



GUIDOMARIA DE CESARE

Appunti sulla tutela cautelare nel sistema delle *Model European Rules of Civil Procedure**

Le *Model European Rules of Civil Procedure* dedicano un complesso reticolato normativo al tema della tutela cautelare. Viene però da chiedersi se il diritto processuale cautelare si presti all'armonizzazione, trattandosi di settore in cui i particolarismi nazionali emergono con maggiore evidenza. Nonostante qualche perplessità sulle scelte dei fondo dei *Drafters*, le *Rules* potrebbero aiutare i giudici nazionali nel risolvere gli *hard cases*, così evitando che il particolarismo giurisprudenziale possa essere foriero di discriminazioni e incentivare il fenomeno del *forum shopping* in un settore del contenzioso in cui non sono notoriamente ammessi interventi nomofilattici, in ragione delle istituzionali limitazioni nell'accesso al giudizio di legittimità. Sicché, rispetto alla tutela cautelare, le scelte di principio dei *Drafters* potrebbero guidare i giudici nazionali, come se la *soft law* fosse una sorta di "nomofilachia dal basso".

The Model European Rules of Civil Procedure put in a complex and articulated normative framework to the subject of interim relief. It is, however, worth to question whether is possible the harmonisation of interim reliefs, because this is an area in which national exceptionalism tends to emerge most clearly. Despite certain reservations concerning the *Drafters'* underlying policy choices, the Rules may nonetheless assist national courts in addressing hard cases. In this way, they may help to prevent judicial particularism from giving rise to discrimination and from encouraging forum shopping in a field of litigation where nomophylactic intervention is notoriously limited, due to the institutional constraints on access to the Italian Supreme Court. Accordingly, with regard to interim relief, the *Drafters'* principled choices may guide national judges, as if soft law were to operate as a form of "bottom-up nomophylaxis".

Sommario: INTRODUZIONE: dai Principles alle Model Rules of Civil Procedure. – 1. Introduzione: la tutela cautelare nelle *Model European Rules of Civil Procedure*. – 2. Uno sguardo al passato: i primi tentativi di costruire un diritto processuale cautelare uniforme. SEZIONE I: Parte generale (*Rules* 184-191). – 1. La norma fondamentale: la *Rule* 184 e l'esigenza di un approccio funzionale ai provvedimenti cautelari. La vocazione sistemica e interpretativa della *Rule* 184 (malgrado la sua imprecisione). – 1.1. Il problema della cancellazione, in via cautelare, della trascrizione della domanda manifestamente infondata. – Segue: la natura cautelare dei provvedimenti che sospendono, negano o concedono la provvisoria esecutorietà dei provvedimenti con prevalente funzione esecutiva. Spunti dalle *Rules*. – 2. Il principio di proporzionalità come "gradualità" e "minor afflittività" della misura cautelare. – 3. Il procedimento *without-notice* e le misure di istruzione preventiva. – 4. La cauzione: analogie e differenze con l'ordinamento italiano. – 5. Strumentalità piena e strumentalità attenuata: la (non troppo condivisibile) scelta dei redattori delle *Rules* – 6. L'impugnabilità del

provvedimento cautelare secondo le *Rules*. – 7. La responsabilità del ricorrente vittorioso per l’attuazione (o per la mera concessione) della misura cautelare poi caducata. – SEZIONE II: Parte speciale (*Rules* 192-201). – 1. *Fumus o fumi? Periculum o pericula?* La scelta “tipizzante” dei redattori delle *Rules*. – 2. Il sistema di *Asset Preservation*. – 3. Le misure regolatorie. – 4. Le misure di istruzione preventiva. – 5. L’*interim payment*: una soluzione di compromesso. – 6. – SEZIONE III: La tutela cautelare *cross-border* (*Rules* 201-203). – 1. La timidezza dei *Drafters*: il colpevole appiattimento delle *Rules* sui Regolamenti europei (non senza qualche chiosa su ipotetiche aperture all’*antisuit injunction*).

INTRODUZIONE – DAI *PRINCIPLES* ALLE *MODEL EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE*

1. Introduzione: la tutela cautelare nelle *Model European Rules of Civil Procedure*

L’idea di un diritto cautelare uniforme pone problemi tutt’altro che trascurabili: alcuni ordinamenti accordano al giudice un potere cautelare generale¹, mentre altri negano che tale potere sia consustanziale alla funzione giurisdizionale e optano per una dettagliata regolamentazione dei provvedimenti cautelari. Sul piano, invece, delle tassonomie, non tutti i sistemi giuridici europei conoscono i concetti di anticipatorietà e di strumentalità attenuata, onerando, in ogni caso, la parte vittoriosa in sede cautelare di instaurare il giudizio di merito a pena di inefficacia della misura²; allo stesso modo, non sempre i provvedimenti di istruzione preventiva sono assimilati a quelli cautelari *tout court*³; né vi è concordia circa il concetto di “provvisorietà” nello spazio giuridico europeo, il quale, benché sia stato occasionalmente sagomato dalla Corte di giustizia⁴, ad oggi resta un rompicapo irrisolto⁵.

A fronte di tali difficoltà di armonizzazione, le *Model European Rules of Civil Procedure* (*breviter*: le *Rules*) rappresentano un ibrido in cui però l’ambizione semplificatrice è coltivata con un’incertezza tale da pregiudicarne la funzionalità e finanche l’individuazione di un *common minimum standard* esigibile dagli Stati membri; talché, l’interpretazione più piana

* Il presente contributo sviluppa la relazione tenuta al convegno *ELI/UNIDROIT Model Rules e processo civile italiano: quali prospettive?*, organizzato dal Dipartimento di giurisprudenza dell’Università degli studi di Napoli Federico II, in data 06.02.2026.

¹ A tal proposito, è d’uopo ricordare le pionieristiche riflessioni del P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in ID., *Opere giuridiche*, IX, *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, Roma, 2019, p. 191 ss.

² Sul tema, v. R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359 ss., spec. 1380 ss.

³ Il punto sarà ripreso *infra*, sezione II, § 4.

⁴ Si allude all’ambigua regola dettata da Corte giust. 17 novembre 1998, *Van Uden*, in causa C-391/95 (v. *infra*, sezione II, § 5).

⁵ In argomento, v. anche M. DE BENITO, *Las medidas cautelares en las Reglas europeas de proceso civil*, in *Medidas cautelares y diligencias preliminares*, Aranzadi, 2021, p. 691 ss., spec. 695.

del complesso reticolato normativo di nuovo conio induce a ravvisarvi una primazia della funzione meramente conservativa, trascurandone però altre ben più sofisticate che avrebbero forse meritato maggior considerazione, come, ad esempio, l'idoneità dei provvedimenti funzionalmente anticipatori a ridurre il divario di aspettative delle parti circa l'esito del giudizio di merito, incentivando una composizione transattiva non lontana dalla prognosi del giudice della fase sommaria, con conseguente risparmio di risorse del sistema di amministrazione della giustizia, in ossequio al principio di proporzionalità (il quale, *ça va sans dire*, nei progetti di *soft law* viene spesso declamato, senza però un concreto riscontro delle sue potenzialità, salvo forse il caso della *Rule 185*⁶). Può anticiparsi sin d'ora che alla maggior parte delle *Rules* sembra potersi attribuire una funzione meramente ornamentale: come cercheremo di mettere in evidenza nel prosieguo, la maggior parte di esse risulta poco utili per i giudici di merito⁷ che le volessero richiamare al fine per sciogliere i numerosi problemi applicativi posti dalla tutela cautelare⁸. Tuttavia, altre, e in particolare quelle di

⁶ Su cui v. *infra*, sezione I, § 2.

⁷ La giurisprudenza di legittimità suole richiamare a suffragio delle proprie interpretazioni gli strumenti di *soft law*, mentre le pronunce di merito in cui ciò avviene sono scarse (v., per es., Tribunale Brindisi 29 luglio 2025, n. 211, ord., la quale ha rimesso al Giudice delle Leggi la questione della possibile illegittimità costituzionale, per contrarietà ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, dell'art. 614-bis c.p.c., nella formulazione antecedente all'entrata in vigore del d.lgs 149 del 2022, applicabile *ratione temporis*, nella parte in cui non prevede la possibilità, da parte del Giudice dell'esecuzione, di determinare *ex post* un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure di coercizione indiretta, su istanza di parte o, come nel caso di specie, anche d'ufficio, richiamando i Principi Unidroit nella parte in cui ammettono un sindacato del giudice sull'equilibrio complessivo del rapporto. Sicché, in ragione della ben nota inammissibilità del ricorso per cassazione avverso provvedimenti di natura cautelare, siccome inidonei al giudicato, ritraibile, per l'appunto, dall'art. 111, comma 7, Cost. (in argomento sia sufficiente un rinvio a R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, p. 42 ss. e 101 ss.; v. anche, per un'esauritiva perimetrazione del problema, F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*⁴, Bologna, 2026, p. 463 ss.), è ragionevole auspicare una maggior diffusione delle linee di indirizzo ritraibili dagli strumenti di *soft law* in materia cautelare, al fine di individuare un *common minimum standard* con funzione "vicaria" rispetto alla (inammissibile) nomofilachia dall'alto. Infatti, nel nostro ordinamento non vi sono spazi per l'affermazione di una "nomofilachia cautelare": per precisa scelta del legislatore l'accesso al giudizio di legittimità deve ritenersi precluso al destinatario di un provvedimento cautelare o di altri inidonei alla cosa giudicata, dovendosi peraltro escludere che la S.C. possa pronunciarsi, nonostante l'inammissibilità del ricorso, «nell'interesse della legge», configurandosi altrimenti un'anomala fattispecie di "giurisdizione consultiva" (in argomento, v. E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino, 2018, p. 170 ss., spec. 258 ss.).

⁸ Forse è questa la ragione che si annida dietro lo scarso *appeal* degli strumenti di *soft law* presso la nostra giurisprudenza. Invero, non sembra potersi negare che i *conditores* strizzino maggiormente l'occhio ai giudizi arbitrali (anche se le *Rules* si dichiarano non applicabili all'arbitrato), ove la possibilità di *professio legis* ben può rendere *hard law* ciò che invece nasce come *soft law*; tuttavia, non va trascurato che quest'ultimi esprimono una certa visione del diritto dei loro redattori e, più in generale, della comunità epistemica degli studiosi, la quale non è del tutto estranea alla «comunità epistemica istituzionalizzata» dell'ordine giudiziario (riprendendo l'evocativa coniata da F. AULETTA, *I «materiali della legge» nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 17 ss.). Non sembra infatti che osti al richiamo degli strumenti di *soft law*, al fine di sostenere argomenti *a fortiori* o *ad abundantiam*, il disposto dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., siccome un conto è il divieto di citazione diretta degli autori giuridici, altro è estenderlo al frutto del loro lavoro trasfuso in un testo di indirizzo di natura notoriamente compromissoria. Sicché sorge il dubbio che il mancato richiamo da parte della giurisprudenza alla *soft law*, specialmente quando allegata dalle parti, tenda a rafforzarne la chiusura epistemica attraverso l'autoproduzione delle fonti "para-normative" che possono essere – *rectius*: vengono – direttamente utilizzate o invocate dal giudice (in argomento, v. ancora di F. AULETTA, *I «materiali della legge» nel giudizio di cassazione*, cit., p. 22 ss.; nonché B. CAVALLONE, *Sulla citazione*

principio, possono offrire spunti di ricostruzione del sistema della tutela cautelare, a più forte ragione in un settore che, per ovvie ragioni istituzionali, non conosce nomofilachia. Pertanto, la sezione dedicata ai principi informativi del diritto cautelare rappresenta un buon esercizio di *ars combinatoria*, in cui convivono opposte tensioni e tradizioni giuridiche geograficamente separate dal Reno, dalla Manica e dell'Atlantico⁹.

2. Uno sguardo al passato: i primi tentativi di costruire un diritto processuale cautelare uniforme

Il punto di partenza dei *Drafters* può rinvenirsi nelle fonti di *soft law*¹⁰. Si allude, in particolare, al *Principle 8* degli ALI/ Unidroit Principles a proposito delle *provisional and protective measures*, il quale compendia tre fondamentali corollari della tutela cautelare¹¹: a) evitare che l'impossibilità pratica di emanare *in die* il provvedimento di merito pregiudichi irreversibilmente il diritto della parte che ha ragione riconoscendole una tutela interinale che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento definitivo o che ne garantisca comunque la fruttuosità¹²; b) tenuto conto della possibilità di un danno irreversibile, deve essere garantito all'istante il potere di domandare la concessione di un provvedimento cautelare *inaudita altera parte*, con conseguente differimento della fase di instaurazione del contraddittorio; c) al giudice deve essere riconosciuto un potere di contro-cautela, sia come

dei «precedenti» negli scritti forensi, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 150 ss.). Il tema sarà ripreso *infra*, sezione I, § 4, a proposito dell'istituto della cauzione.

⁹ M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, in *Colloquies on European Civil Procedure. Exploring the ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure* (by MARCO DE BENITO), Leiden-Boston, 2025, p. 113 ss., spec. 115: «[I] was surprised by the diversity of approaches. Provisional measures that are common in one country are considered unacceptable in another. European jurisdictions even differ on what provisional measures are, on how to define and conceptualise them. And we were all aware that our answers to these questions would determine the outcome. In this context, we held a meeting at the Max Planck Institute in Luxembourg, where Gilles Cuniberti led the discussion, explaining and ultimately convincing us that the only viable approach, the only one that would allow us to move forward in a neutral or aseptic way, was a strictly functional one. The consensus we reached on this approach, and our sincere desire to maintain it in subsequent discussions, helped us to avoid many problems.».

¹⁰ Per una panoramica si rinvia a R. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions*, in 69 *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2005, p. 201 ss.; ID., *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, ivi, 2022, p. 423 ss.

¹¹ Per comodità del lettore se ne trascrive il testo: «8. *Provisional and Protective Measures* 8.1 The court may grant provisional relief when necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo. Provisional measures are governed by the principle of proportionality. 8.2 A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom ex parte relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief. 8.3 An applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation.».

¹² Per la chiara individuazione di codesta funzione, v. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 174.

possibilità di imporre all'istante il pagamento di una cauzione, che come potere di condannarlo al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno qualora venisse accertata l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare.

Parimenti, le *Rules* riecheggiano il tenore letterale dell'art. 17 UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration¹³. Un'influenza minore hanno invece esercitato gli Helsinki Principles¹⁴, mentre l'art. 10 dello Storme Report del 1994 sembra essere stato interamente recepito¹⁵.

Dal punto di vista topografico, la parte delle *Rules* dedicata alla tutela cautelare si compone di tre sezioni: nella prima vengono individuati i principi fondamentali della materia, applicabili a tutti i procedimenti cautelari, salvo che non sia previsto diversamente dalla disciplina delle singole misure; nella seconda è esposta la disciplina delle misure cautelari tipiche; mentre nella terza sono dettate regole a proposito del contenzioso transfrontaliero, perlopiù appiattite sul contenuto dei Regolamenti europei.

Le disposizioni che seguitiamo ad analizzare rappresentano l'ambiziosa sintesi dei precedenti progetti di armonizzazione: come anticipato, tale risultato non può ritenersi pienamente conseguito, benché non manchino interessanti spunti ricostruttivi che meritano di essere analizzati.

SEZIONE I – PARTE GENERALE (RULES 184-191)

1. La norma fondamentale: la *Rule* 184 e l'esigenza di un approccio funzionale ai provvedimenti cautelari. La vocazione sistemica e interpretativa della *Rule* 184 (malgrado la sua imprecisione).

Come osservato nella relazione di accompagnamento al testo, l'approccio funzionale al problema dell'individuazione dei provvedimenti definibili come cautelari è imposto «*to bridge the differences between differing European traditions*». La *Rule* 184 pone l'accento sia sulla dimensione temporale («*a provisional or protective measures is any temporary order*») che su quella strettamente funzionale («*that has one or more of the following functions*»)¹⁶.

¹³ V. *infra* i continui richiami all'art. 17 UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration.

¹⁴ Si allude agli *Helsinki Principles on Provisional and Protective Measures in International Litigation*, varati dalla International Law Association nel 1996, pubblicati per esteso nel *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1998, p. 128 ss.

¹⁵ Cfr. M. STORME, *Study on the Approximation of the Laws and Rules of the Member States Concerning Certain Aspects of the Procedure for Civil Litigation (final report)*, Dordrecht, 1994, Art. 10. Per un'analisi dello Storme Report, v. le considerazioni di X.E. KRAMER, *Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe*, in M. Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn, 2003, p. 305 ss.

¹⁶ Le funzioni individuate dalla *Rule* 184 sono le seguenti: «(a) *to ensure or promote effective enforcement of final decisions concerning the substance of the proceedings, whether or not the underlying claim is pecuniary, including securing assets and obtaining or preserving information concerning a debtor and his assets; or (b) to preserve the opportunity for a complete and satisfactory determination of the proceedings, including securing evidence relevant to the merits or preventing its destruction*

Sembrerebbe, dunque, che un provvedimento possa considerarsi cautelare a condizione che sia temporaneo e assolva ad una o più delle funzioni tipizzate dalla *Rule 184*, trattandosi di requisiti cumulativi e non disgiuntivi¹⁷. Con l'implicazione per cui un provvedimento che dovesse assolvere ad una o più delle funzioni individuate dalla *Rule 184*, in difetto del crisma della temporaneità, non potrebbe a rigore essere qualificato come cautelare¹⁸. Pertanto, non possono considerarsi cautelari i provvedimenti emessi all'esito di cognizione sommaria con prevalente funzione esecutiva¹⁹ o quelli con funzione decisoria, astrattamente idonei a risolvere la lite, ancorché inidonei al giudicato²⁰. Di talché, non sembra del tutto coerente la

or concealment; or (c) to preserve the existence and value of goods or other assets which form or will form the subject-matter of proceedings (pending or otherwise); or (d) to prevent harm from being suffered, to prevent further harm, or to regulate disputed issues, pending final judgment.».

¹⁷ In tal senso, v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 117.

¹⁸ Sul concetto di provvisorietà v. *funditus* nel testo.

¹⁹ Com'è noto la paternità dell'espressione si deve al G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 1965, p. 196 ss.

²⁰ Si allude in particolare alle ordinanze definitive, di cui agli artt. 183-ter, 183-quater, 186-bis e 186-ter c.p.c. Sul tema, v. A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 262 ss.; per la perimetrazione della categoria dei provvedimenti sommari inidonei al giudicato, v. S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2006, p. 869 ss.; ID., *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2009, p. 367 ss.; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., p. 315 ss., il quale mette molto chiaramente in evidenza che «il giudicato è un'utilità che spetta in primo luogo agli utenti del servizio richiedere o meno, in relazione ai loro bisogni e alle loro necessità. Non è un orpello che deve necessariamente accompagnare la tutela giurisdizionale dei diritti, in considerazione di un preteso onnipotente interesse del gestore del servizio, se gli utenti non hanno bisogno e non lo chiedono»; v. anche P. BIAVATI, *Le categorie del diritto processuale civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2018, p. 1333 ss., secondo cui «il bilanciamento tra velocità e giustizia, fra rapidità e garanzie» è «un autentico problema culturale [...]». Certo, occorre contrastare l'idea che la velocità stia al primo posto. Se, però, posta la questione agli estremi, la giustizia deve sempre prevalere, resta vero che per il veloce mondo di oggi una giustizia troppo lenta è inutile o perfino incomprensibile». Più di recente, l'idea che la rinuncia al giudicato, al fine di conseguire un provvedimento con prevalente funzione esecutiva, assicuri la ragionevole durata del processo e, al contempo, soddisfi l'interesse dell'attore, il quale ben potrebbe preferire di rinunciare all'irretrattabilità della cosa giudicata, in favore del più sollecito ottenimento di un titolo esecutivo, si ritrova nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 149 del 2022 (c.d. Riforma Cartabia), p. 25, ove si legge, con riferimento al nuovo art. 183-ter c.p.c., che «[L]a norma è strutturata in modo tale da escludere che, dopo la pronuncia dell'ordinanza, il giudizio abbia a proseguire, essendo deputata a soddisfare l'eventuale interesse della parte istante di munirsi celermente di un titolo immediatamente spendibile in via esecutiva, nella consapevolezza che la pronuncia non sia idonea ad acquisire autorità di cosa giudicata [...]». Tale disposizione, infatti, consente al creditore, quando siano provati i fatti costitutivi della domanda ovvero le difese del convenuto siano manifestamente infondate, di ottenere un provvedimento con funzione prevalentemente esecutiva, rinunciando all'irretrattabilità della cosa giudicata. I primi commentatori hanno evidenziato che la disposizione in esame completa un percorso di relativizzazione della cosa giudicata, la quale, da baluardo della tutela di cognizione, diventa una delle utilità ottenibili, restando sacrificabile in favore di esigenze di carattere pratico (cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Le nuove ordinanze definitive (art. 183 ter e 183 quater c.p.c.)*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, Città di Castello, 2023, p. 105 ss.; A. R. MINGOLLA, *I provvedimenti provvisori*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna, 2023, p. 130; B. CAPPONI, *Note brevi sulla ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)*, in *Il processo*, 1, 2024, p. 273 ss., spec. 276; ID., *Sulla nuova ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)*, in *Judicium*, 19 gennaio 2024; S. CIRILLO, «Efficacia» e «autorità» della sentenza nel prisma della riforma del processo, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2024, p. 557 ss., spec. 564 ss.; F. GIGLIOTTI, *Le cosiddette ordinanze definitive. Prime riflessioni*, in *Questione giustizia*, 1, 2023, p. 119 ss., spec. 126;

scelta di noverare l'*interim payment* tra le misure cautelari²¹: può dubitarsi del fatto che l'imposizione del requisito dell'urgenza, da parte della *Rule* 201 (1) lett. b), giustifichi la natura cautelare di un ibrido tra le nostre ordinanze anticipatorie e il *référé provision* francese²², che notoriamente non condividono tale natura.

Pertanto, il riferimento da parte dei *Conditores* all'esigenza di prevenire «*further harm within the meaning of Rule 184(1)(d)*», quale giustificazione della funzione cautelare assolta dall'*interim payment*, prova troppo, dal momento che la formulazione oltremodo generica della lett. d) sembra riferirsi a quei provvedimenti che assolvono ad una più spiccata funzione di tutela preventiva o di sicurezza, come le azioni di nunciazione o i provvedimenti inibitori²³. Questo genere di considerazioni concorre a mettere in evidenza il *punctum pruriens* della *Rule* 184: se si considera che la funzione unitaria di tutti i provvedimenti cautelari coincide con la neutralizzazione del pericolo che potrebbe rendere infruttuoso l'esperimento di altri mezzi di tutela²⁴, allora dovranno considerarsi cautelari anche tutti quei provvedimenti provvisori – non solo perché «inidonei a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso²⁵», ma anche perché le conseguenze giuridiche e materiali del comando sono sempre reversibili o quantomeno passibili di risarcimento per equivalente²⁶ – che anticipino, per l'appunto

S. MENCHINI-E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2023, p. 578 ss., spec. 614 ss.; M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in *DPCleC*, 1, 2023, p. 242 ss., spec. 248; D. TURRONI, *La definizione anticipata del giudizio – Artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2, 2023, p. 454 ss., spec. 458; B. ZUFFI, *Le ordinanze di accoglimento e di rigetto ai sensi degli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2, 2024, p. 677 ss.; è stato osservato da C. CAVALLINI, *Anglo-Saxon Res Judicata Culture for Civil Law Systems Anglo-Saxon Res Judicata Culture for Civil Law Systems*, in 45 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1, 2024, p. 17 ss., che le nuove ordinanze decisorie consentono, in ossequio all'imperativo costituzionale della ragionevole durata, di anticipare la pronuncia sul merito in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ordinamento americano attraverso la *motion for summary judgment*, trascurando però che la decisione resa in questo modo è idonea al giudicato sulle questioni giuridiche affrontate (*issue preclusion*), mentre quella resa ai sensi degli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. è inidonea a produrre tale effetto per espressa volontà del legislatore).

²¹ Su cui v. *funditus*, *infra*, sezione II, § 5.

²² Sulle origini dell'istituto, v. C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei «référés»*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss.; A. JOMMI, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino 2005, p. 204 ss.

²³ Su cui v. di recente il documentato saggio di M. CIRULLI, *Appunti sulle inibitorie*, in *Judicium online*, 27 gennaio 2025.

²⁴ È questa l'idea di G. MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309 ss.; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 10, spec. 42 ss. Se quanto detto è vero, allora il sistema delle *Rules* dovrebbe escludere il potere da parte giudice di comminare le cc.dd. *Nationwide Injunctions*, caratterizzate dal fatto di vincolare la condotta del convenuto non solo nei confronti dell'attore ma anche *ultra partes* e potenzialmente addirittura *erga omnes*, che nel sistema Nordamericano vengono tipicamente emanate contro il governo o sue articolazioni al fine di inibire l'applicazione di leggi o atti amministrativi di cui è contestata la costituzionalità o, in genere, la legittimità (in argomento, v. l'ottimo studio di M. MOROTTI, *Su alcune recenti tendenze della tutela cautelare negli Stati Uniti: il fenomeno delle cc.dd. nationwide injunctions*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2024, p. 573 ss.).

²⁵ A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 5.

²⁶ Questa caratteristica concorre, unitamente all'esigenza di prevenire il *periculum in mora* (i.e.: la funzione strettamente preventiva della tutela cautelare), a giustificare la cognizione sommaria: può ritenersi sufficiente la mera apparenza dei presupposti legali per la concessione della protezione perché gli effetti del provvedimento saranno comunque reversibili;

provvisoriamente, gli effetti del provvedimento definitivo²⁷, riducendo conseguentemente il divario di aspettative delle parti circa l'esito dell'eventuale giudizio di merito, in ragione di una prima deliberazione intorno all'apparenza di fondatezza della pretesa²⁸. In disparte la nota distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori (e le sue implicazioni sul piano dell'inefficacia della misura per mancata istaurazione del giudizio di merito)²⁹, merita

talché, per dirla alla Calamandrei, l'esigenza «di fare presto» fa parzialmente aggio su quella «di fare bene», mentre la capacità del provvedimento cautelare di regolare provvisoriamente il rapporto giuridico oggetto di cognizione sommaria può forse ricondursi all'efficacia imperativa che va riconosciuta ad ogni comando giudiziale (cfr. A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, p. 233 ss.).

²⁷ Quest'idea si trova già embrionalmente espressa in P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 174.

²⁸ Questa funzione è stata ben messa in evidenza da G. MAHER-B.J. RODGER, *Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention*, in 48 *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 302 ss.

²⁹ Com'è noto la distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi si deve al P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 179 ss., spec. 185 ss., il quale utilizzava l'espressione «provvedimenti cautelari conservativi» per indicare quelli funzionali «a mantenere quello stato di fatto, in attesa ed allo scopo che su di esso possa il provvedimento principale esercitare i suoi effetti», mentre con l'espressione «provvedimenti innovativi» designava quelle cautele funzionali «non già a conservare lo stato di fatto esistente, ma ad operare, in via provvisoria e anticipata, quegli effetti costitutivi e innovativi, che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili». Tale dicotomia aveva fino alla riforma del procedimento cautelare uniforme del 2005-2006 valenza tendenziale e per lo più dogmatica, dal momento che, salve le eccezioni previste dalla legge, il ricorrente vittorioso in sede cautelare era tenuto ad instaurare il giudizio di merito entro un termine perentorio, a pena di inefficacia della misura ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c. Raccogliendo diffusi auspici della dottrina, la legge n. 80/2005, sulla base dell'esperienza del c.d. rito societario, ha però modificato l'art. 669 *octies* c.p.c., escludendone l'applicazione rispetto ai «provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700», agli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e dalle leggi speciali» e a quelli di rinuncia. È stato osservato da C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*¹², I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 207 che la riforma dell'art. 669 *octies* c.p.c. induce a rimeditare i limiti funzionali, non già quelli strutturali, della cautela, sfumando i contorni «tra tutela (sommaria) cautelare e tutela sommaria (non cautelare)», a tal punto che venuto meno il nesso di strumentalità tra provvedimento cautelare e giudizio in merito, il rapporto tra tutela cautelare e merito è analogo a quello proprio dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi (così P. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1). Pertanto, oggi non sembra più adeguata la classica definizione della provvisorietà del provvedimento cautelare data negli anni '30 dal CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 176, secondo cui la misura cautelare sarebbe provvisoria siccome «nasce in previsione, ed anzi in attesa, di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale non solo non aspira a trasformarsi in definitivo, ma è addirittura destinato a venire meno per mancanza di scopo». Questa osservazione non appare più attuale alla luce della tendenziale atipicità della categoria dei provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata e a contenuto anticipatorio che non perdono efficacia se la causa di merito non è iniziata entro un termine perentorio, come osservato da D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata*, in *Incontro sulla riforma del processo civile*, 16 maggio 2006, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 68; ma v., in senso contrario, L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, p. 6 ss.; EAD., *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di provvedimento anticipatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 786 ss., la quale al termine «attenuazione» preferisce quello di «alterazione», per il rilievo che la provvisorietà, in uno con la strumentalità, è requisito strutturale della tutela cautelare, secondo, appunto, il classico insegnamento del Calamandrei. Nel senso che, anche a fronte della dissoluzione del nesso di strumentalità, il provvedimento cautelare resta naturalmente preordinato ad assicurare l'utilità della tutela ordinaria dichiarativa o esecutiva, anche nel caso in cui abbia carattere immediatamente satisfattivo dell'interesse pratico dell'istante, v. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 55 ss. Assai suggestivo risulta l'accostamento proposto da A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare* (a cura di G.

osservare che tutti i provvedimenti cautelari hanno una vocazione anticipatoria. Guardando al nostro ordinamento, tanto si trae dall'art. 624 c.p.c.: benché la sospensione del processo esecutivo produca per il creditore l'effetto proprio delle misure conservative, dalla prospettiva dell'esecutato tale effetto sembra piuttosto riconducibile a quelle altresì anticipatorie, consentendogli di ottenere il medesimo effetto che ritrarrebbe dall'accoglimento dell'opposizione³⁰. Non a caso se non viene proposto reclamo o se in quella sede l'ordinanza è confermata, e il giudizio di merito non è introdotto dal creditore nel termine perentorio di cui all'art. 616 c.p.c., il processo esecutivo si estingue, atteso che l'esecutato può ritenersi pienamente soddisfatto dopo la concessione della sospensiva, mentre il creditore, attraverso l'inerzia, ha dimostrato di non aver interesse nel proseguire nell'esecuzione (ma ciò non pregiudicherà il diritto dell'opposto di esercitare nuovamente l'azione esecutiva: è questa la conseguenza della scelta dell'opponente di rinunciare all'accertamento giurisdizionale idoneo al giudicato della fondatezza delle proprie doglianze)³¹.

Parimenti, anche i provvedimenti di istruzione preventiva possono produrre un effetto anticipatorio, attesa la loro natura *lato sensu* cautelare: se per esempio si guarda alla descrizione industrialistica, la caducazione della misura da mancata instaurazione del giudizio di merito, non impedisce l'acquisizione al giudizio di merito del verbale di descrizione, dato che in via generale anche le risultanze probatorie di un processo estinto si possono utilizzare,

TARZIA-A. SALETTI⁴, Padova, 2011, p. 313, della situazione in cui viene a trovarsi l'istante che abbia ottenuto una misura cautelare a strumentalità attenuata a quella attribuita al possessore: una situazione di fatto destinata a protrarsi finché non vi sia un intervento dell'autorità giudiziaria, negando così in radice l'idoneità di tali provvedimenti a produrre effetti di accertamento o costitutivi, modificativi o estintivi di rapporti giuridici. Con l'implicazione che il tradizionale requisito della provvisorietà lascerebbe spazio a quella della precarietà. In ogni caso, è innegabile che il sistema converga verso una progressiva attenuazione del nesso di strumentalità tra tutela sommaria cautelare e provvedimento di merito, come osservato da P. BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 565 ss.; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359 ss., spec. 1380 ss.; A. PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economica processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 8 ss.; E.F. RICCI, *I procedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in *Il progetto di riforma organica del processo civile* (a cura di G. TARZIA), Milano, 1998, p. 65 ss.; ID., *Verso un nuovo processo civile?* in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss.; B. SASSANI, *Sulla riforma del processo societario*, in *La riforma delle società. Il processo* (a cura di B. SASSANI), Torino, 2003, p. 10 ss. Secondo una parte della dottrina tutte le misure assoggettate alla regola della strumentalità attenuata dovrebbero considerarsi, in quanto tali, anticipatorie, secondo una più ampia accezione di tale termine: in proposito, cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2, 2006, p. 69 ss., spec. 71; A. PROTO PISANI, *Verso la residualità dei processi a cognizione piena*, *ivi*, 2006, V, c. 58 ss. Più di recente, nel senso che la sistematizzazione dei provvedimenti con finalità anticipatorie a strumentalità attenuata implicherebbe una diverso *standard* di prova del *fumus* rispetto a quelli meramente conservativi, v. E. BRIGUGLIO, *Fumus, periculum ed altro ai tempi della strumentalità attenuata*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2019, p. 793 ss., spec. 797.

³⁰ In tal senso, B. CAPONI, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 399; v. anche A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, Milano, 2024, p. 3032 ss.; nonché S. RECCHIONI, *I nuovi artt. 616 e 624 c.p.c. fra strumentalità cautelare «attenuata» ed estinzione del «pignoramento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 644 ss. In giurisprudenza, v., per es., Cass. 24 ottobre 2011, n. 22033.

³¹ Tant'è che la concessione della sospensione ex art. 624 c.p.c. comporta anche che il giudice debba statuire intorno alle spese (in argomento si rinvia ad A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 3020 ss.).

ex art. 310, comma 3, c.p.c., in un diverso giudizio³², assicurando al titolare della privativa la soddisfazione del proprio interesse alla conservazione della prova della contraffazione, attraverso la qualificazione di una misura apparentemente conservativa e a strumentalità piena, in una anticipatoria e a strumentalità attenuata. Sicché la scelta dei *Drafters* di contrassegnare come “cautelari” tutte quelle misure provvisorie e temporanee che si rispecchiano nel *numerus clausus* di funzioni finisce, da un lato, per risultare eccessiva, siccome attribuisce natura cautelare a provvedimenti che in concreto non assolvono ad alcuna esigenza preventiva o di sicurezza, dall’altro, invece, pecca per difetto, perché non tiene conto della più evidente finalità anticipatoria di tutti i provvedimenti cautelari, a prescindere dalla loro strumentalità rispetto al giudizio di merito. Sarebbe allora stato meglio individuare un’unica funzione comune a tutti provvedimenti cautelari, evitando lo “spacchettamento” di cui alla *Rule* 184. A nostro modo di vedere, un approccio realmente funzionale al problema della tutela cautelare avrebbe dovuto indurre i *Conditores* delle *Rules* a ragionare nei seguenti termini: si possono considerare cautelari tutti quei provvedimenti, emessi all’esito di un procedimento a cognizione sommaria, che anticipano il risultato pratico o taluni effetti del necessario o eventuale giudizio di merito, scongiurando il pericolo che il ritardo nel provvedere possa frustrare l’aspettativa di soddisfazione della parte che ha ragione.

Pertanto, la generalissima formulazione della lett. d), coerentemente con la formula di impegno di questo scritto, ossia valutare l’utilità delle *Rules* quale strumento ermeneutico per risolvere gli *hard cases*, porta ad interrogarsi su un problema di ordine pratico che da decenni affanna la giurisprudenza: la possibilità di ottenere, attraverso un provvedimento cautelare atipico («*any temporary order*»³³), la cancellazione della domanda giudiziale manifestamente infondata.

1.1. Segue: il problema della cancellazione, in via cautelare, della trascrizione della domanda manifestamente infondata.

La trascrizione della domanda giudiziale assolve ad un’evidente funzione di “autotutela cautelare”, non potendo il giudice revocarla anche quando si avveda della sua illegittimità o ingiustizia. La giurisprudenza e la dottrina municipali tendono a negare la possibilità di addivenire alla cancellazione della trascrizione ingiusta, praticata al solo scopo di assicurare

³² Secondo l’impostazione condivisibilmente sostenuta da A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, 2017, p. 127; e anche, *si vis*, da chi scrive in G. DE CESARE, *L’incerto statuto normativo dell’esecuzione della descrizione industrialistica*, in *Giur. it.*, 12, 2022, p. 2421 ss., spec. 2422; *Id.*, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, in *DPCleC*, 1, 2023, p. 35 ss.

³³ Nel senso che l’uso dell’aggettivo indefinito «*any*» da parte della *Rule* 184 aprirebbe al riconoscimento di un potere cautelare atipico in capo al giudice, v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 128.

l'effetto prenotativo dell'eventuale accoglimento della domanda manifestamente infondata³⁴. Tale risultato è imposto da argomenti di carattere letterale e logico-sistematico, oltre che da un approccio consequenzialista al problema³⁵: a) l'art. 2668, comma 1, c.c. stabilisce che «la cancellazione della trascrizione delle domande enunciate dagli articoli 2652 e 2653 e delle relative annotazioni si esegue quando è debitamente consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato», dovendosi intendere il disposto normativo nel senso che la cancellazione possa essere ordinata *soltanto* «con sentenza passata in giudicato»; b) la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale, ordinata con un provvedimento cautelare anticipatorio, potrebbe implicare la perdita del diritto, anche ove la pretesa di merito dovesse risultare fondata: è sufficiente osservare in proposito che cancellata la trascrizione, i terzi subacquirenti della *res litigiosa* potrebbero trascrivere il proprio acquisto, con conseguente inopponibilità degli effetti dell'eventuale accoglimento della domanda giudiziale; c) il provvedimento d'urgenza può essere concesso a condizione che il suo effetto sia provvisorio e reversibile³⁶, mentre la cancellazione della domanda giudiziale è idonea a produrre effetti non passibili di *restitutio in integrum*, che conferiscono *de facto* stabilità al provvedimento cautelare; d) proprio l'irreversibilità degli effetti della cancellazione della trascrizione farebbe venire automaticamente meno l'interesse ad impugnare la sentenza di merito che neghi il diritto della parte che ha subito gli effetti del provvedimento d'urgenza, quando terzi subacquirenti della controparte abbiano trascritto il proprio acquisto, dal

³⁴ Sul tema si segnalano le osservazioni V. ANDRIOLI, *Commentario al cod. proc. civ.*, vol. IV, 1964, p. 264; A. BARALE, *La cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale non può essere disposta con provvedimento d'urgenza*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1483 ss.; R. CONTE, *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale ictu oculi infondata e incostituzionalità dell'art. 2668 c.c.*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 930; M.P. FUAINO, *Sul provvedimento d'urgenza per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'iscrizione ipotecaria*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 187 ss.; S. PETITTO, *Trascrizione di domanda giudiziale: per la cancellazione è proprio necessaria una sentenza passata in giudicato?*, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 464 ss.; E. PICOZZA, *Sull'ammissibilità di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. che disponga la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale di cui agli artt. 2652 e 2653 cod. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1243 ss. Più di recente, il tema è stato indagato da C. ASPRELLA, *Provvedimento d'urgenza e ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale*, in *Il Processo*, 3, 2023, p. 807 ss. In giurisprudenza, v. il risalente precedente contrario di Cass., 16 gennaio 1986, n. 251; nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Torino, 10 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 671; Trib. Modena 11 giugno 1999 in *Giur. it.*, 2000, p. 1645, con nota critica di E. CANAVESE, *Brevi note sulla concedibilità di un provvedimento d'urgenza che disponga la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale*; Trib. Milano, 13 gennaio 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 1017; Trib. La Spezia 26 agosto 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 1482; ma v. in senso contrario Trib. Milano 30 settembre 2002, in *Giur. milanese*, 2002, p. 435 che ha ammesso la cancellazione della trascrizione della domanda manifestamente infondata attraverso il provvedimento d'urgenza.

³⁵ Per una sottile analisi del "consequenzialismo giudiziario" e delle sue implicazioni, si rinvia all'ottimo lavoro di V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti*, Napoli, 2020, p. 19 ss.

³⁶ Così, per esempio, S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in AA.V.V., *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 159 ss.; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza: come è e come si vorrebbe che fosse*, ivi, p. 436; ma v. in senso contrario F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 61 ss. In argomento, v. anche i cenni contenuti nell'ormai classico studio del F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, p. 155 ss.

momento che l'eventuale accoglimento non produrrebbe alcuna concreta utilità, non potendosi peraltro neppure ipotizzare un'azione risarcitoria nei confronti del dante causa e dei suoi subacquirenti che hanno legittimamente esercitato un diritto riconosciuto da un provvedimento giurisdizionale³⁷; e) non sembra infine che il provvedimento d'urgenza possa anticipare anche gli effetti secondari della sentenza (ossia quegli effetti che si verificano indipendentemente dalla domanda di parte e che vengono collegati alla sentenza in quanto fatto giuridico implicato dalla stessa³⁸).

Anche nel sistema divisato dalle *Rules* sembra doversi escludere la possibilità di ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale manifestamente infondata. Appare dirimente in tal senso il richiamo al principio di proporzionalità nei termini precisati dalla *Rule* 185³⁹: «[A] *provisional and protective measure should impose the least burden on the respondent. The Court must ensure that the measure's effect are not disproportionate to the interest it is asked to protect*». La concessione dell'ordine di cancellazione soddisferebbe la parte interessata a vendere la *res litigiosa*, o coloro ai quali è già stata trasferita con atto non opponibile alla controparte che ha trascritto la domanda giudiziale in data antecedente alla cessione, esponendo però quest'ultima al rischio di perdere irreversibilmente il proprio diritto, quandanche dovesse essergli riconosciuto dalla sentenza di merito o addirittura facendo venire meno l'interesse all'impugnazione della sentenza sfavorevole. Con l'implicazione per cui gli effetti del provvedimento cautelare diverrebbero irreversibili e impermeabili, nonostante la sopravvenienza della statuizione di merito incompatibile. Trattasi all'evidenza di risultato escluso del requisito della temporaneità, oltretutto distonico con il principio del «*least burden*» a carico del resistente, trattandosi di provvedimento foriero di cagionare la perdita del diritto.

³⁷ Ben diverso è il discorso rispetto alla trascrizione illegittima della domanda giudiziale, ossia effettuata al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c., la cui cancellazione ben può essere imposta con un provvedimento d'urgenza (così C. ASPRELLA, *Provvedimento d'urgenza e ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale*, cit., p. 815; in giurisprudenza, cfr. Cass., 28 maggio 2010, n. 13127 secondo cui la cancellazione di una trascrizione immobiliare ritenuta illegittima, perché effettuata al di fuori delle ipotesi consentite, può essere domandata in un autonomo giudizio, sussistendo in capo al proprietario dell'immobile l'interesse concreto e attuale ad ottenerne la cancellazione al fine di eliminare lo stato di incertezza giuridica pregiudizievole alla commerciabilità dell'immobile medesimo; nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Busto Arsizio, 9 febbraio 2010; Trib. Napoli, 26 gennaio 2006, in *Giur. merito*, 2006, 10, p. 2170).

³⁸ Per questa considerazione, v. ancora F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., p. 244 ss. Più in generale, sulla distinzione fra effetti principali e secondari della sentenza, si rinvia ai classici lavori di Per la teoria degli effetti principali e secondari si veda E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, p. 50 ss.; S. SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, 1, p. 251 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, p. 278 ss.

³⁹ Per un'analisi del principio di proporzionalità per come sagomato dalle *Rules* 5-10, v. *infra*, § 2. A proposito della particolare declinazione del concetto di proporzionalità fatta dalla *Rule* 185 (2), v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 119.

Pertanto, le *Rules* 184 e 185 possono fungere da *interpretative tools* per sostenere l'inammissibilità nel nostro sistema di un provvedimento d'urgenza che ordini la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale manifestamente infondata.

1.2. Segue: la natura cautelare dei provvedimenti che sospendono, negano o concedono la provvisoria esecutorietà dei provvedimenti con prevalente funzione esecutiva. Spunti dalle *Rules*.

Altro problema, che qui può essere solo accennato, rispetto al quale le *Rules* offrono notevoli spunti interpretativi, è quello della natura cautelare delle misure che concedono o sospendono la provvisoria esecutorietà di provvedimenti, con prevalente funzione esecutiva, emessi all'esito di cognizione sommaria⁴⁰, il quale, dal punto di vista pratico, si riallaccia alla diversa questione della loro reclamabilità. Guardando al nostro ordinamento, si allude alle ordinanze di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. Entrambe le disposizioni definiscono le ordinanze di accoglimento di tali istanze come «non impugnabili». Viene però spontaneo chiedersi se davvero solo le ordinanze di accoglimento siano inimpugnabili o anche quelle di rigetto⁴¹. La previsione dell'assoluta inimpugnabilità che pare doversi stillare dal combinato disposto degli artt. 648, 649 e 177, comma 2, c.p.c., è parsa a molti Autori insoddisfacente⁴², dal momento che un errore di valutazione del giudice istruttore può provocare un pregiudizio assai difficilmente rimediabile. Basti pensare alle conseguenze derivanti dalla concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, cui segue, per il debitore, il rischio del

⁴⁰ Nel senso della natura *lato sensu* cautelare, v. già P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 188.

⁴¹ Nel senso della reclamabilità delle ordinanze di rigetto, v. Trib. Roma, 29 dicembre 2023, in *Giur. it.*, 2024, p. 2616 ss., con nota adesiva di M. GARAVAGLIA, *Reclamabilità delle ordinanze previste degli artt. 648 e 649 c.p.c.*; in *Judicium* con nota di P. LICCI, *Brevi note sulla reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza ex art. 649 c.p.c.* (T. Roma 29 dicembre 2023); in *Questione Giustizia*, 22 marzo 2025, con nota di R. CONTE, *Sulla reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. dell'ordinanza di diniego della sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ex art. 649 c.p.c.*; ma v. in senso contrario Trib. Macerata, 19 febbraio 2025, in *Giur. it.*, 10, 2025, con nota di R. CONTE, *Ancora sull'impugnabilità delle ordinanze ex artt. 648 e 649 c.p.c.*; nello stesso senso, v. già Trib. Reggio Emilia, 23 ottobre 2012, in *Giur. it.*, 2013, p. 2329 ss.; Trib. Parma, 23 giugno 2006, ivi, 2007 ss. Peraltro, Trib. Roma, 27 agosto 2024, in *Foro it.*, 2024, I, 2807 con nota di B. CAPPONI, *La reclamabilità dei provvedimenti negativi ex art. 648 e 649 c.p.c.: norme che mancano, o norme da interpretare?* ha rimesso la questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di cassazione; tuttavia, il rinvio pregiudiziale è stato dichiarato inammissibile dal Presidente della suprema Corte con decreto 7 ottobre 2024.

⁴² E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2012, p. 236-241; A. RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali* (a cura di S. CHIARLONI e C. CONSOLO), I, *I procedimenti sommari (633 e 669 c.p.c.)*, Torino, 2005, p. 467; R. CAPONI-E. MERLIN, *Sulla reclamabilità delle ordinanze sulla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo ex art. 648 c.p.c.*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 705 ss.; R. CONTE, *Procedimento d'ingiunzione*, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di Chiarloni), Bologna, 2012, p. 319; ma v. *contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il procedimento per ingiunzione*, in *Diritto processuale civile* (diretto da L. DITTRICH), IV, Torino, 2019, p. 4221, che ritiene inimpugnabili sia i provvedimenti di rigetto che di accoglimento dell'istanza di sospensione.

pignoramento o dell'iscrizione di ipoteca giudiziale ex art. 655 c.p.c.⁴³; mentre il creditore che vede negarsela, senza poter impugnare la decisione del giudice, dovrà attendere l'esito del giudizio di opposizione, esponendosi, per esempio, ad un grave pregiudizio nell'esercizio della propria attività economica quando l'incasso delle somme attese sia strumentale al risanamento di una posizione debitoria. Allo stesso modo, la mancata concessione della sospensione della provvisoria esecutività, quando l'opposizione esprime un ragionevole grado di *fumus*, espone il debitore al rischio di pagare un indebito, cui ragionevolmente seguirà un giudizio di ripetizione, con conseguente effetto inflativo del contezioso e spreco della risorsa giustizia.

A dispetto del *non possumus* imposto dal legislatore, a nostro modo di vedere entrambe le ordinanze esprimono una funzione cautelare⁴⁴. Se infatti si valorizzasse esclusivamente l'argomento letterale, potrebbe forse giungersi ad ammettere la reclamabilità delle sole ordinanze di rigetto, dal momento che sia l'art. 648 c.p.c. che il successivo art. 649 c.p.c., sembrano alludere alle ordinanze di accoglimento, con l'implicazione per cui, in base ad un ragionamento *a contrario*, quelle di rigetto dovrebbero essere reclamabili. Senonché, questo modo di ragionare circoscrive la natura cautelare alle sole ordinanze di rigetto, benché non possa negarsi che anche quelle di accoglimento (e forse più) vogliano evitare che l'istante subisca un pregiudizio *pendente iudicio*, nei termini peraltro precisati dalla *Rule 184* lett. a) e d).⁴⁵ Se si guarda infatti all'art. 648 c.p.c., il fondamento della concessione della provvisoria esecutorietà è il medesimo delle condanne con riserva delle eccezioni⁴⁶: quando le eccezioni

⁴³ A proposito dell'incostituzionalità dell'art. 655 c.p.c., nella parte in cui richiama anche i decreti ingiuntivi divenuti provvisoriamente esecutivi in conseguenza dell'accoglimento dell'istanza ex art. 648 c.p.c., v. C. CONSOLO, *L'ipoteca giudiziale ex art. 655 cod. proc. civ.: un istituto davvero manifestamente in regola con gli artt. 3 e 24 Cost.?*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 560 ss.; *Id.*, *Del vaglio alla stregua dell'art. 111 Cost. "potenziato" dei non troppo "equi" artt. 649 e 655 cod. proc. civ. ed in genere del procedimento monitorio*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 815 ss.

⁴⁴ V. *supra*, Sezione I, § 1.

⁴⁵ Vale la pena osservare che circoscrivere il problema all'ammissibilità del reclamo contro la sola ordinanza di rigetto dell'istanza, ex artt. 648 o 649 c.p.c., comporta comunque una violazione del principio della parità delle armi nel processo. È noto che in forza di tale principio la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 669-terdecies, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui limitava la possibilità di reclamo ai soli provvedimenti concessivi di tutela cautelare e non anche ai provvedimenti di rigetto della domanda volta ad ottenere tale tutela, precisando che «le due parti si trovano, nei confronti dell'ordinamento processuale, in posizione simmetricamente equivalente. Infatti, il provvedimento, positivo o negativo che sia, incide comunque sulla sfera personale o patrimoniale di entrambe le parti, arrecando pregiudizio agli interessi dell'una o dell'altra in misura non valutabile astrattamente; né vi è possibilità logica di ritenere a priori più probabile il fondamento giuridico dei provvedimenti di rigetto rispetto a quelli di accoglimento» (così Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. it.*, 1994, I, 409, nota di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi" ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*).

⁴⁶ Per la riconduzione dell'art. 648 c.p.c. alla condanna con riserva delle eccezioni, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali*, p. 309 ss.; G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 344 ss.; *Id.*, *In difesa dell'art. 648 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2343 ss.; G. VIGNERA, *La provvisoria esecutività ex art. 648 cod. proc. civ. quale condanna con riserva*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 69 ss.; A. VALITUTTI-F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2013, p. 424 ss.

sollevate dal convenuto non presentano un sufficiente grado di *fumus* (presuntivamente individuato nella sussistenza di una prova scritta posta a suffragio dell'opposizione o nella loro "liquidità"), appare iniquo ritardare la possibilità per il creditore che ha già ottenuto un provvedimento giurisdizionale, ancorché emesso all'esito di cognizione sommaria, di aggredire i beni del debitore opponente, mentre il *periculum* sembra potersi individuare nel grave pregiudizio derivante dall'incasso delle somme attese, con conseguente aggravio della posizione debitoria dell'opposto nei confronti di terzi creditori. Attesa dunque la natura cautelare dell'ordinanza di concessione della provvisoria esecutorietà, sembra doversi interpretare il riferimento all'inimpugnabilità contenuto nell'art. 648 c.p.c. in senso restrittivo: la norma *plus dixit quam voluit*, mentre andrebbe più ragionevolmente intesa nel senso per cui l'ordinanza di accoglimento non è passibile di revoca o di modifica «da parte del giudice che le ha pronunciate», ai sensi dell'art. 177 c.p.c., ma non anche da parte del collegio investito del reclamo⁴⁷. E ciò perché l'ordinanza di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo assolve ad una funzione sovrapponibile a quella dell'*interim payment* che, almeno negli ordinamenti di *Common law* e nel sistema delle *Rules*, è equiparato ad un provvedimento cautelare⁴⁸. D'altro canto, se si guarda alla posizione del debitore, l'istanza di sospensione assolve ad un'indubbia funzione cautelare, ossia evitare gli effetti di un'esecuzione forzata ingiusta, in termini non dissimili da quanto previsto dall'art. 624 c.p.c., norma che, come visto, accorda al giudice dell'esecuzione il potere di sospendere il processo esecutivo con ordinanza, per l'appunto, reclamabile.

Inoltre, entrambe le ordinanze sono provvisorie, nel senso di cui alla *Rule* 184: la sentenza che deciderà sull'opposizione sarà destinata a sostituirla, salvo il caso dell'estinzione del giudizio dopo la concessione della provvisoria esecutività, ma tale ipotesi è del tutto sovrapponibile a quella della estinzione del giudizio di merito dopo la concessione di un provvedimento anticipatorio, il quale, in ragione del carattere dell'ultrattività, sancito dall'art. 669, *octies*, comma 8, c.p.c., continuerà a regolare il rapporto tra le parti nonostante la *mors litis*⁴⁹.

Ancora una volta il «*functional approach*» suggerito dai redattori delle *Rules* si rivela essere il più appropriato per sciogliere il nodo circa l'applicabilità delle norme del procedimento cautelare uniforme a provvedimenti non espressamente rubricati quali cautelari.

2. Il principio di proporzionalità come “gradualità” e “minor afflittività” della misura cautelare

Particolare attenzione merita la *Rule* 185 (1), nella parte in cui prevede che «[A] *provisional and protective measure should impose the least burden on the respondent.*». Benché manchi

⁴⁷ Il tema è stato trattato in questi termini da P. LICCI, *Il reclamo dell'art. 669 terdecies c.p.c. come modello*, Napoli, 2025, p. 274 ss.

⁴⁸ Su cui v. *funditus infra*, sezione II, § 5.

⁴⁹ A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, cit., p. 318.

un riferimento espresso, è evidente che la *Rule* assoggetti le misure cautelari al principio di proporzionalità, inteso come giusto temperamento dell'interesse del ricorrente all'ottenimento della cautela e quello del resistente a non subire un'eccessiva compressione della propria sfera giuridico-patrimoniale in forza di un provvedimento emesso all'esito di cognizione sommaria⁵⁰. Fanno eco a tale disposizione i *Principles* 5.8 e 8.1., secondo alinea, degli ALI/ Unidroit Principles⁵¹, i quali subordinano la concessione di un provvedimento *inaudita altera parte* al giusto temperamento degli interessi delle parti. È coerente con il sistema delle *Rules* che la concessione di un provvedimento *without-notice*, ai sensi della successiva *Rule* 186, sia subordinata al rispetto del principio di proporzionalità, potendosi forse esigere un'espressa motivazione del giudice sul punto. Inoltre, la *Rule* 184 (2) sancisce che la misura cautelare «*should be suitable for its purpose*», introducendo a completamento dello scrutinio di proporzionalità e gradualità nei termini di cui s'è dato conto, anche il complementare principio di adeguatezza. Benché le norme dedicate al procedimento cautelare uniforme dal legislatore italiano non contengano alcun riferimento ai suddetti principi, tale valutazione non sembra estranea al nostro sistema processuale. Invero, se si volge lo sguardo all'art. 275 c.p.p. può constatarsi che, in materia penale, l'intera disciplina dei criteri di scelta delle misure cautelari risponde ai principi di adeguatezza, gradualità e proporzionalità⁵²: il primo comma della disposizione in esame impone al giudice di valutare la specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, suggerendo che tra la misura cautelare richiesta, l'esigenza cautelare allegata e il pericolo che si vuole evitare debba esservi un nesso di piena corrispondenza funzionale. Il giudizio di adeguatezza va dunque calibrato sulla "natura" e sul "grado" delle esigenze cautelari specificamente ritenute meritevoli di protezione. Il successivo comma 2, invece, richiama espressamente la proporzionalità tra la misura cautelare richiesta e l'entità del fatto, tenuto conto della sanzione che si ritiene possa essere irrogata. Viene dunque spontaneo chiedersi se tali principi, che dovrebbero orientare il giudice del procedimento cautelare, abbiano una valenza "transtipica", tale da poter essere applicati

⁵⁰ Un chiaro esempio di applicazione settoriale del principio di proporzionalità in materia cautelare è rappresentato dalla *Rule* 194, a proposito degli *asset preservation orders*: «[A]sset Preservation Orders must ensure that a respondent is not prevented from receiving financial allowances, provided the amounts are reasonable, for (a) ordinary living expenses, and/ or (b) legitimate business expenses, and/ or (c) to enable it to fund legal advice and representation in respect of the proceedings, including such as are necessary for it to respond to the order, including seeking its variation or discharge under Rules 186(4) or 189.».

⁵¹ I quali rispettivamente prevedono che «[A]n order affecting a party's interests may be made and enforced without giving previous notice to that party only upon proof of urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. An ex parte order should be proportionate to the interests that the applicant seeks to protect. As soon as practicable, the affected party should be given notice of the order and of the matters relied upon to support it, and should have the right to apply for a prompt and full reconsideration by the court» e che «[P]rovisional measures are governed by the principle of proportionality.».

⁵² Nella manualistica, v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, p. 450 ss.; V. PATANÈ, *Le misure cautelari*, in *Diritto processuale penale* (a cura di D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA ed E. ZAPPALÀ), Milano, 2023, p. 361.

anche al di fuori dall'*hortus conclusus* del procedimento penale. Sul punto è stato osservato che nella prassi il giudizio intorno al *fumus boni iuris* si è talora tradotto in una valutazione comparativa degli interessi delle parti coinvolte in relazione agli effetti della misura richiesta⁵³. Si tratta di considerazioni, invero, già sviluppate dalla dottrina tedesca del secolo scorso, cui si deve il conio dell'espressione «*Interessenabwägung*», per contrassegnare l'opera di bilanciamento che il giudice deve di volta in volta svolgere⁵⁴: la sussistenza del *fumus* e del *periculum* sono sufficienti alla concessione della cautela *ex parte actoris*; tuttavia, atteso che la decisione viene comunque presa all'esito di una cognizione sommaria, il rischio dell'irreversibilità degli effetti derivanti dall'attuazione della misura non può gravare sul destinatario della stessa, richiedendosi al giudice uno scrutinio supplementare di adeguatezza, proporzionalità e gradualità della misura in relazione alla posizione del resistente. A ciò si aggiunga che il giudizio di proporzionalità è talora normativamente imposto, non solo per valutare l'opportunità di porre a carico del ricorrente una cauzione⁵⁵, ma anche da apposite disposizioni di diritto sostanziale, come nel caso previsto dall'art. 2378, comma 4, c.c., ove vi è un espresso riferimento alla valutazione comparativa tra il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dall'esecuzione della deliberazione e quello al quale sarebbe esposta la società dalla sospensione della sua esecuzione⁵⁶.

Al netto di quanto detto, ci sembra che la *Rule* 185 (1) metta in prosa ciò che nel nostro sistema vive solo in versi: ogni valutazione discrezionale del giudice presuppone un giudizio di bilanciamento, ispirato ai principi di adeguatezza, gradualità e proporzionalità, a più forte ragione quando debba valutare l'opportunità di una misura che possa incidere sulla sfera giuridica del destinatario, al netto di una cognizione sommaria, talora anche senza previa instaurazione del contraddittorio.

⁵³ Così S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 90.

⁵⁴ Cfr. D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, 1971. Nell'ordinamento comunitario, il richiamo al principio di proporzionalità della tutela cautelare e alla tecnica di bilanciamento degli interessi è piuttosto comune: sul tema v., per es., L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 501 ss.; EAD., *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è il nuovo fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 323 ss., nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia ivi citata. Un cenno al tema può peraltro già ritrovarsi nella risalente Corte cost., 3 luglio 1967, n. 81 a proposito dell'illegittimità costituzionale della *cautio pro expensis*, ove si legge che «la cauzione svolge una saggia funzione equilibratrice degli interessi in conflitto in quella fase intermedia del processo».

⁵⁵ V. *infra*, in questa sezione, § 4.

⁵⁶ In argomento, v. C. FERRI, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 65 ss.; D. DALFINO, *Tutela cautelare ante causam e sospensione della delibera assembleare*, in *Le Società*, 2012, p. 831; U. COREA, *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito degli artt. 2378 c.c. e 700 c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 527 ss.; ID., *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008; V. OCCORSIO, *Operazioni sul capitale e sospensione della delibera: periculum in mora e bilanciamento degli interessi*, in *Notariato*, 2014, p. 554 ss.

3. Il procedimento *without-notice* e le misure di istruzione preventiva

In disparte la regolamentazione del procedimento cautelare ritraibile dalla *Rule* 186⁵⁷, l'espressa menzione nella *Rule* 184 lett. b) della funzione assolta dalla tutela cautelare di «*securing evidence relevant to the merits or preventing its destruction or concealment*»⁵⁸, induce ad interrogarsi sulla possibilità di applicare la *without-notice procedure* anche alle misure di istruzione preventiva⁵⁹. Il nostro ordinamento ha optato per una soluzione di compromesso che però sembra sottintendere la diversità tra tutela cautelare e istruzione preventiva: l'art. 697 c.p.c. prevede la possibilità di procedere *inaudita altera parte*, dispensando il ricorrente dalla notificazione del decreto di comparizione alle altre parti, salva la possibilità di nominare un procuratore che intervenga per quelle non presenti all'udienza di assunzione della prova⁶⁰. Per converso, l'ordinamento comunitario distingue nettamente le due forme di tutela: il problema della qualificazione di una certa misura in termini di istruzione preventiva e non di provvedimento provvisorio e cautelare comporta l'applicabilità del Regolamento UE 1783/2020, in luogo del Regolamento UE 1215/2015 (*breviter*: Bruxelles I-bis), con l'implicazione per cui il ricorrente non potrebbe adire direttamente il giudice del foro in cui è situata la fonte di prova, ma sarebbe costretto a rivolgersi prima al giudice competente

⁵⁷ Il quale detta la "disciplina minima" del procedimento cautelare: «[T]he court may order a provisional or protective measure without-notice ('ex parte') only if, in the circumstances, proceedings with-notice ('inter partes') would frustrate the prospect of the applicant receiving effective protection of their interests. (2) When granting an order without-notice the court must give the respondent an opportunity to be heard at the earliest possible time, that date to be specified in the order that was made without-notice. The respondent should be given notice of the order and of all the matters relied upon before the court to support it as soon as possible. (3) An applicant must fully disclose to the court all facts and legal issues relevant to the court's decision whether to grant relief and, if so, on what terms. (4) The court must make a prompt decision concerning any objection to the grant of a provisional or protective measure or its terms.».

⁵⁸ Trattasi di funzione tutt'altro che comune negli ordinamenti giuridici europei come confermato da M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 117: «[T]he second function, the preservation of evidence that may be relevant in the main proceedings, is completely out of place in the way we systematise things in Spain, where this is only a necessary function of a comprehensive regulation of evidence rather than a 'provisional measure' as such. But apart from that, it's a fairly straightforward provision. That is not to say that there was no lively debate. For example, we had an intense debate about whether an ante causam, pre-commencement applicant should be obliged to commence proceedings within a certain period of time, particularly in relation to this possibility of securing evidence.».

⁵⁹ È noto che la sistematica generale dei provvedimenti di istruzione preventiva è geminata dall'istituto della testimonianza a futura memoria disciplinata dal Codice Pisanelli e che l'espressione si deve al G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1965, p. 836. Sul tema v. anche il classico lavoro del G.A. MICHELI, *La prova a futura memoria*, Milano, 1937; G. NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel Codice di procedura civile*, Milano, 1979; G. Balena, voce *Istruzione (procedimento di istruzione preventiva)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. civ.*, Torino, 1993, p. 242 ss.; L. SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 800 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, p. 158 ss.; A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, Padova, 2012, p. 167 ss.

⁶⁰ Per un'analisi dell'anomalia sistematica sottesa all'art. 697 c.p.c. e delle sue ragioni, v. G. NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel Codice di procedura civile*, cit., p. 161 ss.

per il merito, al fine di ottenere, attraverso la via della cooperazione giudiziaria, l'assunzione della prova anelata⁶¹.

La chiusura dell'ordinamento europeo rispetto all'assunzione di prove all'estero è apparsa a taluni in contrasto con la tendenza dei moderni ordinamenti giuridici a introdurre meccanismi di *preliminary discovery* con funzione di prevenzione della lite⁶², attraverso la riduzione del divario di aspettative fra le parti circa l'esito del giudizio quale conseguenza dell'assunzione di una prova decisa⁶³.

A tal proposito, è stato autorevolmente osservato che dovrebbe perlomeno consentirsi all'interessato di adire direttamente il foro in cui è situata la fonte di prova, ammettendone l'assunzione all'estero quando l'istanza sia motivata dalla finalità di conservazione della stessa, così da evitare l'instaurazione del giudizio di merito per poi ottenere mediamente l'attuazione del diritto alla prova attraverso la cooperazione giudiziaria⁶⁴.

Le *Rules*, invece, qualificano le misure di istruzione preventiva come funzionalmente cautelari⁶⁵. Non può infatti disconoscersi che queste siano intese a garantire l'effettività del diritto costituzionalmente garantito alla prova quando il tempo occorrente per l'instaurazione del giudizio di merito possa pregiudicarne materialmente l'assunzione⁶⁶. Pertanto, anche ad esse deve ritenersi applicabile la *without-notice procedure* di cui alla *Rule 186*⁶⁷, mentre ove

⁶¹ Sull'importanza di una nozione autonoma di misura "provvisoria o cautelare" nel diritto europeo, così da affrancare i giudici nazionali dall'onere della qualificazione, tutt'altro che scevro da ricadute applicative, nel contenzioso transfrontaliero, v. C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, atti del XXVII convegno nazionale dell'associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, p. 118 ss. per una nozione di provvedimento «provvisorio o cautelare», rilevante ai fini dell'applicazione del Regolamento Bruxelles 1-bis, cfr. Corte giust., 28 aprile 2005, causa C-104/2003, *St. Paul Dairy*, § 17, in *Int'l lis.*, 2006, p. 76 ss. cit., con nota di C. BESSO, *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è – secondo la Corte europea di giustizia – un procedimento provvisorio o cautelare*; v. anche, per una ricognizione del problema, M.A. LUPOI, *Competenza e giurisdizione, riconoscimento ed esecuzioni delle decisioni in materia civile e commerciale: il Regolamento n. 1215 del 2012*, in *Regole europee e giustizia civile* (a cura di P. BIAVATI e M. A. LUPOI), Bologna, 2022, p. 65 ss.; R. BONATTI, *L'assunzione delle prove in Europa*, ivi, p. 219 ss.

⁶² Sul tema, v. F. FERRARI, *La pesca di frodo. Riflessioni critiche in materia di prova esplorativa*, Torino, 2020, p. 137 ss.; v. anche *funditus* sul tema B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004.

⁶³ Si allude a N. TROCKER, *Provisional Remedies in Transnational Litigation: The Issue of Jurisdiction. A comparative outline. I. The approach of civil law countries and of the Brussels Convention and Regulation*, in *Int'l lis.*, 2009, p. 48 ss., spec. 54-55, con ampia panoramica delle soluzioni adottate dagli ordinamenti di matrice anglosassone; per questo genere di riflessioni, con riguardo al contenzioso industrialistico, v. A. GIUSSANI, *Diritto processuale civile delle imprese*, Bologna, 2015, p. 61.

⁶⁴ Così C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto*, cit., p. 119-120.

⁶⁵ Ma v. già in tal senso l'art. 17 del UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration, ove si attribuisce natura cautelare a quei provvedimenti funzionali a «*preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute*».

⁶⁶ V., in tal senso, G.N. NARDO, *Contributo allo studio dell'istruzione preventiva*, Napoli, 2005, p. 33, il quale allude ad un diritto della parte alla prova prima del processo implicito nel diritto costituzionale alla difesa e alla cui "cautela" i procedimenti di istruzione preventiva sono preordinati.

⁶⁷ Peraltro, a questa soluzione giunge il nostro ordinamento limitatamente alla descrizione industrialistica e autorale di cui agli artt. 129 c.p.i. e 161 l.d.a., ammettendosi la possibilità di richiedere la suddetta misura *inaudita altera parte* anche ai

l'assunzione della prova dovesse avvenire in altro Stato membro tornerà ad applicarsi l'opposta regola che distingue tutela cautelare e istruzione preventiva, dal momento che la *Rule 202* rinvia ai Regolamenti europei (e di conseguenza anche all'interpretazione datane dalla Corte di giustizia) per quanto concerne il contenzioso *cross-border*⁶⁸.

La nostra analisi conferma quindi l'idea per cui anche nel sistema delle *Rules* le misure di istruzione preventiva esprimano una natura bivalente. Tale ambivalenza ricorda quella della sovrapposizione quantistica degli stati: la misura non è, in sé, né cautelare né non cautelare, ma potenzialmente entrambe le cose. La stessa qualificazione giuridica non ha carattere ontologico, bensì relazionale e, per l'appunto, funzionale. È l'ordinamento di riferimento, attraverso i propri criteri sistematici, a "osservare" la misura e a determinarne il "collasso" in uno specifico regime normativo. Così, nell'ordinamento interno o in quello delle *Rules* essa viene per lo più assimilata alle misure cautelari, mentre nello spazio giuridico europeo la medesima misura collassa nello stato opposto, restando estranea alla relativa disciplina. L'apparente contraddizione si risolve, pertanto, nella relatività della qualificazione giuridica.

4. La cauzione: analogie e differenze con l'ordinamento italiano

Una delle *Rules* più interessanti agli occhi dell'osservatore italiano è la 187 che disciplina l'istituto della cauzione. Topograficamente opportuna è la collocazione dell'istituto nella parte dedicata alla tutela cautelare, dal momento che l'istituto assolve alla funzione di vera e propria "controcauzione"⁶⁹, unitamente al regime della responsabilità aggravata in caso di revoca, modifica o inefficacia della misura, di cui alla successiva *Rule 190*⁷⁰. I *Drafters* hanno distinto

sensi dell'art. 669-sexies, comma 2, c.p.c. Sul tema, si v. sempre il nostro G. DE CESARE, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, cit., p. 40 ss.

⁶⁸ Su cui ci intratteremo *infra*, sezione III, § 1.

⁶⁹ In tal senso, v. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 190: «mentre il provvedimento cautelare serve a prevenire i danni che potrebbero nascere dal ritardo del provvedimento principale, e a tale scopo, in vista dell'urgenza, sacrifica le esigenze della giustizia a quelle della celerità, la cauzione, che si accompagna al provvedimento cautelare, serve ad assicurare il risarcimento dei danni che potranno esser causati alla controparte dalla eccessiva celerità del provvedimento cautelare, e in questo modo ristabilisce l'equilibrio tra quelle discordanti esigenze.». Nello stesso ordine di idee, v. anche V. DE PETRIS, voce *Cauzione* (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 658; F. TRIFONE, voce *Cauzione* (dir. proc. civ.), in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1; A. G. DIANA, *Procedimenti possessori e cautelari*, Milanofiori Assago, 2010, p. 394; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, p. 610 e 650; nonché S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 564, anche per più ampi ragguagli bibliografici. Secondo invece l'originale posizione del F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p. 230, le cauzioni non assolverebbero ad una funzione cautelare, bensì andrebbero qualificate come «onere finanziario» a carico del soggetto tenuto a prestarla, il cui fondamento sistematico andrebbe quindi ricercato nella disciplina dei costi del processo.

⁷⁰ Su cui v. le considerazioni di M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 120: «[I] like this provision because it encourages us to be careful and rigorous about the question of damages. We should consider security, as many arbitral tribunals do, as a kind of provisional or protective measure. Parties suffering from the measure argue that if the measure is subsequently revoked, the claimant will not have the means to adequately compensate for the damage suffered. Courts, on the other hand, tend to treat the guarantee as automatic and apply rules of thumb to determine its amount. Rarely is there a rigorous analysis of what the damages might be while the case is pending. Expert testimony

due tipi di cauzione: quella imposta dal giudice a carico del resistente in sostituzione della misura cautelare già concessa o di quella anelata dal ricorrente; quella imposta dal giudice al ricorrente per garantire il risarcimento dei danni cagionati dall'esecuzione della misura cautelare poi revocata o perentoria. In ogni caso la cauzione deve essere «*appropriate*», secondo quanto previsto dalla *Rule* 184 (2)⁷¹. La *Rule* 187 è costruita sul calco della *Rule* 65 delle American Federal Rules of Civil Procedure e delle *Rules* 25.26 e ss. inglesi, le quali consentono sia all'attore che al convenuto di insistere per la previsione di una cauzione⁷². Sembrerebbe, dunque, che la funzione della cauzione sia quella di contemperare gli interessi delle parti: il resistente che è disposto a versare una cauzione può così evitare la comminatoria della misura. Trattasi di soluzione assai adeguata rispetto alle inibitorie cautelari industrialistiche, siccome il presunto contraffattore, disposto a versare la cauzione, potrebbe continuare ad avvalersi della privativa, senza subire alcuna contrazione economica a causa della restrizione giurisdizionale. Allo stesso modo, il giudice potrebbe imporre al ricorrente il pagamento della cauzione quando l'attuazione della misura appaia idonea a produrre un pregiudizio nei confronti del presunto contraffattore, risarcibile solo per equivalente, non diversamente da quanto previsto dall'art. 9, par. 6, della dir. 48/2004/UE (c.d. direttiva *enforcement*)⁷³. Per converso, nell'ordinamento italiano, non sembrerebbe esistere in capo al giudice un generale potere di imporre cauzioni, in quanto l'art. 119 c.p.c. viene tradizionalmente inteso quale norma che si limita a perimetrare l'oggetto minimo dei provvedimenti di imposizione della cauzione disseminati nel Codice⁷⁴. Possiamo a questo punto domandarci se dal sistema possano trarsi argomenti in favore della generalizzazione del suddetto potere, non diversamente da quanto espressamente previsto dalle *Rules*. Se si guarda all'art. 669-*undecies* c.p.c., la cauzione sembra rivestire il ruolo di elemento accidentale, imposto dal giudice unitamente al

would be required to determine the heads and figures of damages with any degree of accuracy, and this is rarely provided at the outset.».

⁷¹ Cfr. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 119.

⁷² In argomento, v. S.C. YEAZELL-M. CARROLL, *Civil Procedure*¹¹, New York, 2023, p. 228; per un'analisi comparata, v. J. GILSANZ, *El proceso civil estadounidense. La tutela judicial cautelar*, Cizur Menor, 2010, p. 114 ss.

⁷³ Sulla finalità armonizzatrice della direttiva, v. L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 33 ss.; nonché A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in *La proprietà intellettuale* (a cura di L.C. UBERTAZZI), in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* (a cura di G. AJANI, G.A. BENACCHIO), XII, Giappichelli, Torino, 2011, p. 459 ss., ora in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 101 ss.

⁷⁴ Per la lettura tradizionale, v. V. DE PRETIS, voce *Cauzione (diritto processuale civile)*, cit., p. 656; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al Codice di procedura civile* (diretto da E. Allorio), I, Torino, 1973, p. 1338. In giurisprudenza, v. Cass. 23 novembre 1999, n. 12967, secondo cui il giudice non può accogliere l'istanza di una parte che subordina il suo consenso all'espletamento di un atto istruttorio – nella specie fermo degli impianti industriali per espletare gli accertamenti indicati dal c.t.u. – al versamento di una cauzione a carico della controparte, a garanzia dei danni, perché la cauzione, come tutti i provvedimenti cautelari, può esser imposta dal giudice soltanto nei casi previsti dalla legge, mentre d'altro canto il rifiuto della parte a consentire sulle cose gli accertamenti necessari ordinati dal giudice per conoscere i fatti di causa, può esser valutato, se ne ricorrono i presupposti, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

provvedimento con cui viene concessa, confermata o modificata la misura cautelare. L'efficacia della misura è risolutivamente condizionata al versamento della cauzione, secondo quanto previsto dall'art. 669-*nonies* c.p.c. Tale funzione appare coerente con il carattere di provvisorietà delle misure cautelari che abbiamo cercato di perimetrare⁷⁵: la cauzione assicura la provvisorietà, evitando che, una volta eseguite, le misure diventino di fatto stabili, potendosi verificare ciò laddove fosse impossibile operare il ripristino della situazione materiale antecedente l'attuazione oppure ottenere il risarcimento dei danni. Senonché la cauzione, proprio in quanto "controcautela", sottintende sempre un giudizio di bilanciamento di interessi dirimenti, condotto sulla base dei principi di adeguatezza e proporzionalità⁷⁶. Sembra che di tale funzione si fosse già avveduto il legislatore del 1942: l'art. 1171, comma 2, c.c., dedicato alla denuncia di nuova opera, riconosce al giudice un generale potere di imporre a carico del resistente il versamento di una cauzione *in alternativa* alla concessione provvedimento cautelare anelato dal ricorrente, quale forma di deterrente contro atti illeciti e pregiudizievoli del diritto cautelato⁷⁷. Se il denunziante avrà ottenuto sentenza favorevole potrà successivamente escutere la cauzione. Questa interessante disposizione è il frutto di un'esperienza millenaria: il legislatore ha in mente un conflitto tra due sfere dominicali e ha previsto, da un lato, uno strumento di tutela preventivo-inibitoria particolarmente incisivo, dall'altro, una "controcautela" con cui azzerarne l'intrinseca pericolosità⁷⁸.

Dal momento che la cauzione sembra rispondere ad un'esigenza costituzionalmente imposta, ossia evitare l'irreversibilità degli effetti di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento a cognizione sommaria, non sembra così azzardato ipotizzare, in armonia con quanto veicolato dalla *Rule 187*, che quando la controversia *non* abbia ad oggetto una somma

⁷⁵ V. *supra*, in questa sezione, § 1.

⁷⁶ È questa l'idea alla base dell'intuizione di A.M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano, 1982, p. 264 ss., secondo cui il diritto romano classico, benché imperniato sul sistema formulare, ha progressivamente riconosciuto al *iudex privatus* un generale potere di imporre *cautiones*, nonostante la *litis contestatio* e, dunque, l'immutabilità dell'oggetto del giudizio, sulla scorta di una valutazione di opportunità. Benché l'antico processo formulare fosse considerato la proiezione processuale della lite privata, donde la quasi assenza di poteri officiosi e discrezionali del giudice, le fonti citate veicolano un diverso convincimento: i Sabiniani, per esempio, ammettevano che «*omnia iudicia esse absolutoria*», riconoscendo al giudice una vasta gamma di poteri intesi a tale scopo; inoltre, l'idea sostenuta nel testo sembra confortata dalla «*consuetudo cautionis*» di cui riferisce l'Arpinate in *pro Rosc. Com.* 12, 35-37. Non va sottovalutato che, in chiave istituzionale, i poteri dello *iudex privatus* derivavano comunque da quelli magistratuali e una tale potere di imporre *cautiones iudiciales* atipiche potrebbe forse ritenersi implicito nello *iussum iudicandi* conferito dal secondo al primo. Sicché il richiamo alla *cautio* nella formula non sembra essere pregiudiziale rispetto alla condanna al pagamento della stessa, come l'ampia casistica tratta dalle fonti sembra confermare.

⁷⁷ Il tema è stato trattato da G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968, p. 240 ss., spec. 242; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 295; M. DINI, *La denuncia di nuova opera*, Milano, 1983, p. 472 ss. Più in generale, sulle implicazioni della generalizzazione dei provvedimenti cautelari anticipatori rispetto alle azioni di nunciazione, v. F. AULETTA, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto dopo la l. 80/05*, in *Foro it.*, 2006, c. 224 ss.

⁷⁸ Tale cautela rimonta alla *operis novi nuntiatio* (D. 39, 1,1, pr.), su cui v. le considerazioni di G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, in *SDHI*, VII, 1941, p. 313 ss.

di denaro, il giudice possa imporre la cauzione anche a carico del resistente, in alternativa alla concessione della misura⁷⁹. In questo modo, l'ambito di applicazione dell'art. 669-undecies verrebbe limitato alle sole controversie pecuniarie (non avrebbe molto senso imporre al resistente il versamento di una cauzione in alternativa alla concessione di un sequestro conservativo). Ancora una volta, sulla scorta delle *Rules*, siamo riusciti a pervenire ad una funzionalizzazione del dato normativo, maggiormente in linea con le esigenze di effettività dalla tutela cautelare.

5. Strumentalità piena e strumentalità attenuata: la (non troppo condivisibile) scelta dei redattori delle *Rules*

In omaggio alla tendenza imperante (ancorché non imposta) a livello europeo, ormai permeata anche nella nostra giurisprudenza di legittimità⁸⁰, le *Rules* riconoscono cittadinanza ai soli provvedimenti cautelari a strumentalità piena o strutturale⁸¹. Più di preciso, la *Rule* 188 sancisce che il ricorrente, ottenuto il provvedimento, è onerato di incardinare il giudizio di merito entro un termine perentorio, a pena di inefficacia della misura. Il termine per introdurre

⁷⁹ Altro è chiedersi come debba essere quantificata tale cauzione. In proposito, v. le osservazioni di G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, cit., p. 244, secondo cui il danno derivante dall'inibitoria è proporzionato alla durata del processo, mentre il costo del ripristino dell'opera illecitamente costruita dipende dal momento in cui è ordinato. Talché, l'ammontare della cauzioni dovrebbe essere modificabile durante il processo di merito, attraverso una clausola di adeguamento della stessa alla durata del processo o al costo della *restitutio in pristinum*. Secondo l'A. le cauzioni con clausola di adeguamento producono quindi un effetto acceleratorio, dal momento che il destinatario della misura ha interesse a sopportare un costo minore in caso di soccombenza. A nostro modo di vedere va però tenuta distinta l'ipotesi in cui la cauzione è posta a carico del ricorrente, da quella in cui è posta a carico del resistente in alternativa rispetto alla concessione della cautela: nel primo caso la clausola di adeguamento è appropriata, siccome il ricorrente è incentivato a promuovere il giudizio di merito per ottenere una pronuncia favorevole idonea alla cosa giudicata e il conseguente svincolo della cauzione; nel secondo caso, invece, attesa la tendenziale strumentalità attenuata dei provvedimenti inibitori, il ricorrente potrebbe avere interesse ad adottare una strategia dilatoria per lucrare il maggior importo della cauzione sostitutiva della cautelare richiesta. In questo caso, il resistente sarebbe sì incentivato ad instaurare il giudizio di merito, per evitare che la durata del processo torni a suo danno, ma l'incentivo acceleratorio finirebbe per porsi in contrasto con l'interesse di quest'ultimo ad un'approfondita attività istruttoria per accertare la liceità dell'opera intrapresa. Sicché, quando la cauzione è posta a carico del resistente in alternativa alla concessione del provvedimento cautelare, sembra più prudente determinarne l'ammontare in misura fissa, attraverso un'opera di *aestimatio* forfettaria che tenga conto della durata media del contenzioso rispetto alle posizioni di vantaggio implicate in quel singolo processo, sempre che non ci siano indici più affidabili (come per esempio nel contenzioso industrialistico potrebbe farsi riferimento agli utili tratti dal presunto *infringer* utilizzando l'altrui privativa in uno spazio di tempo coincidente con la durata media del contenzioso IP).

⁸⁰ Di recente Cass. 10 febbraio 2025, n. 3332 ha rimesso la seguente questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia: «[D]ica la Corte di giustizia se l'art. 9, paragrafo 5, della dir. 2004/48/CE del Parlamento e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, debba essere interpretato nel senso che osta alla previsione contenuta nella disposizione nazionale di cui all'art. art. 132, comma 4, c.p.i. – d.lgs. n. 30 del 2005 e successive modifiche – secondo cui la prescrizione dell'inefficacia del provvedimento cautelare in caso di mancato inizio del giudizio di merito entro un termine perentorio, contenuta nel comma 3 dello stesso art. 132 c.p.i., non si applica ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, potendo tuttavia, in tali casi, ciascuna delle parti iniziare il predetto giudizio di merito».

⁸¹ Su cui v. *supra*, in questa sezione, § 1.

il suddetto giudizio è fissato dal giudice; in mancanza, si applicherà quello defettorio di quattordici giorni che il giudice, su istanza del ricorrente, potrà sostituire con uno più lungo. Se il giudizio di merito non è iniziato entro il termine perentorio indicato, la misura diverrà inefficace, a meno che il giudice non provveda diversamente. In disparte questo ultimo (ed enigmatico) riferimento, le *Rules* non ammettono i provvedimenti cautelari anticipatori a strumentalità attenuata⁸². Al fondo di questa scelta sembra annidarsi un *bias* comunitario nei confronti dei provvedimenti cautelari anticipatori in materia industrialistica che però non appare meritevole di generalizzazione: i rapporti tra provvedimenti cautelari *ante causam* e giudizio di merito, in materia di proprietà industriale e intellettuale, sono regolati dall'art. 9, par. 5, della direttiva *enforcement* – il cui contenuto è sostanzialmente sovrapponibile all'art. 50, par. 6, dell'accordo TRIPs – che obbliga gli Stati membri ad assicurare «che le misure provvisorie di cui ai paragrafi 1 e 2 siano revocate o cessino comunque di essere efficaci⁸³, su richiesta del convenuto, se l'attore non promuove un'azione di merito dinanzi all'autorità giudiziaria competente entro un periodo ragionevole». Ancora prima dell'entrata in vigore della direttiva *enforcement*, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 50, par. 6, TRIPs del procedimento d'urgenza olandese (c.d. *kort geding*), ha ritenuto che il provvedimento inibitorio non conservasse efficacia in caso di mancata proposizione dell'azione di merito entro il termine perentorio imposto dall'accordo TRIPs⁸⁴. Nel

⁸² Ingenuamente M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 118, riconducono la necessaria strumentalità alla provvisorieta dei provvedimenti cautelari.

⁸³ Trattasi, più precisamente, dell'«ingiunzione interlocutoria volta a prevenire qualsiasi violazione imminente di un diritto di proprietà intellettuale», del «sequestro [...] dei prodotti sospettati di pregiudicare un diritto di proprietà intellettuale», nonché «del sequestro conservativo di beni mobili e immobili del presunto autore della violazione, compreso il blocco dei suoi conti bancari e di altri averi». In proposito si può notare da subito che la circostanza che nella traduzione italiana ufficiale del testo sia trasposto letteralmente il termine inglese «*interlocutory injunction*» non ha aiutato a chiarire che si alludeva all'inibitoria cautelare: l'improprietà lessicale sul punto riflette un problema che ha radici antiche, e che, come si vedrà nel prosieguo del testo, non cessa di sollevare questioni. Sull'origine dell'«*interlocutory injunction*» nella *Common law*, cfr. il classico studio di A. FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 43 ss., il quale, esclusa la derivazione dell'*injunction* dagli *interdicta* del diritto romano e dall'antico diritto sassone, ne rinviene l'origine nella giurisdizione delle Corti di *equity*, trattandosi di rimedio storicamente alternativo, siccome non accessibile *at law*, ispirato ad esigenze di giustizia e, per di più, *in personam*. Proprio in quel sistema giuridico si è sviluppata la distinzione fra «*interlocutory injunctions*» e «*final injunctions*» che rinveniamo nel nostro sistema agli artt. 131 e 124 c.p.i.: le prime hanno vocazione cautelare e producono i loro effetti fino alla definizione della controversia nel merito; le seconde, invece, hanno, almeno in teoria, efficacia illimitata nel tempo, ossia il loro limite temporale è condizionato dalla natura della violazione che sono destinate a vietare. Sicché può immaginarsi che la traduzione letterale rifletta la centralità dell'*injunction* inglese, la cui influenza sul nostro diritto positivo è tutt'altro che marginale; infatti, gli abrogati artt. 63 l.m. e 83 l.i., nella loro formulazione originaria, disciplinavano l'inibitoria provvisoria a tutela del marchio e delle invenzioni industriali, la quale, benché pronunciata con sentenza, era però revocabile «con la sentenza che pronuncia sul merito», donde la natura cautelare dell'istituto (v. in tal senso ancora A. FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 355 ss.; P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948, p. 523; nel senso che si trattasse di una mera analogia con i provvedimenti d'urgenza, senza che ciò implichi l'applicabilità della disciplina prevista per quest'ultimi, F. CARNELUTTI, *Provvedimenti d'urgenza in tema di invenzioni industriali. Casi clinici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, p. 78).

⁸⁴ Corte giust. 13 settembre 2001, *Schieving-Nijstad vof c. Robert Groeneveld*, in causa C-89/99.

ragionamento dei giudici del Lussemburgo, le garanzie difensive previste dalla legislazione olandese nell'ambito del *kort geding*⁸⁵ (contraddittorio tra le parti, impugnabilità del provvedimento, idoneità solo potenziale alla stabilità del provvedimento cautelare, possibilità di promuovere l'azione di merito) non sono sufficienti ad evitare la scure della disapplicazione per incompatibilità con la disciplina sovranazionale⁸⁶. Tale convincimento sembrerebbe suffragato dal tenore letterale dell'art. 50, par. 6, TRIPS, il quale disciplinerebbe «una procedura semplice per eliminare le misure provvisorie ingiustificate qualora non sia stato iniziato un procedimento di merito entro il termine prescritto», così da evitare un abuso dei mezzi di tutela della proprietà industriale che costituiscono un «deterrente contro ulteriori violazioni»⁸⁷. Pertanto, secondo la Corte di giustizia, l'obiettivo di salvaguardare la posizione del resistente impone che il provvedimento inibitorio emesso ad esito di cognizione sommaria non sia idoneo a produrre effetti tendenzialmente stabili, onerando di conseguenza il ricorrente interessato all'ultrattività della misura di instaurare tempestivamente il giudizio di merito.

Tale lettura, mutuata e generalizzata dalla *Rule 188*, desta più di qualche perplessità. Non pare infatti che la necessaria strumentalità del provvedimento cautelare rispetto all'instaurazione del giudizio di merito rappresenti un'imprescindibile misura di protezione del resistente, meritevole di generalizzazione anche al di fuori dall'*hortus conclusus* del contenzioso industrialistico⁸⁸. Infatti, il convenuto può attivarsi per rimuovere il provvedimento cautelare ingiusto attraverso il reclamo o instaurando il giudizio di merito, recuperando così le piene possibilità difensive. Inoltre, la definizione dei provvedimenti cautelari anticipatori come provvisori è sempre risultata insoddisfacente – e in un certo senso lo è ancor oggi rispetto ad

⁸⁵ Il quale condivide con il *référé-provision* francese l'assenza del carattere della strumentalità e che nella prassi tende a stabilizzarsi senza che le parti introducano la controversia sul merito. A differenza del *référé*, il *kort geding* mantiene però una funzione strettamente cautelare richiedendo l'allegazione e la prova dell'urgenza, non appagandosi della mera assenza di contestazione o della manifesta fondatezza della domanda. In generale sulla disciplina del procedimento di *kort geding*, cfr. C. HONORATI, *La cross prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Conv. Bruxelles*, in *Riv. dir. int. proc. priv.*, 1997, p. 301 ss., spec. 323 ss.

⁸⁶ Sulle analogie tra *kort geding* e provvedimenti cautelari anticipatori nel diritto italiano si rinvia a E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 274; EAD., *La stabilità dei provvedimenti cautelari in materia di proprietà intellettuale e industriale alla luce del d.lgs. 140/2006*, cit., p. 119.

⁸⁷ Cfr. ancora Corte giust. 13 settembre 2001, *Schieving-Nijstad vof c. Robert Groeneveld*, cit., § 42.

⁸⁸ Come osservato assai incisivamente da D. GRAZIANO, *Il regime di (in)stabilità delle misure cautelari a tutela della proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2018, p. 63 ss., spec. 71, secondo cui «[N]elle sentenze richiamate la Corte di giustizia ha ritenuto che la disciplina nazionale del *kort geding* dovesse leggersi in conformità con l'art. 50, par. 6, TRIPS, nel senso che il provvedimento inibitorio non potesse conservare efficacia in caso di mancata instaurazione dell'azione di merito [...]. La Corte di giustizia non pare aver attribuito rilievo alcuno alle garanzie difensive previste nell'ambito del *kort geding* [...] al fine di valutare la compatibilità del procedimento con l'accordo TRIPS. Sembrerebbe dunque che secondo la Corte di giustizia, per "salvaguardare" la posizione della parte convenuta, sia imprescindibile in base all'accordo TRIPS che il provvedimento emesso ad esito di cognizione sommaria sia non idoneo alla stabilità, spostandosi di conseguenza sull'attore – che abbia interesse a mantenere nel tempo le misure pronunciate in suo favore – l'onere di promuovere tempestivamente il giudizio di merito e fondare così queste ultime su una cognizione piena».

alcuni provvedimenti qualificati come tali dal legislatore⁸⁹ – proprio perché la concessione di una cautela e, in particolare, di un’inibitoria produce un’efficacia deflativa del contenzioso correlata alla riduzione del divario di aspettative delle parti circa l’esito dell’eventuale giudizio di merito⁹⁰: quanto più la motivazione del provvedimento cautelare veicola un apprezzabile grado di *fumus*, tanto più il soccombente è disincentivato ad instaurare il giudizio di merito. Mentre la regola che onera il ricorrente di iniziare il giudizio di merito a pena di inefficacia della misura non realizza un’allocazione ottimale degli incentivi, siccome quest’ultimo con l’ottenimento del provvedimento anticipatorio ha già soddisfatto il proprio interesse alla tutela⁹¹. In altri termini, l’instaurazione del giudizio di merito per il ricorrente vittorioso è un’inutile superfetazione e la regola che gli impone tale iniziativa è ai limiti della ragionevolezza, poiché implica un effetto inflativo del contenzioso foriero di porsi in contrasto con le esigenze di deflazione assicurate invece da una più naturale allocazione dell’incentivo in capo all’*infringer* soccombente, il quale s’arrischierà nel giudizio di merito nei soli casi in cui ritenga la valutazione del giudice della cautela manifestamente errata⁹². Si conferma quindi

⁸⁹ Si allude alla descrizione industrialistica, disciplinata dagli artt. 129 e 130 c.p.i., la quale, quantunque funzionale alla precostituzione della prova dell’illecito prima dell’instaurazione del giudizio di merito, all’evidente scopo di incentivare la composizione della lite in ragione della riduzione del divario di aspettative delle parti circa l’esito del giudizio al seguito dell’assunzione della prova, è però soggetta ad una tanto restrittiva, quanto irragionevole, disciplina. In particolare, le operazioni di descrizione devono essere completate entro il termine di trenta giorni dall’inizio delle operazioni. Tuttavia, è ragionevole ritenere che se il provvedimento non è eseguito entro tale termine, la perenzione del procedimento non implichi anche inutilizzabilità della prova assunta nel successivo giudizio di merito, la quale potrà valere per lo meno come argomento di prova e sarà dunque idonea a fondare *ex se* il giudizio sul fatto (nel senso dell’idoneità degli argomenti di prova a fondare anche in assenza di riscontri il giudizio di fatto, cfr. M. TARUFFO, *Considerazioni sulla prova per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2010, 1165 ss., poi in *Id.*, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, p. 227 ss., spec. 241, ove si sottolinea l’analogia strutturale tra l’argomento di prova e la presunzione semplice. L’idoneità dell’argomento di prova a fondare il giudizio sul fatto in assenza di ulteriori riscontri è la stessa delle presunzioni semplici: quanto più l’inferenza costruita sull’argomento di prova è grave e precisa, tanto più potrà essere posta anche da sola a fondamento della decisione in fatto). Pertanto, pur in assenza di un’espressa previsione di legge, la descrizione finisce per comportarsi proprio come un provvedimento cautelare ultrattivo, dal momento che la mancata instaurazione del processo di merito, la sua estinzione o la perenzione del procedimento cautelare non comportano la dispersione della prova intanto acquisita (cfr. A. GIUSSANI, *Diritto processuale civile delle imprese*, cit., p. 64; sul tema sia consentito un rinvio a G. DE CESARE, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, cit., p. 50 ss.).

⁹⁰ Nel senso che nel contenzioso industrialistico la tutela cautelare svolge una notevole «funzione deflativa del contenzioso attraverso la riduzione del divario di aspettative delle parti intorno all’esito del giudizio», cfr. A. GIUSSANI, *Diritto processuale civile delle imprese*, cit., p. 61.

⁹¹ Ha osservato in proposito A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p. 63 che «la regola dell’ultrattività fa razionalmente gravare l’onere della attivazione e coltivazione del giudizio di merito sulla parte risultata soccombente nel procedimento cautelare, anziché su quella vincitrice: se una modifica di tale regime è auspicabile, è casomai nel senso della estensione del regime della strumentalità attenuata [...] anche alle misure cautelari meramente conservative».

⁹² A tal proposito, è stato acutamente osservato da A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 242 che «[È] dall’esperienza comparata che il legislatore ha tratto l’idea di abbandonare la regola della strumentalità strutturale delle misure cautelari anticipatorie con la l. n. 80 del 14.5.2005: si è compreso come il procedimento cautelare, resosi di fatto disponibile per una gamma amplissima di situazioni proprio per effetto del progressivo rallentamento dei tempi medi della cognizione piena (determinativo di un più agevole soddisfacimento del requisito del *periculum in mora*), veniva ormai trattato

che l'inefficacia della misura anticipatoria dipendente dall'intempestiva instaurazione del giudizio di merito avrebbe il solo effetto di indurre il ricorrente a promuovere un nuovo giudizio cautelare, non potendosi certo applicare il regime preclusivo di cui all'art. 669 *septies* c.p.c. in caso di sopravvenuta inefficacia⁹³, oppure un giudizio di merito per ottenere non solo l'inibizione delle condotte illecite, ai sensi dell'art. 124 c.p.i., ma anche il risarcimento del danno, con conseguente effetto inflativo del contenzioso. Sembrerebbe, dunque, che il sistema voluto da Lussemburgo (e mutuato dalle *Rules*) pregiudichi le esigenze di efficientamento nell'amministrazione della giustizia e che, dunque, sia incompatibile con l'imperativo ritraibile dall'art. 111 Cost.

Tuttavia, i redattori delle *Rules* sono andati proprio in questa opinabile direzione, salvo accordare al giudice un potere discrezionale di evitare la perenzione della misura quando non sia stato tempestivamente instaurato il giudizio di merito, ai sensi della *Rule* 188 (2). Dovendosi escludere che il giudice possa stabilire a suo piacimento se la misura sia ultrattiva o meno, la norma potrebbe forse intendersi come un'allusione al sistema tedesco: il § 926 Z.P.O. onera il soccombente in sede cautelare di depositare una nota difensiva e di domandare la fissazione di un termine al ricorrente per l'introduzione del giudizio di merito a pena di inefficacia della misura. In questo modo si inverte l'onere dell'iniziativa di promuovere il giudizio di merito, consentendo la conservazione degli effetti del provvedimento cautelare con vocazione ultrattiva fino a che il soccombente non si attivi compiendo l'atto di impulso propedeutico all'imposizione dell'onere in capo al ricorrente vittorioso di instaurare il giudizio di merito, a pena di perenzione della misura. Trattasi di soluzione tutt'altro che eversiva, in linea con l'ampia discrezionalità che la *Rule* 188 (2) riconosce al giudice e che meriterebbe di essere presa in considerazione anche in Italia per salvare dalle scure della disapplicazione, per contrasto con l'art. 9, par. 5, della direttiva *enforcement*, l'inibitoria industrialistica a strumentalità attenuata da cui ha preso le mosse il nostro ragionamento.

6. L'impugnabilità del provvedimento cautelare secondo le *Rules*

Il riferimento della *Rules* 189 all'impugnabilità di delle decisioni «*that grant, deny, modify, suspend or terminate provisional or protective measures are subject to appeal*» veicola il

con tale approfondimento da imporre che l'onere di coltivare ulteriormente la lite dovesse gravare sulla parte uscitane soccombente. Il potenziale effetto deflativo dell'ultrattività della cautela è apprezzabilissimo, perché è idoneo a massimizzare la percentuale di conflitti risolti in base alla legge sostanziale a parità di risorse giurisdizionali impiegate: nei termini sopra delineati, costituisce economia processuale, e non avarizia. Sembra però indispensabile che sul fronte ordinamentale i provvedimenti di accoglimento o rigetto *ante causam*, resi nel contraddittorio delle parti su istanze dirette a conseguire misure cautelari ultrattive, vadano allora pienamente equiparati alle sentenze ai fini delle valutazioni di produttività dei magistrati: così come si incoraggia la parte vincitrice in sede cautelare ad accontentarsi del provvedimento sommario senza insistere affinché si formi la cosa giudicata, si deve incoraggiare il magistrato a incoraggiarla, senza pretendere che destini le sue risorse decisorie in via privilegiata alle sentenze».

(⁹³) S. RECCHIONI, *ult. op. cit.*, p. 607 ss.

convincimento secondo cui tutti i provvedimenti, ancorché di diniego, che decidono su istanze volte ad ottenere la concessione di misure che assolvono alle funzioni indicate nella *Rule* 184 siano impugnabili. È però lecito interrogarsi sull'impugnabilità dei provvedimenti che consentono l'assunzione anticipata della prova. L'ordinamento italiano conosce la sola reclamabilità dei provvedimenti di rigetto dell'istanza di assunzione preventiva della prova: trattasi dell'esito cui è giunta Corte costituzionale 7 giugno 2008, n. 144, la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 695 c.p.c. nella parte in cui non ammetteva la reclamabilità, *ex art. 669-terdecies* c.p.c., dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione del mezzo di prova in via preventiva di cui all'art. 695 c.p.c.⁹⁴. Ad oggi dunque non sarebbe reclamabile l'ordinanza di accoglimento pronunciata ai sensi dell'art. 695 c.p.c. Tale soluzione finisce però per creare una disparità di trattamento tra colui che chiede la tutela cautelare preventiva e colui che la subisce, nell'erroneo convincimento che quest'ultimo non sarebbe pregiudicato in modo definitivo dall'accoglimento della domanda di istruzione preventiva, dal momento che ogni determinazione in merito all'ammissibilità e alla rilevanza della prova assunta prima del processo è rimessa al giudice di merito, ai sensi dell'art. 698, comma 2, c.p.c.⁹⁵. Al di là dell'aporia di carattere sistematico implicata dall'impostazione della giurisprudenza costituzionale, considerato che nessuno dubita della reclamabilità dell'ordinanza che autorizza

⁹⁴ Cfr. Corte cost. 7 giugno 2008, n. 144, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1071 ss., con nota di A.A. ROMANO, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*; in *Giur. it.*, 2008, p. 2255 ss., con nota critica di C. DELLE DONNE, *La Consulta ammette il reclamo contro i provvedimenti di diniego dell'istruzione preventiva ma non contro quelli di accoglimento: è vera parità delle armi?*; in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 247 ss., con nota di F. FERRARI, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva* e di P. LICCI, *Istruzione preventiva e reclamo: una soluzione che ancora non convince*; in *Foro it.*, 2009, p. 2634 ss., con nota editoriale di M. ADORNO.

⁹⁵ Tant'è che sporadicamente la giurisprudenza ammette il reclamo contro i provvedimenti che autorizzano l'assunzione anticipata della prova: così Trib. Torino 1° luglio 2021, n. 3351; v. anche Trib. Bari 6 luglio, 2017, ord., consultabile all'indirizzo: www.eclegal.it, 26 settembre 2017, con nota critica di M. ADORNO, *La reclamabilità del provvedimento che accorda la descrizione di cui all'art. 129 del codice della proprietà industriale*, ha ammesso il reclamo contro il provvedimento di autorizzazione alla descrizione industrialistica, valorizzando l'art. 129, comma 4, c.p.i., ossia qualificando la descrizione in guisa di provvedimento cautelare *tout court*, donde l'applicazione delle regole sul procedimento cautelare uniforme e la conseguente possibilità di reclamo. Senonché la giurisprudenza di merito appare orientata in senso prevalentemente contrario: v., per es., Trib. Bologna 8 febbraio 2008, in *Foro it.*, e in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 83 ss., con nota di G. SENA, *Note sul procedimento di descrizione*; Trib. Milano 30 agosto 2011, *ivi*, 2011, II, p. 267 ss., con nota di S. GIUDICI, *Questioni processualistiche relative al procedimento di descrizione*; e, in materia di diritto d'autore, cfr. Trib. Roma 2 marzo 2015, *ivi*, 2015, II, p. 296 ss., con nota di M. BARBIERI, *La procedura applicabile al provvedimento di descrizione nel diritto d'autore: istruzione preventiva o cautelare uniforme?*; in dottrina, per l'inammissibilità del reclamo, v. M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, Milano, 2009, p. 332 ss.; e così anche A. VANZETTI-V. DI CATALDO-M.S. SPOLIDORO, *Manuale di diritto industriale*¹⁰, Milano, 2025, p. 562. In passato abbiamo però sostenuto la tesi dell'ammissibilità del reclamo, attesa l'irragionevolezza di questa preclusione, dal momento che l'ordinanza di accoglimento del sequestro di prove, *ex art. 670 n. 2) c.p.c.*, è pacificamente reclamabile, mentre se la descrizione è già stata eseguita dovrebbe addivenirsi ad una pronuncia di inammissibilità, dal momento che l'eventuale accoglimento non osterebbe alla deducibilità della prova della (a questo punto presunta) contraffazione nel giudizio di merito, la cui idoneità probatoria risulterebbe però drasticamente ridotta (in argomento, v. G. DE CESARE, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, cit., p. 41, nota 19).

il sequestro giudiziario di prove, ex art. 670 n. 2) c.p.c.⁹⁶, merita osservare in questa sede che l'assunzione della prova *ante causam* può realisticamente ridurre il divario di aspettative delle parti intorno all'esito del giudizio, incidendo sensibilmente sul potere negoziale delle stesse. Pertanto, in assenza di indici di segno contrario, la *Rule* 189 (2) andrebbe intesa nel senso per cui sarebbero impugnabili anche i provvedimenti che dispongono l'istruzione preventiva, auspicandosi l'estensione di tale soluzione al nostro ordinamento, per le ragioni che si è cercato di mettere in evidenza.

Altrettanto spinosa è la questione del rapporto tra i provvedimenti di revoca o modifica del provvedimento cautelare e il mezzo di riesame del reclamo⁹⁷. Stando all'ampia formulazione della *Rule* 189 (2) dovrebbe ammettersene la reclamabilità, anche rispetto ai provvedimenti di rigetto dell'istanza di revoca o modifica⁹⁸: non sembra infatti casuale il riferimento all'esercizio del potere di diniego («*decisions that [...] deny provisional or protective measures are subject to appeal*»), salvo però poter ipotizzare che il rigetto dell'istanza di revoca o modifica del provvedimento cautelare non costituisca esercizio del relativo potere.

Deve invece negarsi la reclamabilità del decreto emesso *inaudita altera parte*, all'esito della *without notice procedure*: in tale ipotesi il controllo del provvedimento avviene all'udienza nel contraddittorio delle parti, all'esito della quale, il giudice conferma, modifica o revoca i suddetti provvedimenti, secondo quanto previsto dalla *Rule* 186 (2), salva forse l'ipotesi in cui nel pronunciare il provvedimento *inaudita altera parte*, questi ometta di fissare l'udienza di comparizione delle parti dinanzi a sé entro un termine ragionevole, così impedendone il successivo controllo nel contraddittorio tra le parti⁹⁹.

Infine, non sembrano esserci dubbi circa l'estensione dell'ambito oggettivo del reclamo ai provvedimenti in tema di cauzione. Attesa la funzione di "controcautela" della cauzione, la

⁹⁶ Così autorevolmente F. CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Foro it.*, 1996, 1, p. 2771 ss., spec. 2776. Nel senso della reclamabilità dell'ordinanza di accoglimento, v. L. SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, cit., p. 812 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., p. 280 ss.; ma v. *contra* L. MONTESANO, *Sul reclamo contro il rifiuto di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 102 ss.; nonché F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, p. 239 ss.

⁹⁷ Nel nostro ordinamento tende a prevalere la soluzione della reclamabilità dei provvedimenti di revoca o modifica, secondo quanto ritraibile da Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, cit., ma non di quelli di diniego della relativa istanza (cfr., per ampiezza espositiva, Trib. Messina 29 novembre 2005, ord., in *Giur. mer.*, 2007, p. 377 ss.: «[L']ordinanza di rigetto dell'istanza cautelare di revoca non è reclamabile posto che tale provvedimento (diversamente da quello di accoglimento dell'istanza, che cioè disponga la revoca o la modifica della precedente cautela) nulla aggiunge alla situazione preesistente e non comporta un esercizio del potere cautelare del giudice del merito che possa considerarsi effettivamente nuovo e diverso rispetto a quello già esplicitatosi con la pronuncia del provvedimento originario; diversamente si finirebbe con il consentire una costante e reiterata reclamabilità dell'ordinanza cautelare di cui si chiede la revoca, con la possibilità anche di eludere le preclusioni poste dall'art. 669 *terdecies* c.p.c.»; Trib. Milano 29 agosto 2002, ord., in *Giur. it.*, 2003, p. 2087; Trib. Torino 29 marzo 1995, ord., in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 907).

⁹⁸ Per questa impostazione, v. condivisibilmente S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 813 ss.

⁹⁹ Trattasi di soluzione ragionevolmente sostenuta dalla nostra giurisprudenza di merito: v., per es., Tribunale Torino 28 aprile 2010, ord.

stretta interdipendenza tra misura cautelare e provvedimento impositivo di cauzione implicherebbe che deve essere consentito il reclamo nei limiti in cui è consentito contro il provvedimento sostituito dalla cauzione o cui essa accede¹⁰⁰.

7. La responsabilità del ricorrente vittorioso per l'attuazione (o per la mera concessione) della misura cautelare poi caducata

Le *Rules* si preoccupano anche di responsabilizzare l'istante che abbia ottenuto la concessione di una misura cautelare; infatti, se tale misura viene caducata o diviene inefficace, a causa dell'intempestiva instaurazione del giudizio di merito, il ricorrente è obbligato a risarcire al destinatario della misura il danno «*caused by the measure*¹⁰¹». È questo il disposto della *Rule* 190 (1), la quale trova un diretto ascendente nel Principle 8 (3) degli ALI/ Unidroit Principle¹⁰² e nell'art. 17 UNCITRAL Model Law¹⁰³. Se si guarda invece alla *hard law*, la *Rule* sembra riproporre il dettato degli artt. 50, par. 7, TRIPs e 9, par. 7, della direttiva *enforcement*¹⁰⁴. Tuttavia, anche in questo caso, non sembra opportuna una generalizzazione di quanto comunitariamente imposto solo in materia di proprietà industriale: in quel particolare settore del contenzioso, la previsione di una responsabilità da attuazione imprudente delle misure cautelari, oltre a produrre un notevole effetto di deterrenza delle iniziative manifestamente infondate (ma non per questo innocue, in ragione degli effetti collaterali che il titolare della privativa e i terzi subiscono a causa della mera pendenza della lite), ha il pregio di bilanciare il fondamentale principio dell'iniziativa economica individuale con le ragioni del destinatario della misura, senza che tale regola comporti effetti di sovradeterrenza¹⁰⁵. Nel contenzioso comune, invece, una regola costruita sul calco della *Rule* 190 (1) rischia di produrre effetti di sovradeterrenza, atteso che la responsabilità del ricorrente vittorioso può sorgere anche in virtù del mero ottenimento della misura, purché il destinatario abbia subito un danno a causa della stessa, siccome la *Rule* non ne richiede l'attuazione (si pensi al caso della sopravvenuta inefficacia di un'inibitoria cautelare che abbia recato un danno di immagine al suo

¹⁰⁰ In tal senso, v. C. CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, p. 159; nonché F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 231 ss.

¹⁰¹ La regola racchiusa nella *Rule* 190 è stata particolarmente apprezzata da M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 121.

¹⁰² Ove si legge che «[A]n applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation.».

¹⁰³ Secondo cui «[T]he party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.».

¹⁰⁴ Su cui v. A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e cultura della riforma*, cit., p. 126.

¹⁰⁵ Peraltro, la *Rule* 190 (2) prevede la responsabilità dell'istante che ha ottenuto la misura per i danni cagionati ai terzi.

destinatario). Benché sia apprezzabile il tentativo di non trasferire in capo al destinatario della misura il rischio della «*provisional justice*», sarebbe stato più opportuno subordinare la responsabilità per mera imprudenza all'esecuzione di una misura cautelare a tutela di un diritto inesistente, non diversamente da quanto previsto dal nostro art. 96 c.p.c. Per una sorta di eterogenesi dei fini, una regola di "responsabilizzazione", quale quella prevista dalla *Rule* 190 (1), tesa ad incentivare la proposizione di istanze non manifestamente infondate, rischia di tradursi in un ostacolo di fatto nell'accesso alla giustizia, poiché il ricorrente, prima di arrischiarsi a *domandare* la misura, dovrà ponderare accuratamente anche la fondatezza della propria pretesa nel merito, mentre, come abbiamo già messo in evidenza, una delle funzioni complementari che modernamente si suole attribuire alla tutela cautelare è proprio quella di ridurre le asimmetrie informative tra le parti intorno all'esito del giudizio. Per converso, la possibilità di imporre una penalità di mora per l'inosservanza del provvedimento cautelare, sancita dalla *Rule* 191, attraverso il rinvio alla disposizione di carattere generale di cui alla *Rule* 27¹⁰⁶, garantisce l'effettività della tutela cautelare, al pari di quanto previsto, dalla nostra giurisprudenza, sulla base di un'interpretazione funzionale dell'art. 614-*bis* c.p.c.¹⁰⁷.

SEZIONE II – PARTE SPECIALE (RULES 192-201)

1. *Fumus o fumi? Periculum o pericula?* La scelta "tipizzante" dei redattori delle *Rules*

Conclusa l'analisi dei principi e delle regole applicabili a tutti procedimenti cautelari, può ora passarsi alle singole misure disciplinate dalle *Rules*. Appurato che anche le *Rules* riconoscono un potere cautelare generale ed atipico in capo al giudice¹⁰⁸, ciò che colpisce lo studioso italiano è la scelta di prevedere un diverso grado di *fumus* e di *periculum* per ogni misura cautelare, come si evince dalle *Rules* 193, 197, 199 e 201. Invero, tale scelta può ritenersi priva di conseguenze sul piano pratico, dal momento che il comune atteggiamento delle Corti, in assenza di disposizioni che tipizzino il *fumus* e il *periculum*, è quello di costruire una "legalità giurisprudenziale" negli interstizi della legislazione, attraverso l'imposizione di standard pretori, diretta attuazione del principio di eguaglianza in senso sostanziale¹⁰⁹. La questione sembra dunque essere un'altra: una parte generale che non disciplina requisiti comuni a tutte le misure cautelari, preferendo tipizzarli per ognuna di esse, lascia inevitabilmente prive di regolamentazione le misure atipiche. In proposito, è stato osservato da De Benito: «[W]hat do

¹⁰⁶ Su cui v. l'analisi di R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, cit., p. 457 ss.

¹⁰⁷ Per una ricognizione del problema, sia sufficiente un rinvio a V. CAPASSO, *Sull'ambito applicativo dell'art. 614 bis c.p.c. novellato*, in *DPCleC*, p. 1066 ss., spec. 1070 ss, ed ivi per maggiori ragguagli bibliografici.

¹⁰⁸ V. *supra*, sezione I, § 1.

¹⁰⁹ Nello stesso senso, v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 128 ss.

*we do when we are faced with a request for one of these measures? Do we apply a kind of induction of the requirements common to the other four, as we have just outlined regarding fumus and periculum? Wouldn't that betray the idea of including specific requirements? On the other hand, as I said, isn't a certain measure of periculum inherent in precautionary measures, whatever form they take, and should therefore always be required, even if it is not expressly stated?*¹¹⁰». Ipotizzando che lacuna normativa sia volontaria si arriverebbe all'assurdo per cui *fumus* e *periculum* non sarebbero richiesti rispetto alle misure innominate, quando invece l'esigenza di maggior tutela del destinatario imporrebbe altresì uno scrutinio più incisivo sulle esigenze cautelari, come dimostrato dalla disciplina dettata dall'art. 700 c.p.c. Non sembra però possibile ricorrere all'analogia¹¹¹: il sistema delle *Rules*, ammettendo la concessione di misure cautelari atipiche, sembra sottintendere che l'istante debba anche provare l'inidoneità di quelle tipiche a tutelare il diritto vantato rispetto a quello specifico *periculum*. In altri termini, l'astratto riconoscimento dell'atipicità della tutela cautelare postula che possa farsi ricorso a quest'ultima in via residuale: non dunque sembra troppo facile arguire che i presupposti delle misure atipiche debbano essere mutuati da quelle tipiche senza disapplicare il requisito implicito della sussidiarietà delle prime rispetto alle seconde¹¹².

2. Il sistema di Asset Preservation

La *Rule* 192 si ispira all'articolo 17 (2), lett. (c), della UNCITRAL Model Law¹¹³. Le *Rules* 192, lett. (a) e (b), coprono ambiti di applicazione diversi: la lett. a) racchiude tanto il sequestro conservativo, quanto quello giudiziario¹¹⁴. Per converso, la lett. b) disciplina un provvedimento di carattere inibitorio, finalizzato ad ottenere dal giudice un ordine che vieti all'attinto di disporre dei propri beni. La lett. b) disciplina invece un provvedimento *in personam*, non

¹¹⁰ *IBIDEM*, p. 128.

¹¹¹ Ma v. in senso contrario ancora M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 128.

¹¹² Di recente il tema della residualità del provvedimento cautelare atipico è stato affrontato da A. CARISSIMO, *Riflessioni sull'art. 700 c.p.c., (anche) alla luce della riforma Cartabia*, in *DPCleC*, 2026, p. 716 ss., spec. 721 ss., secondo cui la tutela d'urgenza oggi è chiamata a coprire l'area dei bisogni cautelari che le misure tipiche non riescono a soddisfare in modo adeguato, sia nei casi in cui tali misure manchino, sia nelle ipotesi in cui, pur esistendo, non siano in grado di neutralizzare il pregiudizio nei tempi o con il contenuto richiesti dal caso concreto.

¹¹³ Di cui si riporta il testo per comodità del lettore: «[A]n interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: [...] (c) [P]rovide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied.».

¹¹⁴ La letteratura in materia di sequestri è vastissima. Sia sufficiente ai nostri fini un rinvio a C. FERRI, voce *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 460; E.T. LIEBMAN, *Unità del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 248; R. CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 2000.

pienamente assimilabile al sequestro¹¹⁵: il giudice può vietare atti di disposizione di taluni beni a favore di un soggetto determinato a prescindere dall'esistenza di una controversia circa la proprietà degli stessi¹¹⁶; oppure potrebbe comminare un'inibitoria *in personam* in senso stretto¹¹⁷, con l'implicazione che l'eventuale atto di disposizione dovrebbe essere opponibile al ricorrente vittorioso, integrando esclusivamente gli estremi di un fatto illecito risarcibile¹¹⁸. Entrambe le tipologie di «*asset preservation measures*» sono finalizzate alla conservazione dei beni dell'attinto, al fine di tutelare la pretesa fatta valere dal ricorrente nel procedimento di merito. Con l'implicazione per cui, in applicazione della *Rule* 188 (2), il provvedimento perde efficacia qualora il ricorrente non introduca tempestivamente il giudizio di merito, trattandosi di misure caratterizzate da un forte nesso di strumentalità. Nella *Rule* 192 figura inoltre l'espressione «*a claim*»: l'utilizzo dell'articolo indeterminativo dovrebbe suggerire che un provvedimento di conservazione dei beni può essere adottato a tutela di qualsiasi tipologia di domanda, sia quelle di natura pecuniaria, che quelle aventi ad oggetto specifici beni. I provvedimenti di custodia, previsti dalla *Rule* 192, lett. (c), rientrano anch'essi nell'ambito delle misure di conservazione dei beni. Sono stati topograficamente collocati nella *sedes materiae* dedicata all'*asset preservation* in ragione dell'approccio funzionale adottato dalle *Rules*. Tali provvedimenti, analogamente ai sequestri e alle inibitorie sui beni, possono essere legittimamente e ampiamente intesi come comprensivi delle misure di custodia, conservazione e messa in sicurezza di qualsiasi tipo di bene, sia esso materiale, immateriale o elettronico. Il termine «*custodian*» è utilizzato proprio per designare qualsiasi soggetto terzo (sia esso un ausiliario dell'autorità giudiziaria o altro soggetto) che possa essere autorizzato o incaricato dal giudice a dare esecuzione al provvedimento nel luogo in cui i beni rilevanti devono essere custoditi in sicurezza, non diversamente da quanto previsto dal nostro art. 676 c.p.c. Occorre inoltre rilevare che la formulazione generale della *Rule* 192 lett. (c) sembra idonea a ricomprendere anche beni immateriali, quali *electronic data*, *passwords* (al fine di prevenirne la modifica), metadati e altre informazioni analoghe. Dal tenore letterale della suddetta disposizione sembra poi potersi ricavare l'ammissibilità del sequestro liberatorio, attraverso il quale il debitore può evitare le conseguenze della *mora*

¹¹⁵ Peraltro, la tecnica dei provvedimenti *in personam* non è del tutto estranea al diritto europeo armonizzato, come confermato dall'art. 14, par. 5, lett. c) del Regolamento UE 655/2014 in tema di sequestro transfrontaliero sui conti bancari, su cui v. M. PACILLI, *Il sequestro conservativo europeo su conti bancari*, in *Regole europee e giustizia civile*, cit., p. 292.

¹¹⁶ Per la dimostrazione che il sequestro giudiziario assolve anche alla funzione di prevenire il pericolo di alienazioni, v. R. CAPONI, *ult. op. cit.*, p. 157 ss., spec. 172, pur in assenza di un'espressa previsione normativa a proposito della trascrivibilità del sequestro. È contrario ad un'estensione analogica dell'art. 2645 c.c. al sequestro giudiziario, F. CORSINI, *Sequestro giudiziario di beni, trascrizione, possesso di buona fede ed art. 111 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 884 ss.

¹¹⁷ Alla quale peraltro si suole ricondurre la nascita della giurisdizione di Equity nel sistema processuale inglese (v., per es., R.J. SHARPE, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 1992, § 4-2, ove si legge che «*denial of an injunction would constitute a denial of an attribute of ownership*»; a proposito dell'aforisma per cui «*equity acts in personam*» e le sue implicazioni, si rinvia a W.W. COOK, *The Powers of Courts of Equity*, in 15 *Columbia Law Review*, 1915, p. 867 ss.).

¹¹⁸ Così ancora M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 121.

*debendi*¹¹⁹. Viene però da chiedersi se le *Rules* ammettano anche il c.d. sequestro liberatorio “difensivo”¹²⁰. Trattasi di istituto geminato nella prassi forense, al servizio del debitore intenzionato a chiedere il sequestro dei suoi averi per cautelarsi dal rischio di infruttuosità di future azioni restitutorie. Di regola il sequestro liberatorio mira a proteggere la sfera giuridica del debitore intenzionato ad adempiere nonostante il rifiuto del creditore, il quale reputa l’adempimento non dovuto, prematuro, tardivo, parziale o ancora inesatto. In altri termini, l’istituto, presupponendo l’acquiescenza del debitore rispetto all’esistenza della pretesa creditoria, non può essere strumentale alla successiva instaurazione di un giudizio di merito di accertamento negativo del diritto del creditore già azionato; benché l’interesse a prevenire un eventuale giudizio di ripetizione appaia in astratto meritevole di tutela, l’utilità dell’accantonamento di somme o cose finisce in questo caso per risultare condizionata non già all’accoglimento della domanda di accertamento negativo, quanto paradossalmente al suo rigetto, pur avendo il debitore negato l’esistenza dell’altrui pretesa. Ma anche a voler tacere le criticità legate alla strumentalità di tale misura, è lo scopo cui è preordinato il c.d. sequestro liberatorio difensivo ad apparire immeritevole di tutela: con la richiesta di tale misura, il debitore mira in realtà ad ottenere una forma “ottriata” di segregazione patrimoniale dei propri beni, ossia inattuabile *ope iudicis*. In proposito, è stato efficacemente notato che l’ordinanza di sequestro liberatorio difensivo «finisce per lambire i contorni di una *antisuit injunction*, volta a sottrarre al pignoramento, al di fuori da ogni previsione di legge, i beni discrezionalmente individuati dal debitore¹²¹». Tutto ciò premesso, la successiva *Rule 193* – rubricata: *Criteria for Awarding Asset Preservation* – veicola il convincimento secondo cui nel sistema delle *Rules* non vi sia spazio per il sequestro liberatorio difensivo. Non sembra ostativo alla concessione della misura il presupposto di cui alla lett. a), secondo cui il ricorrente deve dimostrare che la sua pretesa «*has a good chance of succeeding on its substantive merits*»: infatti sarebbe sufficiente dimostrare che l’azione di accertamento negativo del credito appaia *prima facie* fondata. Sono i profili attinenti al *periculum* che inducono invece a ritenere inammissibile la domanda di un sequestro conservativo “difensivo”, dal momento che la lett. b) sancisce che «*without such an order, enforcement of a final judgment against the respondent will be impossible or exceedingly difficult*». Il sequestro conservativo “difensivo” non intende realmente prevenire il pericolo di infruttuosità dell’esecuzione forzata, siccome la sua funzione, come già messo in evidenza, è di segregazione dell’asset patrimoniale per

¹¹⁹ Sulla natura cautelare del sequestro liberatorio, v. G. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in *Il processo cautelare*, cit., p. 93; nonché, più di recente, M. STELLA, *Sequestro liberatorio e azione di accertamento negativo*, in *Giur. it.*, 2025, p. 800 ss.

¹²⁰ Per l’ammissibilità di tale figura, v. M. FORNACIARI, *Spunti per un inquadramento del sequestro ex art. 687 c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1723 ss., spec. 1729; E. REDENTI, *Diritto processuale civile* (a cura di M. VELLANI), Milano, 2011, p. 627; P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*⁶, Bologna, 2023, p. 743.

¹²¹ Così, condivisibilmente, M. STELLA, *Sequestro liberatorio e azione di accertamento negativo*, cit., p. 802.

renderlo inattaccabile da altri creditori, in violazione della regola generale secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore devono avere una fonte legale, per non compromettere la *par condicio creditorum*. A più forte ragione, milita contro l'ammissibilità di tale forma di sequestro il principio di proporzionalità per come sagomato dalla *Rule* 185 (2): non sembra infatti che il sacrificio del diritto degli altri creditori a procedere all'espropriazione dell'*asset* segregato per tutta la pendenza del giudizio di merito sia proporzionato all'interesse del debitore ad evitare un eventuale giudizio di ripetizione.

3. Le misure regolatorie

La *Rule* 196 accorda al giudice il potere di regolare provvisoriamente il rapporto tra le parti, purché la pretesa azionata non abbia ad oggetto una somma di denaro: si tratta di provvedimenti di carattere anticipatorio che possono consistere o nell'imposizione di un obbligo di fare o di non fare. Nella relazione di accompagnamento alle *Rules*, si legge che le *regulatory measures* coprono un'ampia casistica che va dall'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto¹²², all'inibitoria cautelare in materia di proprietà industriale o di concorrenza sleale.

¹²² Nel senso che il provvedimento d'urgenza non potrebbe anticipare gli effetti di una sentenza costitutiva, cfr. Trib. Torino 21 luglio 2003: «[I]l ricorso al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al fine di far dichiarare la parte obbligata a concludere un contratto ai sensi dell'art. 2932 c.c. non è ammissibile per la natura strumentale ed anticipatoria del provvedimento stesso. Ed invero, il provvedimento d'urgenza mira alla provvisoria realizzazione di una situazione giuridica perfetta preesistente rispetto alla pronuncia del giudice, con la naturale conseguenza che le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in quanto lo stesso provvedimento produrrebbe la costituzione del rapporto giuridico che invece spetta alla sentenza di merito». Per converso, in alcuni settori del contenzioso, come quello industrialistico, la dottrina e la prassi hanno finito per ammettere il c.d. cautelare dichiarativo. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario circa l'ammissibilità della figura, v. A tal proposito, è stato affermato da A. FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 885 ss., spec. 908 che attraverso il provvedimento d'urgenza dichiarativo sarebbe possibile «evitare o limitare il prodursi di danni, essenzialmente di natura non patrimoniale e direttamente connessi con il perdurare della situazione di obiettiva incertezza del diritto azionato, per i quali dovesse risultare impossibile o particolarmente difficile la reintegrazione per equivalente». La dottrina tradizionale era assolutamente contraria alla configurabilità della tutela cautelare atipica di mero accertamento, in ragione dell'incompatibilità, funzionale e strutturale, fra la tutela cautelare e quella di mero accertamento (cfr., per esempio, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1949, p. 246, secondo cui i provvedimenti cautelari d'urgenza, «per ottenere lo scopo, devono essere suscettibili di esecuzione forzata»; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1965, p. 270. Ancora oggi vi sono delle voci isolate che ne predicano l'inammissibilità, valorizzando l'inettitudine del provvedimento cautelare a produrre l'effetto di accertamento del rapporto: v. C. CARIGLIA, *Quale spazio per la tutela cautelare atipica di mero accertamento?* in *Le Società*, 2012, p. 1229 ss., spec. 1238, secondo cui l'efficacia di tale provvedimento sarebbe meramente dissuasiva e «metagiuridica», assumendo piuttosto le fogge di un "parere", benché ciò non ne escluda la vincolatività e l'importanza sul piano strategico, siccome pronunciato da colui che sarebbe giudice del merito). La posizione della dottrina tradizionale è stata profondamente rimeditata, coerentemente con la centralità attribuita alla tutela cautelare d'urgenza nel sistema: sull'ammissibilità di un provvedimento d'urgenza funzionale alla rimozione dello stato di incertezza circa la legittimità di una propria condotta o della liceità di un negozio, cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, IV, Napoli, 1964, p. 259 ss.; C. CALVOSA, *Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, 1970, p. 781 ss.; A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 592 ss., spec. 615-616; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*², Jovene, Napoli, 1955, 66; F.

Tale esemplificazione non sembra però del tutto coerente con i principi ritraibili dalla parte generale. L'idea per cui il giudice disponga di un generale potere inibitorio si evince indubbiamente dalla *Rule* 184 lett. d); tuttavia, che il provvedimento cautelare a strumentalità piena possa addirittura anticipare gli effetti dell'accoglimento di un'azione costitutiva non necessaria, appare forse eccessivo. Infatti, se la misura è stata eseguita, ossia il contratto è stato concluso, e successivamente la misura cautelare viene dichiarata inefficace, vuoi per mancata instaurazione del giudizio di merito, vuoi per altra causa, le parti dovranno affrontare il conseguente giudizio restitutorio. Pertanto, ragioni di coerenza sistematica inducono a non prendere troppo sul serio l'esemplificazione dei *Conditores*, potendosi almeno dubitare della compatibilità delle misure anticipatorie di effetti costitutivi con un sistema che non impone l'instaurazione del giudizio di merito a pena di perenzione.

Passando invece ai presupposti che devono sussistere affinché il giudice possa concedere una *regulatory measure*, la *Rule* 197 indica due condizioni cumulative che devono essere provate dal ricorrente: a) l'apparenza di fondatezza della propria domanda, a più forte ragione quando l'attuazione del provvedimento possa essere foriera di un pregiudizio irreparabile per il resistente; b) la necessità della misura per regolare temporaneamente, ossia in attesa che il giudice pronunzi sul merito, il rapporto fra le parti. La condizione *sub b)* indizia nel senso della sussidiarietà delle *regulatory measures*; e non potrebbe essere altrimenti, dal momento che il contenuto è talmente indeterminato da rasentare i contorni di una misura atipicità, donde l'applicazione della medesima disciplina.

4. Le misure di istruzione preventiva

Le *Rules* 198 e 199 si occupano della conservazione delle prove. Degna di nota è la previsione per cui, se la misura richiede l'accesso ai beni di una parte o di un terzo, l'istante non solo deve provare che l'assunzione anticipata della prova si rende necessaria per evitare il rischio della sua futura indisponibilità, ma anche che sussistono elementi sufficienti a dimostrare *prima facie* la fondatezza della domanda di merito. Una previsione di questo genere contrasta però

TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1983, p. 258; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 393; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*⁶, Jovene, Napoli, 2021, 640; v. anche G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700²*, Padova, 1985, p. 142 ss.; ID., *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in L. MONTESANO – G. ARIETA, in *Trattato di diritto processuale civile*, III, tomo I, Padova, 2005, p. 582 ss.; più di recente, L. DITTRICH, *Il provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*⁵, cit., p. 275. La tutela cautelare d'urgenza di mero accertamento ha trovato particolare fortuna in materia societaria: per l'ammissibilità dell'accertamento in via d'urgenza dell'invalidità della delibera assembleare di rigetto dell'istanza del socio, cfr., per esempio, Trib. Roma 24 settembre 2001, in *Corr. giur.*, 2002, p. 949 ss., con nota di M.L. SERRA, *Anticipazione degli effetti di merito e tutela cautelare ex art. 700 al fine di ottenere la trasformazione di una delibera assembleare negativa in una delibera positiva*; parimenti, si ritiene ammissibile, in pendenza del giudizio di merito, la concessione di un provvedimento d'urgenza dichiarativo della nullità della clausola statutaria che conceda all'accomandante poteri che violino il divieto di immistione di cui all'art. 2320 c.c., su cui v. Trib. Perugia 16 marzo 2009, in *Le Società*, 2010, p. 1257 ss., con nota di N. SOLDATI, *Tutela cautelare d'urgenza e nullità della clausola statutaria*.

con le direttive ritraibili dalla prassi applicativa: l'istruzione preventiva, in quei settori del contenzioso in cui la prova dell'illecito è sovente nella disponibilità della controparte, come ad esempio quello industrialistico, assolve alla funzione di acquisire la prova del fatto principale. Pertanto, sembra troppo gravoso onerare il ricorrente di provare la fondatezza, ancorché *prima facie*, della pretesa, a prescindere dall'assunzione della prova indicata. Ciò peraltro contrasta con la funzione di fondo dell'istruzione preventiva, ossia ridurre il divario di aspettative delle parti circa l'esito del giudizio prima della proposizione della domanda di merito, al fine di incentivare soluzioni di carattere conciliativo.

Inoltre, non sono chiare le conseguenze della perenzione della misura di istruzione preventiva. Le *Rules* tacciono la sorte degli atti compiuti dopo l'estinzione del processo: la *Rule* 53 si occupa del *withdrawal of the claim*, senza però specificare se le prove assunte nel giudizio estinto possano essere utilizzate dal giudice, oppure se devono nuovamente essere assunte nel giudizio riproposto. I principi di economia processuale e di proporzionalità che innervano le *Rules* indiziano in senso contrario, dal momento che la salvezza dell'atto istruttorio non incide sulla valutazione dello stesso, mentre imporre la reiterazione dell'istanza di ammissione, costringendo così il giudice ad una nuova deliberazione, genera costi amministrativi evitabili, che incidono negativamente sul costo sociale del sistema di amministrazione della giustizia¹²³. Pertanto, si può ritenere che in caso di sopravvenuta inefficacia della misura, a causa dell'intempestiva istaurazione del giudizio di merito, ovvero di successiva estinzione del giudizio di merito, la prova assunta ai sensi delle *Rules* 198 e 199 potrà essere utilizzata nel giudizio riproposto, senza doverne di nuovo richiedere l'ammissione e l'assunzione¹²⁴.

5. L'*interim payment*: una soluzione di compromesso

A differenza di quanto previsto dall'art. 22 degli Helsinki Principles¹²⁵, i redattori delle *Rules* hanno optato per la natura cautelare dell'*interim payment*¹²⁶.

¹²³ Secondo la ricostruzione di T. GICO JR., *Analisi economica del processo civile*, Indaiatuba, 2021, p. 35, il processo civile rientrerebbe tra i sistemi aggiudicatori ovvero tra quei sistemi di assegnazione delle risorse scarse in caso di conflitto tra più pretendenti. In tale prospettiva, la corretta applicazione della legge sostanziale aumenta il benessere sociale, mentre ogni decisione che si discosta dal diritto realizza un'inefficienza allocativa e impone un costo alla società. Questi costi, derivanti dall'errore di aggiudicazione, sono i cc.dd. costi aggiudicatori, i quali, sommati ai cc.dd. costi di amministrazione, costituiscono il costo sociale del processo gravante sulla collettività. In argomento, v. anche l'ormai classico studio R. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, p. 399 ss.

¹²⁴ In tal senso, v. A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 127.

¹²⁵ Ove si legge che «*The procedure in domestic law under which the court may order an interim payment (i.e. an outright payment to the plaintiff which may be subsequently revised on final judgment) is not a provisional and protective measure in the context of international litigation*».

¹²⁶ Può accennarsi sin d'ora all'inopportunità della qualificazione in guisa di provvedimento cautelare dell'*interim payment*, come opportunamente segnalato da R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 457: «*[T]he problems such provisional measures entail are well known. If the creditor of the claim is still able to post a security deposit, a real case of emergency may not exist. Any form of hedging against the risk of the debtor's insolvency may be challenged on the basis of rules on revocation or invalidity as found in national insolvency law. In many cases, however, a*

La figura è stata mutuata dagli ordinamenti di *Common law* e, in particolare, dalle *Rules 25.20* ss. delle *Civil Procedure Rules* inglesi (breviter: C.P.R.)¹²⁷. Seguendo il modello inglese, i

legitimate field of application for interim payment orders may remain, though it should not be used as a kind of compensation for unduly prolonged duration of regular proceedings as it was sometimes the case in the past».

¹²⁷ In ragione dei riferimenti che seguono nel testo, si riporta, per comodità del lettore, il testo della *Rule* inglese: «*The court must not order an interim payment of more than a reasonable proportion of the likely amount of the final judgment. (2) The court must take into account contributory negligence and any relevant set-off or counterclaim. (3) The court may order an interim payment by instalments. If so, the order must set out: (a) the total amount of the payment; (b) the amount of each instalment; (c) the number of instalments and the date on which each is to be paid; and (d) to whom payment should be made. (4) Where a party seeks an interim payment and the court has ordered an account to be taken, if on the evidence the account is bound to result in a payment to the applicant, the court must, before making an order for interim payment, order that the liable party pay to the applicant the amount shown by the account to be due. (5) The permission of the court must be obtained before making a voluntary interim payment in respect of a claim by a child or protected party. 'Child' and 'protected party' have the same meanings as in rule 21.1(2). (6) The court may adjust any interim payment whether or not any payment has yet been made (voluntarily or under a previously made order). The court may in particular: a) order all or part of the interim payment to be repaid; (b) vary or discharge the order for the interim payment; (c) order a defendant to reimburse, either wholly or partly, another defendant who has made an interim payment. (7) The court may make an order under paragraph (6)(c) only if (a) the defendant to be reimbursed has claimed against the other defendant for a contribution, indemnity or other remedy; and (b) where the claim to which the interim payment relates has not been discontinued or disposed of, the circumstances are such that the court could make an interim payment order under this Section. (8) Where a defendant has made an interim payment, and the amount of the payment is more than their total liability under the final judgment or order, the court may award them interest on the overpaid amount from the date when they made the interim payment. Applications 25.21. (1) The claimant may not apply for an interim payment order before the end of the period for filing an acknowledgment of service applicable to the defendant against whom the application is made. (2) The claimant may make more than one application for an interim payment order. (3) A copy of the application notice must be served at least 14 days before the hearing of the application and must be supported by evidence. (4) If the respondent wishes to rely on written evidence at the hearing, they must file the written evidence and serve copies on every other party to the application at least 7 days before the hearing. (5) If the applicant wishes to rely on written evidence in reply, they must file the written evidence and serve a copy on the respondent at least 3 days before the hearing. (6) This rule does not require written evidence to be filed if it has already been filed, or to be served on a party on whom it has already been served. (7) The court may make an order under this rule without an application by any party if it makes the order when it disposes of the claim or any part of it. Evidence 25.22. (1) An application for an interim payment order must be supported by evidence dealing with (a) the sum of money sought by way of an interim payment; (b) the items or matters in respect of which the interim payment is sought; (c) the sum of money for which final judgment is likely to be given; (d) the reasons for believing that the conditions set out in rule 25.23 are satisfied; (e) any other relevant matters; (f) in claims for personal injuries, details of special damages and past and future loss; and (g) in a claim under the Fatal Accidents Act 1976(4), details of the person(s) on whose behalf the claim is made and the nature of the claim. (2) Any documents in support of the application must be exhibited, including, in personal injuries claims, any medical report. Conditions to be satisfied 25.23. The court may only make an interim payment order where any of the following conditions are satisfied (a) the defendant against whom the order is sought has admitted liability to pay damages or another sum of money to the claimant; (b) the claimant has obtained judgment against that defendant for damages to be assessed, or for another sum of money (other than costs) to be assessed; (c) it is satisfied that, if the claim went to trial, the claimant would obtain judgment for a substantial amount of money (other than costs) against the defendant from whom they are seeking an interim payment, whether or not that defendant is the only defendant or one of several; (e) the claimant is seeking an order for possession of land (whether or not any other order is also sought), and the court is satisfied that, if the case went to trial, the defendant would be held liable (even if the claim for possession fails) to pay the claimant a sum of money for the defendant's occupation and use of the land while the claim for possession was pending; or (f) there are two or more defendants and the order is sought against any one or more of them, and (i) the court is satisfied that, if the claim went to trial, the claimant would obtain judgment for a substantial amount of money (other than costs) against at least one of the defendants*

redattori delle *Rules* hanno introdotto la misura per consentire l'anticipazione delle pretese creditorie per il pagamento di somme: trattasi allora di una misura di carattere anticipatorio, come la *Rule 200* lascia intendere («*to satisfy the claim in the proceedings, in anticipation of the expected outcome*»).

Di particolare interesse appaiono i presupposti che devono sussistere affinché possa essere concessa tale misura. La *Rule 201* si pone in linea di continuità con la *Rule 25.23* delle C.P.R. L'*interim payment* può essere concesso a condizione che il resistente si sia riconosciuto debitore di una somma di denaro, oppure che il creditore abbia già ottenuto una sentenza sull'*an debeat*, oppure quando appaia verosimile («*highly likely*») che il resistente sarà riconosciuto debitore della somma domandata all'esito del giudizio di merito. Inoltre, l'istante deve provare che il pagamento da parte del resistente sia richiesto con urgenza. In altri termini, deve provare che il ritardo nel pagamento possa provocargli un danno irreparabile, quale, ad esempio, l'impossibilità di soddisfarsi altrimenti sul patrimonio del debitore. Non solo. La dottrina nordamericana ha correttamente individuato la funzione dell'istituto nella possibilità di «*avoid inequitable settlement*¹²⁸»: il convenuto, a fronte di una domanda al pagamento di una somma di denaro, ha interesse a sollevare eccezioni dilatorie per compulsare l'attore che ha ragione ad accettare una composizione negoziale della controversia in termini non corrispondenti alle sue aspettative. In altri termini, l'*interim payment* vuole evitare che il rischio della diminuzione del valore del diritto di credito, a causa del ritardo per la sua soddisfazione, gravi sull'attore che ha ragione. Pertanto, non sembra troppo ragionevole la previsione della *Rule 200*, secondo cui, considerata l'invasività della misura, il resistente deve sempre essere sentito. Non trova dunque applicazione rispetto all'*interim payment* la *without notice procedure*, di cui alla *Rule 186*. Ciò rende l'*interim payment*, nel sistema diviso dalle *Rules*, un'arma spuntata.

La *Rule 201* (5) prevede invece un'opportuna cautela: mentre la *Rule 187* (2) sancisce che la concessione di una misura cautelare possa essere subordinata alla prestazione di una cauzione da parte del ricorrente, in tema di *interim payment* è altresì stabilito che, di regola, il giudice debba concederla subordinatamente alla prestazione di cauzione. È dunque invertito il rapporto regola-eccezione: rispetto ai provvedimenti cautelari diversi dall'*interim payment* il

(but the court cannot determine which); and (ii) all the defendants are either public bodies; or insured in respect of the claim; or are defendants whose liability will be met by an insurer under section 151 of the Road Traffic Act 1988 (5), or an insurer acting under the Motor Insurers Bureau Agreement, or the Motor Insurers Bureau where it is acting itself. Compensation recovery payments 25.24. (1) Where in a claim for personal injuries there is a contested application for interim payment of damages, the defendant must obtain a certificate from the Secretary of State [...] Restriction on disclosure 25.25. The fact that a defendant has made an interim payment, whether voluntarily or by court order, shall not be disclosed to the trial judge until all questions of liability and the amount of money to be awarded have been decided, unless that defendant agrees.».

¹²⁸ Sul tema si rinvia alle riflessioni di D.M. RUBENSTEIN, *The Problem of Delay in Tort Recovery and the British Interim Payment Scheme*, in 39 *Univ. Chic. L. Rev.*, 1972, p. 836 ss., spec. 838; nello stesso senso, v. A. ZUCKERMAN, *Interlocutory Remedies in Quest of Procedural Fairness*, in 56 *Market Law Rev.*, 1993, p. 325.

giudice non è tenuto a motivare le ragioni della mancata imposizione di una cauzione a carico del ricorrente; per converso, il giudice che ordini l'*interim payment* è tenuto a motivare la mancata imposizione della cauzione a carico del ricorrente, dal momento che tale previsione vuole tutelare il resistente a fronte del rischio della ripetizione dell'indebito, qualora la domanda di merito dovesse rivelarsi infondata. Per converso, nei casi in cui la concessione dell'*interim payment* sia giustificata dall'ammissione di responsabilità del resistente, sembra ragionevole ritenere che il provvedimento del giudice che non motivi circa le ragioni della mancata imposizione della cauzione non sia per ciò solo reclamabile, sulla scorta del principio, a meno che il giudice adito per la fase cautelare non sia privo di competenza giurisdizionale rispetto al merito, applicandosi in tal caso il diverso principio enunciato dalla Corte di giustizia nel noto caso *Van Uden*¹²⁹: per evitare fenomeni di *forum shopping* cautelare, la giurisprudenza europea accoglie una nozione restrittiva di "provvedimento provvisorio", dovendosi conseguentemente negare la provvisorietà del provvedimento (e in astratto la possibilità di riconoscerlo e attuarlo in un Paese membro diverso da quello in cui è stato

¹²⁹ Cfr. Corte giust. 17 novembre 1998, *Van Uden*, in causa C-391/95, cit., ove è stato affermato il principio secondo cui quando le parti hanno validamente sottratto una controversia derivante da un contratto alla competenza degli organi giurisdizionali statali per attribuirle ad un arbitro, un organo giurisdizionale statale, può essere autorizzato a disporre provvedimenti provvisori che impongano l'esecuzione di una prestazione contrattuale, a condizione che esista un effettivo nesso fra l'oggetto del provvedimento richiesto e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito, e purché sia garantito al convenuto il rimborso nell'ipotesi in cui il ricorrente non vinca la causa nel merito. Sul tema v. anche le riflessioni di G.D. BROWN, *The Ideologies of Forum Shopping – Why Doesn't a Conservative Court Protect Defendants*, in 71 *North Carolina Law Review*, 1993, p. 649 ss., spec. 654. e 671: «[F]orum-shopping can be viewed as a desirable practice, furthering important interests of the plaintiff and advancing a number of systemic goals as well. The plaintiff and the defendant may well not stand on equal ground in terms of their choice of law. The plaintiff seeks to invoke a substantive law under which her claim will be upheld. As a general matter the legal system favors the provision of a remedy for those who seek such goals as the enforcement of contracts and compensation for injuries»; nonché le acute considerazioni di C. CONSOLO, *Van Uden e Mietz: un'inevitabile Babele*, in *Int'l Lis*, 2001-2002, p. 30 ss., spec. 34; ID., *Il flessibile rapporto*, cit., p. 104 ss.; secondo E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759 ss., spec. 795 ss., la condizione della garanzia del rimborso al convenuto della somma versata a titolo di cauzione evita la stabilizzazione in fatto della misura poiché controbilancia il pagamento imposto al debitore ed esclude che la misura sia davvero pienamente soddisfattiva per il ricorrente. Il requisito ha dunque specificamente la funzione di evitare che l'emanazione del provvedimento anticipatorio si concreti in un aggiramento delle norme convenzionali sulla competenza, e cioè abbia come risultato che la lite non sia mai iniziata e coltivata presso uno dei giudici indicati dalla Convenzione come competenti per il merito. Si alloca così sull'attore l'onere di instaurare il giudizio di merito per recuperare la cauzione, traducendosi l'imposizione di quest'ultima in un meccanismo compulsorio dell'instaurazione della causa di merito presso i fori ordinari del Regolamento UE 1215/2012, con l'ulteriore implicazione che se il provvedimento non è ultrattivo la cauzione non serve; sul tema v. anche L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 826 ss., spec. 829, ove però l'Autrice, pur intuendo la singolarità del concetto di provvisorietà nello spazio giuridico europeo, non evidenzia che la giurisprudenza della Corte di giustizia converge nel senso di limitare il *forum shopping* a favore del foro esorbitante, imponendo l'imposizione della cauzione per indurre il creditore, una volta ottenuto il provvedimento cautelare a strumentalità attenuata, ad instaurare il giudizio di merito, nel rispetto dei fori ordinari per domandarne il recupero; ID., *Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel regolamento Ue n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1479 ss. Per una panoramica generale sui provvedimenti cautelari nello spazio giuridico europeo si rinvia a F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*¹², Milano, 2022, p. 159 ss.

concesso) se non è garantito al resistente il rimborso attraverso l'imposizione di una cauzione della somma versata a titolo di penalità di mora sotto forma di pagamento, in via provvisoria, di una controprestazione contrattuale.

Al netto dell'analisi di cui sopra, non sembra che l'ordinamento italiano necessiti però dell'introduzione dell'*interim payment*: trattasi infatti di un'area già potenzialmente coperta dal ben più versatile provvedimento di urgenza, ex art. 700 c.p.c. Inoltre, l'ambito di applicazione di tale provvedimento finisce di fatto per coincidere con quello proprio dei provvedimenti definitivi o anticipatori non cautelari¹³⁰.

SEZIONE III – LA TUTELA CAUTELARE *CROSS-BORDER* (RULES 201-203)

1. La timidezza dei *Drafters*: il colpevole appiattimento delle *Rules* sui Regolamenti europei (non senza qualche chiosa su ipotetiche aperture all'*antisuit injunction*)

Come già anticipato¹³¹, la sezione III dedicata al contenzioso transfrontaliero risulta essere piuttosto povera di spunti: i *Drafters* hanno optato per un rinvio integrale ai Regolamenti europei e, di conseguenza, all'*acquis* del *Plateau Kirchberg* in materia. La Rule 202 (1) sancisce che «*[W]ithin the scope of the European Union Regulations or international conventions, the international jurisdiction of the court in relation to provisional and protective measures is governed by those Regulations or conventions.*». Le successive Rules 202 (2) e (3) richiamano invece il principio espresso in *Van Uden*, secondo cui il giudice competente a conoscere della causa di merito lo è anche rispetto alle misure cautelari, in caso contrario «*a real connecting link must exist between the subject-matter of the measure and the territory of that court*¹³²», per esempio quando i beni oggetto della domanda di sequestro si trovino colà o la condotta anticoncorrenziale di cui si domanda l'inibitoria cautelare possa produrre effetti pregiudizievoli anche nei confronti degli operatori economici che operano nello Stato membro del giudice investito della domanda¹³³. Parimenti, il riconoscimento delle misure cautelari concesse dal giudice di altro Stato membro, ai sensi della successiva Rule 203 (1) è possibile purché siano

¹³⁰ Tuttavia, sembra prospettabile almeno un caso in cui l'*interim payment* potrebbe fare aggio sui provvedimenti definitivi o anticipatori non cautelari: si pensi al caso in cui, pronunciata condanna generica, il giudizio prosegua per l'accertamento del *quantum*, nonostante la proposizione dell'impugnazione ordinaria contro la statuizione sull'*an debeat*. Ove il giudice investito della causa pregiudicata sospenda all'esito di una prognosi di fondatezza dell'impugnazione ordinaria, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c. il giudice d'appello, su istanza del convenuto, ravvisando invece la manifesta infondatezza dell'impugnazione, potrebbe concedere per l'appunto un provvedimento cautelare atipico costruito sul calco dell'*interim payment*, neutralizzando le conseguenze sfavorevoli della errata sospensione facoltativa e di quella necessaria imposta dall'interposizione del regolamento necessario di competenza contro l'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c.

¹³¹ V. *supra*, Introduzione § 1.

¹³² Corte giust. 17 novembre 1998, *Van Uden*, cit.

¹³³ Sul tema della giurisdizione rispetto all'illecito plurilocalizzato, si rinvia alla documentata analisi di P. MAZZA, *Il foro dell'obbligazione nata in internet*, Napoli, 2024, p. 107 ss., spec. 160 ss.

rispettati i requisiti imposti dall'art. 42, par. 2, del Regolamento Bruxelles 1-*bis*. Più ampie riflessioni suggerisce, invece, la *Rule 203 (2)*, ove si legge che se le norme europee o dei trattati internazionali non sono applicabili, le misure cautelari sono riconosciute ed eseguite conformemente al diritto nazionale. Ci si potrebbe dunque interrogare sulla possibilità di riconoscere o comminare nello spazio giuridico europeo un provvedimento che imponga, in via cautelare, una *antisuit injunction*. Secondo l'impostazione geminata negli ordinamenti di *Common law*, il problema della contemporanea pendenza di due cause identiche o tra loro connesse presso due fori di Stati diversi può essere affrontato anche da un angolo prospettico diverso rispetto a quello generalmente imposto dalla litispendenza internazionale, ossia ammettendo un intervento non già sul processo nazionale bensì su quello straniero. La tradizione giuridica di *Common Law* riconosce al giudice il potere discrezionale di intervenire su giudizi pendenti all'estero (presumendo che si tratti di *forum non conveniens* o che il giudice estero si pronuncerà nonostante la prevenzione), con provvedimenti che rientrano nel più ampio novero delle *injunctions*. Si tratta dell'ordine del giudice rivolto a una delle parti di non cominciare o di non proseguire un giudizio all'estero, ovvero di non compiere attività nell'ambito di un procedimento straniero, come l'esibizione di documenti, o, ancora, sotto un diverso angolo prospettico, di non chiedere il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione straniera¹³⁴, la cui inosservanza espone il destinatario alle sanzioni previste per l'inottemperanza agli ordini del giudice, considerato oltraggio alla Corte (*contempt of court*¹³⁵). Secondo la Corte di giustizia, l'*antisuit injunction* contrasta con il principio della *mutual trust* fra gli Stati membri, oltre che con l'idea di equivalenza delle decisioni rese dai giudici domestici nello spazio giuridico europeo, secondo il convincimento veicolato dal Regolamento Bruxelles

¹³⁴ La bibliografia in tema di *antisuit injunction* è alluvionale: sia sufficiente ai nostri fini un rinvio a G.A. BERMANN, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, in 28 *Columbia Journal of Transnational Litigation*, 1990, p. 589 ss.; nonché, più di recente, l'approfondito lavoro di T. RAPHAEL, *The anti-suit injunction*, Oxford, 2008, p. 18 ss.; R. FENTIMAN, *Anti-suit Injunctions*, in *Encyclopedia of Private International Law* (ed. by BASEDOW, RÜHL, FERRARI, DE MIGUEL ASENSIO), Cheltenham-Northampton, 2017, p. 79 ss.; nella letteratura italiana, v. la pionieristica analisi di M.A. LUPOLI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*, Milano, 2002, p. 861 ss. Nel senso della contrarietà delle *antisuit injunctions* con i principi dell'ordine pubblico processuale sono orientati, nella nostra dottrina, C. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 60 ss.; F. FRADEANI, *Le «anti suit injunctions» anche a protezione dell'arbitrato internazionale tra incompatibilità con il sistema processuale comunitario e riconoscimento quale legittimo rimedio a salvaguardia delle clausole di deroga alla giurisdizione*, in *Int'lis*, 2009, p. 130 ss.; nonché E. MERLIN, *Le anti suit injunctions e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'lis*, 2004, p. 22; ID., *Proroghe pattizie e principio di «pari opportunità» nell'accertamento della competenza internazionale nel Reg. CE 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 971 ss.; ID., *Anti suit-injunctions» e ordine pubblico internazionale: un sorprendente arrêt della Corte di Cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1148 ss.; un tentativo di armonizzazione delle *antisuit injunction* con i principi del giusto processo, comunitariamente e convenzionalmente imposti, è stato di recente proposto da P. VINCIGUERRA, *Anti-suit Injunction, ECHR and Public Policy Defense*, in *Riv. dir. priv. int. proc.*, 3, 2025, p. 674 ss.

¹³⁵ Su cui v. il capillare lavoro di C.V. GIABARDO, *Aspetti distintivi del civil contempt of court nel processo civile angloamericano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2021, p. 795 ss., cui si rinvia per più ampi ragguagli bibliografici.

1-bis.¹³⁶ Viene però da chiedersi se a fronte di una clausola di proroga della giurisdizione a favore di un foro di uno degli Stati membri, di scelta del foro esclusivo o di deroga della giurisdizione del foro straniero, il giudice possa inibire di iniziare o di proseguire la medesima causa presso il foro estero, quando quest'ultimo sia *non conveniens* per il cittadino europeo o quando appaia altamente probabile che il giudice prevenuto non sospenderà il giudizio o non riconoscerà la sentenza emessa in Europa all'esito del giudizio preveniente. In disparte il complesso problema della natura giuridica di tali accordi¹³⁷, l'*antisuit injunction* potrebbe essere utilizzata per dare effettività alle clausole di *electio fori*¹³⁸. Ciò premesso dalla Rule 203 (2) potrebbe finanche trarsi l'idea per cui, quando non siano applicabili i Regolamenti europei o altri Trattati internazionali, i giudici degli Stati membri possano riconoscere (e a più forte ragione concedere) misure cautelari di protezione dei cittadini europei da iniziative giudiziarie presso fori che non garantiscono quel minimo di garanzie processuali compendiate negli artt. 6 CEDU e 47 Carta di Nizza, in violazione delle clausole di *electio fori*. Trattasi di prospettiva peraltro conforme alla generalissima idea veicolata dall'analisi economica del diritto per cui garantire una maggiore effettività alle clausole di *electio fori* evita perdite di efficienza¹³⁹: il dirottamento presso altre giurisdizioni del contenzioso con implicazioni transnazionali, al pari della contemporanea pendenza della medesima causa presso due distinti *fora*, disincentiva l'investimento nello Stato membro che non garantisce il reale rispetto della proroga della propria giurisdizione o della deroga del foro estero, diminuendo la competitività del sistema

¹³⁶ Cfr. Corte giust. 27 aprile 2004, *Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit Harada Ltd, Changepoint SA* in causa C-159/02, § 24; Corte giust. 10 febbraio 2009, *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, in causa C-185/07, § 30; Corte giust. 13 maggio 2015, *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, in causa C-563/13, § 34 (in cui però i giudici del Lussemburgo hanno manifestato una certa apertura: cfr., in argomento, v. E. D'ALESSANDRO, Volli, sempre volli, fortissimamente volli: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Gazprom, in *Riv. arb.*, 2015, p. 291 ss.; L. PENASA, *Il caso Gazprom: uno scontro transfrontaliero tra giudici statali e arbitri sullo sfondo della guerra per il prezzo del gas in Lituania*, in *Int'l Lis*, 2015, p. 142 ss.); Corte giust. 7 settembre 2023, *Charles Taylor Adjusting Ltd, FD v. Starlight Shipping Co., Overseas Marine Enterprises Inc.*, in causa C-590/21, § 40.

¹³⁷ È sufficiente ricordare in questa sede che negli ordinamenti di *Common law* prevale l'idea per cui tali accordi abbiano una ibrida e che siano fonte di obbligazioni reciproche a carico dei paciscenti, la cui violazione può, per l'appunto, essere sanzionata attraverso l'*antisuit injunction*: v., per es., O. KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements: Some Reflections*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1977, p. 834 ss., ove si legge che «*the essential characteristic of a prorogatio fori is that it is a contract with an intended and necessary procedural effect, the effect intended and calculated to produce action or inaction on the part of public authority*» e che «*the prorogatio fori is intended to deploy its effect in the procedure of a court or of courts it has a procedural as well as a contractual element*»; A. BRIGGS, *The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice*, in *Zeit. Schweiz. Recht*, 2005, p. 235 ss.; T. HARTLEY, *Choice of court agreements under the European and international instruments*, Oxford, 2013, p. 4 ss.; mentre sul Continente tende a prevalere l'opposta idea per cui avrebbero natura processuale: v., per es., L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 572 ss.; M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, cit., p. 100; nonché l'ampio lavoro di L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi. Natura e legge regolatrice*, Padova, 2012, p. 58 ss.

¹³⁸ Nello stesso senso, v. condivisibilmente P. VINCIGUERRA, *Anti-suit Injunction, ECHR and Public Policy Defense*, cit., p. 714.

¹³⁹ A. GIUSSANI, *Accelerazione del processo civile e garanzie dei diritti, qua li proposte? Quadro nazionale e profili comparati*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 468 ss., ora in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 241 ss.

economico nazionale. Il complessivo aumento del volume del contenzioso derivante dall'estensione della giurisdizione del giudice nazionale è ampiamente compensato dai flussi di investimento che tale tipo di contenzioso attrae, siccome trattasi perlopiù di contenzioso industrialistico o in materia di impresa.

Pertanto, non sembra così avventato ipotizzare che il tema dell'*antisuit injunction* comunitaria sia destinato a nuovi sviluppi, anche alla luce delle linee di indirizzo ritraibili dalle *Rules*.

Guidomaria De Cesare
Dottore di ricerca - M.O.T.