



ANTONIO MARIA MARZOCCO

Note sul rapporto tra *periculum in mora* e opportunità (della custodia o gestione del bene) nel sequestro giudiziario ex art. 670 n. 1 c.p.c.

Il saggio affronta il controverso tema del rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità nel sequestro giudiziario di beni ex art. 670 n. 1 c.p.c. L'autore esclude che l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione dei beni possa configurare, ai fini della concessione del sequestro, un presupposto che sostituisce il *periculum in mora* o che si aggiunge ad esso quale valutazione rimessa alla discrezionalità del giudice. La soluzione proposta consiste, invece, nel ricondurre la valutazione di opportunità nell'ambito dell'accertamento del *periculum in mora*. Quest'ultimo può avere infatti diverse gradazioni: dal pericolo astratto al pericolo concreto, al pregiudizio imminente e irreparabile. In tale contesto, il riferimento dell'art. 670 n. 1 all'opportunità esprime niente altro che la sufficienza, al fine di ritenere esistente il *periculum in mora* richiesto per il sequestro giudiziario ex art. 670 n. 1, anche soltanto di un pericolo astratto.

The essay deals with the controversial issue of the relationship between *periculum in mora* and the assessment of appropriateness in the judicial seizure of assets pursuant to Article 670 no. 1 of the Code of Civil Procedure. The author excludes that the appropriateness of providing for the custody or management of the assets can configure, for the purposes of granting the seizure, a prerequisite that replaces the *periculum in mora* or that is added to it as an assessment referred to the discretion of the judge. Instead, the proposed solution consists in bringing the assessment of appropriateness within the assessment of the *periculum in mora*. The latter may in fact have different degrees: from abstract to concrete *periculum*, to imminent and irreparable prejudice. In this context, the reference in Art. 670 no. 1 to appropriateness indicates nothing more than the sufficiency, in order to consider the *periculum in mora* required for judicial seizure under Art. 670 no. 1 to exist, of even only an abstract *periculum*.

Sommario: 1. Posizione del tema e le contrastanti ricostruzioni della dottrina; 2. Plurimi interrogativi; 3. (*Segue*) Implicazioni pratiche delle diverse ricostruzioni e rischi per la parte istante; 4. Strumenti per la risoluzione del tema: a) le due tendenze della giurisprudenza tra unione e distinzione di *periculum in mora* ed opportunità; 5. (*Segue*) b) Un differente ma connesso tema: se l'art. 670 n. 1 presupponga un *periculum* astratto o concreto; 6. Risultato: l'opportunità come sufficienza di un *periculum* anche soltanto astratto; 7. Un argomento finale ancora a sostegno del risultato raggiunto: *quid* se l'opportunità fosse un elemento distinto dal *periculum in mora*, ulteriore e rimesso alla discrezionalità del giudice?

1. Posizione del tema e le contrastanti ricostruzioni della dottrina

Una sottile relazione, spesso trascurata, è fonte di contrastanti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza: il rapporto tra il *periculum in mora*, presupposto della tutela cautelare accanto al *fumus boni iuris*, e la valutazione di opportunità che il testo dell'art. 670 n. 1 sembra attribuire al giudice della cautela.

L'art. 670 n. 1 c.p.c., dedicato al sequestro giudiziario di beni, non contiene, come del resto l'art. 670 n. 2 dedicato al sequestro di prove¹, alcun riferimento, esplicito o implicito, al *periculum in mora*. Esso discorre soltanto dell'opportunità di provvedere, in presenza di una controversia sulla proprietà o il possesso dei beni da esso elencati in modo non tassativo², alla loro temporanea custodia o, in caso di beni produttivi, alla loro temporanea gestione. Ciò a differenza dell'art. 671 c.p.c., che nel delineare i presupposti del sequestro conservativo contiene un chiaro riferimento al *periculum in mora*: il fondato timore del creditore di perdere la garanzia del proprio credito³.

Eppure, l'art. 670 n. 1, dal momento che contempla un provvedimento cautelare, non può che richiedere, quali presupposti (o, se lo si preferisce, quali condizioni speciali di ammissibilità), il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Del resto, il sequestro in esame non rientra tra le ipotesi, da ritenere eccezionali, in cui la concessione del provvedimento cautelare richiede soltanto l'accertamento del *fumus boni iuris*, fattispecie in cui il *periculum* può essere ritenuto

¹ In ragione del dibattito sul diritto cautelato dal sequestro ex art. 670 n. 2 c.p.c. – in particolare se si tratti di un diritto sostanziale o di un diritto processuale all'esibizione (cfr. A. PROTO PISANI, *Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 574 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, p. 164 ss.; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 22 s.; S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, p. 257 ss.) o, piuttosto, del diritto alla prova in sé (come si afferma, ormai spesso, a partire da Cass. 22 dicembre 1993, n. 12705) – la configurazione del *periculum in mora* nel sequestro giudiziario di prove origina riflessioni soltanto in parte coincidenti con quelle relative al sequestro ex art. 670 n. 1. Per questo motivo l'indagine qui compiuta è limitata al n. 1 dell'art. 670.

² Sul carattere non tassativo ma esemplificativo dell'elencazione (a differenza di quanto si reputa per gli artt. 812-815 c.c.), cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3ª ed., Napoli, 1964, sub art. 670, p. 149; C. CALVOSA, voce *Sequestro conservativo*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, 1970, p. 64 s.

³ Sull'origine e sul contenuto di questo presupposto, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968 (ristampa), sub art. 671, p. 178 osserva: «Come è facile immaginare c'è su questo una sterminata giurisprudenza dovuta alla gravità della misura cautelare, ma i caratteri del pericolo sono facilmente determinabili in base a pochi principi. Conviene ricordare che il vecchio codice all'art. 924 concretava la sussistenza del pericolo in specifiche ipotesi: sospetto di fuga del debitore, timore di sottrazioni, pericolo di perdere le garanzie. L'arcaica previsione della fuga è scomparsa, e le altre due fattispecie si sono ragionevolmente fuse nell'unico «fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito» nel quale in realtà si comprende tutto». Sull'idoneità della formula «fondato timore» «a contemperare le esigenze di entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio», v. M. ZUMPANO, voce *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 117. In particolare, sul contemperamento che la formula realizza tra elemento soggettivo (il timore) ed elemento oggettivo (la fondatezza dello stesso) v. R. SANTULLI, voce *Sequestro giudiziario e conservativo - Dir. Proc. Civ.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, p. 6; e S. COSTA, voce *Sequestro conservativo*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, 1970, p. 45. Per un'analisi accurata sull'esclusione che si possa trattare di un timore frutto soltanto di «un apprezzamento soggettivo del creditore», senza «corrispondere a un reale stato di cose», v. A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3ª ed., Milano, 1953, p. 61 e, in senso conforme, M. CANTILLO, F. SANTANGELI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 2003, p. 85.

in re ipsa in virtù della (pre)considerazione da parte del legislatore dell'*id quod plerumque accidit*⁴. Al di là di fattispecie del genere, in presenza di una misura cautelare tipica come quella in esame il *periculum in mora* da fronteggiare deve essere individuabile, almeno come categorie di *pericula* che il provvedimento cautelare intende contrastare (ad esempio, in caso di tutela conservativa, un pericolo di distruzione, alterazione, sottrazione o altri di atti di disposizione materiale o giuridica del bene).

Pertanto, avrebbe soddisfatto una legittima aspettativa la previsione, da parte dell'art. 670 n. 1, delle categorie di *pericula*; o almeno il rinvenimento in esso di più elementi per la loro concreta determinazione⁵. Sotto tale profilo risulta certamente "più tipico" il già ricordato art. 671 c.p.c.

Sulla configurazione del *periculum in mora* richiesto per il sequestro giudiziario di beni era, invece, chiaro l'art. 921 c.p.c. del 1865⁶, che rappresenta, insieme all'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865⁷, l'antecedente storico dell'art. 670 n. 1⁸. Esso consentiva il sequestro giudiziario in caso

⁴ Sul tema, anche per l'indicazione di alcuni esempi (come la tutela reintegratoria ex art. 18, L. 20 maggio 1970, n. 300), v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 7ª ed., 2023, p. 607 s.

⁵ L'analisi storica, di cui *infra* note 7-10, non giustifica del tutto un testo di così ampio tenore come quello dell'art. 670 n. 1 nella parte in cui si riferisce all'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene.

⁶ Si è puntualmente osservato (F. CORSINI, *Il sequestro giudiziario di beni*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali - II. Procedimenti cautelari*, Torino, 2005, p. 869) che «Il legislatore non utilizza una formula precisa per delineare i contorni del *periculum in mora*; l'art. 670, n. 1, c.p.c. prevede soltanto, in modo abbastanza vago, che la misura va concessa quando è opportuno provvedere alla custodia od alla gestione temporanea dei beni controversi. I *conditores*, insomma, più che descrivere il pericolo nel ritardo, si soffermano unicamente sullo strumento per porvi rimedio, al contrario di quanto stabiliva l'art. 921 c.p.c. 1865».

⁷ Il richiamo reciproco tra le due norme è ben descritto da A. BRACCI, *Il sequestro giudiziario*, Napoli, 1966, p. 8: «L'art. 921 c.p.c. 1865 disponeva che «oltre i casi previsti dall'art. 1875 del codice civile, l'autorità giudiziaria, sulla domanda della parte interessata, può ordinare il sequestro di una cosa mobile o immobile» quando vi sia pericolo di sottrazione, alterazione o deterioramento. A sua volta, il ricordato art. 1875 stabiliva che, oltre i casi previsti dal codice di procedura civile, l'autorità giudiziaria «può ordinare il sequestro» di un immobile o di una cosa mobile «la cui proprietà o il cui possesso sia controverso fra due o più persone».

⁸ Circa il rapporto tra le due norme, si affermava la necessità di leggerle unitariamente, in attesa che «l'inutile e dannosa dicotomia della disciplina del sequestro giudiziario» fosse superata, come ben testimonia A. SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, 3ª ed. (con appendice di aggiornamento a cura di A. Levoni), Milano, 1969, p. 63 s.: «malgrado che dalla stessa formulazione dell'art. 921 C.P.C. («oltre i casi indicati nell'art. 1875...») apparisse chiara la volontà del legislatore di considerare come nettamente autonome le due disposizioni, e malgrado la dottrina si prodigasse in ogni sforzo per giustificare tale netta distinzione (giungendo, però, molto spesso, a risultati puramente verbali) in pratica, nella maggior parte dei casi, si finiva per fondere le due disposizioni in una sola, concedendo, in genere, il sequestro sul presupposto del pericolo relativo al bene e, tutt'al più, considerando la controversia ad esso relativa come un elemento da cui si potesse facilmente desumere l'esistenza di tale pericolo, esimendosi da ulteriori accertamenti. Un tale stato di cose rivelava urgente la necessità di una riforma che eliminasse l'inutile e dannosa dicotomia della disciplina del sequestro giudiziario e determinasse con sicurezza i contorni di tale misura, chiarendone i presupposti».

La tesi della lettura unitaria delle due norme incontrava però la critica di chi sosteneva che la soluzione interpretativa, per quanto in generale condivisibile, non potesse valere in mondo esclusivo, per l'esistenza di «ipotesi eccezionali», ma pur possibili, in cui ricorre una controversia sulla proprietà o il possesso ma manca il *periculum* indicato dall'art. 921 c.p.c. del 1865. In tal senso A. BRACCI, *op. cit.*, p. 10 che, richiamando L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.d., ed. IV, III, p. 799, così esemplificava: «(...) nel caso dell'azione di revindica, avente per oggetto beni

di «pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione» dei beni, *pericula* che individuavano un campo di applicazione già ritenuto ampio⁹ e che, nell'applicazione pratica, era stato progressivamente ampliato fino ad estenderlo alla più generica opportunità¹⁰.

Proprio il confronto con il testo dell'art. 921 c.p.c. del 1865 e la circostanza che l'art. 670 n. 1 discorre, testualmente, soltanto di opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene ha indotto una parte della dottrina ad individuare il secondo presupposto del sequestro in esame – accanto al *fumus boni iuris* – soltanto nella opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene, rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, ritenendo non necessario il *periculum in mora*¹¹; oppure ad

immobili, mentre esiste indubbiamente una controversia tra le parti sul diritto di proprietà o, quanto meno, sul possesso, non è detto che debba necessariamente ricorrere il pericolo di sottrazione, alterazione o deterioramento.

Non esiste in primo luogo pericolo di alienazione (la sola forma di sottrazione possibile relativamente agli immobili) in quanto la trascrizione della citazione evita tale pericolo; per ciò che concerne l'alterazione e il deterioramento, il pericolo può anche non sussistere perché chi si trova al possesso dell'immobile dà garanzia di onestà. Riteniamo pur tuttavia che il sequestro giudiziario potesse esser concesso in base all'art. 1875, che non si richiama ai pericoli sopra ricordati, ma solo all'esistenza della lite»).

⁹ In tal senso A. BRACCI, *op. cit.*, p. 9, argomentando dalla circostanza che il sequestro era subordinato «al generico pericolo di sottrazione, alterazione o deterioramento».

¹⁰ Sul tema v. A. SCAGLIONI, *op. cit.*, p. 63 ss., spec. p. 65, dove indica la progressiva tendenza a svincolare il sequestro ex art. 921 c.p.c. «dal presupposto del pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione, subordinandolo unicamente a un "criterio generico di opportunità, desunto dalle condizioni delle cose e delle persone"».

¹¹ Ritiene non necessario il *periculum* e sembra distinguere dal concetto di opportunità A. SCAGLIONI, *op. cit.*, p. 68: «Contemporaneamente viene, d'altra parte, ad essere così riaffermato il principio, su cui tanto hanno battuto la dottrina e la giurisprudenza per poter nettamente distinguere l'ipotesi dell'art. 1875 n. 1 C.C. da quella dell'art. 921 C.P.C. 1865, per cui non è neppure necessario che, oltre all'estremo della pendenza della lite, sussista un vero e proprio pericolo di sottrazione ecc. essendo sufficiente che il provvedimento cautelare risponda a un concetto generale di opportunità, secondo il prudente arbitrio del giudice (a cui, in questo caso, è riconosciuto un vero e proprio potere discrezionale), come nel caso in cui l'esistenza della controversia possa turbare la normale amministrazione e lo sfruttamento del bene che ne è oggetto.

Le espressioni *fumus boni iuris* e *causa arresti*, mutate dal sequestro conservativo ed estese ora ad indicare i presupposti di ogni misura cautelare, assumono, dunque, in relazione al sequestro giudiziario, un significato particolare, indicando la prima non solo un diritto probabile, bensì un diritto controverso e la seconda, non un pericolo vero e proprio, bensì, come si è detto or ora, anche un semplice motivo di opportunità».

Nell'ottica della distinzione tra *periculum* ed opportunità, affermando che quest'ultimo non è necessario, si pone anche E. PROTETTI, *Il sequestro in materia civile e nelle leggi speciali*, Napoli, 1969, p. 15: «L'opportunità siffatta ricorre ogni qualvolta sussistano motivi attuali o eventuali, per cui si tema l'avverarsi di fatti che possano impedire la consegna del bene al titolare oppure importino situazioni che pregiudichino l'attuazione del diritto controverso, anche mediante una cattiva amministrazione del bene.

In mancanza di questa condizione il sequestro giudiziario non può essere concesso e, se concesso, deve essere revocato.

Non è invece necessario che sussista il pericolo di sottrazione, alterazione, deterioramento del bene, anche se tale pericolo può essere valutato dal giudice ai fini dell'esame sulla opportunità, che è rimesso al suo giudizio discrezionale».

L'abbandono del presupposto del *periculum* è sostenuto in modo evidente da A. CIOFFI, *Commento teorico-pratico del Codice di procedura civile*, III, Roma, 1957, sub art. 670-676, § 1004, p. 279: «Il c.p.c. del 1865 richiedeva all'art. 921 che vi fosse stato anche pericolo di alterazione, sottrazione o deterioramento dei beni; ma l'articolo 670 del codice vigente non richiede più, oltre l'estremo della controversia sulla proprietà o sul possesso, anche quello del mentovato pericolo. si appaga, esso, invece, di un giudizio di opportunità a provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni».

affermare, in modo simile, che il *periculum in mora* «può sussistere, ma non è elemento determinante» per la concessione del sequestro¹².

Ad una conclusione opposta, ma pur sempre attraverso il confronto con l'art. 921 c.p.c. del 1865, perviene un'altra parte della dottrina: l'opportunità indicherebbe il *periculum in mora*, da individuare, proprio rievocando il contenuto dell'art. 921 c.p.c. del 1865, nel pericolo di alterazione, sottrazione o deterioramento del bene¹³, rimesso all'accertamento discrezionale del giudice¹⁴. Una lettura coerente con l'adesione, esplicita o implicita, degli stessi Autori alla tesi secondo cui il testo dell'articolo 670 n. 1 sarebbe il frutto della fusione dei presupposti prima separatamente contemplati dall'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865 e dall'art. 921 c.p.c. del 1865¹⁵.

Una diversa tesi ha ritenuto, senza sostenere affatto che *periculum in mora* ed opportunità siano concetti distinti, che l'opportunità indica un *periculum* «molto leggero»¹⁶.

¹² Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968 (ristampa), sub art. 670, p. 160, che muove dal confronto con il codice previgente, oltre che dal testo stesso dell'art. 670 n. 1, per affermare (*ibi* p. 159) che l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione esprime la volontà di attribuire «una discrezionalità al giudice nella concessione del sequestro»; ed inoltre differenzia il presupposto in esame dal fondato pericolo di perdere la garanzia del credito richiesto dall'art. 671 c.p.c.

Simile alla posizione di Satta appare quella di P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, 4ª ed., Torino, 1957, sub artt. 670-673, p. 301-302 (§ 1097), perché ritiene che il *periculum* possa esistere o meno, ma in ogni caso spetta alla valutazione discrezionale del giudice esaminare l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione: «Il criterio di opportunità (...) è affidato interamente alla coscienza del giudice; ogni formula riesce necessariamente monca ed imprecisa. Esso, valutato equamente ogni elemento fornito dal richiedente o da ambo le parti, dovrà verificare non soltanto se la permanenza dello *status quo* possa arrecare un apprezzabile pregiudizio alle ragioni del richiedente, nel caso che poi risultassero fondate, ma anche se, indipendentemente da tale pericolo, ricorra l'ipotesi più ampia dell'opportunità (v., in proposito, Cass., 22 febbraio 1952, n. 417), oppure (ed è questa una notevole innovazione introdotta dal codice) se il mutamento della persona cui è affidata la gestione del bene, dell'universalità, e particolarmente dell'azienda, possa recare un sensibile legittimo vantaggio al richiedente medesimo (...)».

¹³ Cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147; A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30 (che indica espressamente il «pericolo di deterioramento, sottrazione, alterazione a cui si riferiva l'art. 921 dell'abrogato codice»); A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 613 (che argomenta anche dall'art. 676, 1° co., c.p.c.); ed inoltre A. BRACCI, *op. cit.*, p. 155, che rispetto all'opportunità afferma: «Tale opportunità si verifica in quanto concretamente vi sia pericolo che la parte istante, in conseguenza di fatti che avvengano durante lo svolgimento della lite, non possa ottenere tutto il vantaggio che le spetterebbe; detto pericolo deriva dall'eventualità che il bene controverso venga deteriorato, alienato o sottratto od anche che non se ne traggano quei frutti che si dovrebbero percepire in base ad una normale amministrazione».

¹⁴ Per l'esplicita attribuzione alla discrezionalità del giudice cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147; A. BRACCI, *op. cit.*, p. 156; A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵ In questa prospettiva si pongono espressamente V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147 e A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30 (che afferma: «le due distinte ipotesi degli art. 1875 del vecchio cc. e 921 del vecchio cpc. sono state riunite in una sola»).

¹⁶ In tal senso F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 13ª ed., 2023, p. 247, che chiaramente riconduce l'opportunità al *periculum in mora* affermando: «Per quanto riguarda il *periculum in mora*, l'art. 670 n. 1 c.p.c. si limita a richiedere che sia «opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea». Nel sequestro giudiziario è richiesto un *periculum* molto leggero». In senso adesivo v. M. CANTILLO, F. SANTANGELI, *op. cit.*, p. 18 s., i quali però sottolineano che il giudizio di opportunità consente di «prescindere dalla ricorrenza di un fatto specifico del tipo anzidetto – n.d.r.: gli Autori si riferiscono al pericolo di alterazione, sottrazione, occultamento –, ritenendo che anche altre cause possano determinare l'opportunità della custodia o della gestione temporanea». La notazione è condivisibile soltanto nella misura in cui i *pericula* indicati siano

Non manca, infine, chi annovera tra i presupposti (o requisiti) del sequestro in esame il *periculum in mora* e, dopo di esso, anche la valutazione discrezionale, rimessa al giudice, dell'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene¹⁷.

In sintesi, si può affermare che in dottrina si sostiene ora l'esclusione della necessità del *periculum in mora* ai fini del sequestro ex art. 670 n. 1, in virtù del riferimento dell'art. 670 n. 1 all'opportunità; ora, al contrario, si riconduce la valutazione di opportunità nell'ambito dell'accertamento del *periculum in mora*; ora, infine, si sostiene il cumulo dei due elementi: prima l'accertamento del *periculum in mora* e poi la valutazione di opportunità rimessa alla discrezionalità del giudice.

2. Plurimi interrogativi

I contrastanti orientamenti della dottrina, le differenze tra il testo dell'art. 670 n. 1 c.p.c. e dell'art. 921 c.p.c. del 1865, nonché il confronto con l'art. 671 c.p.c. in tema di sequestro conservativo, lasciano emergere il tema del rapporto tra il *periculum in mora* e la valutazione di opportunità.

In particolare, il generico riferimento dell'art. 670 n. 1 all'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene, e non al *periculum in mora*, origina i seguenti interrogativi: a) il *periculum in mora* non è necessario ed è sostituito dalla valutazione di opportunità?; b) oppure l'opportunità consiste proprio nell'accertamento del *periculum in mora*, fondendosi con esso o, meglio, riducendosi ad esso? c) in caso di risposta negativa a quest'ultimo quesito, quale sarebbe il rapporto tra il *periculum in mora* e l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene? È possibile che l'opportunità rappresenti un presupposto, una condizione speciale di ammissibilità o, più genericamente, un requisito o elemento differente dal *periculum in mora* e anch'esso necessario per ottenere il sequestro in esame? E, se fosse tale, la valutazione dell'opportunità di provvedere alla custodia o alla

intesi come categorie di *pericula*, fermo però il loro rispetto, almeno come categorie, visto il carattere tipico del provvedimento cautelare in esame e l'esistenza della tutela residuale di cui all'art. 700 c.p.c.

¹⁷ È questa la posizione di C. CALVOSA, voce *cit.*, p. 66, che emerge dalle seguenti parole: «L'altro requisito necessario perché possa concedersi il sequestro giudiziario ex art. 670, n. 1, è coordinato al *periculum* che il bene o i beni da assoggettare alla misura cautelare possano essere distrutti, distratti o deteriorati o, comunque, possano subire un mutamento della loro destinazione attuale. Il *periculum* che incombe sul bene o sui beni, si risolve in pericolo di deterioramento della situazione sostanziale cautelanda e costituisce elemento di valutazione, per il giudice, dell'opportunità di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene o dei beni.

In altri termini, mentre la controversia sulla proprietà o sul possesso, quando è considerata dal diritto positivo come requisito essenziale del sequestro, deve necessariamente sussistere, ché, in difetto, la misura cautelare non potrebbe essere concessa, il *periculum*, di per sé, non è requisito sufficiente, essendo demandato al giudice, che ha da provvedere sulla richiesta di misura cautelare, di valutare discrezionalmente la convenienza di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene oggetto della misura cautelare.

In buona sostanza, il giudice, nella sua valutazione discrezionale, apprezzerà la custodia o la gestione temporanea del bene in funzione del pericolo. Quest'ultimo deve poter essere scongiurato con la custodia o con la gestione temporanea (ed è in ciò la funzione conservativa del provvedimento cautelare)».

gestione del bene sarebbe rimessa alla discrezionalità o, preferibilmente, al prudente apprezzamento del giudice, subito dopo l'accertamento positivo del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*?

Il primo interrogativo può essere subito risolto: la tesi che il *periculum in mora* non rappresenti più, in ragione del confronto con il testo dell'art. 921 c.p.c. del 1865, un presupposto del sequestro in esame, oppure che non sia un presupposto necessario o determinante, non è condivisibile: il *periculum in mora* è un presupposto della tutela cautelare ex art. 670 n. 1 e la parte istante ha l'onere di provarne l'esistenza. La genericità del testo dell'art. 670 n. 1 ha, almeno secondo una parte della dottrina, una spiegazione differente. Essa intenderebbe superare la menzionata dicotomia tra le due figure di sequestro giudiziario di beni dell'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865 e dell'art. 921 c.p.c. del 1865. A tal fine, l'art. 670 n. 1 avrebbe accolto la formulazione dell'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865, ma delimitandone il campo applicativo richiedendo l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione¹⁸. Tuttavia, ciò non può significare la scomparsa del presupposto del *periculum in mora*. Dal momento che si tratta di una tutela cautelare tipica, è necessaria la tipizzazione, almeno per categorie, dei *pericula* che il sequestro in esame intende fronteggiare, vista anche l'esistenza della tutela cautelare residuale di cui all'art. 700 c.p.c.

Non si potrebbe sostenere che il *periculum in mora*, nella prospettiva dell'art. 670 n. 1, sia *in re ipsa* ogni volta che esista una controversia sulla proprietà o il possesso, perché ciò non corrisponde all'esperienza reale. Il diritto di proprietà su un bene (*ius in re*) o il diritto alla restituzione di un bene (*ius ad rem*) da altri posseduto o detenuto può essere controverso senza che ricorra un concreto o, anche soltanto astratto, pericolo di alterazione, distruzione, sottrazione (o, eventualmente, anche di disposizione giuridica¹⁹) del bene.

Se si condividono le riflessioni appena compiute, l'analisi si deve concentrare esclusivamente sulle altre tre tesi prospettate dalla dottrina: a) la tesi secondo cui il giudizio di opportunità

¹⁸ Sulla mutata formulazione rispetto all'art. 921 c.p.c. del 1865 e sulle ragioni dell'avvicinamento all'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865, v. A. BRACCI, *op. cit.*, p. 11 s.: «L'art. 670 n. 1 di detto codice abbandona il criterio generico del pericolo di sottrazione, alterazione e deterioramento, per adottare un criterio analogo a quello dell'art. 1875 c.c. abrogato, ma più ristretto. Si stabilisce infatti che il sequestro giudiziario possa essere autorizzato ove sussista una controversia sulla proprietà o sul possesso di beni mobili, immobili, aziende od altre universalità di beni ed in più si richiede che debba ricorrere l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni sopra indicati».

¹⁹ Se e nella misura in cui si ritenga che il sequestro ex art. 670 n. 1 possa costituire una cautela, sia in caso di beni mobili che immobili (o soltanto nel primo caso), anche avverso atti di disposizione giuridica del bene. Un tema controverso sul quale v. l'attenta analisi di F. CORSINI, *op. cit.*, p. 869 ss., che propende (*ibi* p. 871) per la soluzione positiva (muovendo però dalla «mancata tipizzazione normativa del *periculum*», mentre nella prospettiva qui accolta il risultato, se si ritiene che il *periculum* debba essere tipizzato, potrebbe essere conseguito, almeno per alcuni beni, muovendo dall'esame della funzione, dello scopo di tutela, del sequestro giudiziario di beni). Sul tema v. inoltre R. SANTULLI, *op. cit.*, p. 2.

Per un caso di utilizzazione del sequestro per fronteggiare il rischio di atti di disposizione giuridica e, se ben si intende, anche in deroga al principio secondo cui non si può con il sequestro ostacolare la legge di circolazione del titolo (nella specie si trattava di assegni consegnati a titolo di garanzia), v. Trib. Monza, sez. I, 12 aprile 2001.

consiste nell'accertamento del *periculum in mora*, da intendere, in modo conforme all'art. 921 c.p.c. del 1865, quale pericolo di alterazione, sottrazione o deterioramento del bene, oltre che di gestione infruttuosa se si tratta di beni produttivi; b) la tesi che, come la precedente, non ritiene *periculum in mora* ed opportunità concetti distinti, ma afferma che l'opportunità indica un *periculum* molto leggero (o, in modo equivalente, che il *periculum in mora* è un concetto più intenso dell'opportunità, ma quest'ultima attiene proprio al *periculum* e non rappresenta un elemento distinto); c) ed infine la tesi secondo cui la valutazione di opportunità si colloca accanto (*rectius*: dopo) l'accertamento del *periculum in mora*, in quanto l'opportunità rappresenta un requisito distinto e rimesso alla valutazione discrezionale del giudice.

3. (Segue) Implicazioni pratiche delle diverse ricostruzioni e rischi per la parte istante

Gli interrogativi sollevati non attengono soltanto a profili teorici, ma hanno intuibili ricadute pratiche.

Se si afferma che la valutazione di opportunità è autonoma rispetto all'accertamento del *periculum in mora*, la parte istante, che è onerata di provare i presupposti della tutela cautelare, non deve limitarsi a provare il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* ma deve, inoltre, provare l'opportunità quale requisito ulteriore ed autonomo, nonché consequenziale, rispetto alla prova del *periculum*.

Se invece l'opportunità non indica altro che la sussistenza del *periculum in mora*, il cui accertamento è rimesso al prudente apprezzamento del giudice, i presupposti della tutela cautelare restano limitati al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, inteso quale pericolo di alterazione, sottrazione, deterioramento, infruttuosa gestione del bene. In questa ipotesi la prova del *periculum in mora* richiesto determina di per sé l'opportunità – o persino coincide con l'opportunità – di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, perché l'accertato *periculum* renderebbe sempre opportuna la custodia o la gestione del bene. La valutazione dell'opportunità sarebbe assorbita nell'accertamento del *periculum in mora*, incidendo soltanto sulla gradazione di quest'ultimo, a seconda che sia ritenuto sufficiente un *periculum* anche soltanto astratto o sia, piuttosto, richiesto sempre un *periculum* concreto.

Anche dalla prospettiva del giudice l'opzione per l'una o per l'altra ricostruzione è significativa. A quest'ultimo spetta soltanto accertare, nei limiti della cognizione propria della tutela cautelare, se sussistano il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* richiesti per la tutela cautelare in esame? Oppure è chiamato ad una distinta, ed ulteriore, valutazione di opportunità? E quindi, ancora una volta, quale sarebbe il rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità dal punto di vista dell'accertamento, dell'attività di cognizione o, più in generale, del giudizio rimesso al giudice della cautela? La valutazione di opportunità è un giudizio discrezionale del giudice (o, meglio, lasciato al suo prudente apprezzamento) e distinto dall'accertamento del *periculum in mora* o, piuttosto, coincide con esso? Se coincidesse con il *periculum in mora* non muterebbe la prospettiva né della parte né del giudice, perché

l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene discenderebbe dall'accertamento del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* richiesti per l'autorizzazione del sequestro in esame.

L'incertezza espone a rischi la parte istante. Se i presupposti, le condizioni o, più in generale, i requisiti della tutela in esame non sono correttamente delineati e non è chiarito il rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità l'istante risulta esposto – almeno se si segue alcuno degli orientamenti dottrinali descritti – ad una sfera di discrezionalità del giudice che trascende la cognizione richiesta per l'accertamento del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e che potrebbe legittimare il giudice a ritenere non opportuna la tutela cautelare nonostante che i citati presupposti sussistano. Di tale rischio vi è traccia nell'affermazione dottrinale secondo cui mentre l'esistenza di una controversia sulla proprietà o il possesso, individuata dall'art. 670 n. 1 quale primo presupposto, ha carattere obiettivo, il presupposto della «opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, corrisponde ad una valutazione discrezionale del giudice»²⁰; o, persino, nell'affermazione che la valutazione di opportunità è rimessa alla «coscienza del giudice»²¹.

È intuibile che l'opportunità così intesa rappresenta una valutazione discrezionale del giudice che si sottrae ad ogni censura; ma è più verosimile che in realtà si tratti di un prudente apprezzamento, che implica senza dubbio un giudizio di fatto rimesso al giudice della cautela, ma non censurabile in sede di reclamo soltanto se congruamente motivato ed immune, oltre che da *errores in procedendo* e *in iudicando*, da vizi logici.

4. Strumenti per la risoluzione del tema: a) le due tendenze della giurisprudenza tra unione e distinzione di *periculum in mora* ed opportunità

La giurisprudenza, apparentemente unitaria, ad un esame più approfondito risulta non univoca circa il rapporto tra *periculum in mora* ed opportunità e, quindi, circa il significato da attribuire a quest'ultima.

Le decisioni rinvenibili, seppure talvolta peculiari per le ricostruzioni affermate, possono essere ricondotte a due tendenze generali più che a precisi orientamenti: a) la tendenza a distinguere il presupposto o requisito dell'opportunità (di provvedere alla custodia o alla

²⁰ Un'affermazione molto diffusa e comune a diversi Autori nonostante che aderiscano a differenti ricostruzioni del rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità. È compiuta infatti, nello stesso modo, da S. SATTA, *op. cit.*, sub art. 670, p. 160, da A. SCAGLIONI, *op. cit.*, p. 68 [che discorre di «prudente arbitrio del giudice (a cui, in questo caso, è riconosciuto un vero e proprio potere discrezionale)»], da E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 15, così come da V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147, da A. BRACCI, *op. cit.*, p. 156 e da A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30, che afferma: «Il primo presupposto del provvedimento è puramente obiettivo: esistenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso della cosa; il secondo invece, opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, corrisponde ad una valutazione discrezionale del giudice. La legge in sostanza affida a quest'ultimo quel giudizio sul pericolo di deterioramento, sottrazione, alterazione a cui si riferiva l'art. 921 dell'abrogato codice. In tal modo le due distinte ipotesi degli art. 1875 del vecchio cc. e 921 del vecchio cpc. sono state riunite in una sola».

²¹ Così P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 301 (§ 1097).

gestione del bene) dal *periculum in mora*, senza cumularli ma affermando che l'opportunità sostituisce il *periculum* o che rappresenta un concetto diverso; b) la tendenza ad assimilare i concetti, a fonderli, riconducendo l'opportunità al *periculum in mora*. Non si rinviene, per quanto risulta, una posizione corrispondente a quella dottrinale secondo cui dopo l'accertamento del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* il giudice dovrebbe compiere la valutazione discrezionale di opportunità della custodia o della gestione temporanea del bene. Tra le pronunce ascrivibili alla prima tendenza, perché distinguono i due concetti senza cumulare *periculum in mora* e giudizio di opportunità ma affermando, esplicitamente o implicitamente, che l'opportunità sostituisce il *periculum*, sono annoverabili quelle secondo cui il *periculum in mora*, inteso come «grave pericolo di pregiudizio nel ritardo», non rientra tra i presupposti del sequestro in esame perché «è sostituito (...) dalla prescrizione dell'opportunità di provvedere alla custodia»²². Nell'ambito di tali pronunce il significato attribuito all'opportunità è tuttavia variabile.

In un caso si è distinto il concetto di opportunità da quello di *periculum in mora*, ritenendo il primo un «concetto diverso e meno pregnante di quello di *periculum*»²³; in un altro, in modo simile, si è distinto tra opportunità e necessità della cautela (anche se, contrariamente a quanto prospettato dalla decisione, si dovrebbe prima escludere la necessità del provvedimento cautelare e poi anche l'opportunità dello stesso, se si ritiene che il concetto di opportunità esprima, seguendo un climax discendente, un'intensità inferiore rispetto alla necessità)²⁴; in un altro, sia pure ponendosi al confine con la contrapposta tendenza (di cui *infra* nel testo), si è distinto tra *periculum in mora* ed opportunità affermando che «ciò che viene comunemente inteso come "*periculum in mora*" (e cioè il pregiudizio grave ed imminente) può ovviamente sussistere nelle ipotesi in cui viene richiesto un provvedimento di sequestro giudiziario, ma tale accezione di *periculum* non costituisce condizione necessaria per la concessione del sequestro, atteso che l'art. 670 c.p.c. richiede semplicemente che la custodia sia opportuna e non che incomba un pericolo imminente»²⁵.

La contrapposta tendenza che emerge dalle pronunce giurisprudenziali fonde, invece, *periculum in mora* ed opportunità, riconducendo quest'ultima al primo.

²² In modo esplicito si esprime in tal senso Trib. Lamezia Terme 30 gennaio 2008, n. 1001, in cui si legge: «Esula, invece, dai presupposti del sequestro conservativo la sussistenza del *periculum in mora* in senso stretto (ossia il grave pericolo di pregiudizio nel ritardo, che è sostituito, nel sequestro giudiziario, ex art. 670 n. 1 c.p.c., dalla prescrizione dell'opportunità di provvedere alla custodia) (...)».

²³ Cfr. Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160.

²⁴ Cfr. Trib. Ferrara ord. 6 novembre 2009, n. 85204, che afferma: «Difetta, tuttavia, nel merito, il presupposto della opportunità di gestione del complesso aziendale da parte di un soggetto terzo (*omissis*): non è, infatti, contestata la circostanza che i beni dell'azienda siano attualmente utilizzati per le finalità stabilite nel contratto. Parimenti non contestata è la circostanza, affermata da (*omissis*) s.r.l., che la casa di riposo sia al completo e che altri clienti, interessati al soggiorno presso la struttura, siano in lista d'attesa. Va, pertanto, esclusa la opportunità, e tantomeno la necessità, dell'affidamento dell'azienda a soggetto diverso dall'attuale gestore».

²⁵ Così Trib. Torino, sez. IX, ord. 3 luglio 2009, n. 7787.

In una decisione, ad esempio, si legge che il *periculum in mora* è necessario che sussista come per tutte le misure cautelari, ma «si atteggia quale opportunità di provvedere alla gestione temporanea o, comunque, alla custodia dei beni, per l'esistenza, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso»²⁶; in un'altra, simile per impostazione, si afferma che l'opportunità configura il *periculum* (e si sottolinea che è più attenuato rispetto ad un pregiudizio imminente e irreparabile)²⁷; in un'altra l'opportunità è ricondotta al concetto di *periculum* affermando che «le ragioni di opportunità della custodia (il *periculum*) devono sussistere in concreto», ma al contempo si evidenzia che l'opportunità è un concetto diverso e meno pregnante del *periculum*²⁸; in un'altra, infine, l'opportunità è interpretata come «la necessità di provvedere alla conservazione e alla custodia dei beni sui quali deve eseguirsi la misura cautelare» ed è chiaramente fatta coincidere con il *periculum in mora*, perché si afferma che essa «sussiste soltanto quando lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti il concreto pericolo che si verifichino deterioramenti, sottrazioni o alterazioni, tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso (...)»²⁹.

Le due tendenze riscontrate nella giurisprudenza non consentono di affermare che quest'ultima abbia una posizione chiara sul tema. Al contrario, è emersa la mutevolezza delle opzioni proponibili circa il rapporto tra *periculum in mora* ed opportunità.

Si può, tuttavia, intravedere anche nelle decisioni che distinguono i concetti di *periculum in mora* e di opportunità una precisa inclinazione: esse, pur quando affermano che il *periculum in mora* è sostituito dalla valutazione di opportunità, sembrano in fondo voler esprimere, al di là delle parole utilizzate e guardando al loro senso complessivo, la diversa intensità (o grado) del *periculum* sufficiente al fine di determinare l'opportunità di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene. Non una reale distinzione tra *periculum in mora* e opportunità quali concetti (e presupposti) autonomi ma, piuttosto, una diversa intensità del *periculum*. L'opportunità indicherebbe una diversa gradazione del generale concetto di *periculum in mora*, più tenue, in quanto idonea a far ritenere sufficiente anche soltanto un pericolo astratto al fine di integrare, una volta accertato il *fumus boni iuris*, i presupposti del sequestro giudiziario di beni. È quanto si intende (continuare a) dimostrare.

5. (Segue) b) Un differente ma connesso tema: se l'art. 670 n. 1 presupponga un *periculum* astratto o concreto

Il tema del rapporto tra *periculum in mora* e opportunità si confonde, o si interseca, con la questione, differente ma connessa, se l'art. 670 n. 1 presupponga un *periculum* astratto o

²⁶ Così Trib. Larino 2 agosto 2007, n. 90000.

²⁷ Trib. Milano, sez. spec. impr., ord. 7 febbraio 2022.

²⁸ Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160.

²⁹ Così Trib. Torino, sez. II, ord. 2 luglio 2005.

concreto. Il parametro di confronto è rappresentato, rispetto a quest'ultimo tema, non soltanto dall'art. 921 del c.p.c. del 1865, che pur sembrava prospettare un *periculum* concreto, ma anche dall'art. 671 c.p.c., che indica quale presupposto del sequestro conservativo, accanto al *fumus boni iuris*, il fondato timore del creditore di perdere la garanzia del proprio credito, così richiedendo un pericolo concreto³⁰.

Il confronto con tali norme e, soprattutto, la circostanza che l'art. 670 n. 1 discorra di opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione e non di un fondato timore, come invece l'art. 671 c.p.c.³¹, ha condotto la giurisprudenza ad affermare, sin da risalenti pronunce della Cassazione³², che per l'autorizzazione del sequestro ex art. 670 n. 1 è sufficiente un pericolo anche soltanto astratto. Un indirizzo che la Cassazione così sintetizza: «conformemente con la finalità del sequestro giudiziario che è quella di assicurare l'utilità pratica del futuro provvedimento decisorio e la utilità concreta della sua esecuzione, mediante la consegna o il rilascio dei beni, sui quali è stato autorizzato e posto il vincolo (Cass. Sez. I, 23 novembre 1981, n. 12595), per affermare l'esistenza dell'opportunità di concedere il sequestro giudiziario è sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso. In altre parole, l'opportunità di conservazione del bene non sorge soltanto in presenza di un pericolo attuale di sottrazione o di distruzione, ma è sufficiente che si prospetti la semplice possibilità di pregiudizio e, più in generale, una situazione di fatto diversa da quella di diritto tale che al termine della lite la parte istante non riuscirebbe ad ottenere il vantaggio che le spetta (Cass. Sez. II, 28 giugno 1969, n. 2342)»³³.

³⁰ Sul *periculum* presupposto dall'art. 671 c.p.c. v. *supra* nota 3.

³¹ Sulla differenza tra il *periculum* contemplato dall'art. 671 e quello contemplato dall'art. 670 n. 1 sono cristalline le parole di F. P. LUISO, *op. cit.*, p. 255 s., da cui emerge anche la diversa gradazione dei *pericula* presupposti dalle due norme: «Orbene, l'art. 670 c.p.c., per il sequestro giudiziario, individua il *periculum* nei seguenti termini: "È opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea". Invece l'art. 671 c.p.c., per il sequestro conservativo, individua il *periculum* con la seguente espressione: "fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito". Ambedue tali espressioni fanno riferimento al *periculum*, però con una direzione diversa nel sequestro giudiziario e nel sequestro conservativo. Il sequestro conservativo ha la funzione di garantire la fruttuosità dell'esecuzione; il creditore, quindi, deve dimostrare che vi è timore che il debitore compia atti di disposizione tali da diminuire la fruttuosità dell'espropriazione e che quindi il patrimonio potrebbe non essere più capiente rispetto al credito. Il sequestro conservativo non può essere richiesto se la fruttuosità resta tale, anche dopo l'atto di disposizione. Nel sequestro giudiziario è sufficiente l'opportunità di custodire il bene; nel sequestro conservativo volta per volta si deve correlare l'entità del patrimonio del debitore con il tipo di attività che si teme possa essere compiuta e con il credito dell'istante». Per la condivisibile riconduzione, da parte dello stesso Autore, dell'opportunità al *periculum in mora* (posizione che traspare anche dal passo appena riportato), v. *supra* nota 16.

³² Cfr., *ex multis*, Cass. 28 giugno 1969, n. 2342, in *Giust. civ.*, 1969, I, 2020, nota di E. ALVINO, *Qualche osservazione sui presupposti per la concessione del sequestro giudiziario*; Cass. 31 maggio 1966, n. 1459, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1955; Cass. 12 febbraio 1982, n. 854.

³³ Così Cass. 27 settembre 1993 n. 9729.

Di riflesso, la giurisprudenza di merito afferma che secondo un «consolidato orientamento giurisprudenziale “per la concessione del sequestro giudiziario non si richiede, come per il sequestro conservativo, che ricorra il pericolo, concreto ed attuale, di sottrazione o alterazione del bene, essendo invece sufficiente, ai fini dell’estremo dell’opportunità richiesto dall’art. 670 n. 1 c.p.c., che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l’attuazione del diritto controverso”»³⁴.

Dai passi appena riportati emerge già la stretta connessione posta tra il riferimento dell’art. 670 n. 1 all’opportunità e la gradazione (o intensità) del *periculum* richiesto (*id est*: concreto o astratto). Muovendo da tale indirizzo è possibile compiere una più sottile analisi della giurisprudenza, volta a dimostrare che il tema del rapporto, ai fini del sequestro ex art. 670 n. 1, tra *periculum in mora* ed opportunità si riduce al tema della gradazione del *periculum in mora* richiesto per poter autorizzare il sequestro. Più precisamente, la valutazione di opportunità atterrebbe all’accertamento del *periculum in mora*, non rappresenterebbe un presupposto (o requisito) autonomo, ed intenderebbe esprimere la sufficienza, al fine di ritenere soddisfatto il presupposto del *periculum in mora*, anche soltanto di un *periculum* astratto. Di ciò si può trovare traccia anche nella giurisprudenza già esaminata nel precedente paragrafo.

In una decisione si afferma, di fatto riconducendo la valutazione di opportunità al *periculum in mora*, che quest’ultimo è necessario che sussista, come per tutte le misure cautelari, ma «si atteggia quale opportunità di provvedere alla gestione temporanea o, comunque, alla custodia dei beni, per l’esistenza, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l’attuazione del diritto controverso»³⁵. In un’altra decisione l’opportunità appare direttamente collegata al *periculum* astratto, dal momento che si contrappone il concetto classico di *periculum in mora*, che presuppone un pericolo grave ed imminente, a quello di opportunità di cui all’art. 670 c.p.c., che «richiede semplicemente che la custodia sia opportuna e non che incomba un pericolo imminente»³⁶. In un’altra pronuncia, in tema di gestione dell’azienda, si è affermato che «se l’opportunità di provvedere va intesa come un *quid pluris* rispetto alla situazione di incertezza giuridica gravante sul bene per esserne controversa la proprietà o il possesso, pure per la concessione del sequestro giudiziario non si richiede come per il sequestro conservativo e a differenza di quanto previsto dall’abrogato codice di rito che occorra il pericolo concreto ed attuale di sottrazione, distruzione od alterazione del bene, essendo sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da

³⁴ Così Trib. Brescia, ord. 12 agosto 2010, n. 86283, che richiama Cass. civ., 12 febbraio 1982, n. 854, cit., e Cass. civ., 28 giugno 1969, n. 2342, cit.

³⁵ Trib. Larino 2 agosto 2007, n. 90000, cit.

³⁶ Così Trib. Torino, sez. IX, ord. 3 luglio 2009, n. 7787, cit.

pregiudicare l'attuazione del diritto controverso»³⁷. Sempre in tema di gestione dell'azienda, un'altra decisione ha affermato l'esistenza del presupposto dell'opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea richiamando la giurisprudenza, poco sopra ricordata, secondo cui «è sufficiente a tale fine che lo stato di fatto esistente in pendenza di giudizio comporti la mera possibilità, anche in via astratta, che si determinino situazioni, tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso»³⁸.

6. Risultato: l'opportunità come sufficienza di un *periculum* anche soltanto astratto

La complessiva analisi giurisprudenziale compiuta nei due precedenti paragrafi, non per caso intitolati “strumenti per la risoluzione del tema”, consente di affermare che il tema del rapporto, ai fini del sequestro ex art. 670 n. 1, tra *periculum in mora* ed opportunità si riduce al tema della gradazione del *periculum in mora* richiesto per poter autorizzare il sequestro. L'opportunità non è un presupposto (requisito, elemento o concetto) autonomo rispetto al *periculum in mora*, ma intende esprimere la sufficienza, al fine di integrare quest'ultimo, di un *periculum* anche soltanto astratto.

Tale risultato non trova un reale ostacolo nella giurisprudenza di merito che talvolta richiede un *periculum* concreto³⁹. Si tratta di un indirizzo assolutamente minoritario e, inoltre, qualche pronuncia ad esso ascritta⁴⁰ si fonda sul richiamo di un precedente della Cassazione⁴¹ che in realtà ha affermato, con particolare forza, proprio la sufficienza di un *periculum* anche soltanto astratto⁴². A ciò si aggiunga che qualche pronuncia discorre di valutazione in concreto ma, a ben vedere, non al fine di affermare la necessità di un *periculum* concreto, bensì per esprimere la necessità che il giudice, nel valutare l'opportunità della custodia o della gestione, esamini se in concreto vi siano alternative rispetto all'autorizzazione del sequestro⁴³, dunque un profilo che non attiene affatto all'accertamento del *periculum in mora*.

³⁷ Così Trib. Bari, sez. III, ord. 2 luglio 2004; e nello stesso senso già Trib. Monza 17 aprile 2001.

³⁸ Così App. Roma 27 agosto 1990, che richiama Cass. 12 febbraio 1982, n. 854, cit.

³⁹ Cfr., ad esempio, Trib. Torino, sez. II, ord. 2 luglio 2005, cit., che pur richiamando Cass. 27 settembre 1993, n. 9729, cit., afferma che «la necessità di provvedere alla conservazione e alla custodia dei beni sui quali deve eseguirsi la misura cautelare, sussiste soltanto quando lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti il concreto pericolo che si verifichino deterioramenti, sottrazioni o alterazioni, tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso, senza che possa diversamente rilevare la mera capacità di gestione dei beni della parte che li possiede». Ancora per il *periculum* concreto sembra optare Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160, cit., nonostante che distingua il concetto di opportunità da quello di *periculum* e ritenga il primo un «concetto diverso e meno pregnante di quello di *periculum*».

⁴⁰ Il riferimento è proprio a Trib. Torino, sez. II, ord. 2 luglio 2005, di cui alla nota precedente.

⁴¹ Cass. 27 settembre 1993, n. 9729, cit.

⁴² V. *supra* § 5 e nota 33.

⁴³ Cfr. Trib. Milano, sez. spec. impr., ord. 7 febbraio 2022, cit., che riconduce l'opportunità al *periculum in mora* – affermando che l'opportunità configura il *periculum*, anche se è più attenuato rispetto ad un pregiudizio imminente e irreparabile – e, di fatto, più che sostenere la necessità di un *periculum* concreto chiarisce il significato del prudente apprezzamento rimesso al giudice della cautela: «l'opportunità della tutela giudiziaria richiesta, che avrebbe sicuramente un impatto molto forte sull'organizzazione della società O.P. srl, va valutata con prudenza e verificando in concreto se il socio ricorrente abbia a

In ogni caso è riscontrabile una certa confusione in materia, come testimonia una pronuncia⁴⁴ che riconduce l'opportunità al concetto di *periculum*, per quanto la prima sia ritenuta un concetto meno pregnante, ma richiama sia il consolidato indirizzo secondo cui è sufficiente il *periculum* astratto⁴⁵, sia un precedente di merito che richiede un *periculum* concreto⁴⁶.

Meriterebbe, allora, particolare sostegno un condivisibile e più raro indirizzo della giurisprudenza che si pone proprio nell'ottica delle diverse gradazioni dell'unitario concetto di *periculum in mora*.

Si è affermato, in tema di sequestro giudiziario dell'azienda (nella specie non concesso), che l'art. 670 n. 1 prevede, a differenza dei «più pregnanti requisiti di *periculum* richiesti per il sequestro conservativo», un «“leggero *periculum*” (per usare un'espressione corrente in dottrina⁴⁷) consistente nella sola “opportunità di provvedere alla loro custodia”»⁴⁸. Ciò premesso, si è poi precisato, in linea con il costante indirizzo della Cassazione già noto⁴⁹, che «la concessione del sequestro giudiziario non richiede che sussista necessariamente il pericolo concreto ed attuale di sottrazione, distrazione o alterazione dei beni (essendo sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso) (...)»⁵⁰.

Una ricostruzione che trova un ulteriore sostegno nell'esperienza giurisprudenziale. È stata infatti contrapposta - in tema di titoli di credito e valorizzando un pericolo astratto - l'opportunità di cui all'art. 670 n. 1 c.p.c. al *periculum* di cui all'art. 700 c.p.c. Si è affermato che «presupposto del sequestro giudiziario non è il pericolo di danno grave come previsto per i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., bensì l'opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea di un bene (nella specie, cambiali) nelle more del giudizio di merito in considerazione del rischio, sia pure astratto, che il convenuto compia atti di disposizione dei beni controversi»⁵¹. Un'affermazione senza dubbio condivisibile, ma necessita di un'ulteriore precisazione.

In realtà il provvedimento ex art. 700 c.p.c. richiede una gradazione del *periculum in mora* più elevata rispetto al classico *periculum in mora*, dal momento che presuppone il pericolo di un

disposizione altre facoltà, altri poteri efficaci per scongiurare il pericolo prospettato fino a che non si pervenga ad una decisione finale sulla questione di merito».

⁴⁴ Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160, cit.

⁴⁵ In particolare richiama Cass. 27 settembre 1993, n. 9729, cit., e Trib. Bologna, sez. I, 12 febbraio 2018.

⁴⁶ Il riferimento è a Trib. Venezia 10 marzo 2017, cit.

⁴⁷ Il richiamo è, con altissima probabilità, alla già ricordata (*supra* note 16 e 31) posizione di F. P. Luiso, *op. cit.*, p. 247, che non soltanto riconduce l'opportunità al *periculum in mora*, ma afferma che nel «sequestro giudiziario è richiesto un *periculum* molto leggero».

⁴⁸ Così Trib. Parma, ord. 18 febbraio 2013, n. 90807.

⁴⁹ *Supra* § 5.

⁵⁰ Così ancora Trib. Parma, ord. 18 febbraio 2013, n. 90807, cit.

⁵¹ Trib. Parma, sez. I, ord. 13 marzo 2015 n. 92463.

pregiudizio (non soltanto grave ma anche) imminente e irreparabile⁵². L'opportunità di cui all'art. 670 n. 1, invece, esprime una gradazione verso il basso rispetto allo standard del *periculum in mora*, che di regola indica un pericolo grave ed imminente, e dunque concreto, mentre l'opportunità esprime la sufficienza di un *periculum* (pur sempre grave ma) soltanto astratto. La decisione appena indicata concorre, in ogni caso, a dimostrare che la contrapposizione tra opportunità e *periculum in mora*, così come quella tra *periculum in mora* e pregiudizio imminente e irreparabile di cui all'art. 700 c.p.c., attiene a diverse gradazioni dell'unitario concetto di *periculum in mora*.

Si può, in sintesi, affermare che la continua sovrapposizione o intersezione tra, da un lato, il tema del rapporto tra *periculum in mora* e opportunità e, dall'altro, la distinzione tra pericolo concreto e pericolo astratto dimostrano, attraverso l'esame dell'esperienza giurisprudenziale, che nell'art. 670 n. 1 l'opportunità intende indicare la sufficienza, al fine di concedere il sequestro in esame, anche soltanto di un pericolo astratto; pertanto, non necessariamente deve ricorrere un pericolo concreto di alterazione, sottrazione, distruzione o infruttuosa gestione del bene. Il concetto di *periculum in mora* è unitario ma vi sono al suo interno più gradazioni possibili, di cui una è rappresentata dall'opportunità. Quest'ultima non rappresenta un presupposto che sostituisce il *periculum in mora* o che si aggiunge ad esso, ma attiene essa stessa al *periculum in mora* ed esprime soltanto la sufficienza di una gradazione più tenue del *periculum*, di un *periculum* anche soltanto astratto. Un *periculum* senza dubbio meno pregnante del modo classico di intendere il *periculum in mora*, vale a dire quale pericolo concreto perché, oltre che grave (attributo comune anche al *periculum* astratto), deve essere anche imminente, nel senso che deve far parte della realtà (in contrapposizione al pericolo astratto); mentre l'imminenza deve essere ritenuta un carattere eventuale, dal momento che essa è stata richiesta dal legislatore, accanto all'irreparabilità, soltanto per il provvedimento ex art. 700 c.p.c.

7. Un argomento finale ancora a sostegno del risultato raggiunto: *quid* se l'opportunità fosse un elemento distinto dal *periculum in mora*, ulteriore e rimesso alla discrezionalità del giudice?

Una volta ricondotta l'opportunità al *periculum in mora* quale diversa gradazione dello stesso, quindi aderendo alle tesi della dottrina che fondono i due concetti ma con la precisazione, alla luce della giurisprudenza, che l'opportunità esprime un grado meno intenso del *periculum in*

⁵² Sulla tutela ex art. 700 c.p.c. v., senza alcuna pretesa di completezza, G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985; N. BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 73 ss.; C. CALVOSA, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Nss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 444 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, Milano, 1973; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983; Id., *Provvedimenti di urgenza*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 856 ss.

mora quale ordinariamente inteso, bisogna dimostrare perché non può essere accolta la tesi, riscontrata soltanto in dottrina (*supra* §1), che distingue i due concetti - *periculum in mora* ed opportunità - individuandoli, di fatto, come presupposti (o requisiti) autonomi della tutela cautelare. Secondo tale tesi, l'opportunità di provvedere o meno alla custodia o alla gestione del bene rappresenterebbe una valutazione discrezionale rimessa al giudice, dopo che l'istante abbia provato il *periculum in mora* e il giudice lo abbia accertato⁵³.

Se *periculum in mora* ed opportunità della custodia o della gestione fossero ritenuti presupposti distinti e, in particolare, si ritenesse che il giudice debba prima accertare il *periculum*, inteso come pericolo nel ritardo, e poi compiere una valutazione di opportunità, allora dopo aver accertato l'esistenza del *periculum in mora* richiesto (sia esso astratto o concreto) – presupposto ineludibile anche della tutela cautelare in esame accanto al *fumus boni iuris* – il giudice dovrebbe ancora valutare l'ulteriore presupposto specifico del sequestro in esame rappresentato dall'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione dei beni (presupposto rimesso alla sua valutazione discrezionale).

Tale ricostruzione imporrebbe di delineare i rapporti tra *periculum* e valutazione di opportunità secondo lo schema della separazione e non della fusione dei due elementi (v. *supra* § 4); e visto che l'accertamento del primo è necessario per accordare la tutela in esame (fermo che il *periculum* non potrebbe essere ritenuto *in re ipsa* al ricorrere di una controversia sulla proprietà o il possesso), la valutazione di opportunità dovrebbe essere compiuta successivamente all'accertamento del *periculum in mora* e potrebbe operare in due opposte direzioni: a) in senso estensivo dell'applicazione della tutela cautelare, consentendone la concessione anche in presenza di un pericolo soltanto astratto quando il giudice la ritenga comunque opportuna nonostante sia di regola richiesto, quale presupposto per la concessione della tutela, un *periculum* concreto (tesi assolutamente minoritaria della giurisprudenza rispetto all'intensità del *periculum in mora* e riscontrabile talvolta nella giurisprudenza di merito - v. *supra* § 6 -, ma che dovrebbe essere accolta per poter sostenere la prospettiva appena indicata); b) oppure potrebbe operare in senso restrittivo del campo del sequestro in

⁵³ Se ben si intende il pensiero di C. Calvosa (riportato *supra* § 1, nota 17), la valutazione di opportunità è compiuta sulla base del *periculum* al fine di stabilire se la custodia o la gestione siano adeguate a fronteggiarlo. Egli afferma che il *periculum* da solo non è requisito sufficiente, perché poi spetta al giudice valutare discrezionalmente la opportunità, intesa dall'Autore come «convenienza di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene», come idoneità della custodia o della gestione a scongiurare il pericolo (cfr. C. CALVOSA, voce *cit.*, p. 66). Non sembra, tuttavia, che la convenienza, l'utilità, l'adeguatezza della cautela, quali contenuti della valutazione di opportunità come intesa dall'Autore, attengano ai presupposti del sequestro in esame. Questi ultimi restano il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, mentre la convenienza o adeguatezza del provvedimento cautelare richiesto attengono allo scopo di tutela dello strumento cautelare e alla sua utilità nel caso concreto per le modalità attraverso cui si realizza (custodia o gestione del bene). L'utilità è valutata sulla base dell'adeguatezza dello strumento cautelare tipico a fronteggiare lo specifico pericolo prospettato e, qualora non ricorra, consente, in mancanza di altri strumenti cautelari tipici, il ricorso alla tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c. Ciò però, lo si ribadisce, non attiene all'individuazione dei presupposti della tutela cautelare in esame. In ogni caso, è molto utile esaminare nel testo le conseguenze che tale ricostruzione comporterebbe.

esame, qualora si ritenga che per la concessione del sequestro sia in generale sufficiente un pericolo astratto (tesi della giurisprudenza dominante, v. *supra* § 5), ma nel singolo caso il giudice non ritenga opportuno concedere la cautela per mancanza di un pericolo concreto. Si opti per l'una o per l'altra direzione, in entrambi i casi il provvedimento di concessione o di diniego si esporrebbe al reclamo: nel primo caso ad opera della parte che subisce il sequestro, perché il giudice ha concesso il sequestro in presenza di un pericolo astratto nonostante l'adesione alla tesi che il pericolo richiesto dall'art. 670 n. 1 sia concreto; nel secondo caso ad opera dell'istante, pregiudicato perché pur avendo dimostrato la sussistenza del *periculum* richiesto dall'art. 670 n. 1, in ipotesi anche soltanto astratto, il giudice ha ritenuto non opportuno accordare la tutela (ad esempio reputando necessaria nel singolo caso la prova di un pericolo concreto).

Non si può consentire che la valutazione di opportunità attribuita al giudice possa nel singolo caso condurre a ritenere opportuno un grado di *periculum* diverso da quello – astratto o concreto (è indifferente la tesi accolta) – richiesto quale presupposto della specifica tutela cautelare⁵⁴. La valutazione discrezionale del giudice, peraltro, inciderebbe in modo imponderabile sull'onere della prova di cui è gravato l'istante, che potrebbe essere *chiamato*, in virtù della valutazione discrezionale del giudice, a dover provare un *periculum* concreto nonostante che per la concessione del sequestro ex art. 670 n. 1 sia ritenuto sufficiente un *periculum* anche soltanto astratto (come oggi afferma la giurisprudenza dominante, v. *supra* § 5).

Per escludere un vizio del provvedimento si dovrebbe altrimenti affermare che l'art. 670 n. 1 riconosce, dal momento che discorre di opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, una specifica discrezionalità al giudice, attribuendogli una valutazione discrezionale di opportunità distinta dall'accertamento del *periculum in mora*.

La tesi non risulta essere stata mai sostenuta e neppure in questa sede si intende sostenerla, perché sarebbe palesemente esposta, qualora divenisse mai diritto vivente, ad intuibili profili di illegittimità costituzionale. La formulazione della norma – opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene – non intende né introdurre un presupposto

⁵⁴ In senso fortemente critico v. le condivisibili osservazioni di F. CORSINI, *op. cit.*, p. 870 s.: «Il pericolo nel ritardo non costituisce cioè un parametro di cui il giudice deve tener conto per valutare l'opportunità di disporre la custodia, ma tende ad identificarsi proprio con detta opportunità. È allora criticabile la convinzione di chi reputa che il giudice anche quando accerti l'esistenza del *periculum*, resta comunque dotato di un residuo spazio di discrezionalità per negare la misura, poiché dovrebbe ulteriormente verificare l'opportunità della custodia. Laddove sussista il pericolo nel ritardo, in presenza del *fumus* e di una controversia sulla proprietà e sul possesso, il provvedimento dovrà essere emanato. Diversamente, il giudice verrebbe munito di un'eccessiva discrezionalità, svincolata da qualsiasi parametro oggettivo; anzi, sarebbe decisamente erroneo rifiutare la misura, dopo avere verificato un effettivo *periculum*. Delle due infatti l'una: se esso esiste, allora per definizione sorge l'opportunità di custodire il bene; se manca, non c'è nemmeno tale opportunità, *tertium non datur*; allorché il magistrato scelga un'altra alternativa (vale dire emetta il sequestro senza il *periculum*, ovvero lo neghi pur in presenza di questo), commetterà uno sbaglio, sicuramente censurabile in sede di reclamo».

ulteriore per il sequestro in esame, nè attribuire al giudice una valutazione discrezionale, ma indica soltanto, per le ragioni fin qui indicate, che il giudice deve accertare, con prudente apprezzamento, se ricorrono i presupposti della tutela cautelare (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) che rendono opportuno – e non per forza necessario, dal momento che in virtù del riferimento dell’art. 670 n. 1 all’opportunità potrebbe ricorrere anche soltanto un *periculum* astratto – provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene.

Antonio Maria Marzocco
Associato dell’Università della Campania “Luigi Vanvitelli”