I, 682, secondo il quale "non è tutelabile con provvedimento cautelare d'urgenza un diritto di credito, avendo a tali fini l'ordinamento predisposto idonei strumenti di tutela come il sequestro nelle sue varie forme".

²⁰ T.Roma 18-04-01, G.rom. 2002, 167. In ciò si esplica la c.d. "funzione integratrice" dell'art.700.

²¹ In tal senso T.Milano-Legnano 2-03-2002, GM 2002, 301; T.Firenze 9-05-2002, in G.it. 2003, 719.

²² Così si è in primo luogo escluso l'art. 700 quando il periculum è fronteggiabile coi sequestri, giudiziario o conservativo (Tanto per fare un esempio, con riferimento al sequestro conservativo, vd. T. Lucca, 23-04-2010 in Riv. esecuzione forzata, 2010, 675, n. DELLE DONNE).

Più discussa nella pratica è invece l'ammissibilità di un'anticipazione con provvedimento d'urgenza dei provvedimenti presidenziali ex art.708 c.p.c. (Secondo T. Padova, 20-07-2009 in Nuova giur. civ., 2010, I, 169, n. RONCHESE, è ammissibile la richiesta di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. dopo il deposito del ricorso per separazione personale tra coniugi e prima della pronuncia dell'ordinanza presidenziale ai sensi dell'art. 708 c.p.c. avente ad oggetto e per effetto l'assegnazione della casa coniugale, in virtù del principio della sussidiarietà in concreto cui si ispira la cautela atipica d'urgenza; contra vd. T.Napoli 29-12-200, in G.it 2001, 931).

Uscendo dal codice di procedura civile, in materia associativa, si tende a ritenere inammissibile la richiesta di un provvedimento d'urgenza ai fini della sospensione della deliberazione assembleare di una associazione, essendo prevista la tutela cautelare ex art. 23 c.c. (T. Lecce-Tricase, 08-01-2008 in Giur. it., 2009, 85, n. LUBELLI).

Anche in materia societaria si è posto il problema della residualità. Si è negato infatti il provvedimento d'urgenza sia per sospendere l'efficacia della delibera assembleare, essendo previsti gli artt. 2378 per le s.p.a. e 2479-bis per le s.r.l. (T. S.M. Capua Vetere 16-03-2004 in G.mer.2004, 2490; T.Cassino 1-12-2000, Le Società, 607; T.Roma 12-03-2001, FI 2001, I, 1371), sia per lamentare gravi irregolarità nella condotta amministrativa e contabile dell'amministratore di società di capitali, essendo prevista la misura cautelare degli artt. 2409 e 2476 c.c. (T.Roma 12-03-2001, FI 2001, I, 1371; T. Ravenna, 25-11-2005 in Giur. comm., 2007, II, 874, n. BENATTI); stante il carattere residuale dell'art. 700, si è anche ritenuto inammissibile il ricorso col quale si è chiesto in via d'urgenza il provvedimento di sospensione della delibera assembleare di s.a.s. circa l'esclusione della qualità di socio, in presenza del rimedio tipico previsto dall'opposizione ex artt. 2286 e 2287.

Il problema della residualità si è posto in concreto anche con riferimento a tutele speciali non cautelari e dottrina e giurisprudenza sono orientate nel senso dell'inammissibilità. Così si tende a negare il provvedimento d'urgenza quando sia possibile chiedere un decreto ingiuntivo, essendo peraltro possibile utilizzare l'art. 642 c.p.c. (in tal senso il Tribunale di Trani ha affermato che "il provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. non può essere pronunciato qualora il diritto di cui si teme il pregiudizio sia tutelabile in via ordinaria attraverso un processo la cui rapidità di svolgimento è affine a quella del procedimento cautelare" (T. Trani, 14-08-2002 in Giur. it., 2003, 1837; ma si vd. T.Modena 14-07-2004 secondo il quale non sussisterebbe relazione di residualità tra cautela ex art.700 e i procedimenti di convalida di sfratto).

Infine si è discusso sul rapporto tra il provvedimento d'urgenza e atti esecutivi. In particolare si è posto il problema della sospensione con provvedimento d'urgenza dell'esecuzione dopo la notifica del precetto e prima del pignoramento (In senso favorevole vd. Cass. 23-02-200 n.2051, REF 2000, 649 e ss. e Cass. 8-02-2000 n.1372.; T.Milano 12-09-

A ben vedere, la natura residuale della norma non è riuscita ad attribuirle un ruolo marginale. Al contrario si dice che oggi la tutela cautelare d'urgenza svolga una "funzione integratrice delle forme di tutela cautelare, volta a consentire il soddisfacimento del bisogno di protezione cautelare, quando la disciplina delle misure nominate presenti lacune tali da lasciare insoddisfatto il bisogno di tutela cautelare o, ancora, risulti in certe situazioni di scarsa efficacia"²³.

1.4 *Il "diritto" da far valere in "via ordinaria". Il "fumus boni iuris" e il pregiudizio "imminente e irreparabile".*

I) Dalla lettera dell'art.700 si capisce che l'ambito oggettivo di applicazione della norma comprende quelle situazioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi.

Ciò significa che sono certamente esclusi dalla tutela cautelare atipica sia i c.d. interessi semplici (di mero fatto), sia gli interessi legittimi.

Così, in giurisprudenza si è detto che "il provvedimento d'urgenza non è invocabile per cautelare un semplice interesse o un diritto c.d. naturale non suscettibile di tutela giurisdizionale" e si è respinto il ricorso ex art.700 da chi lamentava che dalla trasmissione televisiva di un gran premio di Formula Uno derivasse visibile propaganda pubblicitaria di marchi relativi a prodotti di fumo²⁴.

Un problema limitrofo è stato quello dell'ammissibilità della tutela d'urgenza quando il giudice amministrativo fosse chiamato a conoscere di diritti soggettivi. La riposta fu data dalla più volte richiamata sentenza della Corte Costituzionale del 1985 prima e dalla l.205/2000 poi: in sostanza si è esteso al processo amministrativo la disposizione dell'art. 700. In realtà, da ultimo, la disciplina è confluita nel Codice del processo amministrativo (d.lgs.n.104/2010) che ha esteso la tutela cautelare anticipatoria davanti ai giudici amministrativi con l'adozione di una formula generale simile all'art.700, con riferimento sia ai diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva, sia agli interessi legittimi.

II) Un altro limite individuato dalla norma è dato dall'espressione "in via ordinaria". Dottrina e giurisprudenza ritengono che con tale espressione debba intendersi "processo a cognizione piena ed esauriente, non rilevando in modo alcuno se queste forme siano quelle del c.d. rito ordinario (...) o quelle del c.d. rito speciale del lavoro"²⁵.

Ciò non tanto perché solo nel processo "in via ordinaria" il diritto rischia di subire un pregiudizio grave e irreparabile, quanto perché, negli altri processi "non ordinari" il legislatore, nella sua discrezionalità, ha previsto meccanismi idonei a garantire l'effettività della tutela²⁶.

2003, in GI 2003, 2275 e T.Parma, in FI 2002, I, 2518.). La questione pare superata dalla legge n.80/2005 che ha modificato l'art. 615 co.1 c.p.c.: oggi il giudice dell'esecuzione può sospendere l'efficacia esecutiva del titolo, anche nell'ambito di opposizione al precetto.

²³ TOMMASEO, , EdD, XXXVII, Milano 1988, 856.

²⁴ T.Roma 3-09-1997 e T.Roma 7-08-1997, entrambe in FI, 1998, I, 248 e ss.

²⁵ Così PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 369.

²⁶ Per esempio il legislatore ha previsto una serie di "provvedimenti sommari necessari" cioè processi sommari tesi a garantire l'effettività della tutela, con una previa, necessaria, fase sommaria ed urgente: in questi casi di regola si esclude l'accesso alla tutela cautelare atipica, poiché è la stessa legge a prevedere la possibilità di ottenere (a seguito della fase necessaria) la tutela urgente. Si pensi a tal proposito al giudizio possessorio, di separazione personale dei coniugi o di repressione della condotta antisindacale (sulla separazione tra coniugi, vd. T.Ferrara 14-02-1987, in Foro pad.1989, I, 79; nonché T.Palmi 7-05-2001, in Dir.fam. 2003, 408 e T.Andria 7-11-2008, in Fam.e dir. 2009, 3, 267.

A ben vedere, in questi casi, il discorso sulla “via ordinaria” si mischia con quello della “residualità”, di cui si è già parlato. Perciò il giudice, anche in quei casi limite in cui è discusso se si sia in presenza di una “via ordinaria”, dovrà comunque tenere conto della presenza di altre misure cautelari tipicamente previste per fronteggiare il *periculum in mora* in questione: è il caso del processo di esecuzione forzata, che oggi si risolve con una serie di misure sospensive (cioè misure cautelari tipiche) idonee ad inibire tanto il precetto quanto il pignoramento, che dunque escludono il ricorso all’art.700.

III) Come per ogni altra misura cautelare, il *fumus boni iuris* è il primo requisito richiesto per la pronuncia dei provvedimenti d’urgenza. In sintesi, si può dire che si risolve in un giudizio di probabilità e verosimiglianza che il giudice è chiamato a compiere circa l’esistenza del diritto. Si capisce dunque che è in questo requisito che si realizza la sommarietà, dettata dall’esigenza di “far presto”, cui rispondono le misure cautelari.

Per questo, in giurisprudenza si dice che il provvedimento emesso ante causam è del tutto inidoneo ad assumere valenza di giudicato tra le parti, del tutto irrilevante risultando la circostanza che il giudice, prima di emettere il provvedimento stesso, abbia svolto approfondite indagini funzionali all’accertamento dell’esistenza del diritto, dichiarandolo sussistente (o meno), poiché in tal caso la relativa declaratoria è pur sempre espressa in sede di cognizione sommaria e nell’ambito di quell’indagine sul *fumus boni iuris* propedeutica alla concessione dell’invocata misura cautelare²⁷.

Peraltro, si noti che ai fini della concedibilità di un provvedimento cautelare i presupposti del *fumus* e del *periculum* devono necessariamente coesistere, quindi l’inesistenza dell’uno esime dall’esame dell’altro²⁸.

IV) Trattandosi di tutela “atipica” merita ancora una volta sottolineare che il *periculum in mora* non è tipizzato dal legislatore; tuttavia è delimitato dai requisiti dell’imminenza e irreparabilità.

Quanto all’imminenza, c’è da dire che il presupposto “incide in modo determinante sull’individuazione del momento d’intervento del giudice della cautela (...) che può essere quello che precede il verificarsi dell’evento dannoso, o che è contestuale al prodursi del danno ovvero che, sia pure entro limiti precisi, può essere anche successivo al verificarsi dell’evento pregiudizievole”²⁹.

Così, in giurisprudenza da un lato si è detto che va escluso il *periculum in mora* allorché tra il verificarsi dell’evento prospettato come dannoso e la proposizione della domanda cautelare sia

Inoltre P.Potenza 11-12-1996, in *Notiz.giur.lav.* 1996, 831, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal sindacato ex art.700 per essere ammesso a partecipare a trattative sindacali, poiché l’ordinamento offre al sindacato un procedimento straordinario, quale quello previsto dall’art.28 *St.lav.*, che ha, tra le sue caratteristiche, quello della rapidità).

In altre ipotesi, il legislatore ha previsto ipotesi di tutela sommaria non cautelare, non giustificate da ragioni di urgenza, ma per economia di giudizi. Si pensi ai procedimenti monitori o per convalida di sfratto. Tuttavia in questi casi la legge mette a disposizione, come già accennato, strumenti idonei a fronteggiare il *periculum in mora* (si pensi all’art. 642 c.p.c. per il decreto ingiuntivo). Per questi motivi, oltre al fatto che non si tratterebbe di processi “in via ordinaria” in questi casi si tende ad escludere la tutela cautelare atipica (Per esempio vd. P. Roma, 14-12-1989 in *Giur. merito*, 1991, 261, secondo cui Il provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c. non è ammesso quando il creditore di una p. a. può soddisfare il suo credito avvalendosi del procedimento monitorio mediante un decreto ingiuntivo).

²⁷ Cass. civ., sez. I, 15-10-2004, n. 20327, in *Mass.*, 2004

²⁸ T.Avezzano, 19-04-2005, *Merito* 2005, 9, 25.

²⁹ Così ARIETA, *Trattato*, cit.

decorso un apprezzabile periodo di tempo³⁰; dall'altro che il giudice può emettere i suoi provvedimenti anche prima dell'evento dannoso ma, in tal caso, per valutare l'imminenza, più che un criterio cronologico dovrà considerare un criterio probabilistico, consistente nella possibilità di ravvisare elementi di fatto diretti già alla produzione del pregiudizio, che deve essere iniziato o almeno direttamente od univocamente preparato³¹.

Ma è il concetto di irreparabilità ad essere da sempre, per via della sua generalità, croce e delizia degli interpreti.

La vicenda interpretativa di tale concetto cominciò dalla tesi, decisamente restrittiva, di quell'autorevole studioso che sosteneva che solo i diritti assoluti (cioè le situazioni finali) sarebbero suscettibili di subire un pregiudizio irreparabile, poiché unici in grado di essere oggetto di un potere immediato da parte del soggetto attivo, preesistente al processo³². Restavano fuori, di conseguenza, i diritti di obbligazione e i diritti potestativi.

Così, ad anni di distanza dall'enunciazione di tale teoria, in giurisprudenza si è talvolta ritenuto sussistere il pregiudizio irreparabile previsto dall'art.700 solo quando fossero in discussione posizioni soggettive di carattere assoluto³³.

Altra teoria illustre, ma pur sempre restrittiva, affermava che il requisito della irreparabilità sussisterebbe "ogni qualvolta nelle inevitabili more del giudizio di merito l'attore non possa servirsi di alcun rimedio sufficientemente efficace contro la situazione di inferiorità che gli deriva dal danno minacciato", per giungere alla conclusione che "sono cautelabili in via cautelare in virtù dell'art.700 solo diritti che abbiano come oggetto o tendano a conseguire un bene infungibile"³⁴.

A ben vedere, entrambe le tesiolgevano lo sguardo esclusivamente alla natura del diritto fatto valere in giudizio, trascurando di considerare gli effetti della lesione: ciò comportava inevitabilmente una restrizione dell'ambito di operatività della tutela d'urgenza.

Diversamente, una prima apertura fu data dalla lungimirante concezione di Andrioli, il quale affermava che il requisito dell'irreparabilità va individuato nello "scarto" che si determina tra gli effetti della decisione di merito e la soddisfazione integrale, sia pure per equivalente, e tale scarto, con riferimento al singolo diritto, sia tale da oltrepassare il limite della "normale tollerabilità"³⁵.

Questa tesi, poiché svincolata dal tipo di diritto dedotto in giudizio, permetteva di ampliare il raggio di azione della tutela atipica. Infatti, sulla base delle considerazioni di Andrioli, la giurisprudenza cominciò (senza mai fermarsi) ad applicare l'art.700 in nuovi settori, come, per esempio, nella concorrenza sleale, nei contratti di appalto o delle società. Lo stesso Autore già ammetteva il ricorso alla tutela d'urgenza per la tutela del diritto alla retribuzione.

A partire da questa nuova impostazione del problema si è infine magistralmente suggerito di guardare non tanto alla natura del diritto, quanto alla funzione che è chiamato a svolgere, sottolineando la necessità di recuperare l'importanza della persona titolare del diritto: "finché, restando ancorati alla lettera dell'art.700, l'irreparabilità del pregiudizio è considerata con esclusivo riferimento al diritto e non, anche e prima, alla persona titolare del diritto, per il tramite della

³⁰ T.Matera 9-04-2009, in www.ilcaso.it

³¹ Vd. P.Milano 10-08-1996, in Or.g.lav. 96, I, 760.

³² SATTA, Commentario al codice di procedura civile, IV, 2, Padova 1968, 270; ID., Limiti di applicazione dei provvedimenti d'urgenza, in Foro it., 1953, I, 132

³³ P.Firenze 10-12-1998, in F.tosc. 99, 150.

³⁴ MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 79.

³⁵ ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile, IV, Napoli, 1964, 250 e ss.

funzione che il diritto istituzionalmente o in concreto nel caso singolo è destinato ad assolvere, tutti i criteri elaborati ed elaborabili saranno incapaci di porsi a quel livello di effettività in cui la misura cautelare dei provvedimenti d'urgenza per definizione si pone"³⁶.

Nessun dubbio allora sul fatto che la tutela cautelare innominata possa essere invocata per i diritti a contenuto e a funzione patrimoniale, quelli cioè che a suo tempo venivano chiamate situazioni finali: si tratta dei classici diritti della personalità, delle libertà costituzionalmente protette e di quelle situazioni riconducibili al diritto alla salute.

Si è altresì rilevato che l'art. 700 può essere usato in presenza di diritti a contenuto patrimoniale ma a funzione non patrimoniale. In questi casi, la situazione soggettiva fatta valere, ancorché a contenuto patrimoniale, assolve al soddisfacimento di esigenze non patrimoniali. L'ipotesi paradigmatica è quella del diritto alla retribuzione, funzionalmente collegato al diritto di condurre un'esistenza libera e dignitosa³⁷. Ma si pensi anche alla tutela del creditore quando la sua posizione sia collegata a diritti non patrimoniali: si passa dalla tutela dell'immagine professionale³⁸, alla tutela dell'attività imprenditoriale³⁹, fino alla tutela del credito nei contratti di somministrazione, posto che la mancata erogazione del servizio potrebbe arrecare un danno irreparabile ad un diritto connotato da profili personalistici⁴⁰.

Più problematica sembra invece l'ammissibilità del rimedio ex art.700 con riferimento al diritto di credito in quanto tale⁴¹. In questi casi infatti appare difficile rinvenire un pregiudizio che assurga agli estremi dell'irreparabilità. Tornando di nuovo all'ipotesi del diritto del lavoratore alla retribuzione, c'è una parte della giurisprudenza che, anche di recente, ha ribadito che per un diritto di credito è ammissibile la tutela in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c., ove a questo siano indissolubilmente ed immediatamente correlate situazioni giuridiche soggettive non patrimoniali quali il diritto all'integrità fisica o alla salute, che potrebbero essere pregiudicate definitivamente dal ritardo nella soddisfazione del diritto di credito⁴².

³⁶ PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 380.

³⁷ In tal senso, di recente: Tribunale Palmi sez. lav. 19 aprile 2005, in Corti calabresi (Le) 2005, 2, 635; Tribunale Caltanissetta sez. lav. 23 settembre 2002 Redazione Giuffrè 2006; T. Arezzo, 21-10-2008, in Lavoro giur., 2009, 398, n. PIOVESANA

³⁸ Per esempio T. Monza-Desio, 13-03-2006, in Giur. merito, 2007, 350, che ha accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto da un avvocato perché fosse ordinato alle poste di consegnare alcune raccomandate relative alla notifica di atti giudiziari, non consegnate al destinatario per irregolarità nelle operazioni di consegna, tenuto conto, quanto al profilo del periculum in mora, del pregiudizio che sarebbe derivato all'immagine professionale del ricorrente in caso di decorso, a sua insaputa, delle scadenze processuali, che lo esporrebbe oltretutto ad azioni di responsabilità professionale, di difficile ed imprevedibile quantificazione.

³⁹ T. Roma 25-03-2000, in GI, 2001, c.298, che ha deciso che nei rapporti tra imprenditori deve ritenersi irreparabile il pregiudizio che destabilizza il danneggiato a livello economico o di salute.

⁴⁰ Emblematico in tal senso T. Firenze, 04-03-2005, in Giur. merito, 2005, 2323, n. NARDELLI che riprendendo l'insegnamento di Andrioli ha affermato che "va accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dall'utente telefonico al fine di ottenere la prosecuzione dell'erogazione del servizio di telefonia fissa, qualora sussistano il fumus boni iuris ed il periculum in mora, quest'ultimo da valutarsi sia in relazione all'aspetto patrimoniale, atteso lo scarto tra il danno e la tutela successivamente ottenibile in via risarcitoria (anche per l'impossibilità di un'esatta quantificazione del danno), sia in relazione alla negativa incidenza della sospensione del servizio nel normale svolgimento della vita di relazione".

Ma vd. anche T. Milano, 20-05-2006, in Arch. locazioni, 2006, 540, che ha ordinato l'immediata attivazione della fornitura di energia elettrica e di gas alla luce dell' "assoluta preminenza dell'esigenza primaria di salvaguardare le condizioni minimali di una sopravvivenza decorosa e dignitosa".

⁴¹ In argomento si v. R.CONTE, *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito*, in Riv.dir.proc., 1998, 237.

⁴² Così Tribunale Palmi 23 luglio 2002, in Notiziario giur. lav. 2003, 129; nello stesso senso Tribunale Roma 17-03-2003, in Lavoro nella giur. (Il) 2003, 1177.

Tuttavia, sulla scia, ancora una volta, delle riflessioni svolte da Andrioli, non sono mancati autori e decisioni che si sono spinti ad estendere al massimo l'area di applicazione della tutela d'urgenza, ammettendola anche a cautela di quella categoria di diritti che è stata definita a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale, sulla base dello scarto tra danno subito e danno risarcito. Nel senso che, impegnandosi in un'interpretazione evolutiva della norma, si è ravvisato l'irreparabilità nello scarto intollerabile tra gli effetti della decisione di merito e la soddisfazione integrale, intendendo con scarto sia la difficoltà nelle determinazione dell'equivalente, sia la presenza di ostacoli che impediscano il conseguimento in concreto del diritto⁴³.

Così è noto che, a partire dagli anni Ottanta, si è aperta la strada della tutela cautelare atipica del credito in quanto tale, nei settori dei performance bonds, cioè delle garanzie bancarie a prima richiesta, essendo in questi casi il periculum rappresentato dalla difficoltà (considerando anche un'eventuale azione all'estero) di ripetere una somma che si assume essere stata pagata indebitamente⁴⁴. Analogamente in materia di concorrenza sleale, che è uno dei settori in cui l'art.700 trova più sicura e frequente applicazione, l'irreparabilità è spesso individuata nell'impossibilità o estrema impossibilità di quantificare il danno da risarcire, essendo complicato individuare quella "fetta di mercato" che è andata perduta⁴⁵. Già da queste prime battute, è facile capire perché è stato detto che il concetto di irreparabilità rappresenta "il nodo teorico e pratico principale" della tutela cautelare atipica⁴⁶.

Ma resta ancora qualche considerazione da fare, a conferma del fatto che il dibattito non può considerarsi concluso. Qualcuno ha infatti notato che la concessione di un provvedimento d'urgenza potrebbe produrre, in capo all'intimato, effetti irreversibili, tanto da parlare addirittura di "pericolosità" dell'art.700⁴⁷. Di regola la risposta viene data citando quell'autorevole studioso che ha affermato che il legislatore ha preferito che "sia evitato un pregiudizio irreparabile ad un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile: in altri termini, il diritto probabile prevale sul diritto improbabile"⁴⁸. Parte della dottrina ha però avuto cura di precisare che, per dare rilievo anche agli interessi di parte convenuta (specialmente nella malaugurata ipotesi in cui l'azione di merito risultasse poi infondata), il giudice dovrebbe svolgere un'analisi accurata, anche se allo stato degli atti, del fumus boni iuris⁴⁹.

⁴³ T.Napoli 26-04-2000, in G.nap. 2000, 324. che ha puntualizzato il fatto che l'irreparabilità non va rigorosamente intesa nel senso di irreversibilità della lesione, essendo sufficiente l'estrema difficoltà del ripristino dello status quo ante

⁴⁴ Tra le pronunce più recenti si ricordano: T. Venezia, 20-12-2001 in Dir. maritt., 2003, 563; T. Verona, 20-05-2001, in GI, 2002, 118; T. Genova, 24-09-2001, in Giur. it., 2002, 744, n. POGGIO; T. Catania, 03-07-2002, in Banca, borsa ecc., 2003, II, 246, n. FRIGENI

⁴⁵ Così, per esempio, il Tribunale di Venezia (T. Venezia, 16-11-2004, in Foro it., 2005, I, 1620, n. CASABURI) ha accolto la richiesta di provvedimento d'urgenza avanzata dal consorzio per la tutela dei vetri artistici di Murano e da alcuni produttori, per conseguire l'inibitoria alla vendita di calici di vetro colorato, contrassegnati con un bollino riportante la dicitura «made in Italy-Murano-Venezia», costituente una falsa indicazione geografica perché il luogo di produzione di tali calici era in realtà Napoli, in quanto tale dicitura fu reputata idonea a confondere il pubblico dei consumatori, essenzialmente turisti, e a determinare quindi uno sviamento della clientela interessata all'acquisto dei vetri muranesi.

⁴⁶ Così PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 377

⁴⁷ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene ed., 2012, 637

⁴⁸ TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 155

⁴⁹ Così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol.I, Le tutele, 6ª ed., Padova, 2008; ma vd. anche PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 638

Infine è stato notato “il ruolo centrale che il provvedimento d’urgenza può svolgere e svolge nella tutela delle obbligazioni, nella misura in cui ne garantisce l’adempimento”⁵⁰; in particolare si è rilevato come, un utilizzo del genere dell’art.700 sia la spia di un principio che nel nostro ordinamento sembra farsi strada e cioè “il principio per cui la tutela specifica dell’adempimento del contratto deve essere preferita a quella per equivalente, consistente nel risarcimento del danno da inadempimento”⁵¹. In tal senso si è allora rilevato che l’irreparabilità dovrebbe essere valutata in relazione al diritto all’adempimento, che oltre ad essere considerato prioritario dall’ordinamento rispetto al risarcimento, è anche diritto di “natura e sostanza diversa” da quest’ultimo. In altre parole insomma, non basterebbe prospettare la risarcibilità del danno da inadempimento per escludere l’irreparabilità del pregiudizio.

In conclusione è facile notare come l’art.700 abbia una doppia faccia. Da un lato si caratterizza, come abbiamo già detto e ripetuto, per la sua imprescindibilità, ai fini di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale; dall’altro per la sua pericolosità, insita in un’esagerata relativizzazione del diritto, nel senso di ritenere sempre esistente l’irreparabilità del pregiudizio.

2 Art. 700 c.p.c. e tutela di mero accertamento

I) Da sempre ci si chiede se sia ammissibile un provvedimento d’urgenza ex art. 700 c.p.c. in funzione di assicurazione provvisoria degli effetti di una sentenza di mero accertamento, cioè se vi sia spazio per la tutela cautelare atipica di mero accertamento⁵². Il problema è dato dal fatto che la funzione della tutela di mero accertamento è quella di fornire certezza giuridica sull’esistenza o il modo d’essere di un diritto controverso con un provvedimento basato sulla piena cognizione del giudice, capace di passare in giudicato formale e sostanziale. Al contrario, i provvedimenti resi ex art. 700 si fondano sulla probabilità del diritto invocato, sulla cognizione sommaria dei fatti allegati, sono pronunciati in funzione del provvedimento principale ed in presenza del periculum in mora; inoltre sono instabili e quindi incapaci di divenire cosa giudicata. Assegnando dunque al provvedimento ex art. 700 c.p.c. il contenuto dichiarativo proprio della pronuncia di accertamento si tratterebbe di anticipare un effetto conseguibile solo a seguito dell’intervenuto giudicato di merito. Eppure queste considerazioni non sono riuscite a fermare dottrina e giurisprudenza che, seppur con una notevole contrapposizione di orientamenti, tendono spesso ad ammettere la tutela cautelare atipica di mero accertamento.

II) Prima però è necessario un passo indietro.

⁵⁰ PAGNI, *Provvedimenti d’urgenza* (voce) in *Il diritto, enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, Bergamo, 2007, vol.12:PRO-REA, 490

⁵¹ PAGNI, op.ult.cit., 489; a tal proposito si vd. anche PAGNI, *Tutela specifica e per equivalente*, Milano, 2004

⁵² Sul problema in generale si vd. ARIETA, op. cit., 141 e ss; DITTRICH, *I provvedimenti d’urgenza*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di TARZIA, 4a. ed., Padova, 2011, 281 e ss; MONTESANO, op. cit., 67 e ss; PROTO PISANI, *I provvedimenti d’urgenza*, cit, 393-394; TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., 254 e ss.; VULLO, *I provvedimenti d’urgenza ex art.700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *I procedimenti cautelari*, a cura di CHIARLONI E CONSOLO, Torino, 2005, 1324 e ss.; nonché CARIGLIA, *Quale spazio per la tutela cautelare atipica di mero accertamento?* in *Soc.*, 11/2012, 1229 ss.; FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, in *Riv. dir. Proc.* 1988, 855 e ss.; PETRILLO, *Riconosciuta infine a chiare lettere la inconciliabilità tra tutela ex art.700 c.p.c. ed efficacia di accertamento*, in *Corr. Giur.* 2005, (nota a T. Padova 16-09-2004, ivi, 409).

Abbiamo già avuto modo di sottolineare la centralità che assume il concetto di strumentalità nel contesto della tutela cautelare: è sempre necessario un nesso tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale ordinaria. Questo perché la prima è preordinata a difendere la situazione giuridica sostanziale che verrà eventualmente dedotta nel giudizio ordinario a cognizione piena, con la conseguenza che non si potrà ottenere dalla tutela cautelare più di quanto si potrebbe ottenere da quella di merito. Allora, il problema più generale di cui l'interprete si doveva far carico⁵³ era quello dell'ammissibilità in generale dell'azione di mero accertamento come forma atipica di tutela e ciò, peraltro, era collegato all'interrogativo ancora più ampio dell'atipicità della tutela giurisdizionale. Anche se oggi tali questioni sembrano definitivamente superate.

E' stato infatti notato⁵⁴ che il nostro ordinamento non contiene alcuna disposizione dalla quale possa dedursi, quantomeno in modo esplicito, l'ammissibilità in via generale della tutela di mero accertamento e "nulla è desumibile dal tenore letterale degli artt. 24 co.1 Cost., relativo al diritto d'azione, 2907 c.c. relativo all'attività giurisdizionale, né dall'art.99 c.p.c. relativo al principio della domanda" poiché "queste norme hanno carattere generale e, riferendosi alla tutela giurisdizionale dei diritti in genere nulla dicono circa il contenuto del provvedimento con cui si conclude un processo di cognizione, e in particolar modo se questo provvedimento si possa limitare ad una sentenza di mero accertamento"⁵⁵.

Tuttavia, accade spesso che il legislatore sostanziale, oltre al diritto, preveda una specifica forma di tutela, anche con ipotesi tipiche di azioni di mero accertamento (si pensi in particolare agli artt. 949 e 1079 c.c. che riguardano, rispettivamente, l'azione negatoria e la confessoria servitutis). Ma ciò non significa che questa tutela debba essere per forza tipica, anche perché l'art. 24 Cost., che afferma certamente il principio di atipicità (non, almeno esplicitamente, della tutela, bensì) dell'azione, sembra allargare il concetto, affermando che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti".

A guardare bene nel codice civile e di rito esistono invece delle norme che consentono il riconoscimento dell'azione di mero accertamento. Si tratta in particolare dell'art. 2653 n.1 c.c. e dell'art. 34 c.p.c. . La prima norma, che riguarda la trascrizione di domande giudiziali, dispone che devono essere trascritte "le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili" ma anche "le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi": di conseguenza "sembra sia dato dedurre (...) la ammissibilità delle azioni di mero accertamento di tutti i diritti reali di godimento, siano esse relative a beni immobili, mobili registrati [grazie all'estensione operata dall'art.2691 c.c.], universalità di beni mobili o beni mobili puri e semplici"⁵⁶.

Ancor più rilevante è l'art.34 c.p.c.: quando viene detto che "il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale (...)" si riconosce, in pratica, la proponibilità in via generale di domande di mero accertamento, essendo richiesto dalla norma "che il diritto sia in rapporto di pregiudizialità col

⁵³ Per esempio si vd. FRISINA, op. cit., 892, che affronta il problema.

⁵⁴ Cfr. PROTO PISANI, Appunti sulla tutela di mero accertamento, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1979, 620; ID., Lezioni, cit., 133 e ss.; CONSOLO, Spiegazioni, cit., 171 ss..

⁵⁵ PROTO PISANI, Lezioni, cit., 134.

⁵⁶ ID., op. ult. cit., 136.

rapporto dedotto in giudizio, prescindendo invece totalmente dal contenuto e dalla struttura del diritto”⁵⁷.

Se a queste considerazioni aggiungiamo il chiovendiano principio di effettività della tutela, secondo il quale al titolare di un diritto l’ordinamento processuale deve dare “tutto quello e proprio quello” che gli darebbe il diritto sostanziale in assenza della violazione o della contestazione, è chiaro che la soluzione non può che essere quella che opta per il carattere atipico della tutela⁵⁸.

La conclusione di questa ampia ma doverosa parentesi è dunque che l’orientamento ammette ormai il carattere atipico della tutela giurisdizionale⁵⁹ ed in particolare della tutela di mero accertamento, che resta comunque un giudizio di natura contenziosa, dove la crisi di cooperazione, oltre che in una violazione in senso stretto, spesso è data dalla mera contestazione o vanto del diritto altrui. Allora “il bisogno di tutela giurisdizionale è tutto e solo un bisogno di certezza legale”, perciò “l’attività svolta in ipotesi di mero accertamento si qualifica come contenziosa in quanto diretta a reprimere, tramite lo strumento della certezza giurisdizionale, l’incertezza creata dal vanto o dalla contestazione altrui”⁶⁰.

Questa conclusione lascia però aperto il nervo scoperto dell’ammissibilità della tutela cautelare atipica di mero accertamento, risolvendo tuttavia la prima questione che ci eravamo posti in ordine alla strumentalità. Infatti, dato che la misura cautelare deve essere strumentale al provvedimento definitivo, sarà ammessa nei limiti in cui è ammesso quest’ultimo e cioè non nelle sole ipotesi tipicamente previste, ma in via atipica e con i confini entro i quali è ammessa l’azione ordinaria: perciò dovrà esserci interesse ad agire (ex art.100 c.p.c.) e oggetto del giudizio potranno essere solo diritti.

Ma questo è solo uno dei problemi che oggi può dirsi risolto, mentre gli altri restano in piedi, rendendosi comunque necessaria una riflessione sull’ammissibilità della tutela cautelare atipica di mero accertamento.

III) Sulla questione vi è stato un ampio dibattito tanto in dottrina che in giurisprudenza. Infatti nel corso del tempo, l’orientamento è mutato significativamente, passando da “una posizione di aprioristica chiusura dettata da considerazioni di assoluta incompatibilità, funzionale e strutturale”

⁵⁷ ID., op. loc. ult. cit.

⁵⁸ Con la precisazione, però, che sono necessari dei limiti, per evitare alcuni rischi in cui si incorrerebbe se si ammettesse una tutela atipica di mero accertamento tout court.

In primo luogo il processo deve comunque rimanere funzionale alla tutela dei diritti e non diventare un modo per ottenere pareri preventivi o per risolvere questioni accademiche; perciò sarà necessario un bisogno di tutela che potrà emergere dalla violazione ma anche dalla contestazione. In questo caso il filtro è costituito dall’art.100 c.p.c. che richiede la sussistenza dell’interesse ad agire; il quale, sempre secondo l’insegnamento di Chiovenda, consiste in una situazione di fatto tale che l’attore, senza l’accertamento giudiziale, soffrirebbe un danno (si vd. a tal proposito CONSOLO, op. loc. ult. cit., secondo il quale l’interesse ad agire più che un limite è il fondamento dell’atipicità della tutela giurisdizionale. L’Autore infatti afferma che “ogni sorta d’azione, e quindi anche atipica, cioè non prevista dal codice, è ammissibile, purché si dimostri la sussistenza dell’interesse ad agire in accertamento”).

Inoltre, in osservanza del diritto di difesa sancito solennemente dall’art.24 co.2 C., oggetto della tutela di accertamento potranno essere solo diritti e non meri fatti o norme giuridiche: questo perché, da un lato, il fatto storico può essere fonte indefinita di fattispecie e, viceversa la norma, generale ed astratta, può trovare applicazione per una serie indefinita di fattispecie concrete, cosicché, se il bene concretamente richiesto fosse l’accertamento su un fatto o su una norma, il convenuto non avrebbe la possibilità in concreto di difendersi.

⁵⁹ Per un riscontro in giurisprudenza si vd., per esempio, Cass. 26-05-1993, n.5889, in Foro it. 1994, 510, con nota di PAGNI, Licenziamento, poteri privati ed interesse ad agire in mero accertamento.

⁶⁰ PROTO PISANI, op. ult. cit., 143.

fino "al superamento di qualsiasi preclusione di principio"⁶¹, tanto che oggi non è data una soluzione univoca alla questione.

Certo è che il dibattito è ancora accesissimo e tutt'altro che teorico solo che si noti che "le numerose pronunce emesse a tale riguardo, in specie negli ultimi anni (...) sono sintomo dell'esigenza, evidentemente sempre più avvertita nella pratica, di trovare strumenti giurisdizionali capaci di fornire certezza giuridica nei tempi estremamente rapidi imposti dalle odierne relazioni sociali ed economiche"⁶². Se inoltre si pensa al fatto che fattispecie di questo tipo si sono verificate di frequente e in ambiti eterogenei, si capisce tutta l'importanza della questione: è possibile infatti trovare esempi in materia societaria⁶³, in caso di concorrenza sleale⁶⁴, nel diritto del lavoro⁶⁵, dei contratti⁶⁶, nel diritto della proprietà industriale⁶⁷ e dei marchi e dei brevetti⁶⁸, nel diritto di famiglia⁶⁹, persino nel diritto dello sport⁷⁰ o in tema di procreazione medicalmente assistita⁷¹.

⁶¹ Così FRISINA, op.cit., 890 e ss.

⁶² Così CARIGLIA, op.cit.

⁶³ Vd. T. Roma 24-09-2001, in Corr. Giur. 2002, 949 e T.Roma 15-09-2001, in Nuovo dir. 2001, 999, per il caso in cui si chieda l'accertamento dell'avvenuta approvazione della delibera positiva, che invece è stata rigettata.

Si vd. anche P. Roma, 22-04-1988, in Impresa 1988, 1949, che ha affermato che il socio di società può far accertare mediante ricorso al provvedimento d'urgenza il suo diritto di ottenere in assemblea un corretto e ragionevole dettaglio sulle voci di bilancio.

Si vd. T.Perugia 16-03-2009, in Soc. 2010, 1257, per il caso in cui si chieda un provvedimento d'urgenza a carattere dichiarativo della nullità di una clausola statutaria che conceda all'accomandante poteri che violino il divieto di immistione nella gestione societaria ex art.2320 c.c..

Si vd. anche T.Roma 12-10-2009, in Giur.comm. 2011, II, 659, in ordine alla fattispecie in cui il socio non amministratore di una s.r.l. invochi la tutela atipica di mero accertamento del suo diritto di consultazione e documentazione contabile e amministrativa.

Infine si vd. P. Gallarate 15-12-1987, in Giust. civ. 1988, I,2134: nella specie è stata ritenuta astrattamente invocabile la tutela interinale ex art. 700 c.p.c. da parte di un socio di minoranza di una società per azioni allo scopo di impedire al socio di maggioranza di esercitare i diritti nascenti dal suo "status" - ivi compreso il diritto al voto in assemblea - sul presupposto di inesistenza del medesimo, possibile oggetto di successivo giudizio di accertamento negativo.

⁶⁴ T. Milano, 31-07-1996 in Dir. ind. 1997, 739.; A. Torino 9-06-2009, in Dir. ind. 2002, con nota di ARNAUDO.

⁶⁵ T. Gorizia 25 giugno 2001, in Lavoro nella giur. 2002, 67, in tema di pubblico impiego, che ha affermato che ai fini della concessione di una tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c., in funzione anticipatoria rispetto ad una futura sentenza di mero accertamento, è pur sempre necessario che ricorrano, in primo luogo, i presupposti generati di ammissibilità della tutela di mero accertamento, ed in secondo luogo, come in ogni altro caso gli indispensabili requisiti del "fumus boni iuris" e del "periculum in mora".

Si vd. anche T. Roma 2-03-2000, in Lavoro nella giur. 2001, 773, che afferma che le misure cautelari urgenti sono, in particolare in materia di lavoro, per la maggior parte "anticipatorie" degli effetti della sentenza di merito, potendo, così, essere utilizzate per assicurare gli effetti di una sentenza di accertamento.

Si vd. infine T. Milano 11-04-2005, in Guida dir., 2005, 35, 93, per il caso di un ricorso ex art.700 per ottenere l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro di fatto.

⁶⁶ Si vd. a tal proposito una delle pronunce più emblematiche con riferimento all'argomento che stiamo trattando, cioè T. Padova 16-09-2004, in Corr. Giur. 2005, 409, (con nota di PETRILLO, Riconosciuta infine a chiare lettere la inconciliabilità tra tutela ex art.700 c.p.c. ed efficacia di accertamento), secondo il quale è inammissibile, per carenza di interesse ad agire, l'istanza ex art. 700 c.p.c. tesa ad ottenere una pronuncia di mero accertamento con l'unico scopo di dare certezza giuridica.

⁶⁷ T. Firenze, 10-07-2004 in Merito, 2005, fasc. 4, 26, il quale ritiene che una domanda cautelare nel settore dei diritti della proprietà industriale è ammissibile, anche se rivolta solo ad ottenere l'anticipazione di una pronuncia di accertamento negativo poiché l'art. 700 c.p.c. non esclude alcun tipo di pronuncia.

⁶⁸ Si vd. T. Roma, 04-12-2002 in Riv. dir. ind., 2005, II, 208; T. Napoli, 08-11-1996, in Dir. ind. 1997, 193: si era chiesto, in quel caso, con art.700 c.p.c. l'accertamento della liceità d'uso (da parte del ricorrente) del marchio e del modello di scarpe.

⁶⁹ T. Napoli 07-01-2002, in Giur. merito 2002, 990, secondo il quale il provvedimento ex 700 c.p.c. con il quale si ordina alla moglie di consentire il rientro del marito nella casa coniugale deve ritenersi strumentale all'accertamento del diritto dell'istante alla declaratoria di inefficacia della separazione e conseguentemente al diritto del ricorrente di non essere sfrattato dall'abitazione coniugale di proprietà comune sulla base di quel titolo e, "a fortiori", in via di mero fatto.

Come orientarsi in un settore così delicato, in questo mare di pronunce così diverse tra loro?

Innanzitutto, quando si parla di tutela cautelare atipica di mero accertamento, è necessario mettere bene a fuoco il problema, per evitare fraintendimenti.

Infatti accade che spesso, in via cautelare, venga proposta congiuntamente ad un'azione di mero accertamento una domanda accessoria di condanna. Si pensi, ad esempio, alle inibitorie, cioè ordini di non fare fondati sull'accertamento sommario della illegittimità di un comportamento futuro; oppure alla concessione di una misura cautelare atipica volta alla reintegrazione provvisoria del lavoratore che abbia proposto domanda di nullità del licenziamento⁷².

In questi casi non vi è dubbio sull'ammissibilità di un provvedimento che anticiperà non tanto gli effetti della sentenza di mero accertamento, quanto piuttosto gli effetti della sentenza di condanna, anche in caso di un non fare o fare infungibile⁷³ (essendosi oggi finalmente risolto il problema dell'incoercibilità, attraverso l'introduzione dell'astreinte all'art.614-bis c.p.c., ritenuto applicabile anche ai provvedimenti cautelari).

Ancora, il contenuto del provvedimento potrebbe consistere nella disciplina provvisoria del rapporto controverso o in ordini di vario tipo idonei a salvaguardare provvisoriamente l'effetto dichiarativo che si intende conseguire⁷⁴: anche in questi casi, conviene osservare come il contenuto della misura "si risolva (...) nella imposizione di obblighi di fare o di non fare, sicché, in concreto, non sembra possa dubitarsi della idoneità del provvedimento assicurativo a porre rimedio, in via provvisoria ed urgente, al pericolo di danno conseguente alla situazione di incertezza verificatasi in ordine ad un determinato rapporto giuridico"⁷⁵.

IV) Bisogna perciò delimitare il campo d'indagine al mero accertamento "puro" cioè al caso in cui il richiesto provvedimento d'urgenza abbia come unico oggetto il mero accertamento del diritto dell'istante⁷⁶.

⁷⁰ T. Roma 10-07-2003 in Giur. romana 2003, 411, secondo il quale la domanda cautelare può avere ad oggetto anche soltanto il mero accertamento di un diritto controverso, quando tale accertamento sia indispensabile per l'esercizio del diritto stesso, che potrebbe venire leso nelle more del giudizio di merito. Nel caso di specie ha ammesso l'istanza cautelare con la quale una società calcistica aveva chiesto che venisse accertato il proprio diritto, riconosciuto dallo statuto di appartenenza, di adire gli organi federali di conciliazione e di arbitrato.

⁷¹ T. Roma, 17-02-2000 in Foro it., 2000, I, 972, che ha accertato la liceità e meritevolezza dell'accordo intervenuto tra i due coniugi ed un medico avente ad oggetto il trasferimento di embrioni crio-conservati per l'impianto nell'utero di donna consenziente.

⁷² Si vd., di recente, T.Brindisi 15 -05-2009, in De Jure (Redazione Giuffrè): in motivazione si legge che "in ordine alla ammissibilità del 700 il giudice rileva che, pur concordando con la tesi resistente della inammissibilità in sede cautelare delle domande di mero accertamento di inesistenza e/o illegittimità del licenziamento, il ricorso è ammissibile nella parte in cui chiede la reintegra nel posto di lavoro". Anche se, come è noto, quanto detto deve oggi essere letto alla luce del novellato art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

⁷³ In tal senso si vd. DITTRICH, op. cit., 282; FRISINA, op. cit., 908; TOMMASEO, op. cit., 254; VULLO, op. cit., 1324.

⁷⁴ In questo senso si vd. T. Roma 02-12-2009, in Giur. comm., 2011, II, 659, n. D'ADAMO, *La compatibilità tra l'azione di accertamento del diritto previsto dall'art.2476, co.2 c.c. e i provvedimenti d'urgenza ex art.700 c.p.c.*

⁷⁵ FRISINA, op. cit., 906.

⁷⁶ Cfr. T. Cagliari, 30-01-2008, in Riv. giur. sarda, 2008, 112, il quale ammette che quando ne sussistano i presupposti è possibile chiedere in via cautelare l'anticipazione degli effetti anche di sentenze di mero accertamento, non solo nell'ipotesi in cui venga congiuntamente proposta anche una azione accessoria di condanna, ma anche laddove il provvedimento cautelare richiesto abbia come unico oggetto il mero accertamento del diritto dell'istante.

Vd. anche T. Firenze, 10-07-2004 in Merito, 2005, fasc. 4, 26, secondo il quale una domanda cautelare nel settore dei diritti della proprietà industriale è ammissibile, anche se rivolta solo ad ottenere l'anticipazione di una pronuncia di accertamento in quanto l'art. 700 c.p.c. non esclude alcun tipo di pronuncia; inoltre, nessun valore può attribuirsi

Ci si chiede allora se l'intrinseca sommarietà e provvisorietà del provvedimento non ostino al conseguimento della "certezza giuridica" oggetto della domanda di mero accertamento. Così, buona parte della dottrina⁷⁷ e della giurisprudenza partendo dall'assunto che "l'incertezza pregiudizievole a cui l'accertamento provvisorio può utilmente porre rimedio, si manifesta nella situazione di colui che, nel timore di compiere un atto illegittimo, si preclude la possibilità di gestire efficacemente i propri interessi sostanziali" e considerando che un provvedimento del genere, seppur inadatto a dare quella certezza giuridica garantita dal giudicato dichiarativo, sarebbe almeno in grado di soddisfare in concreto l'interesse del ricorrente facendogli conseguire quella "certezza di modesto grado che si risolve nella valutazione in termini di probabilità del buon diritto affermato dalla parte"⁷⁸, ha accolto la possibilità di anticipare in via d'urgenza gli effetti delle sentenze di mero accertamento⁷⁹. A fronte di questo orientamento favorevole all'ammissibilità della tutela cautelare atipica di mero accertamento, non sono mancate significative voci di dissenso.

In particolare un Autore, dopo aver spiegato che "con un provvedimento cautelare, come tale venato di provvisorietà ed instabilità (...) non si possono anticipare gli effetti di un giudicato di accertamento o anche di accertamento costitutivo", anche perché "neppure la sentenza di primo grado o di appello, ancora non passata in giudicato, risulta ancora produttiva di effetti nonostante il nuovo art. 282, che (...) non muta nulla al riguardo, posto che la efficacia ivi sancita è solo quella esecutiva delle sentenze di condanna"⁸⁰, è giunto alla conclusione che "non si può sensatamente pensare di anticipare cautelamente né l'accertamento né il giudicato"⁸¹, anche se poi, consapevole della necessità di garantire l'effettività della tutela in ogni sua declinazione, ha ipotizzato che il giudice possa emanare un "regolamento cautelare provvisorio di salvaguardia del futuro giudicato sostanziale di accertamento (o costitutivo), che ne presidi subito la piena valenza"⁸², oppure dettare una disciplina cautelare provvisoria fondata sulle inibitorie processuali⁸³.

all'argomentazione secondo cui un provvedimento di accertamento sarebbe insuscettibile di esecuzione forzata (sfatando così il mito del problema dato dall'incoercibilità, non essendo ancora previsto, all'epoca, l'art.614-bis c.p.c.).

⁷⁷ Si noti che, se è vero che la dottrina prevalente ammette la tutela cautelare di mero accertamento, le varie posizioni appaiono notevolmente diverse tra loro, se non nella conclusione, quantomeno nel percorso argomentativo. Nella consapevolezza di queste notevoli differenze, per la tesi tendenzialmente favorevole si vd. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3a.ed., Napoli, 1964, 259 ss.; ARIETA, op. cit., 142 e ss.; DITTRICH, op. cit., 213 ss; PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 393-394; TOMMASEO, op.cit., 254 ss.; VULLO, op. cit., 1324 ss..

⁷⁸ Così TOMMASEO, op. cit., 258; sul concetto di "utilità" di un tale provvedimento si vd. ancora T. Padova, 16-09-2004, cit., in motivazione.

⁷⁹ In giurisprudenza, tra i tanti (si vd. anche note precedenti), a scopo esemplificativo, si vd. T. Roma, 02-12-2009 in *Giur. comm.* 2011, II, 659, secondo il quale i provvedimenti di urgenza chiesti in funzione di un'azione di mero accertamento sono, in astratto, ammissibili, nel caso in cui il provvedimento risulti idoneo ad assicurare provvisoriamente che la decisione di merito sia fruttuosa ovvero che la durata del processo non possa ritorcersi in danno dell'attore che abbia ragione, determinando situazioni irreversibili o pregiudizi irreparabili a carico delle posizioni soggettive di vantaggio che vengono garantite dall'ordinamento giuridico.

Nello stesso senso T.Roma 10-07-2003 in *Giur. romana* 2003, 411; T. Perugia, 29-12-2009, cit.; T. Cagliari, 30-01-2008, cit..

Anche T. Napoli, 08-11-1996 in *Dir. ind.* 1997, 193, ha affermato senza dubbi che non contrasta con il vigente assetto processual-civilistico l'invocabilità di un accertamento negativo in via cautelare.

⁸⁰ CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 295.

⁸¹ ID., *Processo cautelare fra garanzie ritrovate ed effettività a rischio*, in *Corr. Giur.* 1996, 343.

⁸² ID., *Tutela d'urgenza e sospensione della riscossione tributaria davanti all'a.g.o.*, in *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, 414.

⁸³ Sempre nel senso di negare l'anticipazione cautelare delle sentenze di mero accertamento LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011, 203, dove si dice che per definizione la tutela cautelare non può avere effetti dichiarativi, poiché "non ha la funzione di porre regole di condotta vincolanti: questa è la funzione della tutela dichiarativa e solo della tutela dichiarativa".

Anche in giurisprudenza si sono registrate pronunce contrarie all'orientamento dominante che ammette la concessione provvedimenti cautelari dal contenuto dichiarativo⁸⁴. Degna di nota è l'ordinanza del Tribunale di Padova⁸⁵ del 2004, con cui si è dichiarato che "è inammissibile, per carenza di interesse ad agire, l'istanza ex art. 700 c.p.c. tesa ad ottenere una pronuncia di mero accertamento con l'unico scopo di dare certezza giuridica". Nel caso di specie, i ricorrenti avevano chiesto un provvedimento d'urgenza che dichiarasse la validità e l'efficacia di un accordo transattivo, dai primi stipulato con alcune società presso le quali questi erano stati impiegati, per veder accertata, ancorché in via provvisoria, l'inesistenza di un loro obbligo di non concorrenza, di cui alla transazione in questione, in modo da essere autorizzati a svolgere legittimamente la loro attività. A seguito del reclamo, il collegio riteneva in generale che l'ammissibilità di un provvedimento cautelare di mero accertamento si dovesse valutare in relazione all'utilità che un tale provvedimento potesse rivestire per la tutela del diritto dell'istante; sotto questo profilo, osservava tuttavia che la funzione del provvedimento d'urgenza, in virtù della sua provvisorietà e instabilità, non potesse ricondursi né a quella di dare certezza giuridica, né a quella di valutare la sussistenza o meno, a carico dell'istante, di un diritto o di un obbligo di fonte contrattuale. Constatata, perciò, l'inutilità nel caso di specie del provvedimento cautelare richiesto, revocava l'ordinanza gravata, per carenza di interesse ad agire dei ricorrenti.

V) Certo è che, come ci insegna la pronuncia appena citata, tanto in via cautelare che ordinaria, in caso di un'azione di mero accertamento non si potrà prescindere dall'interesse ad agire, affinché il processo (che è pur sempre contenzioso) non diventi un modo per risolvere questioni accademiche o per dare pareri legali. Di conseguenza appare corretto escludere il ricorso quando il soggetto attivo sia in grado di tenere un determinato comportamento esclusivamente in virtù dei propri poteri sostanziali senza necessità di cooperazione⁸⁶.

Ma il problema ancor più ampio su cui ci si scontra è se, in presenza dell'interesse ad agire, possa ammettersi la tutela cautelare atipica di mero accertamento.

Allora le tesi sull'ammissibilità o meno di una tutela cautelare di mero accertamento sono state variamente argomentate. Si è ritenuto che, anche a voler legittimare un provvedimento cautelare con contenuto dichiarativo, si tratterebbe pur sempre di un provvedimento del tutto insuscettibile di esecuzione forzata, idoneo, al più, a produrre la c.d. efficacia compulsoria indiretta⁸⁷ (cioè un

⁸⁴ Vd. T. Milano, 30-09-2003 in Foro pad. 2004, I, 157, secondo cui non può essere emesso un provvedimento di urgenza non essendo possibile una pronuncia anticipatoria rispetto ad una sentenza di accertamento nel merito, dal momento che le due pronunce verrebbero sostanzialmente a coincidere.

Si vd. anche T. Verona 23-12-1993 in Gius 1994, fasc. 13, 185; con particolare riferimento al diritto industriale si veda A. Torino 09-06-2000, in Dir. industriale 2002, 276, che tuttavia ripropone il problema dell'incoercibilità, da ritenersi oggi superato. Si dice infatti che "una pronuncia di mero accertamento è di per sé insuscettibile di esecuzione e priva del carattere di strumentalità rispetto ad una futura decisione di merito di cui deve assicurare l'effettività, quindi è incompatibile con la struttura e la funzione dei provvedimenti d'urgenza previsti dall'art. 700 c.p.c."

Inoltre T. Padova, 16-09-2004, cit. e T. Roma 02-12-2009, cit: ci soffermeremo, nel testo, ad analizzare in modo più dettagliato entrambe le pronunce.

⁸⁵ T. Padova, 16-09-2004, cit..

⁸⁶ Questo è quanto dice il T. Padova, cit., in motivazione.

⁸⁷ Vd. T. Roma, 04-12-2002, in Riv. dir. ind. 2005, II, 208, che ritiene ammissibile un provvedimento d'urgenza di accertamento, in via provvisoria, della insussistenza della contraffazione rispetto ad un brevetto altrui, dovendo riconoscersi all'imprenditore, la liceità del cui operato venga contestata, un interesse concreto ed attuale ad ottenere una

effetto di coazione psicologica a mantenere una condotta rispettosa del diritto). A tal riguardo alcuni hanno anche notato⁸⁸ che non avrebbe senso fare riferimento all'efficacia compulsoria, dovuta all'applicabilità di mezzi di coazione indiretta quali l'art. 388 co.2 c.p., "per l'ovvia ragione che le attività da compiersi gravano in capo al ricorrente, cosicché alcun effetto dissuasivo si vuole ottenere nei confronti del resistente"⁸⁹. Inoltre la disposizione penale prevede che la sanzione sia applicabile a chi eluda "l'esecuzione di un provvedimento", in tal senso ponendo "quale presupposto necessario per la sua applicabilità l'attuabilità – sia pur da intendersi in senso lato⁹⁰ – del provvedimento cautelare".

Si è anche osservato che in casi del genere si riscontrerebbero, in concreto, notevoli difficoltà nel configurare il requisito dell'irreparabilità del pregiudizio.

Chi propugna per l'inammissibilità ha infatti notato che difficilmente il pregiudizio causato dallo stato di incertezza può risultare irreparabile "ogniquale volta sia richiesta una misura che autorizzi l'istante a tenere un comportamento che questi sarebbe in grado di tenere senza che sia necessaria la cooperazione della controparte"⁹¹ (anche perché in simili casi, come già osservato in precedenza, si porrebbero problemi anche in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire): in altre parole, ciò significa che la contestazione della controparte, per quanto possa causare un pregiudizio dovuto allo stato di incertezza, non impedisce al supposto titolare del diritto di esercitare quest'ultimo e di raggiungere l'effetto giuridico perseguito.

Ancora, si osserva che l'irreparabilità neanche potrebbe dirsi integrata laddove il ricorrente facesse riferimento alle possibili conseguenze dannose in cui potrebbe incorrere se esercitasse in modo illegittimo il diritto: oltre al principio di "autoresponsabilità" presente nell'ordinamento (che si concretizza in ciò, che colui che si afferma titolare di un diritto ed agisce di conseguenza dovrà in seguito assumersi le responsabilità che ne derivano, anche da un'eventuale erronea valutazione) qui si tratterebbe, in realtà, della richiesta di un parere giuridico, che abbiamo detto essere inammissibile tanto in via ordinaria quanto in via cautelare.

Infine, con riferimento alle azioni di accertamento negativo (con cui si chiede cioè di accertare l'inesistenza del diritto) dove più facilmente è ravvisabile un pregiudizio irreparabile (questo perché, per riallacciarsi al discorso svolto in precedenza, in queste situazioni non basterebbe l'esercizio del diritto da parte di chi si afferma titolare, per raggiungere l'effetto voluto), quest'ultimo non deriverebbe dallo stato di incertezza in ordine al rapporto giuridico, bensì dall'altrui atto di esercizio del diritto⁹², cosicché non si tratterebbe in questo caso di una tutela cautelare atipica di mero accertamento, bensì di condanna, nel senso che col provvedimento si chiede di assicurare gli effetti della futura pronuncia di condanna attraverso una misura di carattere condannatorio/inibitorio. Si pensi all'ipotesi del lavoratore, che invochi un licenziamento nullo perché discriminatorio. In questo caso ci si trova di fronte ad un accertamento negativo del diritto

pronuncia che, eliminando, ancorché solo per il tempo necessario alla definizione del giudizio di merito, ogni incertezza sulla legittimità e liceità del suo operato sul mercato, gli consenta, in forza del c.d. effetto compulsorio indiretto della pronuncia cautelare, di continuare ad operare liberamente sul mercato, senza ulteriori contestazioni da parte del concorrente.

⁸⁸ In tal senso CARIGLIA, op. cit., 1238; PETRILLO, op. cit., 412.

⁸⁹ PETRILLO, op. loc. cit..

⁹⁰ Cioè almeno attuabili dal soggetto verso cui sono rivolti, anche se incoercibili.

⁹¹ CARIGLIA, op. cit., 1233.

⁹² In questo senso CARIGLIA, op. cit., 1236.

potestativo del datore di lavoro: si può immaginare una pronuncia che ordini al datore la provvisoria reintegra del lavoratore, strumentale alla futura sentenza che (eventualmente) accerterà la nullità del licenziamento (cioè l'inesistenza del diritto potestativo del datore, in carenza dei presupposti per esercitare tale potere) ma conseguentemente condannerà definitivamente il datore a reintegrare il lavoratore.

Se comunque difficilmente sarà in concreto configurabile un pregiudizio irreparabile, ciò non esonera il giudice dai suoi compiti, perciò "ai fini della concessione di una tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c., in funzione anticipatoria rispetto ad una futura sentenza di mero accertamento, è pur sempre necessario che ricorrano, in primo luogo, i presupposti generali di ammissibilità della tutela di mero accertamento, ed in secondo luogo, come in ogni altro caso gli indispensabili requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*"⁹³.

Infine, anche in quei casi particolari in cui fosse ravvisabile un pregiudizio irreparabile, ci si chiede, da un lato, se davvero il ricorso alla tutela d'urgenza di mero accertamento sarebbe in grado di soddisfare il bisogno di tutela giuridica, perché se così non fosse, cioè se non fosse in grado di dare un'"utilità"⁹⁴, allora sarebbe da ritenersi inammissibile per mancanza di interesse ad agire; dall'altro se provvedimenti del genere siano idonei (da un punto di vista logico prima ancora che giuridico) a dare quella "certezza giuridica" sia pur attenuata che tanto si invoca a sostegno della tesi favorevole.

Come già in parte abbiamo anticipato, è stato notato che "in relazione al fatto che (...) l'unico effetto realmente riconducibile alla sentenza di mero accertamento è quello di attribuire certezza giuridica ad un diritto controverso, l'assicurazione di tale esclusivo effetto, funzione a cui tende il provvedimento ex art.700 c.p.c., dovrebbe ritenersi consistere unicamente nell'anticipazione di siffatta certezza, la quale, tuttavia – producendosi esclusivamente con il passaggio in giudicato della sentenza -, non sembra in alcun modo anticipabile ad opera di un provvedimento di sua natura instabile"⁹⁵. Dunque, a parere di chi nega l'ammissibilità di provvedimenti del genere, le misure d'urgenza accertative sarebbero incapaci di soddisfare il bisogno di tutela giuridica. Anche perché, al contrario di ciò che viene affermato dall'altra sponda⁹⁶, un simile provvedimento non potrebbe esonerare il ricorrente dall'incorrere in conseguenze giuridiche derivanti dall'illegittimo esercizio del diritto, come ad esempio, nel risarcimento del danno ex art. 96 co.2, né potrebbe obbligare il giudice di merito ad uniformarsi alla valutazione compiuta dal giudice cautelare⁹⁷.

VI) Come una ciliegina sulla torta sta infine la considerazione di chi ritiene che, in tema di tutela cautelare di mero accertamento, la c.d. strumentalità attenuata, ossia il marcato svincolo tra misura cautelare e giudizio di merito e quindi la possibilità che alla decisione cautelare non segua una fase

⁹³ T. Gorizia 25-06-2001 in *Lavoro nella giur.* 2002, 67.

⁹⁴ Sul concetto di "utilità" si sofferma in modo particolare T. Padova 16-09-2004, cit., in motivazione.

⁹⁵ Così PETRILLO, op. cit., 413.

⁹⁶ Si vd., per esempio, CIRULLI, op. cit., 107; DITTRICH, op. cit., 284.

⁹⁷ "Non sembra (...) che si possa sostenere che il provvedimento dichiarativo sarebbe idoneo a trasformare la buona fede del resistente in mala fede, né che, al contrario, sarebbe idoneo a trasformare un comportamento lecito, e quindi a fondare autonomamente una responsabilità risarcitoria, poiché, essendo il giudizio espresso in termini di mero *fumus*, l'una parte può confidare nella indagine approfondita del giudice della cognizione, l'altra deve tener conto dei possibili esiti di tale imprescindibile indagine", così PETRILLO, op. cit., 414.

di merito, legittimi l'adozione di provvedimenti cautelari aventi un contenuto decisorio identico a quello di una futura decisione di merito che potrebbe anche non intervenire⁹⁸, con ciò facendo perdere di vista la stretta aderenza che anche a seguito della riforma del 2005 dovrebbe esserci tra cautela e merito, in linea con quel requisito imprescindibile che è la strumentalità (ancorché solo funzionale), affinché il provvedimento d'urgenza non si trasformi da misura assicurativa in satisfattiva (nel senso di alternativa alla cognizione ordinaria), violando il principio secondo cui la misura cautelare non può dare più di quello che darebbe il merito.

3 Conclusioni

Ricapitolando, lo scenario è il seguente. Partendo da una situazione di netta chiusura nei confronti della tutela cautelare di accertamento, stante il carattere provvisorio, sommario ed inidoneo a divenire cosa giudicata dei provvedimenti d'urgenza, oggi, invece, dottrina e giurisprudenza maggioritarie, grazie all'assenza di esplicite limitazioni contenutistiche nell'art. 700, concordano sull'ammissibilità, orientate verso il principio di effettività della tutela, in quanto ciò permetterebbe all'istante di avvalersi del dictum cautelare quale norma agendi, per determinare il proprio comportamento in specifiche vicende sostanziali⁹⁹, nell'attesa della pronuncia di merito. Alcuni però criticano questo orientamento, sostenendo che il dictum cautelare a contenuto meramente dichiarativo "nulla è in grado di aggiungere, né in termini di certezza, né in termini di coazione sulla controparte, né, infine, in termini di esonero o di aggravio di responsabilità in capo alle parti rispetto alla situazione giuridica del ricorrente"¹⁰⁰, cioè che una misura del genere avrebbe "ontologica inidoneità" ad anticipare gli effetti di una sentenza di mero accertamento e che, inoltre, sarebbe pressoché impossibile raggiungere il grado di irreparabilità richiesto dalla norma.

Questo il quadro, evidentemente frammentato dalle varie e spesso autorevoli voci che, peraltro, quale che sia la tesi, portano argomentazioni davvero serie¹⁰¹. Al giurista il difficile compito di (provare a) rimettere insieme i pezzi.

Una posizione mediana sembra essere stata di recente assunta dal Tribunale di Roma¹⁰², che tuttavia ha fatto registrare una delle rare pronunce di segno negativo. Il giudice ha infatti dichiarato inammissibile il ricorso con cui il socio non amministratore di s.r.l invocava una tutela d'urgenza di mero accertamento del suo diritto di informativa e consultazione della documentazione contabile ed amministrativa, previsto dall'art.2476 co.2 c.c., in quanto, nel caso concreto, il provvedimento appariva inidoneo ad evitare alla parte un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Tuttavia, in motivazione viene spiegato che "i provvedimenti d'urgenza chiesti in funzione di un'azione di mero accertamento sono (...) in astratto ammissibili" e consisterebbero nell'anticipare in sede cautelare "non l'effetto dichiarativo della sentenza di merito, attribuendo alla parte la certezza del rapporto giuridico con la sentenza di mero accertamento, ma quella certezza attenuata conseguente al giudizio di verosimiglianza svolto dal Giudice dell'urgenza, sempreché la parte vi

⁹⁸ Così T. Perugia, 16-03-2009, in *Giur. comm.* 2011, II, 687.

⁹⁹ TOMMASEO, op. cit., 259, nota 100.

¹⁰⁰ PETRILLO, op. cit., 415.

¹⁰¹ Come nota VULLO, op. cit., 1326.

¹⁰² T. Roma 2-12-2009, cit..

abbia interesse e subordinatamente all'esistenza, come in ogni altro caso, dei requisiti concernenti il pregiudizio relativo, in funzione dei quali verrà determinato il contenuto del provvedimento", ricordando che tale contenuto può consistere in una disciplina provvisoria del rapporto controverso attraverso l'imposizione di obblighi di fare o non fare, oppure nell'anticipazione di effetti che derivano dall'accoglimento di domande accessorie, o ancora nell'inibitoria preventiva di atti, fino addirittura ad ammettere l'anticipazione "degli effetti meramente dichiarativi della pronuncia di merito". Precisando però che "va escluso che la misura cautelare possa avere lo stesso contenuto di definitiva certezza del rapporto giuridico ottenibile solo con la sentenza in vista della quale è emessa". Ciò che conta, dunque, secondo il Tribunale di Roma, è che il provvedimento sia "idoneo a salvaguardare provvisoriamente l'effetto dichiarativo che si intende conseguire". Ecco perché nel caso di specie il provvedimento non è stato concesso: non si capisce infatti in che modo il mero accertamento, in via d'urgenza, del diritto del socio di visionare la documentazione contabile e del diritto di estrarne copia potesse salvaguardare la parte nell'attesa del giudizio di merito. Sarebbe stato diverso se il socio avesse chiesto al giudice di ordinare alla società di fornirgli la documentazione¹⁰³.

Molto probabilmente, la verità sta nel mezzo. Da un lato è evidente che la misura d'urgenza non possa dare quella certezza giuridica che scaturirà solo dal giudizio di merito. Dall'altro però, la tutela cautelare atipica di mero accertamento qualche utilità al ricorrente può darla (e non risolversi in un mero provvedimento pro veritate¹⁰⁴) nel senso che potrebbe scoraggiare un comportamento che l'eventuale accoglimento della domanda di mero accertamento mostrerà essere illegittimo, con ciò manifestando quella che si è detta essere l'"efficacia dissuasiva metagiuridica"¹⁰⁵ e inoltre consentire "di puntualizzare la responsabilità di chi quel comando violi, facilitando il giudizio risarcitorio che successivamente venga intrapreso"¹⁰⁶. Si è detto infatti che "si potrebbe essere indotti ad apprezzare l'utilità di una pronuncia cautelare meramente 'dichiarativa' (...) anche in funzione della eventualità che venga disposta la pubblicazione della emananda misura, e quindi della esigenza di evitare o limitare il prodursi di danni, essenzialmente di natura non patrimoniale e direttamente connessi con il perdurare della situazione di obiettiva incertezza del diritto azionato, per i quali dovesse risultare impossibile o particolarmente difficile la reintegrazione per equivalente"¹⁰⁷.

Insomma, non si può che tornare al punto di partenza ma arricchiti dalla considerazioni svolte: è vero che, dal testo dell'art.700, non si possono rinvenire, in via di principio, limitazione oggettive. Spetterà quindi al giudice, caso per caso, decidere entro quali confini spingersi sapendo che da un lato c'è l'effettività della tutela; dall'altro lato la logica e l'interpretazione sistematica, che non consentono di anticipare ciò che razionalmente e giuridicamente non si può anticipare.

¹⁰³ Così D'ADAMO, op. cit., par.2.

¹⁰⁴ Come ha affermato P.Milano 15-02-1990, in Foro.it. 1990, I, 1746.

¹⁰⁵ CARIGLIA, op.cit..

¹⁰⁶ PAGNI, *Provvedimenti d'urgenza* (voce) in Il diritto, enciclopedia giuridica del sole 24 ore, Bergamo, 2007, vol.12, 492.

¹⁰⁷ FRISINA, op. cit. 908.

Una rapidissima nota finale.

Il nuovo art.120, co 6 bis, del Codice della proprietà industriale, (D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, come modificato dal D.lgs. 13 agosto 2010, n. 131) dispone che “le regole di giurisdizione e competenza di cui al presente articolo si applicano altresì alle azioni di accertamento negativo anche proposte in via cautelare”. E’ da ritenersi un’azione tipicamente prevista per il settore dei titoli di proprietà industriale disciplinati dal c.p.i. o è un rinvio all’art.700 e dunque sancisce l’ammissibilità della tutela cautelare di accertamento (negativo, poiché nel settore spesso si chiede il c.d. “accertamento negativo della contraffazione”¹⁰⁸)? Inoltre, la risposta alla precedente domanda varrebbe a risolvere i problemi teorici e pratici di cui abbiamo trattato in questo scritto?

¹⁰⁸ Si vd., per esempio, T. Firenze, 10-07-2004, cit..