

## INEFFICACIA, REVOCA E MODIFICA DEL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Relatore:  
dott.ssa Maria ACIERNO  
pretore di Bologna

### 1. Temporaneità e strumentalità del provvedimento nel nuovo procedimento cautelare uniforme.

I problemi interpretativi sollecitati dalle evenienze fenomeniche e giuridiche dell'inefficacia, modifica e revoca del provvedimento cautelare portano ad enucleare la temporaneità e la strumentalità come requisiti qualificanti i provvedimenti assoggettati al nuovo procedimento cautelare uniforme rispetto alla "immanenza" dei provvedimenti di cautela (in particolare i sequestri) nel regime previgente costituente uno dei pericoli maggiormente avvertiti dai sostenitori della necessità di una riforma normativa della competenza e dei sistemi di controllo dei predetti provvedimenti.

In particolare la necessità di porre rimedio al principio della ineliminabilità degli effetti del sequestro prima del giudicato ha indotto il legislatore a dettare un regime innovativo ed uniforme dell'inefficacia del provvedimento ed a precisarne, unitamente alla modifica e revoca le modalità procedurali, il giudice competente e le scansioni processuali entro cui adeguare la tutela cautelare ai mutamenti processuali, fattuali o temporali aventi rilievo giuridico ex artt. 669-novies e decies.

La vulnerabilità del provvedimento cautelare ed il suo assoggettamento ad un rischio di modificabilità superiore a quello cristallizzato nella formula "rebus sic stantibus" propria dei provvedimenti provvisori e limitata ai mutamenti fenomenici, dovrebbe ridurre i pericoli di una definitiva sommarizzazione del processo civile causata dal nuovo procedimento cautelare uniforme quanto meno sotto il profilo della stabilità temporale dell'esito del procedimento sommario, non rimanendo sottratto alla disciplina congiunta degli artt. 669-novies e decies neanche il provvedimento cautelare concesso dal Collegio a seguito del reclamo.

La felice scelta metodologica adottata per questo incontro di studi, incentrato sulla proposizione di interrogativi problematici sottoposti alla valutazione collettiva induce ad esaminare in primo luogo quali sono le disposizioni normative del nuovo procedimento cautelare uniforme contenenti questioni riguardanti la inefficacia, modifica e revoca dei provvedimenti, ancorché diverse dalle norme principali delle due fattispecie (l'art. 669-novies e decies).

Si coglierà agevolmente la successione logica e temporale caratterizzante in modo prevalente le due fattispecie e gli elementi di conformità e diversità delle condizioni di applicazione dell'inefficacia – modifica – revoca a seconda della fase processuale in cui il giudice si trova ad intervenire.

Il primo momento processuale di emersione delle evenienze dell'inefficacia – modifica – revoca del provvedimento cautelare è fissato nell'art. 669-sexies, 2° comma ai sensi del quale il giudice all'udienza di comparizione delle parti – a contraddittorio differito – fissata all'esito della concessione della cautela "inaudita altera parte", con ordinanza, conferma modifica o revoca i provvedimenti emanati con il decreto.

La modifica o revoca del decreto possono dipendere dalla prospettazione dei fatti ostativi alla esistenza del diritto cautelato o del periculum in mora da parte del convenuto o dalla inosservanza del termine perentorio posto a carico del ricorrente per la notifica del decreto.

La revoca del decreto disposta con ordinanza, determina la caducazione con effetto ex tunc del provvedimento emesso inaudita altera parte e conseguentemente si realizza la dipendenza logica e temporale tra inefficacia e revoca già posta in evidenza.

Il nesso permane anche per l'ordinanza di modifica riduttiva del contenuto del decreto, nel senso che si verifica ab origine il travolgimento parziale degli effetti del decreto nell'assorbimento del provvedimento emesso, "inaudita altera parte" nella seguente ordinanza a contraddittorio pieno e la inefficacia "ipso iure" della parte non confermata del provvedimento interinale senza bisogno di pronunce dichiarative giudiziali successive.

Non è, infatti, previsto come per le fattispecie di inefficacia regolate dall'art. 669-novies, che il giudice disponga il ripristino della situazione precedente unitamente alla emanazione dell'ordinanza di revoca o di modifica del decreto, ancorché non può essere inibita la regolamentazione più puntuale possibile degli effetti del nuovo provvedimento "assorbente" rispetto a quello "assorbito". La omissione deriva dall'automatica caducazione di ogni sostegno formale, anche sotto il profilo della apparenza giuridica, degli effetti del decreto riformato in "pejus" o revocato, con conseguente obbligo immediato di ripristino della situazione preesistente alla esecuzione parziale o totale del decreto e con applicazione, per i problemi concreti di adeguamento materiale della nuova situazione venuta ad emersione giuridica con la ordinanza, dell'art. 669-duodecies, relativo all'attuazione dei provvedimenti cautelari.

Identica sanzione di inefficacia si verifica per la inosservanza del termine perentorio imposto al ricorrente per la modifica del ricorso e del decreto.

Si tralasciano le critiche relative alla successiva restrizione temporale dei termini disposta dal legislatore per sottolineare a questo proposito il primo interrogativo in chiave problematica da sottoporre al dibattito che è il seguente: "La notificazione tardiva del ricorso e del decreto emesso "inaudita altera parte" determina l'inefficacia del provvedimento anche quando siano state eseguite dalla parte tutte le formalità su di esso incombenti"?

Per meglio comprendere il quesito è opportuno proporre tre esemplificazioni:

- 1) notificazione tempestivamente richiesta ma effettuata non immediatamente dall'ufficiale giudiziario, con particolare riferimento alla ipotesi di irreperibilità o rifiuto di ricevere la copia e conseguente ricorso all'art. 140 c.p.c. da parte dell'ufficiale giudiziario;
- 2) notificazione perfezionatasi nei termini ex art. 140 c.p.c. con la tempestiva spedizione dell'atto, ma tardiva ricezione;
- 3) notificazione a mezzo posta tardivamente perfezionatasi per compiuta giacenza, o per tardivo ricevimento dell'avviso di ritorno della raccomandata.

La dottrina ha al riguardo prospettato diverse soluzioni rilevando preliminarmente l'effetto sanante della costituzione del convenuto e la legittimità della richiesta di un termine a difesa, nel caso quello minimo di sette giorni previsto dall'art. 669-sexies non sia stato rispettato.

Si è sostenuto che è sufficiente la tempestiva richiesta della modifica con particolare riferimento alla autonomia giuridica prospettabile in tutti i casi di notificazione a mezzo posta perfezionatasi per compiuta giacenza; che invece, deve essere integralmente perfezionato il procedimento di notificazione analogamente al regime generale delle notificazioni.

Si è reputata sanabile l'inosservanza del termine perentorio se erroneamente determinato dal giudice oltre gli otto giorni.

Infine è stata astrattamente prospettata la possibilità per il giudice di rinnovare la notificazione affetta da nullità non imputabile alla parte quando un procedimento di notifica sia stato tempestivamente avviato o esaurito ancorché in modo incompleto entro gli otto giorni.

Il dies a quo decorre dalla comunicazione del decreto in analogia con il principio stabilito dall'art. 669-octies per la decorrenza del termine di riassunzione del giudizio di merito e nel silenzio dell'art. 669-sexies.

La giurisprudenza ha affrontato in due provvedimenti editi il problema della mancata notifica del decreto ad uno dei convenuti dichiarando l'inefficacia del provvedimento nei confronti di tale parte,

sul presupposto della rilevanza d'ufficio dell'omissione e della applicazione analogica ai fini degli effetti dell'inosservanza del termine perentorio dell'art. 669-novies, e la revoca dello stesso.

La improrogabilità dei termini perentori sancita ex lege dall'art. 153 c.p.c. induce a prescegliere la soluzione più restrittiva prospettata dalla dottrina ed accolta dalla giurisprudenza e ritenere equiparata la mancata notifica al perfezionamento tardivo della stessa, ancorché dipesa dall'erronea fissazione del termine da parte del giudice in applicazione del principio della automatica sostituzione del termine fissato ex lege e quello non corretto.

Dovrebbe altresì escludersi l'applicazione dell'art. 291 c.p.c. al caso di specie in quanto concernente esclusivamente gli atti processuali indicati nella disposizione e limitatamente ai vizi di cui all'art. 160 c.p.c. (inosservanza graduazione persone alle quali deve essere notificata la copia; incertezza sulla persona o sulla data), non attinenti all'inosservanza di termini perentori, sanabili solo con la rinnovazione dell'atto nullo in pendenza del termine.

Rimane il problema della inutilizzabilità pratica della notificazione a mezzo posta esposta al rischio della perfezione, sempre tardiva, se realizzata per compiuta giacenza.

L'art. 1, 2° comma della l. 20-11-1982 n. 890 prevede, però, che la parte possa chiedere la notifica a mani anche quando l'ufficiale giudiziario debba avvalersi del servizio postale perché la notifica va eseguita fuori del comune ove ha sede l'ufficio.

Ne consegue l'esercizio della stessa facoltà per la parte in via generale e la sua idoneità a limitare la discrezionalità dell'ufficiale giudiziario.

2. L'art. 669-novies: l'innovativa disciplina giuridica dell'inefficacia e le fattispecie in materia di sequestri sopravvissuta alla novella.

L'art. 669-novies ha regolato il complesso fenomeno dell'efficacia temporale del provvedimento cautelare in modo innovativo rispetto alla disciplina normativa previgente incentrandone il regime giuridico sulla temporaneità della cautela.

Le linee ispiratrici dell'intervento normativo traggono origine dagli orientamenti giurisprudenziali in materia di provvedimenti nunciatori e d'urgenza già affermati nel regime antevigente in contrasto con il principio della conservazione degli effetti del sequestro fino al passaggio in giudicato della sentenza di merito difforme o conforme alla cautela derivante dall'applicazione dell'abrogato art. 683 c.p.c.

Oltre alle cause di inefficacia relative alla inesistenza del diritto cautelato, costituenti il nucleo normativo di effettiva riforma del sistema dell'inefficacia del provvedimento cautelare, trova puntuale disciplina nell'art. 660-novies un altro gruppo di cause di inefficacia caratterizzate dalla inattività della parte interessata alla conservazione degli effetti della cautela. Non possono, infine, essere trascurate fattispecie di inefficacia in materia di sequestri.

Le cause di inefficacia derivanti dall'inerzia della parte interessata rafforzano il nesso di strumentalità diretta tra provvedimento cautelare e giudizio di merito sottolineando la dipendenza degli effetti del provvedimento cautelare dal regolare svolgimento del procedimento a cognizione piena in quanto derivante dall'impulso di parte.

L'art. 669-novies ne ribadisce l'esistenza per alcune (estinzione giudizio di merito) e ne predetermina il regime giuridico sotto il profilo temporale per altre (mancata riassunzione del giudizio di merito) sottraendo al giudice la discrezionalità nella fissazione del termine perentorio.

Appartengono alla categoria sopra illustrata le seguenti cause di inefficacia:

- 1) la mancata instaurazione del giudizio di merito davanti al giudice italiano od estero nel termine perentorio fissato dal giudice o stabilito dalla legge ex art. 669-novies;
- 2) la mancata instaurazione del giudizio di merito arbitrale (italiano od estero) nel termine perentorio di 30 giorni ex art. 669-novies;
- 3) l'estinzione del giudizio di merito per qualsiasi causa;

- 4) il mancato versamento della cauzione, entro il termine fissato dal giudizio;
- 5) la mancata richiesta, nel termine annuale ex art. 825 c.p.v. c.p.c. della dichiarazione di esecutorietà del lodo arbitrale;
- 6) la mancata richiesta nel termine fissato dalla legge o dalle convenzioni internazionali della dichiarazione di esecutorietà in Italia della sentenza straniera o del lodo estero.

La mancata instaurazione del giudizio di merito nel termine fissato dall'art. 669-octies, nonostante la inequivocità precettiva della disposizione ha determinato in dottrina e in giurisprudenza problemi applicativi derivanti in particolare dal coordinamento con il regime giuridico della sospensione dei termini feriali stabilito nella l. 7-10-1969, n. 742.

Il rafforzato rapporto di dipendenza tra provvedimento cautelare e la pluralità degli esiti del giudizio a cognizione piena ha reso dubbia la appartenenza della fase processuale relativa alla pendenza della instaurazione del giudizio di merito al procedimento sommario a carattere cautelare, sottratto alla sospensione dei termini nel periodo feriale, ed a quello di merito.

Per questa ragione è stato formulato il secondo quesito: "Opera la sospensione dei termini in periodo feriale in pendenza del termine per l'instaurazione del giudizio di merito mediante riassunzione ex art. 669-octies"? che ha suscitato soluzioni differenti in dottrina ed in giurisprudenza.

In una recente ordinanza è stata affermata la applicabilità della sospensione dei termini feriali con riferimento al termine di 30 giorni stabilito a pena d'inefficacia della cautela per la riassunzione del giudizio di merito sul rilievo che le sole eccezioni sono previste, per le cause civili dell'art. 92 dell'Ordinamento giudiziario (R.D. 30-1-1941, n. 120) per i procedimenti cautelari, quelli di sfratto e di dichiarazione o revoca del fallimento.

Ne risulterebbe pertanto escluso il termine di cui all'art. 669-octies in quanto finalizzato non all'instaurazione del procedimento cautelare ma a cognizione piena.

In un'altra pronuncia sulla base del medesimo principio della applicazione della deroga alla sospensione alla sola fase cautelare "ante causam" si è ritenuto inammissibile la richiesta di un provvedimento di revoca, in pendenza dei termini feriali, nel corso di un giudizio a cognizione piena.

Si avverte, in questa seconda fattispecie, la rilevanza delle conseguenze della rigida distinzione temporale fra fase cautelare anteriore al giudizio di merito e segmento processuale successivo destinato all'accertamento pieno del diritto cautelato.

Per la seconda fattispecie, il provvedimento richiesto conserva natura e funzione cautelare, sia sotto il profilo anticipatorio dell'accertamento finale, sia sotto il profilo della durata endo processuale del provvedimento (peraltro sempre modificabile ex art. 669-decies).

Pertanto la sola coincidenza temporale della richiesta nel giudizio di merito viene ritenuta elemento sufficiente per escluderne il carattere urgente in modo tale da sottrarlo alla sospensione dei termini in periodo feriale.

Può, pertanto, essere condivisa la soluzione adottata nel primo dei due provvedimenti commentati in quanto il procedimento da instaurare non è cautelare e la imposizione di un termine perentorio breve non ha lo scopo di produrre una accelerazione dell'inizio del procedimento a cognizione piena ma di sottoporre ad immediata verifica l'interesse e la diligenza della parte soddisfatta della cautela ed ottenere una statuizione del suo diritto. Criticabile, invece, la seconda soluzione solo apparentemente conforme alla prima, per la già evidenziata natura e funzione cautelare del provvedimento richiesto, con particolare riferimento alla dipendenza della decisione del "mutamento di circostanze" e cioè da evenienze, esse stesse, suscettibili di una durata temporanea.

Per completare la trattazione della prima causa di inefficacia individuata va osservato che: la tempestiva instaurazione del giudizio di merito può essere effettuata anche dalla parte che ha subito la cautela e, per quanto riguarda la individuazione del momento iniziale della procedura arbitrale, sembra preferibile l'opinione di chi reputa sufficiente la nomina degli arbitri e la precisazione dei quesiti unita, ove già previsto dai regolamenti delle camere arbitrali, al deposito della "domanda di

arbitrato” e non la costituzione del Collegio Arbitrale che presuppone l’accettazione degli arbitri, per non far dipendere da evenienze non ascrivibili alla diligenza della parte effetti negativi ricadenti sulla sfera giuridica del ricorrente.

L’estinzione del giudizio di merito pone, invece, tre problemi.

Il primo riguarda la rilevabilità nel corso dell’accertamento giudiziale dell’inefficacia del verificarsi della causa estintiva “incidenter tantum” o la necessità della preventiva declaratoria di estinzione del processo.

Sembra preferibile la prima soluzione, secondo l’orientamento prevalente in giurisprudenza.

Il secondo riguarda la disciplina del rapporto tra il giudizio di impugnazione dell’estinzione del processo e la declaratoria d’inefficacia, risultando affermati in dottrina due contrastanti orientamenti l’uno favorevole alla sospensione dell’accertamento giudiziale della declaratoria d’inefficacia ex art. 295 c.p.c. e l’altro fondato sulla contestualità dei due giudizi per le esigenze di celerità poste a base del regime giuridico dell’inefficacia.

Le vicende relative all’esito della controversia pregiudiziale potranno, secondo tale orientamento, farsi valere come motivi di appello della sentenza.

La prima risposta sembra più coerente con il sistema processuale dei rapporti tra giudizi connessi e con il regime della litispendenza e va, pertanto, preferito ad avviso di chi scrive.

Un ultimo problema da affrontare riguarda il rapporto tra l’art. 669-novies c.p.c. e l’art. 75 c.p.p., I comma quando la parte dopo aver ottenuto una misura cautelare abbia trasferito l’azione civile nel processo penale.

Su questa evenienza la estinzione del procedimento civile sancito dal citato art. 75 c.p.p. non determina l’inefficacia del provvedimento cautelare perché non si elimina, con la mera “translatio” dell’accertamento giudiziale sull’esistenza del diritto cautelare, il nesso di dipendenza tra diritto cautelato e situazione soggettiva accertata all’esito di un procedimento a cognizione piena.

In ordine al mancato versamento della cauzione imposta a norma dell’art. 669-undecies, i problemi da esaminare con riferimento alla sanzione d’inefficacia disposta dall’art. 669-decies sono, in particolare, legati alla individuazione degli effetti del provvedimento cautelare assoggettato a cauzione ed alla natura giuridica, ordinatoria o perentoria del termine stabilito dal giudice.

Sul primo aspetto prevale in dottrina la configurazione della cauzione, disposta contestualmente alla concessione del provvedimento cautelare, come condizione sospensiva dell’efficacia della misura cautelare, con conseguente ineseguibilità del provvedimento.

La imposizione della cauzione in un momento successivo rispetto alla concessione della cautela, induce, invece, a qualificare la “controcautela” come condizione risolutiva dell’efficacia del provvedimento.

La distinzione della natura giuridica della condizione, ancorata alla fase processuale di imposizione della cauzione, era stata individuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento all’art. 674 c.p.c. avente ad oggetto la previsione della imposizione della cauzione, contestualmente al sequestro od in sede di convalida.

Le conseguenze derivanti dal mancato adempimento della cauzione, nel regime previgente, erano diverse a seconda del segmento procedimentale in cui veniva disposta la cauzione.

Si riteneva infatti operante la sanzione di inefficacia e di ineseguibilità del sequestro solo se la cauzione veniva imposta unitamente alla misura cautelare, dovendosi attendere l’esito del giudizio di convalida, avente ad oggetto anche la legittimità dell’impostazione della cauzione per ritenere ineseguibile il sequestro nel caso in cui la controcautela fosse stata imposta nel corso del giudizio di convalida.

Il problema dell’ineseguibilità della misura cautelare permane anche nel nuovo regime giuridico del provvedimento, ancorché con riferimento esclusivo alla pendenza del termine, grazie all’abrogazione del giudizio di convalida e al chiaro quadro normativo emergente del coordinamento tra l’art. 669-novies ed undecies.

La lettera testuale dell'art. 669-novies indurrebbe a ritenere efficace il provvedimento condizionato in pendenza del termine disponendo testualmente che "il provvedimento perde la sua efficacia se non è stata versata la cauzione" ed, altresì, a reputarlo eseguibile equiparando tale causa di inefficacia alle altre disciplinate dall'art. 669-novies, con conseguente operatività "ipso iure" e con effetti "ex tunc" del verificarsi della stessa.

La previsione del potere discrezionale del giudice di disporre il ripristino della situazione precedente all'esito della declaratoria di inefficacia fa propendere per la qualificazione della condizione cui risulta assoggettata la cautela, come risolutiva, potendosi procedere sollecitamente all'eliminazione degli effetti dell'intrapresa esecuzione.

Il termine disposto dal giudice non ha natura perentoria e può essere prorogato.

In mancanza di un provvedimento di proroga si determina, però, l'inefficacia della cautela con la perenzione dello stesso.

La richiesta di proroga deve essere qualificata come una modifica ex art. 669-decies, con conseguente necessità di dedurre i "mutamenti di circostanze" che ne hanno indotto la proposizione essendo la cauzione regolata dalla disciplina del procedimento cautelare uniforme, secondo il prevalente orientamento della dottrina, sotto il profilo della competenza del giudice, delle condizioni di reiterabilità della richiesta o di modifica e dei sistemi di controllo.

Va, infine, sottolineato il problema, connesso alla natura ordinatoria del termine, dell'adempimento della cauzione in modo difforme da quello indicato ex art. 119 c.p.c. dal giudice.

Non può, in questa fattispecie, operare "ipso iure" la sanzione dell'inefficacia con conseguente paralisi dell'esecuzione od inibitoria dell'esecutorietà del provvedimento ma occorre proporre ricorso per la declaratoria di inefficacia ed nell'assenza, più che probabile, dell'adesione della controparte, definire il procedimento con sentenza, salva la possibilità di richiedere, come previsto dall'art. 669-novies, provvedimento di modifica o revoca della misura cautelare, in corso di accertamento giudiziale.

Limitatamente al procedimento di accertamento della sussistenza dell'inefficacia conseguente al difforme versamento della cauzione non si ritiene proponibile la modifica della cauzione.

Prima di interpretare l'esame delle cause di inefficacia riguardanti l'inesistenza del diritto cautelato, è necessario accennare al procedimento disposto dall'art. 669-novies 2° comma per la declaratoria o l'annullamento della causa d'inefficacia prospettata dalla parte.

Il procedimento deve essere attivato con ricorso e seguire la cognizione semplificata prevista dall'art. 669-sexies per il provvedimento cautelare secondo il prevalente orientamento della dottrina.

L'ordinanza viene reputata reclamabile dalla maggior parte della dottrina.

La soluzione ha il pregio della coerenza con il sistema normativo del procedimento cautelare uniforme da reputarsi tendenzialmente completo e risolve i numerosi problemi affrontati nel regime previgente in ordine al decreto di inefficacia del sequestro ex art. 683 c.p.c., 3° comma, oggi abrogato e all'ordinanza di convalida di sfratto.

Per il primo provvedimento erano stati prospettati i rimedi del reclamo avverso il provvedimento camerale ex art. 739 c.p.c, il ricorso ad un provvedimento d'urgenza in funzione inibitoria ed il reclamo contro l'estinzione del procedimento esecutivo disposta con ordinanza in analogia con l'art. 631 c.p.c., per il secondo l'appello, od il ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. Il problema più dibattuto dalla dottrina e già affrontato in giurisprudenza in due recenti pronunce riguarda la individuazione del giudice competente, nel caso in cui sorgano contestazioni sulla sussistenza della causa di inefficacia dedotta da ricorrente.

Per questa ragione è stato formulato il terzo quesito che è il seguente: "Qual'è il giudice competente a decidere sulla inefficacia in caso di contestazioni nelle seguenti ipotesi":

- a) provvedimento emesso dal Pretore;
- b) provvedimento emesso dal Giudice Istruttore;
- c) provvedimento emesso dal Giudice del reclamo;

o nelle seguenti fasi processuali, anche in mancanza di contestazioni:

d) pendenza giudizio di merito (per i provvedimenti emessi ante causam) (coord. con competenza in materia di revoca ex art. 669-decies);

e) all'esito di una sentenza emessa prima dell'1-1-1993 (di rigetto della convalida o di declatoria di inesistenza del diritto cautelato) o dopo l'1-1-1993, ma instaurato nella vigenza del rito previgente? (rif. normativo: ultima formulazione art. 90);

f) all'esito di una sentenza accertante l'inesistenza del diritto cautelato assoggettata al nuovo rito (problemi di opportunità dell'esame affidato al giudice della cautela).

La formulazione normativa dell'organo competente non è felice, indicando nell'"ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare" il giudice che deve decidere con sentenza sulle contestazioni formulate.

La espressione non si trova in altre disposizioni del procedimento cautelare uniforme.

In particolare non si rinviene nell'art. 669-ter, ultimo comma, che definisce le modalità di concreta designazione del magistrato cui affidare la trattazione e la decisione del procedimento cautelare ed indica nel Pretore Dirigente e nel Presidente del Tribunale l'organo designante, conformemente alla regola generale in materia di assegnazione delle controversie civili.

La dottrina si è prevalentemente ispirata a tale disposizione per la concreta individuazione del giudice competente nelle diverse situazioni astrattamente esemplificate nel quesito, ancorché non indicando soluzioni univoche.

L'ufficio giudiziario è stato ritenuto identificabile con l'organo designante (il Pretore Dirigente od il Presidente del Tribunale) in contrapposizione al magistrato precedentemente designato per la cautela, competente esclusivamente nell'ipotesi in cui non vengano formulate contestazioni.

La dottrina prevalente, invece, richiama integralmente l'art. 669-ter ultimo comma, rimettendo all'organo designante la concreta individuazione del magistrato cui affidare la trattazione del procedimento.

L'unica complicazione procedimentale discendente dalla soluzione prospettata deriva dalla necessità che, in caso di contestazioni, il giudice della cautela rimetta gli atti al Dirigente dell'Ufficio per la designazione del magistrato.

La scelta concreta potrà ricadere nuovamente sul giudice della cautela o su un diverso magistrato dello stesso ufficio giudiziario, a seconda dei criteri tabellari preventivamente adottati.

Tale scelta pur non attenendo alla problematica del giudice competente, può dar luogo a problemi pratici che verranno esposti nella descrizione del 3° quesito.

La giurisprudenza in due recenti pronunce ha adottato una soluzione diversa da quelle prospettate dalla dottrina in due fattispecie relative ad una richiesta di inefficacia formulata avverso un provvedimento urgente emesso dal Pretore, ed un sequestro conservativo disposto dal giudice fallimentare.

Le due ordinanze pervengono ad una soluzione comune con due percorsi non del tutto coincidenti, escludendo entrambe che alla formulazione di contestazioni debba seguire la rimessione degli atti al Dirigente dell'Ufficio od all'Organo Collegiale (limitatamente al procedimento instaurato davanti al giudice delegato).

In particolare la indicazione normativa di organo giudiziario diverso dal giudice della cautela, in presenza di contestazioni del convenuto è stata ritenuta non ostativa alla prosecuzione della trattazione del procedimento ed alla sua definizione con sentenza emessa dal giudice della cautela per il procedimento pretorile e dall'organo collegiale competente per il procedimento istruito dal giudice delegato, senza necessità per entrambe di soluzioni di continuità del procedimento nella fase istruttoria.

In particolare nell'ordinanza pretorile è stato sottolineato che il riferimento normativo all'"ufficio giudiziario" opera esclusivamente per predeterminare le modalità di designazione del magistrato in caso di impedimento del giudice della cautela, nell'altra ordinanza la necessità di proseguire il giudizio e procedere sollecitamente all'istruzione della cautela è stata giustificata dalla sua natura

contenziosa e dalla possibilità di seguire le modalità procedurali di cui all'art. 101 L.F. (procedimento per l'ammissione tardiva dei crediti).

In nessuno dei due procedimenti si è ritenuto di rimettere il fascicolo al Dirigente dell'Ufficio o alla Sezione ex art. 669-ter u.c..

La soluzione giurisprudenziale non tiene in alcuna considerazione la indicazione testuale di un diverso organo giudicante nelle sue evenienze procedurali prospettate dall'art. 669-novies.

È auspicabile un orientamento uniforme al riguardo per evitare in particolare problemi derivanti dalla sollecitazione di parte di cause di incompatibilità o di motivi di astensione e ricusazione del giudizio dell'inefficacia, prospettabili soprattutto in ordine alle conseguenze delle declaratorie di inesistenza totale o parziale del diritto cautelato, accertata da giudice diverso da quello che ha emesso la misura cautelare che si trova, in via esclusiva, a decidere od istruire l'accertamento giudiziale dell'inefficacia.

La problematica si chiarisce con la esemplificazione pratica, probabilmente non esaustiva, delle evenienze processuali in cui può essere dubbia la determinazione del giudice competente.

1) Per il provvedimento emesso dal Pretore, sono state già delineate le due soluzioni alternativamente prospettate dalla dottrina della giurisprudenza.

I problemi di incompatibilità sopraprospettati potrebbero porsi nei casi in cui il Pretore abbia emesso un provvedimento cautelare (nunciatorio) senza essere competente in ordine alla causa di merito e si trovi, a dover accertare la inefficacia parziale o totale della misura concessa dopo la sentenza di primo grado del giudice superiore.

2) Il provvedimento emesso dal Giudice Istruttore, nel vigente regime segue le stesse indicazioni problematiche illustrate per il Pretore con il temperamento della collegialità della decisione.

Per il nuovo regime la soluzione è diversa a seconda che si tratti di materie coperte dalla riserva di collegialità o rimesse alla competenza del giudice unico.

Nel secondo caso la problematica è conforme a quella evidenziata per il Pretore.

Nel primo caso c'è da chiedersi se l'intera trattazione del procedimento contenzioso debba essere interamente collegiale o solo la fase deliberativa.

La soluzione più razionale sembra la seconda, così come stabilito nell'attuale art. 350 c.p.c. 2° comma per le cause di estinzione, inammissibilità ed improcedibilità del giudizio d'appello, salva la opportunità di rimettere ex art. 669-ter all'organo designante la controversia in corso di contestazione.

3) Il provvedimento emesso dal giudice del reclamo. Valgono le stesse considerazioni formulate per le controversie nelle quali, secondo la novella, è residua la riserva di collegialità, anche se per questi provvedimenti la trattazione dovrebbe rimanere collegiale, attesa la natura unitariamente collegiale del giudice della cautela.

Il problema si è posto infine con riferimento non al giudice della cautela ma alla fase processuale in cui è stato proposto ricorso per inefficacia.

1) Pendenza del giudizio di merito (per i provvedimenti emessi ante causam).

Per questa evenienza processuale sorge il problema del coordinamento con l'art. 669-decies che indica nel giudice del merito, l'organo giudiziario competente per la modifica o revoca del provvedimento cautelare. L'art. 669-novies, 2° comma, ultima parte, peraltro stabilisce che il giudice dell'inefficacia può, in corso di causa emanare i provvedimenti ex art. 669-decies.

Una parte della dottrina ha risolto l'antinomia giuridica tra le due disposizioni reputando che, in pendenza del giudizio di merito, la competenza in materia di inefficacia e provvedimenti consequenziali appartenga al giudice della cognizione piena, risultando nella soluzione contraria una sovrapposizione di competenze sullo stesso provvedimento e dovendosi ritenere la sopravvenienza di una causa di inefficacia, un "mutamento di circostanze" idoneo a determinare la modifica o revoca del provvedimento.

La prevalente dottrina ha, invece, ritenuto investito in via pressoché esclusiva il giudice della cautela della declaratoria o dell'accertamento delle cause di inefficacia.

Con questa soluzione l'art. 669-novies in parte attribuirebbe a tale giudice in deroga al principio generale, stabilito dall'art. 669-decies, la potestà di provvedimenti alla modifica o revoca del provvedimento anche in pendenza del giudizio di merito, salva la facoltà prevista dall'art. 669-novies 3° comma, per il giudice che ha accertato l'inesistenza del diritto cautelato di provvedere direttamente sull'inefficacia della misura cautelare.

Sulle residuali fattispecie di inefficacia sopravvissute alla novella: inefficacia del sequestro per tardivo inizio della esecuzione (art. 675 c.p.c.) o per inadempienza agli obblighi stabiliti dall'art. 156 disp. att. c.p.c. del termine perentorio di 60 gg., all'esito di sentenza di condanna esecutiva favorevole al sequestrante, si ritiene ugualmente competente il giudice della cautela.

La dottrina sulla fattispecie regolata dall'art. 156 disp. att. e su quella disciplinata dall'art. 156-bis disp. att. c.p.c. ha sottolineato la opportunità della predeterminazione normativa in via generale del giudice competente per l'inefficacia potendo indicare in tali fattispecie un giudice competente per il merito.

2) All'esito di una sentenza emessa prima dell'1-1-1993 (di rigetto della convalida di sequestro o di accertamento dell'inesistenza del diritto cautelato) o dopo il 1-1-1993 in procedimento instaurato nella vigenza del rito previgente.

Per entrambe le fattispecie è opportuno partire dalla nuova formulazione dell'art. 90 ultimo comma l. 353/1190 così come modificata dal d.l. 14-2-1994 n. 105, reiterato nel d.l. 7-10-1994 n. 571 convertito nella l. 6-12-1994 n. 673.

Al fine di risolvere il contrasto, apertosi nella giurisprudenza di merito in ordine all'applicabilità del nuovo procedimento cautelare uniforme ai provvedimenti richiesti in pendenza del giudizio di merito instaurato prima del 1-1-1993, il legislatore ha risolto positivamente la difformità di orientamento reputando applicabile la novella ai giudizi pendenti e stabilendo che tutti i sequestri anteriormente autorizzati perdono efficacia se con sentenza, anche non passata in giudicato, è rigettata l'istanza di convalida ovvero è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale erano stati concessi.

Successivamente all'entrata in vigore di tale disposizione una pronuncia giudiziale – anche di 2° grado – provvisoriamente esecutiva, di rigetto della convalida o di accertamento dell'inesistenza del diritto cautelato, relativa ad un procedimento instaurato prima del 1-1-1993, può legittimare la parte a richiedere la declaratoria di inefficacia della misura cautelare, qualora il giudice del merito non abbia provveduto al riguardo direttamente in sentenza – ed in caso di risposta affermativa a quale giudice?

La modificazione normativa delle disposizioni relative alla competenza in materia di provvedimento cautelare introduce una complicazione ulteriore rispetto alle difficoltà di sistemazione delle competenze sopra esaminate.

L'art. 669-novies indica il giudice della cautela.

Quest'ultimo va individuato con riferimento alla novella o al regime previgente?

Più esplicitamente il giudice competente è quello che astrattamente lo sarebbe secondo la novella o quello che ha emanato la misura cautelare.

La scelta tra le due alternative, con riferimento alla competenza cautelare ante causam in materia di sequestri (Presidente Tribunale o Pretore Dirigente) e provvedimenti d'urgenza (Pretore) nel regime previgente è di notevole rilievo pratico.

Il Tribunale di Bologna, su ricorso della parte all'esito di un giudizio di 2° grado in cui era stata emessa una sentenza di declaratoria di inesistenza di un diritto cautelato con la misura del sequestro, ha individuato il giudice competente per l'inefficacia non dichiarata del giudice d'appello, nel Presidente del Tribunale competente secondo il rito previgente, e non, invece, il magistrato designato dal dirigente dell'ufficio ex art. 669-ter u.c. secondo i criteri di distribuzione tabellare degli affari.

Per la fattispecie concretamente esaminata, prima della modifica illustrata dell'art. 90, la causa di inefficacia non poteva essere fatta valere prima del passaggio in giudicato della sentenza per il

sequestro e per gli altri provvedimenti cautelari doveva farsi valere come motivo di impugnazione nel giudizio di Cassazione ove la pronuncia di 2° grado non avesse provveduto, atteso che l'innovazione normativa, non può che essere interpretata come una modifica della disciplina previgente.

Una ultima osservazione si impone per la fattispecie esaminata nel rapporto tra giudice anteriormente competente per la cautela e giudice investito della competenza secondo il nuovo rito. Con riferimento al sequestro il vizio di individuazione del giudice tendenzialmente non determina invalidità del procedimento per incompetenza funzionale del giudice adito, trattandosi di scelta tra magistrati dello stesso ufficio giudiziario.

Opposto è, però, il caso della attribuzione della competenza cautelare in materia di provvedimento d'urgenza al giudice competente per il merito in rapporto al Pretore.

La soluzione preferibile rimane la individuazione del giudice competente per la sanzione di inefficacia secondo il nuovo rito del procedimento cautelare, dovendosi escludere spazi residuali di applicazione del precedente regime giuridico dopo la innovazione dell'art. 90.

3) L'ultima fattispecie risulta già trattata in ampia parte: nel caso di non coincidenza tra il giudice della cautela e quello del merito.

Il giudice dell'inefficacia si trova a dover accertare l'inesistenza parziale o totale di un diritto ritenuto tutelabile in sede cautelare.

Può, in questo caso, essere non opportuno la trattazione del procedimento da parte dello stesso giudice (sotto il profilo dell'identità fisica) che ha emesso il provvedimento cautelare censurato soprattutto se la declaratoria di inefficacia richiede un accertamento giudiziale contenzioso (per esempio nel caso di pronuncia di parziale rigetto della domanda tutelata con la misura cautelare).

Gli ultimi interrogativi hanno sostanzialmente introdotto il tema relativo al secondo gruppo di cause di inefficacia del provvedimento cautelare.

Ci si riferisce alle sentenze che accertano l'inesistenza del diritto cautelato, ancorché rimesse alla giurisdizione arbitrale o del giudice straniero.

È stata già sottolineata la opportunità dell'innovazione normativa ma la qualificazione giuridica dell'esito processuale produttivo dell'inefficacia adottato dal legislatore non è privo di ambiguità applicative.

In particolare la dottrina si è soffermata, al riguardo, sulle conseguenze della mancata sistemazione legislativa del rapporto tra misura cautelare e sentenza conforme non passata in giudicato e sull'omessa disciplina delle c.d. sentenze processuali impedienti.

Il quarto ed il quinto quesito sono una diretta conseguenza dei dubbi applicativi residuati dalle due questioni sopraprospettate.

Le sentenze processuali impedienti sono quelle che non definiscono il merito ma si limitano ad accertare l'esistenza di un ostacolo processuale alla cognizione del diritto controverso.

Le esemplificazioni più frequenti di tale tipologia di pronunce sono quelle che risolvono le c.d. questioni preliminari quali il difetto di costituzione o di rappresentanza processuale delle parti, la incompetenza del giudice adito, la rilevazione di cause di improcedibilità o di decadenze processuali.

Una parte della dottrina ha ritenuto che tali pronunce, in quanto non incidenti sull'esistenza del diritto cautelato, non producono la inefficacia della misura cautelare. In particolare le declaratorie di incompetenza realizzano esclusivamente una trasmigrazione del giudizio davanti al giudice competente.

In particolare è stato rilevato che la soluzione opposta costituirebbe una deroga al principio secondo il quale la tempestiva riassunzione del giudizio davanti al giudice competente fa sì che il processo continui in quella sede, senza pregiudizio per gli atti processuali validamente compiuti davanti al giudice competente.

Tale orientamento dottrinale poggia sulla convinzione che la competenza cautelare non radichi funzionalmente quella del merito. Si ritiene, cioè, che anche all'esito della fase cautelare conclusa

con il provvedimento di accoglimento, la parte possa riassumere il giudizio davanti ad un giudice diverso (nel caso in cui possano operare alternativamente una pluralità di fori territoriali astrattamente competenti ex artt. 18 e 20 c.p.c.).

La dottrina nettamente prevalente ed una recente decisione di merito sono dell'avviso contrario.

Anche le sentenze processuali impedienti ed, in particolare, quelle declinatorie della competenza travolgono gli effetti del provvedimento cautelare, atteso l'ineliminabile nesso di strumentalità tra fase cautelare e giudizio di merito risultato rafforzato dall'innovativa disciplina dell'inefficacia.

In particolare viene sottolineato, contrariamente al fondamento della precedente opinione, che la eventuale continuazione del processo (per effetto della "translatio indicii" ex art. 50 c.p.c., da riferirsi alle sole sentenze declinatorie della competenza) non determina la validità dei provvedimenti anteriormente assunti dal giudice incompetente ancorché istruttori ma si limita a stabilire la validità dell'atto introduttivo del giudizio e la fissazione della pendenza nella notifica dell'atto introduttivo davanti al giudice incompetente.

Oltre a tali rilievi risulta discutibile la scindibilità della competenza con riferimento alle due fasi processuali, cautelare e di merito, incontestabilmente finalizzate ad una unica statuizione definitiva a cognizione piena.

La scelta tra fori territoriali alternativi effettuata dal ricorrente ante causam deve ritenersi vincolante in ordine alla riassunzione del giudizio di merito, seguente all'accoglimento parziale o totale della misura cautelare, fatte salve esclusivamente le deroghe normative al principio ordinamentale della coincidenza, sotto il profilo della competenza, del giudice della cautela e del merito (conciliatore, giudice di pace, giudice straniero competente per il merito, trasferimento azione civile nel processo penale ex art. 75 c.p.p.).

Un'ultima osservazione in favore dell'equiparazione delle sentenze processuali impedienti con quelle che dichiarano l'inesistenza del diritto si impone, con riferimento alle sentenze declinatorie della competenza, per quelle fattispecie in cui la individuazione del giudice competente discende dalla qualificazione del rapporto dedotto in giudizio con conseguente frequente diretta incidenza della valutazione preliminare, sull'esistenza, nel merito del diritto cautelato.

Un'esemplificazione può essere offerta dalla ripartizione delle competenze tra il pretore del lavoro ed il giudice ordinario con riferimento, in particolare, ai poteri cautelari propri del giudice del lavoro derivanti solo dalla inclusione della concreta fattispecie dedotta in giudizio che si collochi in una zona di confine tra le due ripartizioni di competenze per materia, nella categoria dei rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato.

Risulta, pertanto, preferibile la ricomprensione delle sentenze processuali indipendenti nella più ampia "species" dell'inesistenza del diritto cautelato per il doppio legame di natura strumentale tra fase cautelare e fase a cognizione piena e funzionale tra radicamento della competenza ante causam e giudizio di merito.

Più grave è stata ritenuta in dottrina la mancata disciplina normativa del rapporto tra fase cautelare e giudice conforme.

Sono stati già esaminati i differenti orientamenti giurisprudenziali in materia di sequestri e di altri provvedimenti d'urgenza all'esito di pronunce di rigetto della domanda avente ad oggetto il riconoscimento del diritto cautelato prima dell'entrata in vigore della novella.

La problematica si pone in modo speculare per le pronunce di accoglimento del diritto cautelato con l'esclusione del sequestro conservativo per il quale gli artt. 686 c.p.c. e 156 disp. att. c.p.c. dettano una disciplina esauriente, stabilendo che la sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva determina la conversione del sequestro in pignoramento, ancorché il credito sia determinato in misura ridotta rispetto all'originario "petitum" posto a base della domanda cautelare, realizzando esclusivamente una "riduzione" dell'effetto di conversione.

L'art. 156 disp. att. c.p.c. stabilisce le modalità procedurali del passaggio alla fase esecutiva imponendo alla parte vittoriosa obblighi di impulso (deposito copia in cancelleria del giudice competente per l'esecuzione di copia della sentenza e notificazioni ai creditori iscritti).

Per il sequestro giudiziario all'orientamento della Corte di Cassazione, conforme a quello relativo alle sentenze di rigetto, si era affiancato un indirizzo, su sollecitazione della dottrina che consentiva con sentenza d'accoglimento provvisoriamente esecutiva la restituzione della "res" al sequestrante da parte del custode con conseguente esaurimento della funzione dell'ausiliare.

Per i provvedimenti d'urgenza si verificava il c.d.: assorbimento del provvedimento cautelato nella sentenza.

Attualmente il criterio dell'"assorbimento" è quello prevalentemente seguito dalla dottrina che pone l'accento sul nesso di strumentalità tra provvedimento cautelare ed accertamento giudiziale a cognizione piena e sulla finalità anticipatoria di tale provvedimento ed evidenzia come la soluzione contraria porta ad attribuire alla tutela cautelare una funzione limitativa dell'efficacia del provvedimento di merito che, ancorché munito di esecutorietà, non la riproduca integralmente.

Secondo questa impostazione la sentenza di parziale rigetto della domanda cautelata limita automaticamente il contenuto e l'efficacia del provvedimento cautelare parzialmente disatteso senza bisogno di una specifica statuizione di adeguamento, inerente alla misura e distinta dall'accertamento dell'esistenza del diritto agito.

In posizione minoritaria si pone l'orientamento che non ritiene frazionabile l'efficacia del provvedimento cautelare se non mediante un provvedimento di modifica azionabile nel procedimento per l'accertamento dell'inefficacia all'esito di una sentenza di accertamento parziale dell'esistenza del diritto cautelato secondo alcuni, o mediante la richiesta di modifica o revoca nella successiva fase del merito (giudice che ha amato la sentenza in pendenza dell'impugnazione - giudizio di 2° grado in corso di giudizio d'appello).

La soluzione non convince perché lascia nuovamente aperti i confini di operatività ed efficacia del provvedimento cautelare oltre la fase del giudizio di merito cui strumentalmente e funzionalmente è connesso a fini di tutela anticipatoria, contrariamente alla "ratio" dell'art. 669-novies.

Inoltre è consegnata esclusivamente all'impulso di parte la concreta possibilità di eliminare la sproporzione tra misura cautelare ed ampiezza della situazione giuridica soggettiva attiva di sostegno, mentre l'opera di adeguamento della pronuncia giudiziale al provvedimento cautelare deve essere effettuata d'ufficio dal giudice del merito, come è indicato nell'art. 669-novies 3° comma ultima parte.

Soltanto l'omissione risultante dalla pronuncia giudiziale di parziale accoglimento del diritto cautelato impone l'impulso di parte per la sanzione d'inefficacia parziale.

### 3. L'art. 669-decies: le condizioni di modifica e revoca del provvedimento cautelare.

L'art. 669-decies disciplina la facoltà della parte di richiedere la modifica o la revoca del provvedimento cautelare concesso ante causam o nel corso del procedimento di merito, affidandone la competenza al "giudice dell'istruzione" e condizionando l'accoglimento dell'istanza alla "verifica di mutamenti delle circostanze".

La formula usata dal legislatore per definire l'elemento innovativo rispetto alla complessiva situazione processuale ed extraprocessuale della misura cautelare da modificare non si rinviene in forma esclusiva in altre disposizioni del nuovo procedimento cautelare uniforme analogamente disciplinanti l'esercizio di strumenti di tutela concernenti le misure cautelari (art. 669-sexies, septies, terdecies).

Per quanto riguarda l'art. 669-sexies nessuna condizione posta a carico della parte e del giudice è da ravvisarsi per l'ordinanza di modifica o revoca del decreto "inaudita altera parte" in quanto ancorata a tutto ciò che può conseguire alla regolare instaurazione del contraddittorio.

L'art. 669-septies richiede invece, quanto meno un mutamento nella prospettazione della linea difensiva da parte del ricorrente all'esito di un provvedimento di rigetto essendo sufficiente "nuove

ragioni di diritto”, in concorrenza ad un’alternativa con “nuove ragioni di fatto” o “mutamenti delle circostanze”.

L’art. 669-terdecies richiede, infine, ai fini della proponibilità dell’inibitoria dell’esecutorietà del provvedimento reclamato la ricorrenza dei “motivi sopravvenuti”.

La obiettiva diversità testuale delle formule usate non ha però prodotto nella dottrina e giurisprudenza prevalenti la conseguenza di definire esattamente i confini dell’elemento innovativo posto a base delle diverse fattispecie.

In particolare è stato sottovalutato il progressivo maggiore rilievo emergente dal confronto esegetico delle norme sopracitate, – attribuito dal legislatore agli obiettivi mutamenti temporali della situazione preesistente nelle formule utilizzate all’art. 669-decies e terdecies rispetto al 669-septies fondato sulla innovazione della prospettazione difensiva piuttosto che della situazione processuale od extraprocessuale.

Per questa ragione è stato prescelto il sesto quesito che vi viene sottoposto: “Premessa rel. con 669-septies e provv. cautelare emesso nel corso di causa. Il mutamento delle circostanze – può avere ad oggetto l’allegazione di fatti preesistenti non rimessi alla valutazione del giudice della cautela”.

In alcune pronunce giurisprudenziali, in particolare, risultano equiparate le condizioni di esercizio della revoca e della reiterazione della misura cautelare rigettata.

In una ordinanza (Tribunale Foggia) è stata stabilita l’ammissibilità in sede di istanza di revoca, della deduzione di fatti preesistenti alla emanazione della misura cautelare non conosciuti né dal giudice né dalle parti ante causam.

La fattispecie concreta, risulta, però, particolarmente rilevante in quanto l’elemento di novità prospettato con la richiesta di modifica attiene al reperimento presso terzi del materiale da consegnare per ordine del giudice della cautela con conseguente autorizzazione all’ufficiale giudiziario di accedere in tali luoghi.

La situazione prospettata sembrerebbe trovare più puntuale disciplina nell’art. 669-duodecies, concernendo la fase di attuazione-esecuzione del provvedimento cautelare.

Nella motivazione la ammissibilità della prospettazione di fatti preesistenti viene fondata sull’utilizzazione normativa del verbo “verificare” invece che “sopravvenire”.

In un’altra pronuncia (Tribunale Bari) si perviene alla stessa conclusione con riferimento alla allegazione di fatti preesistenti non formanti oggetto della valutazione del giudice della misura cautelare.

In un provvedimento del Tribunale di Torino una richiesta di modifica ex art. 669-decies a contenuto ampliativo della misura cautelare concessa ante causam è stata qualificata come reiterazione di un provvedimento di rigetto avente ad oggetto la consegna di alcuni beni esclusi dal provvedimento iniziale, con conseguente estensione delle condizioni di ammissibilità dell’istanza.

Infine va evidenziata una pronuncia del Tribunale di Firenze che ha ritenuto ammissibile, in corso di causa, l’emanazione di un provvedimento di modifica, di una preesistente misura cautelare consistente nella sostituzione del soggetto passivo dell’ordine, in quanto mutato per effetto del decorso del tempo.

Sembra di capire che il destinatario passivo dell’ordine cautelare non fosse parte del procedimento di merito in cui è stata formulata l’istanza di modifica e, pertanto, il giudice ha disposto in conformità sotto forma di decreto con obbligo di notifica e fissazione dell’udienza di conferma, modifica e revoca.

In un’altra pronuncia era, invece, stata ritenuta (Tribunale Sala Consilina) l’invalidità del provvedimento di revoca richiesto ex art. 669-decies e disposto con decreto.

A parte la valutazione relativa alla correttezza del procedimento utilizzato va osservato che nella prima pronuncia l’elemento di novità è stato rinvenuto non nel “petitum” del provvedimento richiesto ma nel mutamento del destinatario della misura cautelare.

Nella seconda pronuncia il giudice che aveva disposto con decreto si era fondato effettivamente su circostanze sopravvenute.

La rassegna degli orientamenti giurisprudenziali può concludersi con l'esame dell'ammissibilità della richiesta di revoca del provvedimento cautelare da parte del terzo, intervenuto nel giudizio di merito in quanto danneggiato dall'attuazione della cautela poiché acquirente di beni immobili precedentemente assoggettati a sequestro giudiziario.

Nell'ordinanza è stato reputato ammissibile l'intervento del terzo, qualificato come litisconsortile autonomo e, pertanto, dotato di tutti gli strumenti processuali delle altre parti, compreso l'esercizio della tutela cautelare, peraltro non assoggettabile alla condizione della verifica del mutamento delle circostanze di cui all'art. 669-decies.

Gli orientamenti giurisprudenziali sopraesaminati si fondano sull'indirizzo più estensivo della dottrina in ordine alla qualificazione giuridica del "mutamento delle circostanze" indicato nell'art. 669-decies.

Seguendo una linea interpretativa già emersa in sede di applicazione della revoca dei provvedimenti camerale disciplinati dall'art. 742 c.p.c. e dalle modifiche dei provvedimenti presidenziali in materia familiare previsti nell'art. 706 u.c. c.p.c., assoggettati anch'essi alla verifica del mutamento delle circostanze.

Ne consegue la ricomprensione della allegazione di fatti preesistenti alla emanazione della misura cautelare ma non allegati ante causam nonché l'ammissione di nuove prove e conseguentemente gli esiti istruttori, o la impossibilità processuale sopravvenuta di produrre nuove allegazioni di fatto o di "costituire" nel corso dell'istruzione nuovi elementi di prova.

Seguono, incontestatamente i fatti materiali sopravvenuti di natura extraprocessuale e le situazioni processuali (inerzia della parte incidente sull'esito del procedimento, decadenze) sopravvenute oltre che le modificazioni temporali della situazione giuridica attiva posta a base della cautela (prescrizione).

Su un altro versante più fedele alle differenze testuali riscontrate in particolare tra l'art. 669-septies e decies, si pone l'orientamento minoritario della dottrina che nella sua versione più restrittiva si limita a dare rilievo a fatti materiali sopravvenuti ed in quella più ampia valorizza le circostanze derivanti dal divenire della situazione processuale (comprese le preclusioni processuali in ordine alla allegazione di fatto probanti maturate in corso di causa) e degli esiti istruttori.

Viene in rilievo in quest'ultimo orientamento il problema della deducibilità dei mutamenti delle circostanze posto a base della richiesta ex art. 669-decies.

Il problema acquisterà attualità solo con la entrata in vigore integrale della novella.