

CASI E QUESITI IN TEMA DI COMPETENZA E PROCEDIMENTO (ARTT. 669-BIS, TER, QUATER, QUINQUIES, SEXIES, C.P.C.)

Relatore:
dott. Flavio LAPERTOSA
presidente di sezione del Tribunale di Monza

1. Premessa.

In accordo con il prof. Luiso ho riservato a me la trattazione dei primi due argomenti indicati nel programma e cioè la competenza e il procedimento. La trattazione non è peraltro affidata ad una relazione di tipo tradizionale, bensì alla illustrazione breve di alcuni interrogativi specifici in chiave problematica in modo tale da lasciare immediato spazio al dibattito e accrescere così l'interesse e il contributo di tutti i presenti su singole questioni che ho selezionato tenendo conto del quadro normativo attuale.

2. Competenza.

2.1. I criteri di individuazione del giudice competente a provvedere sulla istanza cautelare proposta ante causam

Come è noto, il primo comma dell'art. 669-ter fissa la regola che "prima dell'inizio della causa di merito la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito".

La norma, che soffre due eccezioni previste nei due commi successivi per le cause di competenza del conciliatore (e, in futuro, del giudice di pace) nonché per quelle nelle quali il giudice italiano sia sfornito di giurisdizione, è stata giustamente salutata con particolare favore dalla dottrina. Essa infatti ha semplificato notevolmente il ricorso alla tutela cautelare, superando i dilemmi interpretativi determinati in passato dalla previsione del concorrente foro del luogo di esecuzione del sequestro (art. 672) o del luogo in cui l'istante teme che stia per verificarsi il fatto dannoso (art. 701). Nel contempo ha fatto venir meno la competenza "funzionale" del Pretore (art. 701) e del Presidente del Tribunale (art. 672) in tema di provvedimenti di urgenza e di sequestri, la quale non trovava alcuna giustificazione nella rispettiva ordinaria competenza per materia e che anzi prescindeva da qualsiasi specializzazione per materia, giacché quei giudici si trovavano ad affrontare in sede cautelare delicate questioni sostanziali di cui, in linea di massima, non avrebbero mai potuto conoscere in sede di merito (sul punto v. le osservazioni di Consolo, *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Documenti Giustizia*, 1991, n. 11, 73).

Attraverso il collegamento della competenza sulla cautela e sul merito si è quindi esaltata la strumentalità della tutela cautelare, si sono snellite le questioni sulla competenza (in armonia con la nuova disciplina dell'art. 38 c.p.c.) e si è assicurata una maggiore specializzazione dei giudici chiamati a provvedere.

Restano invece immodificati i criteri di attribuzione della competenza nei procedimenti di istruzione preventiva – in quanto estranei alla riforma del procedimento cautelare, salva l'applicazione dell'art. 669 septies – e nei procedimenti nunciativi ante causam (art. 688) in considerazione dell'esigenza di evitare che la trattazione della fase cautelare urgente sia complicata da questioni di competenza ricollegate alla natura possessoria o petitoria della causa di merito (Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 333).

Ora, tenendo presente la nuova regola dettata in tema di competenza ante causam, è lecito porsi i seguenti interrogativi:

a) se, come nella generalità dei casi accade, la competenza per territorio nella causa di merito è derogabile, la istanza cautelare ante causam va proposta al giudice che per legge sarebbe territorialmente competente a decidere il merito (in via esclusiva o alternativa) o può essere proposta a qualsiasi ufficio giudiziario competente per materia e valore, riservando all'altra parte la facoltà di eccepire l'incompetenza? Questione che in certo senso è collegata all'altra relativa alla possibilità di dichiarare in sede cautelare la incompetenza con decreto. Tale ultima questione, già risolta in vario senso dalla giurisprudenza (sul punto v. Pret. Pescara 8-2-1993, in *Giur. merito*, 1993, 918, con nota Cirulli; Pret. Monza 3-2-1993, in *Foro it.*, 1993, I, 1693; Trib. Milano 8-7-1993, in *Foro it.*, 1994, I, 1612), verrà illustrata dal prof. Luiso giacché riguarda il provvedimento. Tuttavia mi riservo di dedicarvi tra poco qualche personale osservazione;

b) inoltre, nel caso di foro esclusivo pattizio, l'istanza cautelare va proposta al giudice che sarebbe astrattamente competente per il merito secondo le ordinarie regole processuali o a quello in concreto competente per autonoma determinazione delle parti?

La risposta ai due quesiti necessita di alcune puntualizzazioni.

È stato detto esattamente (G. Verde, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, 433) che il criterio di attribuzione della competenza sulla domanda cautelare è determinato in via indiretta, in funzione cioè della competenza del giudice del merito: prima si individua il giudice del merito e in funzione di quest'ultimo si individua il giudice della cautela. Si tratta in definitiva di una sorta di competenza funzionale che in base all'immodificato art. 28 c.p.c. non è derogabile dalle parti.

Proprio in ragione di tale inderogabilità, il giudice della cautela deve preliminarmente verificare la propria competenza.

Secondo una opinione (Montesano-Arieta, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, p. 125), poiché la competenza in materia cautelare è inderogabile ex art. 28, essa deve individuarsi con riferimento alla competenza territoriale legalmente stabilita per il merito e quindi prescindendo da eventuali deroghe convenzionali, dimodoché la domanda cautelare andrebbe proposta al giudice competente ai sensi degli artt. 18 ss. c.p.c., mentre il giudizio di merito dovrebbe radicarsi avanti al giudice scelto dalle parti, con ciò postulandosi una necessaria divaricazione di competenza per la cautela e per il merito (nello stesso senso Preden, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 60/92, 266). Ciò perché in caso contrario, le parti, attraverso lo spostamento di competenza previsto per il merito, verrebbero a modificare la competenza cautelare, che invece non è disponibile.

L'opinione non convince. Appare invece preferibile la tesi di chi (Frus, *Le riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 1993, 622; Guarneri, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di Tarzia e Cipriani, Padova, 1992, 229; Verde, op. cit. 434) rileva che la inderogabilità della competenza cautelare deve essere riferita al criterio che la collega indissolubilmente alla competenza per il merito e non già ai criteri legali derogabili fissati per la individuazione del giudice competente per il merito. Le parti cioè non possono derogare al principio che radica la competenza cautelare ante causam presso il giudice competente per il merito, ostandovi l'art. 28; ma una volta che esse stabiliscano in via pattizia il giudice competente in via esclusiva per il merito (sempreché si versi in tema di competenza territoriale derogabile) la domanda cautelare ben può essere proposta al giudice così designato.

Del resto si tratta della medesima soluzione che la giurisprudenza aveva prospettato riguardo alla concessione del sequestro ante causam secondo la legge previgente (v. per tutte Cass., 13-1-1982 n. 185, in *Foro it.*, 1982, I, 1987).

La risposta che può darsi ai due quesiti sopra indicati è quindi la seguente: in mancanza di deroga preventiva, la domanda cautelare deve essere proposta al giudice che, secondo i criteri legali, sarebbe competente per il merito. In caso di fori territoriali alternativi, essa potrà quindi essere proposta a uno qualsiasi di essi (scegliendo ad es. tra i fori concorrenti previsti ex artt. 18 e 20

c.p.c.). Non sarà possibile invece proporla a qualsiasi giudice competente per materia e per valore in considerazione della normale derogabilità della competenza territoriale, poiché il giudice deve verificare preliminarmente e d'ufficio la propria competenza con riguardo al merito e deve quindi poter effettuare il controllo anche in relazione alla competenza per territorio come stabilita dalla legge, quando non gli risulti già la deroga pattizia.

Né potrebbe sostenersi che, dovendo la incompetenza dichiararsi necessariamente con ordinanza, l'accettazione del foro territoriale (derogabile) scelto dal ricorrente al di fuori della previsione legale impedirebbe la pronuncia declinatoria perché in tal caso la domanda cautelare risulterebbe proposta avanti al giudice competente per il merito in virtù della deroga concordata.

La competenza cautelare ante causam va invero individuata con riferimento al momento della domanda cautelare e cioè al momento del deposito del ricorso, quando l'altra parte non è in grado di accettare alcuno spostamento di competenza che non sia stato preventivamente concordato nei modi di legge. E ciò è sufficiente a risolvere il problema a prescindere dalla questione sulla forma del provvedimento negativo di competenza (su cui v. par. 2.3.). Se invece il ricorrente dimostri la esistenza del foro convenzionale esclusivo per il merito, il giudice della cautela dovrà verificare la propria competenza sulla base di tale accordo in forza del necessario collegamento di competenza tra cautela e merito; che è di per sé inderogabile per il disposto combinato degli artt. 28, 38 e 669-ter.

È peraltro evidente come in ogni caso la soluzione si presti a inconvenienti non trascurabili. Se si optasse per la soluzione qui aversata, si verrebbe ad ammettere una ulteriore eccezione alla regola della tendenziale coincidenza tra cautela e merito per quanto attiene alla competenza, in contrasto con le chiare linee ispiratrici della riforma.

Se invece si dà rilievo al foro convenzionale anche ai fini della domanda cautelare ante causam, come qui sostenuto, si rende più difficoltoso l'accesso alla tutela cautelare per chi sia costretto ad agire lontano dal centro dei propri interessi (in tal senso Frasca, I provvedimenti cautelari, di D'Aietti, Frasca, Manzi, Miele, Milano, 1993, 21).

2.2. Se la causa di merito debba essere proposta allo stesso giudice della cautela dichiaratosi esplicitamente o implicitamente competente.

Non può per contro aderirsi alla tesi di chi (Guarnieri, op. cit., 299) per motivi di ordine pratico sostiene che la parte ricorrente, scegliendo il giudice della cautela, scelga anche il giudice davanti al quale dovrà instaurare la causa di merito ai sensi dell'art. 669-octies. Manca una disposizione in tal senso nella legge n. 353/90, talché la stessa norma ora citata non prevede nemmeno che il giudice della cautela debba indicare il giudice competente a conoscere del merito. E per il giudizio di merito non possono non valere le ordinarie norme processuali che assicurano all'attore la libertà di scelta tra fori concorrenti (conf. Consolo, in Consolo, Luiso, Sassani, La riforma del processo civile, Milano, 1991, 486; Saletti, Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari, in Riv. dir. proc., 1991, 369).

Deve peraltro darsi conto di un'autorevole opinione (Verde, op. cit., 436) secondo la quale il giudice del merito sarebbe individuato in funzione del giudice che ha emesso la cautela. E ciò sulla base di intuitive esigenze di opportunità e di due argomenti testuali: l'art. 669-octies, stabilendo che il giudice della cautela deve fissare il termine per l'inizio della causa di merito senza necessità di indicare il giudice competente, darebbe per implicito che questo debba identificarsi con l'ufficio cui appartiene; e l'art. 669-novies, attribuendo all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare la competenza a decidere sulla sopravvenuta inefficacia del provvedimento stesso, dimostrerebbe ulteriormente che il giudice del merito deve coincidere con il giudice della cautela. Ma affermare un siffatto nesso biunivoco tra giudice della cautela e giudice del merito significherebbe, come lo stesso Autore riconosce, affermare la esistenza di una ipotesi di competenza (parzialmente) inderogabile. Il che appare francamente insostenibile in considerazione del principio di tassatività delle ipotesi di competenza territoriale inderogabile.

Non sembra neppure condivisibile l'alternativa di considerare la coincidenza tra giudice della cautela e del merito come condizione legale per la conservazione della efficacia della misura cautelare. La inefficacia potrebbe invero dipendere dalla mancata instaurazione tempestiva del giudizio di merito avanti al giudice "competente". Ma, a parte i seri dubbi sollevati in dottrina in ordine alla rilevanza della sentenza declinatoria di competenza sulla efficacia della misura cautelare (sulla questione v. Frus, op. cit., 714 ss.), rimarrebbe comunque da dimostrare che il giudice competente per il merito sia lo stesso che ha disposto la cautela. E la prova non sembra efficacemente sostenuta da chiari appigli normativi, tanto più che il giudice della cautela non è tenuto a dare alcuna indicazione sulla competenza (art. 669-octies). In definitiva deve ribadirsi che la coincidenza tra giudice della cautela e del merito è solo tendenziale, onde nel caso di fori concorrenti il ricorso preventivo alla tutela cautelare non può privare la parte ricorrente della facoltà di instaurare il giudizio di merito davanti ad altri giudici nell'ambito di quelli previsti dalla legge. La questione, comunque, è molto complessa e attiene soprattutto alla inefficacia del provvedimento cautelare, per cui potrà essere più approfonditamente trattata in altra sede.

2.3. Se il rigetto per incompetenza possa essere disposto con decreto

Altra questione interessante, che lambisce l'argomento in esame, ma che riguarda anche il procedimento ed attiene principalmente al "provvedimento" di cui parlerà il prof. Luiso è quella relativa alla possibilità di dichiarare la incompetenza con decreto, senza provocare previamente il contraddittorio.

È peraltro opportuno precisare che la questione si pone in termini non diversi in relazione a qualsiasi provvedimento di rigetto.

La tesi della necessità della ordinanza fa leva sul richiamo testuale dell'art. 669-septies alla ordinanza di incompetenza e sulla possibilità che il resistente accetti la scelta del giudice competente operata dal ricorrente (Proto Pisani, La nuova disciplina dei procedimenti cautelari, in Foro it., 1991, V, 68; Cecchella, in Capponi, Cecchella, Vaccarella, Il processo civile dopo le riforme, Torino, 1992, 365; Montesano-Arieta, op. cit., 136; Carpi, in Carpi, Colesanti, Taruffo, in Commentario breve al c.p.c., Padova, 1993, 218; Pret. Monza, 3-2-1993, in Foro it., 1993, I, 1693). Ma il richiamo all'ordinanza, che peraltro l'art. 669-septies contempla per ogni ipotesi di provvedimento negativo (così come del resto fa l'art. 669-octies per il provvedimento di accoglimento) non appare significativo.

L'art. 669-sexies, che regola il procedimento, prevede che a qualunque soluzione intenda pervenire, il giudice designato provvede o, come è regola, dopo avere convocato le parti, e quindi con ordinanza (primo comma), ovvero con decreto, quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, in tal caso fissando una udienza ravvicinata per la conferma, modifica o revoca con ordinanza del provvedimento emesso.

La norma non fa distinzione alcuna riguardo al contenuto positivo o negativo del provvedimento ma prevede semplicemente che la sua stabilità sia subordinata a una conferma resa con ordinanza nel contraddittorio delle parti.

Ne segue che in presenza di un provvedimento negativo di rigetto per incompetenza (o per altre ragioni di rito o di merito) il ricorrente, se vorrà evitare di rendere l'altra parte edotta del risultato inutile della intentata azione cautelare, potrà rinunciare al ricorso (Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile, Padova, 1991, 238), ovvero omettere la notifica del ricorso e del decreto ex art. 669-sexies, comma 2, (Frus, op. cit., 675; Pret. Pescara 8-2-1993, in Giur. merito, 1993, 918 con nota di Cirulli).

D'altra parte, essendo la incompetenza in materia cautelare rilevabile di ufficio ex artt. 28 e 38 c.p.c. la convocazione della controparte può risultare del tutto inutile (Salvaneschi, in Le Nuove Leggi Civili Commentate, Padova, 1992, 326), mentre, operando nel senso indicato, nessun pregiudizio in concreto viene arrecato al ricorrente che può scegliere se instaurare il contraddittorio per ottenere la revoca del decreto o per proporre poi reclamo all'ordinanza di conferma del provvedimento

negativo ovvero presentare nuovamente la istanza cautelare presso lo stesso ufficio giudiziario o presso l'altro ufficio giudiziario ritenuto competente nel provvedimento di rigetto, e ciò in considerazione della mancanza di effetti preclusivi del provvedimento di rigetto per incompetenza (Trib. Milano, 8-7-1993, in Foro it., 1994, I, 1614).

Va inoltre rilevato che la possibilità del giudice di provvedere con decreto dipende dalla ritenuta sussistenza di un pregiudizio irreparabile che all'attuazione del provvedimento potrebbe derivare dall'audizione della controparte (per l'identificazione delle ipotesi atte a giustificare la posticipazione del contraddittorio, v. Luiso, La riforma dei procedimenti cautelari, in Documenti Giustizia, n. 7-8, 50). Se in tal caso il giudice disponesse la convocazione di questa al fine di dichiararsi incompetente con ordinanza, frusterebbe la possibilità per il ricorrente, ignaro dell'impedimento processuale, di proporre l'istanza cautelare avanti al giudice competente senza renderne previamente informata la controparte, rendendo perciò irreversibile il pregiudizio stesso (Frus, op. cit., 676).

Tuttavia la ragione per la quale il "decreto" di incompetenza, legittimo sul piano formale, appare in concreto improbabile è data a mio parere dal fatto che il pregiudizio derivante dalla previa convocazione della controparte può ritenersi sussistente in quanto il giudice ritenga di poter concedere la misura cautelare, non essendo certamente siffatta valutazione ancorata alla mera allegazione del ricorrente. E la possibilità di concedere la cautela presuppone che il giudice sia competente a provvedere in tal senso. Se invece egli si ritenga incompetente, la preliminare valutazione del pregiudizio appare inutile ed è naturale che il giudice disponga la convocazione delle parti e si dichiari poi incompetente con ordinanza.

2.4. Se la designazione del giudice incaricato per la trattazione del procedimento cautelare ante causam vincoli la scelta del giudice da designare per la trattazione del merito

L'art. 669-ter, ult. comma, si limita a stabilire che il Presidente del Tribunale o il Pretore dirigente designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento cautelare e neppure gli articoli seguenti offrono alcuna indicazione riguardo alla necessità che il giudice incaricato della trattazione del giudizio di merito incardinato presso lo stesso ufficio giudiziario debba coincidere fisicamente con il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare. Per quanto la coincidenza possa apparire economicamente auspicabile per l'esigenza di non disperdere le conoscenze acquisite dal giudice della cautela, è evidente che manca un precetto imperativo in tal senso. Così come appare chiaro che la correlazione nella competenza tra giudice della cautela e del merito non può configurarsi in termini di identità fisica del magistrato ed anzi, come è stato già rilevato, neppure in termini di necessaria identità di ufficio giudiziario. D'altra parte è impensabile che negli uffici giudiziari di grandi dimensioni, il dirigente, o chi per lui, per designare il giudice incaricato della trattazione del merito debba leggere gli atti introduttivi alla ricerca di una eventuale pronuncia ante causam (soluzione adombrata da Frus, op. cit., 627), laddove la eventualità che il giudice risulti diverso da quello che ha provveduto in sede cautelare presenta il vantaggio "giuridico" di allontanare il rischio di un condizionamento nel giudizio.

Deve perciò escludersi un nesso rigido tra cautela e merito per quanto concerne la designazione del giudice (conformi Carpi, op. cit., 208; Attardi, op. cit., 232). D'altra parte non è concepibile neppure la ipotesi simmetrica, e cioè che alla trattazione del procedimento cautelare sia incaricato il medesimo giudice che sarà designato per il merito, per l'assorbente motivo che al momento della prima designazione la causa di merito, per definizione, non è stata ancora instaurata.

2.5. Se nel caso di pendenza dell'azione civile in sede penale la competenza cautelare spetti in via esclusiva al giudice civile

Il 6° e ultimo comma dell'art. 669-quater, che regola la competenza cautelare in corso di causa, dispone che si applica il terzo comma dell'art. 669-ter (competenza del giudice civile del luogo in cui il provvedimento cautelare deve essere eseguito) "nel caso in cui l'azione civile è stata esercitata

o trasferita nel processo penale, salva l'applicazione del comma 2 dell'art. 316 c.p.p." L'art. 316 c.p.p. stabilisce a sua volta che la parte civile può chiedere il sequestro conservativo dei beni dell'imputato o del responsabile civile a garanzia delle obbligazioni civili derivanti dal reato e il successivo art. 317 regola la competenza e la forma del provvedimento a seconda delle varie fasi del procedimento penale.

Ci si chiede se l'inciso "salva l'applicazione del comma 2 dell'art. 316 c.p.p." deve intendersi nel senso che la competenza a emettere il sequestro conservativo spetti in via esclusiva al giudice penale o nel senso che tale competenza si aggiunga a quella del giudice civile. La dottrina si è divisa. Per la prima soluzione proponendo, tra gli altri, Saletti, (op. cit., 332), Proto Pisani (op. ult. cit., 62), Carpi, Colesanti, Taruffo (op. cit., 214), Guarnieri (op. cit., 307), Oberto (Il nuovo processo cautelare, Milano, 1992, 13); per la seconda Frus (op. cit., 646), Consolo (op. cit., 456), Attardi (op. cit., 235); Cecchella (op. cit., 358).

Anche i precedenti giurisprudenziali finora editi risultano contrastanti (per la competenza esclusiva del giudice penale si è espresso Trib. Roma 20-10-1993, in Foro it. 1994, I, 2256; per la competenza concorrente v. invece, Trib. Roma 21-7-1993, in Foro it., 1994, I, 907 e in Giur. it., 1994, I, 2, 187 con nota di Cavallini). A favore della tesi della competenza esclusiva del giudice penale, che appare preferibile, milita la considerazione che il sequestro conservativo, a differenza delle altre misure cautelari, è strettamente collegato con le domande restitutorie e risarcitorie formulate con l'azione civile proposta o trasferita in sede penale, determinando l'esigenza del rispetto del fondamentale criterio di collegamento tra cautela e merito. Nell'altro senso vale il rilievo, puramente formale, che la proposizione eccezionale "salva l'applicazione del 2° comma dell'art. 316 c.p.c." potrebbe giustificarsi con la finalità di escludere l'abrogazione implicita della norma processuale penale per effetto dello *ius superveniens*.

Resta fermo che per le altre misure cautelari diverse dal sequestro conservativo è competente in via esclusiva il giudice civile del luogo di esecuzione della misura cautelare: soluzione questa giustamente criticata sul piano della coerenza sistematica da Proto Pisani (op. cit., 62), sulla base del rilievo che in tali casi un giudice civile astrattamente competente a conoscere del merito sarebbe comunque individuabile e che peraltro esiste in concreto un giudice italiano competente a conoscere del merito, tale essendo il giudice penale avanti al quale pende l'azione civile.

2.6. Se in pendenza del termine per proporre appello alla sentenza del Tribunale la legittimazione a provvedere sulla domanda cautelare spetti al Giudice Istruttore o al collegio

Il quarto comma dell'art. 669-quater stabilisce che "in pendenza dei termini per proporre l'impugnazione la domanda si propone al giudice che ha pronunciato la sentenza".

Premesso che la disposizione consente di ritenere a contrario che una volta proposta la impugnazione la domanda cautelare va rivolta al giudice ad quem (Frasca, op. cit., 30) e dato atto del fatto che essa dovrebbe ricevere scarse applicazioni in relazione alla prevista esecutorietà delle sentenze di primo grado (v. al riguardo le osservazioni di Proto Pisani, op. ult. cit., 63 ss. e Carpi, op. cit., 212), il problema pratico che qui si pone è di verificare se la competenza a provvedere spetti al Giudice Istruttore che aveva trattato la causa di merito o al collegio che ha emesso la decisione.

La seconda soluzione, prospettata dalla unanime dottrina (oltre agli Autori sopra citati, Frus, op. cit., 639; Montesano-Arieta, op. cit., 127 e, in termini dubitativi, Tommaseo, Provvedimenti urgenti per il processo civile. Legge 22 novembre 1990, n. 353, commento agli artt. da 73 a 77, in Corr. giur., 1991, 99) e accolta in giurisprudenza dal Trib. Bari 20-10-1993 (in Foro it., 1994, I, 231), appare preferibile in virtù del chiaro nesso stabilito tra competenza e giudice che ha pronunciato la sentenza. Ciò varrà anche per le cause riservate alla cognizione del collegio anziché al giudice unico una volta che entrerà in vigore la riforma del processo civile, con la modifica dell'art. 48 r.d. 30-1-1941, n. 12, nel senso cioè che durante il termine per appellare la competenza cautelare spetterà al giudice unico o al collegio a seconda di chi abbia emesso la decisione (indipendentemente da ogni indagine sulla eventuale invalidità della sentenza perché emessa dal giudice non legittimato).

Ove poi la sentenza sia stata deliberata dal collegio ma non ancora pubblicata, non potrà ritenersi pendente il termine per la impugnazione e conseguentemente la istanza cautelare deve essere proposta al Giudice Istruttore che l'ha trattata (contra, Carpi, Colesanti, Taruffo, op. cit., 213, secondo cui la ipotesi in esame dovrebbe invece essere assimilata a quella regolata dal quarto comma dell'art. 669-quater).

Più interessante appare la questione relativa alle conseguenze derivanti dalla erronea proposizione della domanda cautelare al G.I. anziché al collegio (e, in futuro, al giudice unico anziché al collegio o viceversa).

Poiché tra Giudice Istruttore e collegio appartenenti allo stesso ufficio giudiziario non può sorgere, secondo la prevalente opinione affermata in dottrina e giurisprudenza, una questione di competenza, bensì di legittimazione a provvedere, il giudice erroneamente adito non potrebbe dichiararsi incompetente ma dovrebbe comunque rigettare l'istanza cautelare, anche con decreto, per motivi di rito (in quanto non legittimato) secondo l'analogo regime previsto per la incompetenza.

Ragioni di economia processuale possono consigliare una remissione del fascicolo al giudice legittimato in applicazione analogica dell'art. 274-bis (in questo senso si è orientato Trib. Bari 20-10-1993, cit., in un caso parzialmente simile, ove il Presidente del Tribunale aveva erroneamente designato per la trattazione del procedimento cautelare il Giudice Istruttore come se si trattasse di domanda ante causam anziché al collegio che aveva emesso la decisione di merito soggetta a impugnazione).

Peraltro, non essendo detta norma ancora vigente, appare allo stato preferibile la soluzione più sicura del decreto di rigetto per ragioni di rito, almeno in tutti quei casi in cui l'errore nella individuazione del giudice legittimato sia imputabile al ricorrente (sulla questione sotto il vecchio regime v. altresì Pret. Bari 23-6-1992, in Foro it. 1993, I, 307).

2.7. Se il giudice che conosce del merito sia competente a provvedere sulla istanza cautelare in corso di causa anche se incompetente sul merito

Questione collegata al tema dei rapporti tra competenza sulla cautela e sul merito, accennata al par. 2.4., è quella relativa alla individuazione della competenza a provvedere sulla istanza cautelare proposta in corso di causa avanti al giudice che procede. Si tratta di stabilire se egli è competente a provvedere sulla domanda cautelare anche se si ritenga incompetente a provvedere sul merito.

La scelta del legislatore appare abbastanza chiara sul punto.

L'art. 669-quater stabilisce infatti che "quando vi è causa pendente per il merito la domanda deve essere proposta al giudice della stessa, vale a dire, parafrasando la norma, davanti al giudice avanti al quale pende la causa per il merito, e quindi a prescindere dal fatto che egli si ritenga o meno competente a decidere la causa nel merito (in tal senso, Consolo, Luiso, SAssani, op. cit., 444; Frus, op. cit., 630).

E tale regola è del tutto conforme alla interpretazione che la giurisprudenza anteriore dava della parallela disciplina della competenza sulla richiesta di sequestro in corso di causa prevista nell'abrogato art. 673 c.p.c. (Cass., 9-8-1972, n. 2633, in Rep. Giust. civ., 1972, voce Sequestro conservativo e giudiziario, n. 12; Cass., 25-1-1973, n. 247, in Giust. civ., 1973, I, 956).

Vero è che questa soluzione presta il fianco all'abuso della tutela cautelare giacché il ricorrente "può consapevolmente portare la causa davanti a un giudice incompetente per il merito, ritenendo di poter ottenere da lui più facilmente il provvedimento cautelare (così Verde, op. cit., 435).

Non solo, ma come è stato efficacemente osservato, "la tempestiva deduzione (ex art. 38 c.p.c. novellato) dell'eccezione di incompetenza non consente di paralizzare la pronuncia cautelare, che potrà essere emanata anche ove il giudice adito, ritenendo l'eccezione fondata, si appresti a deciderla con sentenza" (così Frus, op. ult. cit., 630).

Tuttavia gli inconvenienti prospettati non paiono sufficienti a superare un inequivoco indirizzo del legislatore, volto a fissare un nesso, questa volta sì assoluto, tra cautela e merito in ossequio a

prioritarie esigenze di semplificazione delle questioni sulla competenza. E ciò anche in considerazione del fatto che, essendo la incompetenza sul merito rilevabile solo entro la prima udienza di trattazione ex artt. 183 (secondo il disegno della Novella 353/1990), la domanda cautelare sarà di norma proposta prima della causa e dopo la prima udienza.

Nell'unico precedente giurisprudenziale finora edito sulla questione (Trib. Pistoia, 20-10-1994, in Foro it., 1994, I, 3215) si osserva a sostegno della contraria opinione che la sentenza di incompetenza sul merito verrebbe a caducare la misura cautelare, così conducendo all'assurdo di attribuire al giudice della causa pendente il potere di emanare un provvedimento (cautelare) che, fin dal momento della sua pronuncia, sarebbe destinato ad esser travolto dalla dichiarazione di incompetenza. L'osservazione è assai efficace. Essa tuttavia da un lato presuppone la equiparazione tra sentenze di rito e sentenze di rigetto nel merito, che appare tutt'altro che pacifica alla luce del disposto del comma 3 dell'art. 669-novies ("il provvedimento cautelare perde altresì efficacia se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso") e dall'altro esclude rilievo al meccanismo della *traslatio iudicii* ex art. 50 c.p.c. come strumento di conservazione della efficacia delle misure cautelari (mentre la questione è assai controversa in dottrina: v. in sensi diversi Frus, op. cit., 630 e Sassani, in Consolo, Luiso, Sassani, op. cit., 497).

In ogni caso si tratta di un argomento che contrasta invincibilmente con un dettato normativo chiaro e ragionevole, se si considera anche che nella incertezza della decisione sulla questione di competenza del merito, la parte interessata a proporre la domanda cautelare che fosse rigettata per incompetenza dal giudice della causa pendente, si troverebbe nella necessità di riproporla, ante causam, ad altro giudice indicato come competente e quindi ad attivare, in caso di provvedimento favorevole, un secondo giudizio di merito ex art. 669-octies prima della definizione dell'altro, dando luogo alla perversa successione di identici giudizi.

2.8. Disciplina della domanda cautelare proposta in corso di causa ma in funzione di una domanda diversa da quella dedotta nel giudizio

Resta il fatto che la concessione della misura cautelare richiesta in corso di causa esige, tra l'altro, che essa abbia funzione strumentale alla pronuncia di merito postulata dal ricorrente. Ci si può chiedere allora che sorte meriti una domanda cautelare proposta in corso di causa che abbia oggetto diverso da quello del giudizio di merito. La questione è stata affrontata dal Trib. Milano 7-4-1993 (in Giust. civ., 1993, I, 1633) che, argomentando da significativi elementi di inerenza della cautela al merito (in particolare dal regime della competenza ante causam modellato fin dall'inizio sulla competenza per il merito; dal regolamento delle spese nel caso di provvedimento di accoglimento; dalla inefficacia della misura cautelare nel caso di mancata instaurazione del giudizio di merito e infine dalla correlazione dell'attività istruttoria prevista nel primo comma dell'art. 669-sexies con i fini e i presupposti del provvedimento cautelare invocato), ha fatto applicazione del generale principio di conservazione degli atti giuridici decidendo sulla istanza in sede di reclamo come se fosse stata proposta ante causam.

Al di là della specifica soluzione data nel citato precedente, condizionata da altri elementi che non è qui il caso di richiamare, sembra preferibile sostenere che una istanza cautelare proposta in corso di causa, ma che sia in funzione di una domanda di merito diversa da quella dedotta nel giudizio, deve essere esaminata in ragione del tempo e del modo in cui è stata proposta, e cioè come domanda cautelare "in corso di causa". La mancanza di inerenza rispetto al merito non può costituire ragione sufficiente per trattarla alla stregua di una domanda cautelare ante causam, ma dovrebbe invece condurre al rigetto della cautela richiesta per difetto di quel nesso di strumentalità che deve sussistere rispetto al merito: strumentalità che nei procedimenti cautelari ante causam va riguardata rispetto al diritto che si intende azionare nel futuro giudizio e che nei procedimenti cautelari pendente lite va riguardata invece rispetto alle pretese già dedotte.

2.9. Se sia ammissibile la tutela cautelare in presenza di clausola compromissoria per arbitrato irrituale

Nel vigore della nuova disciplina del procedimento cautelare è stata riproposta la questione relativa alla ammissibilità della tutela cautelare in caso di compromissione o di pendenza di arbitrato irrituale, questione che era risolta prevalentemente in senso negativo sotto il regime previgente, sull'assorbente rilievo che le parti, attraverso la clausola compromissoria per arbitrato libero, rinunciano alla tutela giurisdizionale derivante dal rapporto controverso e quindi anche alla tutela cautelare che a quella è strumentale.

L'art. 669-quinquies, dedicato specificamente alla competenza in caso di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale, non offre particolari indicazioni al riguardo. Tuttavia appare chiaro che la disciplina ivi prevista afferisca alla sola ipotesi dell'arbitrato "rituale" (tant'è che nella rubrica si fa riferimento al "giudizio" arbitrale). Eloquente conferma di ricava dagli artt. 669-novies e dell'art. 156-bis disp. att. c.p.c., i quali prendono in considerazione la inefficacia del provvedimento cautelare in conseguenza alla mancata richiesta tempestiva di esecutorietà del "lodo" arbitrale, di un atto cioè del tutto diverso dalle determinazioni emesse nell'arbitrato libero. Le opinioni dottrinarie formulate a sostegno della tesi dell'ammissibilità della tutela cautelare non sembrano condivisibili. Come osserva persuasivamente Saletti (in nota a Trib. Milano 29-9-1993, in Nuova giur. civ. comm., 1994, I, 721), da un lato non è configurabile alcun limite alla facoltà di rinuncia alla tutela cautelare (essendo consentita nel nostro ordinamento sia la rinuncia all'azione che al diritto, ovviamente disponibile, sia alla predisposizione di forme di cautela volontaria compatibili con l'arbitrato); dall'altro appare difficilmente sostenibile l'affermazione (di Montesano-Arieta, in op. cit., 755) secondo cui la strumentalità del procedimento cautelare rispetto al giudizio di merito sarebbe comunque assicurata dalla ricreazione della giurisdizione ordinaria proprio in conseguenza della istanza cautelare, avente efficacia ablatoria degli effetti derivanti dalla clausola compromissoria.

Non si vede infatti come ad una istanza unilaterale processuale possa assegnarsi la virtù di far venir meno il vincolo contrattuale, validamente assunto, a risolvere la lite in via negoziale.

Né appare condivisibile la tesi di chi (Consolo, in op. cit., 460) assume che anche in presenza di clausola compromissoria per arbitrato irrituale sarebbe almeno possibile il ricorso alla tutela cautelare conservativa (sequestri) al fine di assicurare la fruttuosa esecuzione della sentenza di condanna, esecutiva, eventualmente ottenibile in conseguenza del mancato spontaneo adempimento della determinazione arbitrale. Infatti, come ancora rileva Saletti (op. cit., 721), la tutela cautelare, proprio in considerazione della sua strumentalità, deve tendere ad assicurare la fruttuosità della pronuncia chiesta o da chiedere nel relativo giudizio di merito e non può essere invocata anche in vista dei possibili ed ipotetici effetti di eventuali ulteriori provvedimenti ottenibili, sulla base della prima".

Deve perciò concludersi nel senso che nel nuovo regime la questione della ammissibilità della tutela cautelare in caso di arbitrato irrituale si pone in termini non diversi dal passato, anche se la specifica e completa disciplina ora dedicata al procedimento cautelare in riferimento al solo arbitrato rituale offre ulteriori argomenti a sostegno della tesi negativa (conf., in giurisprudenza, Trib. Milano 29-9-1993, in Nuova giur. civ. comm., 1994, I, 720; Trib. Verona 18-10-1993, in Giur. it., 1993, I, 2, 177 con nota critica di Cavallini e, in dottrina, Saletti, op. ult. cit., nonché Appunti sulla nuova disciplina del procedimento cautelare, cit., 365 e 384; Attardi, op. cit., 236; Cirulli, Arbitrato irrituale e provvedimenti di urgenza, in Giust. civ., 1991, I, 2210; Frus, op. cit., 652; Guarnieri, op. cit., 308; Oberto, op. cit., 10; contra, Montesano-Arieta e Consolo, opp. ult. cit.; La China, Diritto processuale civile: la novella del 1990, Milano, 1991, 88).

3. Il procedimento.

3.1. Forma della domanda

Il procedimento cautelare è disciplinato dagli artt. 669-bis e 669-sexies. La prima di queste norme regola la forma della domanda, stabilendo che essa si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente.

Trattandosi di norma posta in apertura della sezione dedicata ai procedimenti cautelari, pare evidente che la forma prevista riguarda tutte le domande cautelari, siano esse proposte ante causam o lite pendente. In tal senso la Novella apporta una ulteriore semplificazione poiché, a differenza di quanto avveniva in passato somministra un modello procedimentale unitario per le istanze cautelari ante o post causam di guisa che la distinzione rileva ai soli fini della competenza (Salvaneschi, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1992, 294).

3.1.1. Se sia possibile formulare la istanza cautelare con la citazione

Con riguardo alla prima eventualità ci si può chiedere se sia legittima la non rara prassi, ammessa sotto il regime previgente (v. Cass. 29-7-1986, n. 4879, in *Rep. Giust. civ.*, 1986, voce *Provvedimenti di urgenza*, n. 8) e specialmente diffusa nel rito del lavoro, di proporre la domanda cautelare con lo stesso atto introduttivo del giudizio di merito e in particolare con la citazione.

Senza dubbio si è in presenza di una difformità formale rispetto allo schema legale. Difformità che però non è sanzionata da nullità. Ammesso che si versi in una ipotesi di nullità formale, si avrebbe comunque sanatoria ai sensi degli artt. 156, comma 3 e 159 c.p.c. Più interessanti paiono perciò le conseguenze derivanti dall'adozione di questa impropria forma giacché, come osserva Verde (op. cit., 438), il problema non è tanto formale quanto relativo al diverso modo di organizzare la fase procedimentale successiva. Ora, di fronte ad una istanza cautelare contestuale alla citazione, la procedura prevista dall'art. 669-ter ultimo comma sembra applicabile con alcuni adattamenti che però comportano non modesti inconvenienti pratici.

A prima battuta potrebbe prospettarsi questa sequenza procedimentale: il cancelliere forma il fascicolo della causa di merito a norma degli artt. 168, 168-bis c.p.c.; il capo dell'ufficio, rilevata la presenza della istanza cautelare, dispone la trasmissione del fascicolo al giudice designato alla trattazione del procedimento cautelare, che sarà lo stesso G.I. designato per la trattazione della causa di merito e che procederà nel modo ritenuto più opportuno ai sensi dell'art. 669-sexies: potrà cioè provvedere con decreto inaudita altera parte (in tal senso Frus, op. cit., 611; contra, Verde, op. cit., 438, secondo il quale, avendo l'altra parte già saputo della iniziativa cautelare, non sarebbe rispettoso della parità delle armi provvedere senza averla ascoltata); ovvero disporrà la convocazione delle parti avanti a sé ai sensi del primo comma dell'art. 669-sexies, fissando in tal caso una udienza non necessariamente coincidente con quella di prima comparizione, nel qual caso l'attore-ricorrente avrà solo l'onere di notificare il decreto di fissazione della udienza fissata per la discussione della domanda cautelare.

In questo iter vengono però a frapporsi alcune complicazioni.

Va innanzitutto considerato che, una volta notificata la citazione, la causa deve ritenersi pendente, onde ai fini della competenza la trattazione del procedimento cautelare è regolata dall'art. 669-quater. Poiché la domanda cautelare è proposta quando il G.I. non è stato ancora designato, trova applicazione il capoverso della disposizione citata, secondo il quale, in tali casi, il Presidente provvede ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 669-ter. Ciò significa che il Presidente, al quale sia presentato il fascicolo per la designazione dell'istruttore a norma dell'art. 168-bis dovrebbe designare il G.I. per la trattazione del procedimento cautelare che, per il combinato disposto degli artt. 669-quater e 669-ter, potrebbe teoricamente essere diverso da quello designato per la trattazione del merito.

Siffatta stortura è tuttavia evitabile sul piano pratico, potendo il Presidente nominare per la cautela lo stesso G.I. incaricato del merito, precisando opportunamente che l'unica designazione deve intendersi effettuata per entrambi i procedimenti. Tuttavia, nei Tribunali divisi in Sezioni il Presidente si limita ad assegnare il fascicolo di causa alla Sezione (secondo tabelle prefissate) ed è il Presidente di questa a provvedere alla designazione del G.I.

In tal caso il raccordo tra cautela e merito diventa difficile giacché il Presidente del Tribunale dovrebbe designare senza indugio il G.I. per la trattazione del procedimento cautelare, opportunamente scegliendolo nell'ambito della Sezione destinataria della causa di merito, con il rischio che il Presidente di Sezione a sua volta nomini per il merito un giudice diverso da quello designato per la trattazione del procedimento cautelare: rischio che a questo punto può darsi per scontato dalla stessa legge. Un rimedio opportuno può essere quello, già invalso nella prassi, che, in applicazione analogica dell'art. 168-bis c.p.c., il Presidente del Tribunale, ricevuto il fascicolo della causa di merito nel quale sia inserita la citazione con la contestuale richiesta di cautela, si limiti ad assegnarlo alla Sezione, dopodiché sarà il Presidente della Sezione a provvedere alla doppia designazione (formalmente unificata) dello stesso G.I. per la cautela e per il merito. Il che però introduce una evidente forzatura nello schema previsto dall'ultimo comma dell'art. 669-ter, nel quale la designazione del giudice incaricato della trattazione del procedimento cautelare non è filtrata dall'intervento del Presidente di Sezione. È dunque evidente che in ogni caso occorre un adattamento non irrilevante della sequenza procedimentale legale, adattamento che non aveva ragion d'essere nel regime anteriore ove l'art. 673 comma 2 (in tema di sequestri in corso di causa), ritenuto applicabile analogicamente alle altre misure cautelari, consentiva di accentrare sul Presidente del Tribunale la competenza a provvedere sulla istanza cautelare richiesta con la citazione, quando ancora non fosse stata effettuata la designazione del G.I. a norma dell'art. 168-bis. Tutto ciò ha indotto taluni Autori (v. sul punto Salvaneschi, op. cit., 296) ad affermare la necessità, indefettibile nel nuovo rito, della forma del ricorso per la proposizione della domanda cautelare in modo tale da consentire al Presidente di procedere immediatamente alla nomina del giudice incaricato del procedimento cautelare indipendentemente dalla designazione del Giudice Istruttore. Con il che però non si soddisfa comunque la esigenza, rilevante sul piano pratico (ma non rilevante giuridicamente), di cumulare la trattazione del merito e della cautela – richiesta in corso di causa – in capo allo stesso G.I. dello stesso ufficio giudiziario.

3.1.2. Se sia possibile proporre in forma orale la domanda cautelare in corso di causa

La rigida previsione della forma del ricorso contenuta nell'art. 669-ter rende dubbia la legittimità di una domanda cautelare formulata in udienza e raccolta nel verbale, modalità che in passato era generalmente ritenuta lecita in considerazione del fatto che l'art. 673 faceva generico riferimento alla "istanza" di sequestro in corso di causa e che detta norma era richiamata dall'art. 688, comma 2 per i procedimenti nunciativi, ora sostituito dal richiamo dell'art. 669-quater.

La questione ha finora diviso la dottrina (per la tesi più rigorosa v. Carpi, Colesanti, Taruffo, op. cit., 207; Salvaneschi, op. cit., 294; Consolo, in Consolo, Luiso Sassani, La riforma del processo civile, Milano, 1991, 429; Montesano-Arieta, op. cit., 121; Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, Torino, 1991, 274; Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile, Padova, 1991, 237; contra, Olivieri, I provvedimenti di urgenza nel nuovo processo civile, in Riv. dir. civ., 1991, 691; Frus, op. cit., 609; Verde, op. cit., 438). Trattandosi ancora una volta di nullità formale, appare preferibile l'opinione minoritaria più liberale in applicazione degli artt. 121 e 156 c.p.c., ogniqualvolta cioè il ricorso presentato in forma orale e raccolto nel verbale di udienza – e perciò tradotto in forma scritta (v. Verde-Di Nanni, in Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, Torino, 191, 250) – contenga tutti i requisiti prescritti dall'art. 125 c.p.c. Nessun ostacolo può d'altra parte essere costituito dal mancato deposito della istanza nella cancelleria giacché l'incombente ha la sola funzione pratica di portare la istanza medesima a conoscenza del giudice competente a provvedere (conf. Carpi, Colesanti, Taruffo, op. cit., 207 e Frus, op. cit., 608; nel senso che il ricorso possa essere depositato nel fascicolo durante l'udienza facendone specifica menzione nel verbale, Oberto, op. cit., 26).

Peraltro allo stato attuale l'opinione più rigorosa risulta prevalente ed è stata accolta altresì negli scarsi precedenti giurisprudenziali finora editi (Trib. Bari, 29-4-1994, in Foro it., 1994, I, 2884; Trib. Trani, 28-7-1993, ibidem).

3.2. Mancata comparizione delle parti alla udienza fissata a norma dell'art. 669-sexies, comma 2

L'art. 669-sexies, nel prevedere la possibilità della concessione della misura cautelare con decreto, inaudita altera parte, impone la fissazione entro quindici giorni di una udienza in contraddittorio tra le parti ai fini della conferma, modifica o revoca, con ordinanza, del provvedimento emesso in via immediata. A tal fine il giudice assegna all'istante termine perentorio massimo di otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto all'altra parte.

In questa fase del procedimento possono presentarsi varie anomale eventualità non espressamente contemplate dalle legge.

Può darsi ad es. che all'udienza fissata nessuna parte compaia, ovvero che compaia una sola di esse. Si tratta di vedere allora quale sorte subisca il decreto emesso inaudita altera parte.

Poiché la norma esige la instaurazione del contraddittorio come elemento coesistente alla concessione per decreto della misura cautelare, sembra evidente che l'inottemperanza all'ordine di procedere alla notifica del ricorso e del decreto, desumibile dall'assenza delle parti o risultante aliunde dalle allegazioni dell'altra parte informalmente comparsa non può non determinare la caducazione della misura cautelare con ordinanza. E poiché il tipo di provvedimento possibile all'esito del procedimento regolato dall'art. 669-sexies consiste nella conferma, nella modifica o nella revoca del decreto, sembra potersi concludere che il giudice debba nella fattispecie disporre la revoca della misura cautelare, revoca che è ben diversa da quella prevista dall'art. 669-decies per "mutamenti nelle circostanze".

In tal senso si è espresso Trib. Napoli 11-2-1993, in Giust. civ. 1993, I, 1084, mettendo giustamente in evidenza che la sommarietà del procedimento non esclude l'applicazione della regola dell'onere della prova, la quale deve trovare attuazione nella pienezza del contraddittorio onde consentire al giudice di verificare la sussistenza dei presupposti della misura cautelare valutati nella prima fase con estrema sommarietà e parzialità. In senso contrario si è pronunciato Trib. Milano 11-11-1993 (in Foro it., 1994, I, 603), nel senso cioè che la mancata notificazione del ricorso e del decreto comporti la inefficacia, rilevabile di ufficio, del decreto, in parziale applicazione analogica dell'art. 669-novies e octies. Si tratta di differenze non rilevanti sul piano pratico. Tuttavia la soluzione da ultimo prospettata, benché caldeggiata dalla dottrina anche in relazione all'opinione formatasi in passato riguardo alla sorte dei provvedimenti immediati pronunciati a norma dell'art. 689, comma 1, c.p.c. (Salvaneschi, op. cit., 322; Cass. 17-7-1981, n. 2335 In Rep. Foro it., 1981, voce "Nuova opera e danno temuto", n. 8), non appare condivisibile giacché la ipotesi in esame, se non espressamente presa in considerazione dall'art. 669-sexies, può comunque ricondursi alla stessa norma in via di interpretazione estensiva o analogica, senza necessità di ricorrere ad una norma diversa, quella cioè che regola la inefficacia del provvedimento cautelare (art. 669-novies), la quale presuppone la concessione della misura cautelare e subordina la dichiarazione di inefficacia a un'apposita istanza della parte interessata, che nella fattispecie è per definizione assente.

Per quanto attiene poi alla remota eventualità che, ottenuta con decreto la misura cautelare, l'istante provveda alla notifica del solo provvedimento concessivo omettendo invece la notifica del ricorso, è stato ritenuto che l'omissione possa ritenersi eccezionalmente sanata quando il decreto sia ampiamente motivato anche con riferimento al contenuto del ricorso e alla udienza fissata per l'audizione delle parti il resistente abbia avuto modo di sviluppare nel merito le proprie difese (in tal senso v. Trib. Salerno 2-2-1994, doc. UDA Salerno). Trattasi peraltro di soluzione in caso di specie difficilmente ripetibile.

È infine evidente che nessun rilievo può attribuirsi all'assenza della controparte ove il ricorrente dia prova di avere ritualmente instaurato il contraddittorio.

3.3. Mancata osservanza del termine perentorio per la notifica del ricorso e del decreto

A soluzioni analoghe rispetto a quelle dianzi prospettate (revoca della misura cautelare) deve pervenirsi nella ipotesi in cui il ricorrente provveda a notificare all'altra parte il ricorso e il decreto

ma oltre la scadenza del termine perentorio assegnatogli. Poiché il termine è perentorio, deve ritenersi non consentita la sua proroga neppure sull'accordo delle parti (art. 153), sicché la notifica tardiva equivale a mancanza di notifica.

Ci si può chiedere cosa accada se la tardività dipende dalla pedissequa osservanza del provvedimento di assegnazione di un termine superiore a quello legale di otto giorni. La questione è stata variamente risolta in dottrina. La soluzione, peraltro ispirata ad apprezzabile criterio di opportunità, prospettata da Frus (op. cit., 670), secondo la quale non potrebbe farsi ricadere sulla parte l'errore del giudice e dovrebbe perciò ritenersi valida la notifica eseguita entro il più lungo termine, perentorio, fissato dal giudice, salva concessione all'altra parte di un ulteriore termine a difesa nel caso di violazione del termine minimo di sette giorni (previsto per legge tra la notifica e la udienza di convocazione), non appare convincente.

L'errore del giudice, secondo l'antico brocardo, si risolve in errore della parte e questa, dovendo conoscere la legge, è comunque tenuta ad eseguire la notifica entro gli otto giorni anche quando il giudice le abbia concesso illegittimamente (e perciò inutilmente) un termine maggiore (conforme Olivieri, op. cit., 707).

Diverse paiono le conseguenze derivanti dalla speciale eventualità che il giudice, dopo avere concesso la misura cautelare ante causam con decreto, ometta, ritenendo erroneamente concluso il procedimento cautelare, di fissare la udienza ai sensi dell'art. 669-sexies, comma 2. In tal caso, poiché il decreto assume, seppure in via anomala carattere conclusivo del procedimento sì da poter essere assimilato alla ordinanza di conferma, deve ritenersi possibile, per inderogabili esigenze di garanzia del diritto di difesa, l'attivazione del reclamo ex art. 69-terdecies (in tal senso v. Trib. Monza 5-4-1994, in Foro it., 1994, I, 3222, con nota di Gambineri, in relazione ad un sequestro disposto inaudita altera parte del giudice delegato ex art. 146 legge fall.).

Rimane il rilievo che la ristrettezza dei termini per la notifica (massimo otto giorni) può rendere in concreto difficile la tempestiva instaurazione del contraddittorio. Tuttociò vale a porre l'ulteriore quesito se per il rispetto del termine sia sufficiente la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario o se invece occorra la sua concreta trasmissione all'altra parte.

Poiché la legge nulla precisa al riguardo, deve intendersi che entro il termine perentorio il processo notificatorio deve perfezionarsi. Il che, come è stato rilevato in dottrina (Carpi, Colesanti, Taruffo, op. cit., 217), dà luogo a un'antinomia giuridica laddove in caso di notifica a mezzo posta la irreperibilità del destinatario determina il perfezionamento della notifica entro dieci giorni dal deposito del plico.

Ulteriore importante questione è quella relativa alla decorrenza del termine per la notifica, se cioè essa inizi dalla data del decreto o dalla comunicazione (o notificazione) del provvedimento. La legge nulla prevede in proposito. Sembra perciò consentita l'applicazione analogica dell'art. 669-octies ult. comma, secondo cui il termine decorre dalla pronuncia del provvedimento (se emesso in presenza della parte ricorrente sentita a sommarie informazioni) o altrimenti dalla sua comunicazione da parte della Cancelleria (in questo senso, Frus, op. cit., 672; contra, nel senso che il termine decorra dalla data del deposito del decreto, Olivieri, op. cit., 705).

3.4. Nullità della notificazione del ricorso e decreto

Le drastiche conseguenze (revoca o inefficacia della misura cautelare concessa con decreto) derivanti dalla omessa o tardiva instaurazione del contraddittorio non sembrano riproponibili nel diverso caso in cui la notificazione del ricorso e decreto, tempestivamente eseguita, risulti affetta da vizi di nullità. In tal caso il giudice potrà fare applicazione analogica dell'art. 291 c.p.c. e disporre la rinnovazione della notifica, sempre nel rispetto dei termini previsti nell'art. 669-sexies. Infatti l'art. 291 c.p.c., come osserva Proto Pisani (op. ult. cit., 66), è espressione di un principio generale applicabile in via di analogia iuris.