

$\frac{A_{I2}}{59}$

Clarice Delle Donne

L'attuazione
dei provvedimenti cautelari



Copyright © MMV
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 a/b
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 88-548-0255-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2005

INDICE

CAPITOLO I: PROFILI SISTEMATICI DELL'ATTUAZIONE CAUTELARE

Sezione I

L'attuazione cautelare nella dottrina e nella giurisprudenza 13

1. Premessa ed oggetto dell'indagine 13
2. Segue: L'attuazione nella logica di specialità riconosciuta al procedimento cautelare
3. La rilevanza costituzionale della tutela cautelare come fattore di sviluppo della tutela urgente ed i suoi riflessi sull'interpretazione corrente dell'attuazione cautelare 22
4. I riflessi del recupero del modello dell'espropriazione forzata sulla ricostruzione sistematica dell'attuazione 28

Sezione II

Critica alla ricostruzione dell'attuazione cautelare nell'ottica dell'esecuzione forzata di cui al libro III del cpc 31

5. Par condicio creditorum 31
6. L'interesse ad agire in via cautelare come chiave di lettura di un'attuazione altra rispetto ai modelli esecutivi del cpc 41
7. Segue: analisi della struttura concretamente assunta dai processi esecutivi del cpc e verifica della sua esportabilità ad altri istituti processuali 46

8. Il <i>periculum in mora</i> come elemento qualificante della funzione cautelare urgente nella giurisprudenza di merito	50
9. La tutela cautelare come strumento di (parziale) recupero delle potenzialità dell'esatto adempimento e riflessi in tema di attuazione. L'esperienza del processo amministrativo	55
10. Esecuzione ed esecuzioni: modelli a confronto per costruire una attuazione cautelare <i>extra ordinem</i>	
Sezione III	
Profili generali di una attuazione cautelare extra ordinem	68
11. L'attuazione cautelare <i>extra ordinem</i> al cospetto dei diritti di difesa delle parti e dei terzi	68
12. La "specialità" dell'attuazione cautelare ed il controllo di legittimità della corte di cassazione	71
Sezione IV	
L'attuazione dei provvedimenti cautelari e l'attuazione dei provvedimenti di ripristino: riflessioni a margine di una questione aperta	75
13. I provvedimenti di ripristino: profili problematici	75
14. La ricostruzione della figura in chiave di processo ordinario di cognizione o di esecuzione e le sue ricadute rispetto ai principi costituzionali legati all'effettività della tutela	80
15. Ragioni di una ricostruzione in chiave completamente cautelare e conclusioni	85

**CAPITOLO II: L'ATTUAZIONE DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI
RECANTI ORDINI DI FARE, NON FARE, CONSEGNA O RILASCIO**

1. Il giudice dell'attuazione ed il problema della sua identificazione all'interno dell'ufficio ove è stato reso il provvedimento	91
2. Il giudice dell'attuazione nelle misure sottoposte a reclamo	99
3. Le modalità di attuazione: profili generali	108
4. Segue: contenuto e limiti	112
5. Il rigetto del ricorso ex art. 669 <i>duodecies</i> ed i relativi rimedi	122
6. La tutela delle parti e dei terzi nel procedimento di attuazione	128
7. Il controllo sull'attuazione: profili generali	142
8. Profili applicativi: i provvedimenti urgenti in materia di lavoro dipendente privato	146
9. Segue: in materia di lavoro pubblico "contrattualizzato"	148
10. Il problema della fungibilità della prestazione dovuta	155
11. Conclusioni: un duplice modo di concepire l'attuazione delle misure cautelari	157
12. Segue: profili problematici della tutela delle parti e dei terzi	165

CAPITOLO III: L'ATTUAZIONE DEI SEQUESTRI

1. Considerazioni introduttive: l'art.669 <i>duodecies</i> e la perdurante specialità procedurale dei sequestri	173
---	-----

2. Il problema dell'attuale vigenza dell'art. 675 cpc e del termine di efficacia del sequestro ivi contenuto	174
3. L'attuazione del sequestro giudiziario: il giudice competente	183
4. Il custode	188
5. La tutela delle parti ed il problema della proponibilità delle opposizioni ex artt. 615 e 617 cpc	195
6. La tutela dei terzi	198
7. La trascrizione del sequestro giudiziario e le sue potenziali ricadute sulla soluzione di alcuni concreti problemi attuativi della misura	204
8. L'attuazione del sequestro conservativo sui beni mobili e sui crediti	209
9. L'attuazione del sequestro conservativo sui beni immobili	220

Capitolo IV: L'attuazione dei provvedimenti cautelari che ordinano il pagamento di somme di denaro

1. L'attuazione degli ordini cautelari di pagamento nel quadro generale dell'attuazione dei provvedimenti cautelari	223
2. Primi rilievi critici sulla necessità che l'attuazione avvenga nelle forme del processo esecutivo	228
3. <i>Par condicio creditorum</i> e strumentalità della cautela al merito: due buone ragioni per un'esecuzione cautelare secondo il Libro III del cpc?	234
3a. <i>Par condicio creditorum</i>	234
3b. Strumentalità della cautela al merito	241

4.1. L'utilizzabilità del modello espropriativo predisposto dal libro III del cpc alla luce del limite di compatibilità di cui all'art. 669 <i>duodecies</i>	246
4.2. Segue: riflessioni sul possibile significato del rinvio agli artt. 491 e segg. cpc e sulla sorte dei creditori privilegiati	252
4.3. Segue: l'inapplicabilità di altre norme che, ancorchè comprese nel richiamo agli artt. 491 e segg., risultano strumentali al concorso dei creditori e le ricadute sul possibile concorso di più procedure cautelari sugli stessi beni	256
5. Le norme sull'espropriazione forzata ed il vaglio di compatibilità dell'interprete: una ipotesi ricostruttiva	258
6. Segue: le norme sulla vendita forzata	262
7. Il pignoramento presso terzi: alla ricerca di un modello compatibile con l'attuazione degli ordini cautelari di pagamento	267
8. Ancora sul modello attuativo ipotizzato: riflessioni sulla tutela delle parti e dei terzi	273
9. Considerazioni conclusive	279

CAPITOLO I

PROFILI SISTEMATICI DELL'ATTUAZIONE CAUTELARE

SEZIONE I
L'ATTUAZIONE CAUTELARE
NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA

1– Premessa ed oggetto dell'indagine

Questo studio è dedicato all'attuazione dei provvedimenti cautelari resi dal giudice civile ordinario¹.

Di tale fenomeno, inteso come (necessità di realizzare l') adeguamento della realtà² al contenuto precettivo di un provvedimento che accoglie una domanda di cautela, esso si propone perciò di indagare le tecniche predisposte dall'ordinamento. Esse hanno ricevuto circa un quindicennio fa³ compiuto

¹ Esula perciò dalla presente indagine la complessa problematica della tutela cautelare dei diritti soggettivi oggi azionabili dinanzi al GA, che trova compiuta regolamentazione nell'art. 3 della l. 205/2000, ed in generale il problema della tutela cautelare dinanzi agli altri giudici speciali. I rapporti del procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. 669 *bis-quaterdecies* con quello disegnato dalla citata L. n.205 /2000, sarà tuttavia affrontato nel corso della trattazione, ancorché in modo trasversale e non approfondito, per gli ineliminabili riflessi che esso ha sulla tutela cautelare davanti al giudice civile ed esclusivamente allo scopo di evidenziare la complessità della vicenda ricostruttiva oggetto di questa indagine.

² Ancora a seguire le tracce degli argomenti esclusi dall'indagine, va indicato quello dell'attuazione dei provvedimenti cautelari che, per la struttura che assumono, non hanno bisogno di un intervento materiale che adegui la realtà al loro contenuto. È il caso, ad esempio, delle inibitorie, le quali, ponendo un limite all'esercizio di poteri sostanziali della parte intimata, in tale limite si esauriscono, salvo che esso venga violato, e si ponga il diverso, ancorché connesso problema, del ripristino della situazione precedente alla violazione. Si rimanda sul punto, per tutti, a Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1983; *Codice di procedura civile* commentato a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2000, *sub* artt. 669 *novies* e 669 *duodecies*; Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001. La trattazione non prenderà inoltre posizione sull'annosa questione dell'ammissibilità di provvedimenti cautelari anticipatori degli effetti di qualunque tipo di sentenza, e perciò di effetti costitutivi o di accertamento, oltre che condannatori (sulla quale si rimanda, per tutti, a Vullo, *L'attuazione, cit.*, 19ss). A prescindere dalla correttezza di soluzioni che dilatino la tutela cautelare fino a farla coincidere con ogni tipo di sentenze di merito, ciò su cui si concentra l'attenzione in questa sede è esclusivamente il profilo dell'attuazione della misura cautelare, in relazione ai molteplici aspetti, anche di rilievo costituzionale, che involge: profilo rispetto al quale conta il solo fatto che sia necessario, o meno, l'adeguamento della realtà materiale al *dictum* cautelare. Va infine anticipato che il riferimento all'attuazione dei soli provvedimenti che accolgono una domanda di cautela va integrato con le riflessioni compiute *infra* Sez. IV di questo capitolo, sulle tecniche di esecuzione-attuazione dei provvedimenti di ripristino, il cui inquadramento nell'ambito della fattispecie oggetto di indagine risulta alquanto problematico.

³ Gli artt. 669 *bis-quaterdecies* cpc sono stati introdotti nel vigente Codice di rito civile dall'art. 74 della Legge 26 novembre 1990 n. 353, recante *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, e sono in vigore a far data dal 1° gennaio 1993.

ta sistemazione nell'ambito degli artt. 669 *bis-quaterdecies* del codice di procedura civile, nei quali è oggi contenuta una disciplina tendenzialmente generale di ogni aspetto procedimentale della tutela cautelare, prima frammentata in norme dettate per singoli tipi di provvedimento⁴, sulle quali si esercitava il paziente e creativo lavoro degli interpreti.

Proprio l'attuale disciplina normativa, la cui analisi rappresenta l'oggetto immediato di questo lavoro, consente anche di delimitarne i confini, che coincidono con i modelli di procedura da essa apprestati, allo scopo di esaminarne gli aspetti e rilevarne quelli problematici. L'attenzione verrà rivolta ai profili squisitamente procedimentali dell'attuazione cautelare, senza investire né i presupposti generali della sua ammissibilità⁵ né quelli particolari delle singole misure previste dall'ordinamento, se non nei limiti in cui ciò sia funzionale alla ricostruzione del modello proposto.

Neppure verranno presi in considerazione i singoli procedimenti che ancora residuano per le cautele previste da leggi speciali ed i problemi, anche di coordinamento con la disciplina di cui agli artt. 669 *bis- quaterdecies*, che essi pongono. Esula infine dalla trattazione l'individuazione dei singoli provvedimenti extravaganti cui la suddetta disciplina è applicabile, ai sensi dell'art. 669 *quaterdecies cpc*.

La linearità di queste indicazioni programmatiche e la possibilità di avvalersi, a differenza che in passato,⁶ di un forte contributo del legislatore, è tut-

⁴ Per tutti, Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, Dig.Disc. priv., sez. civ., XIV, 393ss; Vullo, *L'attuazione*, cit, 3ss.

⁵ L'affermazione va presa nel suo significato di indicazione programmatica della linea che seguirà l'indagine. Essa non esclude perciò, come già accennato, il riferimento ad altri aspetti della tutela cautelare non squisitamente legati alle problematiche attuative, in quanto indispensabili o utili ai fini della ricostruzione del modello. Il caso paradigmatico è quello dei provvedimenti d'urgenza, in cui la riflessione sui presupposti che giustificano l'emissione della misura diviene, per motivi che saranno altrove evidenziati, illuminante per ricostruirne l'attuazione. Del resto, il fenomeno cautelare, come risulterà fin dai primi approcci al problema, ha carattere unitario, e viene scisso in parti diverse al solo scopo di rendere più semplice l'esposizione, ma pur sempre nella consapevolezza che i suoi diversi profili vanno considerati insieme sia ai fini dell'inquadramento del fenomeno, sia a quelli della ricostruzione dei loro aspetti procedimentali. Per interessanti rilievi comparatistici, condotti sulla dimensione globale della vicenda cautelare, v. *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, Etude de droit comparé*, a cura di Jacques van Compennolle e Giuseppe Tarzia, Bruxelles, 1998.

⁶ Quando la scarsità delle indicazioni normative in punto di attuazione costringeva gli interpreti alla ricerca di soluzioni basate sull'interpretazione estensiva di norme dettate per specifici provvedimenti, anche perché l'allora vigente art.702 cpc rinviava, per i provvedimenti d'urgenza, alle norme sui provvedimenti di nuova opera e danno temuto. Al centro del dibattito ermeneutico si trovò dunque l'art. 691 cpc, peraltro ancora in vigore perché intoccato dalla riforma, a mente del quale se la parte cui è fatto divieto di compiere l'atto dannoso o di mutare lo stato di fatto contravviene all'ordine, il giudice, su ricorso della parte interessata, può di-

tavia solo apparente, dovendo l'indagine necessariamente e fin dai suoi primi passi misurarsi con alcuni grandi temi del diritto processuale, quali il concetto di esecuzione forzata e quello di tutela cautelare, dalla definizione dei quali dipende, per non secondari aspetti, la ricostruzione del fenomeno su cui ci si propone di indagare. Ciò traspare già dalla terminologia⁷ adottata, fin dalle prime battute di questo studio, per individuare l'adeguamento della realtà al contenuto del comando cautelare: attuazione piuttosto che esecuzione.

La circostanza non è casuale.

Essa si basa, piuttosto, sul riconoscimento di una autonomia concettuale e giuridica dei due fenomeni positivi, di cui si cercherà di dare conto nelle pagine che seguono.

2.– Segue: l'attuazione nella logica di specialità riconosciuta al procedimento cautelare

La presenza di una disciplina positiva che abbraccia il ciclo vitale della cautela dalla proposizione della domanda al compimento coattivo, in linea di massima applicabile ai provvedimenti previsti dal codice civile e da quello di rito⁸, non risolve tutti i problemi posti da questa delicata materia, soprattutto per quanto riguarda l'attuazione.

L'art. 669 *duodecies* prevede infatti un triplice modulo⁹ differenziato per i sequestri, per i provvedimenti recanti ordini di *facere-dare*, e per quelli re-

sporre con ordinanza che le cose siano rimesse al pristino stato a spese del contravventore. Sul punto, per tutti, Vullo, *L'attuazione*, cit, 42ss.

⁷ Peraltro mutuata dalla legge. L'art.669 *duodecies* è infatti così formulato: Attuazione–*Salvo quanto disposto dagli articoli 677 e seguenti in ordine ai sequestri, l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito.* Per una interessante casistica sull'uso dei termini *attuazione* ed *esecuzione*, si rimanda a Vullo, *L'attuazione*, cit, 51ss.

⁸ Sui problemi sollevati dall'art.669 *quaterdecies* si rimanda a Vullo, *L'attuazione*, cit, 117ss; Merlin, *Procedimenti cautelari*, cit, 393 ss. Si rinviene tuttavia una certa uniformità di vedute intorno all'applicabilità generalizzata del procedimento cautelare uniforme quantomeno ai provvedimenti indicati nel testo.

⁹ L'affermazione ha, per il momento, mero carattere descrittivo del contenuto dell'articolo in esame, e non entra perciò nel merito della distinta questione della configurabilità, o meno, di un modello generale di attuazione applicabile a tutte le tipologie di provvedimenti indicate dall'art.669 *duodecies*, ove non diversamente disposto.

canti ordini di pagamento, con una formulazione letterale che lascia ancora ampio spazio al ruolo dell'interprete, e che richiede perciò, al pari che in passato, la chiarificazione di alcuni passaggi cruciali che coinvolgono il fondamento della tutela cautelare, e dalla cui ricostruzione secondo una logica piuttosto che l'altra dipende la configurazione del modello attuativo *de quo*.

È già stato evidenziato¹⁰ come la disposizione recepisca, nella struttura, gli esiti del lungo cammino interpretativo verso l'enucleazione di una autonomia concettuale dell'attuazione (di alcuni tipi di tutela) cautelare rispetto all'esecuzione che, secondo il codice di rito, assiste la maggior parte dei provvedimenti non cautelari.

In particolare, i sequestri hanno costituito il terreno privilegiato per la ricostruzione, prima dell'introduzione del procedimento cautelare uniforme, di una attuazione assolutamente autonoma dall'esecuzione disegnata dagli artt. 474 ss cpc, ad onta del significativo richiamo, operato dalla previgente come dall'attuale disciplina, ad alcune tecniche proprie di questa.

Le ragioni della scelta sono forse da ricercare nella diversa struttura di queste misure rispetto a quelle recanti ordini di fare-dare, e *maiori causa* di pagamento, in ragione del loro carattere non anticipatorio ma conservativo, che rende di maggior evidenza lo scarto rispetto al risultato soddisfacente conseguibile con l'esecuzione forzata.¹¹ La medesima impostazione concettuale viene tuttavia utilizzata, fin da subito, anche per i provvedimenti recanti ordini di *facere - dare*, soprattutto resi ai sensi dell'art. 700 cpc, norma che, concepita dai *conditores* del 1940 come chiusura del sistema, ha invece rivelato quella capacità espansiva che l'ha resa il fulcro della tutela cautelare nei più svariati settori dell'ordinamento.

La leva che ha permesso all'attuazione di questi provvedimenti di affrancarsi dai modelli esecutivi del codice di rito è da rintracciare, com'è noto, nella cd. teoria dell'unità del procedimento cautelare, espressa da Liebman in un noto saggio degli anni cinquanta.¹² L'Autore, riflettendo sulla funzione della cautela, rileva che la cognizione del giudice, da sola, non fornisce alcun risultato utile, in quanto serve soltanto a rendere possibile l'attuazione della misura cautelare, di cui controlla l'esistenza dei presupposti di legge. Unico ed indivisibile è l'interesse ad agire del beneficiario, che si realizza, a

¹⁰ Vullo, *L'attuazione*, cit., 49, 118 ss e *passim*.

¹¹ Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 197 ss, Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., Napoli, 1964, IV, 184; Calvosa, *Il processo cautelare, (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, 1970, 573 ss; Bracci, *Il sequestro giudiziario*, Napoli, 1966, 235 ss; Cass. 20 maggio 1969 n. 1784.

¹² *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 248ss.

differenza che nella tutela ordinaria, solo con l'attuazione piena della cautela, qualunque essa sia.¹³

Da questa premessa, Liebman trae una precisa conseguenza sul piano processuale: l'impossibilità di distinguere, all'interno del procedimento cautelare, un processo di cognizione da uno di esecuzione, in quanto si è in presenza di un *unicum* tendente direttamente a porre in atto la cautela, e caratterizzato da un misto di cognizione ed esecuzione.¹⁴

Lo scarto della teoria di Liebman rispetto alle più classiche elaborazioni della tutela cautelare, di cui pure si pone come sviluppo evolutivo, consiste proprio in una attenzione agli aspetti procedurali più dilatata che negli immediati precedenti. A questi si deve infatti l'individuazione del fenomeno dal punto di vista della diversa qualità della cognizione rispetto a quella necessaria all'affermazione del diritto in via ordinaria. La loro attenzione è tutta concentrata sulla tecnica processuale che consente di neutralizzare gli svantaggi della necessità di ricorrere al processo per ottenere ragione: la delibazione del solo *fumus*, piuttosto che del *bonum ius*.¹⁵

¹³ Liebman, *Unità del procedimento cautelare*, cit., 248.

¹⁴ Liebman, *ibidem*.

¹⁵ La sommarietà della cognizione è da sempre appartenuta all'elaborazione scientifica della tutela cautelare. Non potendo risalire troppo oltre nel tempo, si può partire dalle *Istituzioni di diritto processuale civile*, in cui Giuseppe Chiovenda ha dato sistemazione più compiuta al suo pensiero espresso anche nei *Principii*, ed edite a Napoli in varie edizioni già nel 1933 e nel 1935, ove compare, nel contesto del riconoscimento dall'azione *assicurativa* come figura generale, la caratterizzazione della *summaria cognitio*: “L'urgenza del provvedimento non permette che un esame affatto superficiale. Nella misura provvisoria è dunque necessario, prosegue il Maestro, (alla p. 237 della sesta ristampa delle *Istituzioni*)“ (...) *distinguere la giustificazione attuale, cioè di fronte alla apparenze del momento, e la sua giustificazione ultima. La misura provvisoria attua una effettiva volontà di legge, ma una volontà che consiste nel garantire l'attuazione d'un'altra supposta volontà di legge: se in seguito, ad esempio, questa altra volontà è dimostrata inesistente, anche la volontà attuata colla misura provvisoria si manifesta come una volontà che non avrebbe dovuto esistere (...)*”. La cognizione sommaria come corrispondente al carattere urgente del provvedimento è del processo ritorna anche nelle *Lezioni di diritto processuale civile* di Carnelutti (pag. 83 della Rist. Cedam) del 1936, ed è riproposta nella monografia di Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 20 e *passim*, ove si evidenzia che i provvedimenti cautelari rappresentano la conciliazione tra opposte esigenze della giustizia: il far presto ma male, e il far bene ma tardi. Essi infatti mirano anzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente e con la necessaria ponderatezza nelle riposate forme del giudizio di cognizione ordinario. V. inoltre Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 32 e *passim*; lo stesso Liebman, *Unità del procedimento cautelare*, cit., 252; ancora Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 365: “(...) il processo cautelare si contenta di ricercare la probabilità, ch'è una formula molto più modesta (di quella della verità, nella cui ricerca, secondo l'A., si risolve la cognizione ordinaria); insomma il processo cautelare non può an-