

MARCO CASSIANI

LA TUTELA CAUTELARE  
NEL SEQUESTRO GIUDIZIARIO



SOMMARIO: 1. Sequestro giudiziario e finalità della tutela cautelare. — 2. Analisi dell'istituto. — 3. Profili: A) Il sequestro giudiziario di prove. — 4. B) Il sequestro giudiziario di titoli di credito. — 5. C) Sequestro giudiziario e fallimento. — 6. D) Sequestro di beni compresi nell'attivo fallimentare. — 7. E) Il sequestro giudiziario di azienda.

---

Appare opportuno segnalare che, mentre il presente lavoro si trovava in corso di stampa, è stata pubblicata, sulla Gazzetta Ufficiale del 1° Dicembre 1990, la Legge 26.11.1990 n. 353 recante « Provvedimenti urgenti per il processo civile ».

Detta normativa — che rappresenta una forma di compromesso rispetto alla prospettiva di una riforma più generale del processo civile — reca una serie di « ritocchi » parziali ma urgenti che negli intenti del legislatore dovrebbero assolvere all'esigenza di eliminare le più evidenti disfunzioni del sistema processuale attualmente in vigore. La « Novella » menzionata apporta una serie di modifiche che incidono in vario modo sui libri del vigente codice di procedura civile, modificando poche ma significative norme del primo libro, radicalmente innovando il processo di cognizione di primo grado e quello d'appello, riformando parzialmente il processo di Cassazione e lasciando pressoché inalterato il libro terzo del Codice, relativo all'esecuzione forzata.

Appare tuttavia opportuno e doveroso segnalare che, pur non incidendo sul contenuto della presente pubblicazione, la nuova normativa innova profondamente la parte del libro quarto dedicata ai procedimenti cautelari.

La novità, apportata dalla legge di riforma, è rappresentata, in buona sostanza, dalla modifica delle regole differenziate che regolano i quattro procedimenti cautelari previsti dal vigente Codice di rito e che generavano difficoltà di natura interpretativa e, conseguentemente, applicativa, di non agevole soluzione.

Al fine di ovviare a tali disfunzioni, il legislatore della « Novella » ha ritenuto di anteporre alla disciplina dei singoli procedimenti cautelari una ampia sezione contenente disposizioni generali e comuni, applicabili all'intera materia, ricomprendendo tale nuova normativa sotto la rubrica onnicomprensiva che si intitola « dei Procedimenti Cautelari ».

Le disposizioni in oggetto, contenute nell'art. 669 quaterdecies, vengono espressamente dichiarate applicabili a tutti i provvedimenti cautelari ivi compresi quelli previsti dal Codice Civile e dalle leggi speciali. Particolari novità si registrano in tema di competenza del giudice chiamato ad emettere provvedimenti cautelari anteriormente all'instaurazione del giudizio — che sarà lo stesso competente a conoscere del merito della controversia. Innovazioni si segnalano, inoltre, in re-

lazione al disposto dell'art. 669 quater, che prevede la competenza del giudice che ha emesso la sentenza per l'emanazione della misura cautelare anche per l'ipotesi in cui sia già stato definito il primo grado del giudizio di merito e non sia stato ancora instaurato il procedimento d'appello. Una modifica radicale del sistema dei cautelari viene rappresentata dalla sostituzione della normativa che prevedeva la concessione della misura cautelare « inaudita altera parte » con la disposizione che prevede, salvo casi eccezionali, l'emissione del richiesto mezzo di cautela previa audizione delle parti interessate e salva l'ipotesi in cui — vedasi art. 669 sexies — detta previa convocazione possa pregiudicare l'attuazione del provvedimento cautelare. La nuova normativa apporta altresì una contrazione dei termini entro i quali il decreto dovrà essere notificato (ora stabiliti in 8 giorni o 24 nell'ipotesi in cui la controparte risieda all'estero); viene altresì variato il termine per la comparizione delle parti, che potrà essere elevato sino a 45 giorni.

Il legislatore della « Novella » ha, inoltre, previsto e disciplinato alcune novità in relazione al provvedimento che respinge la domanda volta ad ottenere l'autorizzazione ad eseguire la misura cautelare: tale provvedimento (di rigetto) conterrà anche la condanna alle spese della parte istante.

Un'altra, interessante novità è rappresentata dalla mancata previsione di un giudizio di convalida, anche se appare, tuttavia, evidente che ogni questione relativa alla regolare concessione, all'attuazione e all'esecuzione del provvedimento cautelare sarà poi in qualche modo discussa nel successivo giudizio riguardante il merito della controversia. Novità si segnalano, ancora, in relazione alla inefficacia del provvedimento cautelare — art. 669 novies — e va menzionata, altresì, l'introduzione di una ben radicata distinzione del procedimento cautelare — stabilita dagli artt. 669 duodecies e 678, 1° comma che, proprio in tema di sequestri, dispongono una diversità di trattamento nel caso di misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro e nel diverso caso di attuazione di misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio e, in generale, obbligazioni di fare o di non fare. Significative modifiche si segnalano, inoltre, in tema di reclamo — in precedenza non ammesso — avverso il provvedimento cautelare (sia stato esso autorizzato ante causam ovvero in corso di causa): in base, infatti, alle regole dettate dall'art. 669 terdecies (che vengono modellate sulla scorta di quanto previsto per i procedimenti in Camera di Consiglio) il reclamo avverso le misure cautelari si potrà proporre con ricorso ai vari giudici indicati nel capoverso dell'articolo in questione i quali, con ordinanza non impugnabile, confermeranno, modificheranno, o potranno revocare il provvedimento cautelare reclamato. Rimedi ulteriori in ordine alla revoca della misura cautelare vengono poi previsti nel corso del processo, dove sarà il giudice istruttore della causa di merito a disporre la modifica o la revoca del provvedimento cautelare ove, tuttavia, si verificano mutamenti nelle circostanze in considerazione delle quali lo stesso era stato concesso.

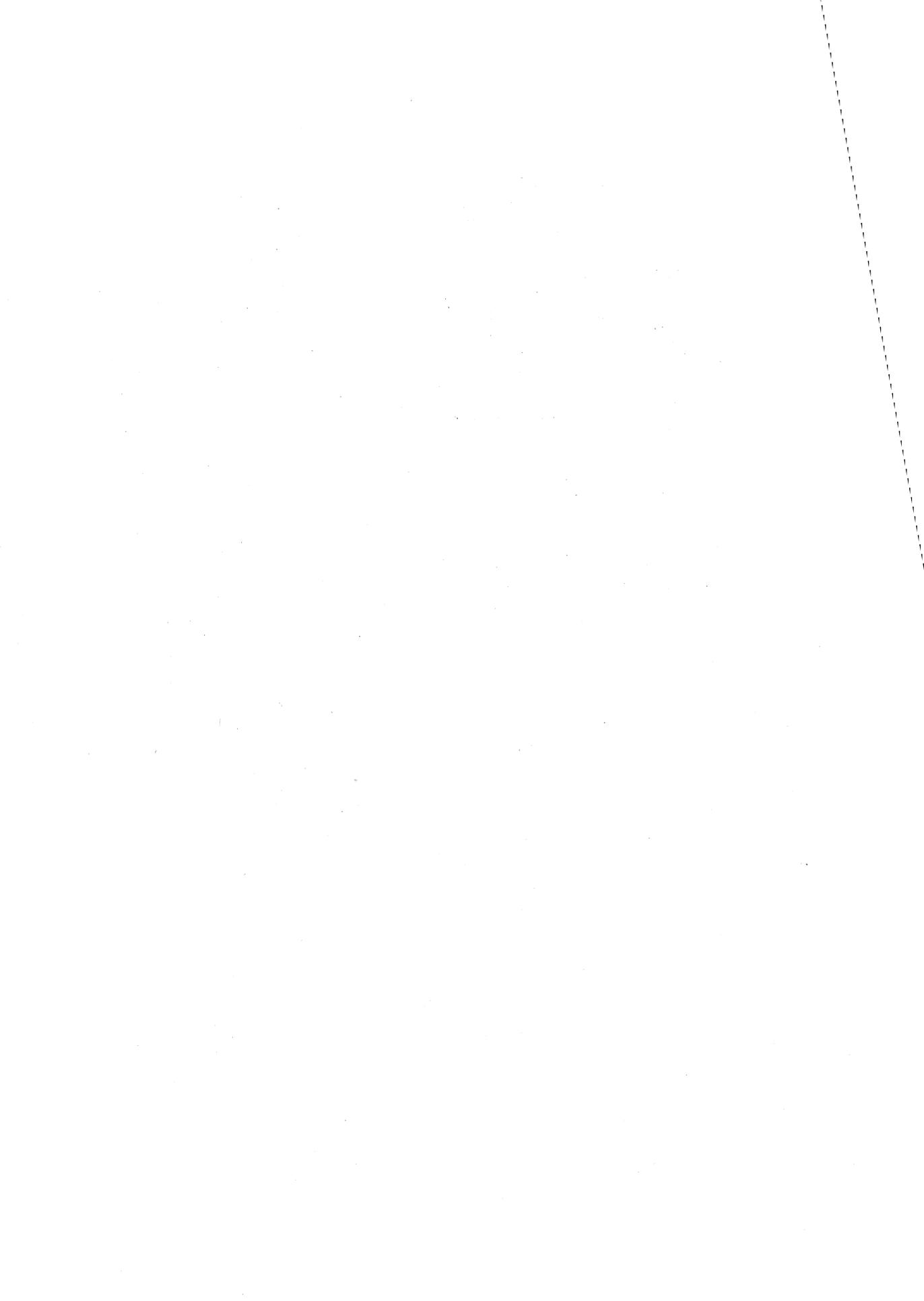
A conclusione di questa celere e non certo esaustiva disamina del tema trattato appare, tuttavia, doveroso ribadire che i profili della tutela cautelare che sono stati esaminati ed evidenziati nel corso della presente trattazione non risultano modificati dal contenuto della « Novella » del 1990, così come non devono ritenersi modificate le considerazioni e le conclusioni che si è ritenuto di voler evidenziare nel corso del lavoro.

---

In sede di ulteriore verifica del lavoro in bozze ho ritenuto opportuno redigere la presente nota « bibliografica » nella quale — con riferimento al tema trattato — vengono indicate le opere di immediato commento alla legge di riforma.

Tra queste vanno segnalate: C. Mandrioli, Corso di diritto processuale civile, VIII edizione, Giappichelli — Torino 1991, III, pag. 269 ss; A. Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile, Iovene, Napoli 1991 (cfr. anche Foro It. 1991 — V — pag. 57 ss); A. Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile, Cedam — Padova 1991, pag. 229 ss.; L. Montesano e G. Arieta, Il nuovo processo civile (L. 353/1990) — Iovene — Napoli 1991, pag. 118 ss.; C. Consolo, F. P. Luiso, B. Sassani, La riforma del processo civile, Giuffrè — Milano 1991, pag. 418 ss.; G. Olivieri, I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (L. 26 novembre 1990 n. 353), in Riv. dir. proc. 1991, n. 3, pag. 688 ss.; A. Saletti, Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari, in Riv. dir. proc. 1991, n. 2 pag. 355 ss..

Di estremo interesse, sempre con riferimento alla tutela cautelare — anche se precedenti alla riforma del processo civile — si segnalano: G. Tarzia, I provvedimenti cautelari, Cedam — Padova 1990; L. P. Comoglio e C. Ferri, La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi, in Riv. dir. proc. 1990 n. 4, pag. 963 ss..



1. La tutela giurisdizionale, quale risultato finale di un procedimento «diluito» nel tempo, si configura spesso come tardivo rimedio, atteso il probabile verificarsi di situazioni tali da ostacolare o rendere più gavosa la realizzazione del diritto previsto astrattamente dalla norma.

Conseguenza inevitabile di tutto ciò è lo svilimento della funzione a cui la tutela stessa dovrebbe assolvere, che finisce per essere così troppo spesso, fatalmente, disattesa.

Alla luce di queste realistiche considerazioni, riecheggiano, in tutta la loro attualità, le parole di Andrioli che, già nel 1971, con un'espressione suggestiva, aveva motivo di affermare: « La casa brucia: la giustizia civile minaccia di estraniarsi dalla vita degli uomini, che vestono panni e infilano scarpe, e di degradare e degradarsi in un *hortus conclusus*, il cui scopo pratico si esaurisce nel consentire ai magistrati di conseguire stipendi e agli avvocati di lucrare onorari » (1).

Più di recente, autorevolmente, si è stigmatizzata da più parti la crisi gravissima nella quale versa attualmente la giustizia civile, e non si è mancato di rilevare come il processo degenerativo di cui già agli esordi degli anni '70 ci parlava l'Autore sopra menzionato sia andato aumentando in progressione geometrica (2) (2 bis).

---

(1) Così ci riporta le parole dell'illustre Autore A. PROTO PISANI nel recente scritto dal titolo « Emergenza della giustizia civile » in Foro It. - V - I - pag. 3 - Roma 1987.

(2) A. PROTO PISANI, op. e loc. cit. L'autore compie una lucida ed incisiva analisi dei mali, antichi e nuovi, che colpiscono il nostro processo civile, segnalando i rimedi a suo avviso esperibili, che vanno ricercati nella semplificazione della disciplina della competenza e della giurisdizione, nell'allargamento e razionalizzazione della competenza per materia del pretore, nell'estensione del rito speciale del lavoro alle controversie in materia di locazione, affitto e comodato; e ancora, in tema di infortunistica stradale, nella riforma della disciplina della fase preparatoria del rito ordinario nonché della fase decisoria e del giudizio di appello, nella separazione della disciplina del processo davanti al pretore da quella del processo avanti il conciliatore, nell'ampliamento dei poteri di ordinanza del giudice istruttore, nell'introduzione di un unico modello di procedimento cautelare etc.

(2bis) È opportuno segnalare che, mentre il presente lavoro si trovava in corso di stampa, è stato pubblicato il volume dal titolo « I procedimenti cautelari »

Le cause del fenomeno involutivo che colpisce inesorabilmente il nostro processo civile sono state puntualmente ed efficacemente rinvenute nella durata ormai abnorme del giudizio ordinario di cognizione, nella dilatazione, spesso censurabile, del ricorso a forme di tutela sommaria in generale e cautelare in particolare, nella grave carenza, manifestata dagli organi competenti, nel predisporre l'introduzione di forme tipiche di tutela sommaria a favore di situazioni soggettive a contenuto e funzione non esclusivamente patrimoniale (3).

I rischi sono stati altresì evidenziati e possono agevolmente riassumersi nel pericolo che i principi fondamentali che attengono alle garanzie formali e sostanziali del processo possano risulterne inevitabilmente compromessi (4). (4 bis).

I rimedi sono, infine, difficili da segnalare e, comunque, trascendono gli scopi e le finalità dalla presente trattazione non trovando, in essa, sede adatta ed opportuna per essere compiutamente esaminati.

Quel che, invece, qui preme sottolineare, è la circostanza che l'esigenza, certamente già avvertita dal legislatore di ogni epoca,

---

a cura di GIUSEPPE TARZIA - Cedam, Padova 1990, (vedasi nota « bibliografica » che precede) nel quale l'Autore, svolgendo alcune considerazioni introduttive, segnala come « la lentezza intollerabile del giudizio ordinario di cognizione costituisca una spinta, difficilmente controllabile, alla proliferazione di provvedimenti anticipatori, precipuamente in funzione di cautela, del soggetto che probabilmente ha ragione ». Segnala giustamente l'Autore come tale spinta sia ovviamente tanto più forte « quanto più sia avvertita la rilevanza sociale della lite, alla cui composizione provvisoria il Giudice finisce, in questo modo, per provvedere ».

(3) A. PROTO PISANI op. e loc. cit.

(4) A. PROTO PISANI op. e loc. cit.

(4bis) A tal proposito TARZIA, op. cit. pag. 24, ha sottolineato come la proliferazione delle tutele speciali finisce per determinare « un fattore concorrente di crisi dei valori, sottesi alla tutela ordinaria, come tutela erogata a tutti i cittadini ». E come, in ogni caso, non si possa ignorare come un siffatto orientamento finisce per determinare il rischio di una generale « deformalizzazione » della tutela giurisdizionale e come « solo il recupero della funzionalità del processo ordinario potrà ricondurre i procedimenti cautelari nell'alveo di quella funzione, sussidiaria ed integratrice e non sostitutiva della giurisdizione ordinaria, che spetta loro, nel disegno legislativo e — ciò che più conta — in un assetto della giustizia civile ispirato alla logica della garanzia e dell'efficienza e non a quella, sempre traumatica, della emergenza ».

(seppure in maniera differente) di prevedere, accanto alla tutela normativa e giurisdizionale ed in funzione strumentale rispetto ad essa, anche una tutela cautelare che fungesse da completamento e da sussidio (5) va oggi assumendo caratteri di improrogabile necessità.

---

(5) A sostegno di tale assunto si può agevolmente argomentare che l'esigenza sopra evidenziata fu avvertita sin dai remoti tempi delle XII Tavole, quando questa forma di tutela si concretava nella previsione della figura dell'*addictus* ovvero dell'istituto del *nexus*.

Anche molto più tardi, nel periodo classico, sono individuabili strumenti in certo qual modo di natura cautelare previsti in relazione alle *legis actiones*. Detti strumenti pur conservando un carattere prevalentemente convenzionale per quanto attiene il momento costitutivo, mostrano tutta la loro vera natura processuale all'atto della loro applicazione.

L'esigenza di una tutela cautelare fu altresì particolarmente avvertita, sempre in epoca romana, dal pretore, a cui va riconosciuta la paternità di diverse misure di questo tipo, quali il sequestro, l'azione *cautiones*, *missiones in possessionem* etc. Provvedimenti, tutti, di spiccata natura sia convenzionale che giurisdizionale e, segnatamente, cautelare in relazione ai quali, per la verità, non sempre risultava agevole tracciare una precisa linea di demarcazione per scindere l'incidenza dell'autonomia privata da quella dell'*imperium* del pretore.

Secondo accreditata dottrina, il diritto romano non conosceva un istituto assimilabile all'attuale sequestro conservativo, le cui origini andrebbero invero ricercate in epoca barbarica. È assodato, per converso, che al mondo romano si debba far risalire la previsione del sequestro giudiziario quale misura cautelare disposta dal magistrato nel corso del giudizio allo scopo di preservare la *res litigiosa* mediante la sottrazione della stessa alla parte: sottrazione curata da *executores* che provvedevano a depositare la cosa oggetto di controversia in *aede sacra* ovvero in *loco publico* a disposizione della giustizia.

Originariamente, la *sequestratio* poteva avere per oggetto soltanto beni mobili e non gli immobili per i quali « *supervacuum est arrestum, cum loco moveri non queant* »: non si ravvisava, dunque, in relazione a questo tipo di beni, il pericolo di asportazione o sottrazione, requisito indispensabile per la concessione del mezzo cautelare.

Il diritto comune accoglieva nel generale concetto di *cautiones* diverse misure conservative che andavano da un'embrionale forma di ipoteca all'arresto per debiti. Tali istituti, con funzione strumentale rispetto alla tutela che il giudizio mirava a realizzare in via principale, erano predisposti al fine di rafforzare la tutela normativa stessa, e tendevano essenzialmente tutti a garantire le varie situazioni soggettive. Com'è noto, i principi posti dal diritto romano classico venivano poi sovvertiti dalle invasioni barbariche e sostituiti, anche per la carenza di adeguati organi della pubblica amministrazione, dalla *vis privata*; si veniva, pertanto, ad instaurare l'antigiuridico « principio della vendetta » con conseguenze che sarebbe arduo ricollegare ad una seppur primitiva concezione della tutela cautelare.

Tralasciando, per il carattere doverosamente succinto della presente trattazione, gli aspetti strutturali e l'evoluzione delle misure cautelari nelle lontane, previgenti normative e fino alle prime codificazioni dell'800, appare utile ed opportuno segnalare ai fini di una maggiore completezza, gli immediati precedenti normativi dell'attuale disciplina dell'Istituto del sequestro giudiziario; precedenti che vanno senz'altro ricercati nei codici, civile e di procedura civile, del 1865. (5 bis).

In particolare, l'art. 921 del codice di procedura civile prevedeva il sequestro giudiziario « oltre i casi stabiliti dal codice civile », e precisamente quando vi fosse « pericolo di alterazione, sottrazione e deteriorazione di una cosa mobile o immobile » mentre il coevo codice civile, all'art. 1875, ne subordinava la concessione all'esistenza di una già instaurata controversia fra due o più persone vertente sulla proprietà o sul possesso del sequestrando bene.

Inevitabile appariva, pertanto, il sorgere di accese dispute fatte oggetto di ampia dissertazione dottrinale, circa l'effettiva sfera di applicazione dell'istituto ed i relativi limiti che lo stesso incontrava nell'una o nell'altra previsione (6).

---

Ciononostante, alcuni Autori non hanno mancato di ravvisare, nell'apprensione della persona dell'obbligato e nella materiale sottrazione dei suoi beni, una distorta riproposizione di tematiche attinenti alla tutela di cui stiamo trattando, sia pure infelicemente mediate dall'esperienza barbarica.

Certo è che, a contatto con il diritto comune, l'istituto dell'arresto effettuato direttamente dal privato si era già in qualche modo trasformato in misura cautelare volta a garantire il credito. Quel che poi maggiormente rileva è che la concessione dell'autorizzazione ad esperire tale misura era divenuta nel frattempo di esclusiva competenza del giudice e dunque era stata sottratta al mero arbitrio di parte creditrice la quale, solo sulla scorta di precisi accordi intervenuti con il debitore — preoccupato precipuamente di evitare l'arresto — poteva limitarsi a pignorare, senza previo consenso dell'Autorità giudicante, i beni a questo appartenenti.

L'ulteriore evoluzione degli istituti di tutela cautelare finiva per riservare la spettanza esclusiva dei provvedimenti autorizzativi alla sola pubblica autorità che veniva così ad essere l'unica legittimata, dunque, a rimuovere ogni ostacolo al pignoramento ed al sequestro dei beni del debitore.

(5bis) Per una succinta ma efficace disamina dei profili della tutela cautelare nella sistemazione della dottrina italiana classica vedasi TARZIA, op. cit., pag. 15 ss..

(6) A tal riguardo CONIGLIO, in op. cit. pag. 30, chiarisce che: « Si finì col ritenere che il sequestro giudiziario autorizzato dall'art. 1875 cod. civ. fosse quello « rei litigiosae » che colpisce la cosa « de qua est controversia », mentre quello dell'art. 921 c.p.c. avesse le sue radici nell'esistenza di un pericolo attuale di danno o

Nell'oggettiva incertezza provocata dall'infelice coordinamento logico-giuridico delle due disposizioni normative, finiva per prevalere la « salomonica » concezione secondo la quale il soggetto intenzionato a valersi della tutela cautelare provvedeva sagacemente ad invocare — non senza imbarazzo, immaginiamo — l'autorizzazione al sequestro giudiziario ai sensi del (mal) combinato disposto degli artt. 921 cod. proc. civ. nonché 1875 cod. civ.

È solo al legislatore del 1942 che si deve il merito di aver superato le difficoltà originate dall'inutile — ed anzi dannosa — dicotomia dell'istituto grazie all'introduzione, assai opportuna, della delimitazione degli incerti confini tracciati dalla precedente ambigua disposizione normativa mercé la predisposizione dell'art. 670 dell'attuale codice di procedura civile, che consente al giudice di autorizzare, in base alla previa richiesta della parte, la misura cautelare su beni mobili o immobili quando ne sia controversa la proprietà ed il possesso e si ravvisi altresì l'opportunità di provvedere alla loro custodia o gestione temporanea.

Veniva così ad essere superata ogni ulteriore disputa originata dall'esistenza, nella previgente normativa, di due distinte e mal coordinate disposizioni relative al medesimo tipo di sequestro che facevano sorgere legittime quanto inutili perplessità circa l'esperibilità della misura cautelare pendente semplicemente la controversia, ovvero se dovesse necessariamente concorrere anche l'elemento del pericolo al fine dell'autorizzazione del provvedimento.

Esaminati, sia pure succintamente, i precedenti immediati degli attuali rimedi cautelari, al fine di propiziare un più incisivo approccio con le moderne problematiche che sorgono in relazione alla materia trattata, appare ora opportuno incentrare il discorso sull'istituto del sequestro giudiziario così come risulta essere oggi strutturato.

Si esamineranno, pertanto, di seguito gli aspetti più interessanti della misura cautelare il cui *excursus* storico è stato evidenziato, pur senza pretese di completezza, nelle pagine introduttive.

La normazione positiva, estremamente frammentaria e lacunosa in materia di tutela cautelare, indubbiamente costituisce un im-

---

deteriorazione della cosa. Si ammise pure che, a questo secondo sequestro, potesse ricorrere chiunque avesse un legittimo interesse alla conservazione della cosa, fuori dai limiti di un diritto reale sulla stessa ».

portante fattore della mancanza di una concorde e definitiva sistemazione degli istituti connessi con questa complessa problematica (7).

Appare, dunque, presupposto imprescindibile, ai fini della presente trattazione, tentare, per quanto possibile, di precisare alcuni « concetti-chiave », suscettibili di rendere più agevole la comprensione della funzione svolta dalla tutela cautelare e dai diversi provvedimenti che ne costituiscono la pratica applicazione; concetti altresì indispensabili ai fini di una corretta individuazione dei caratteri comuni dei vari istituti, nonché dei criteri interpretativi generali da utilizzare, per ogni singola categoria di essi, come strumento di lettura e, ove necessario, di preziosa integrazione della legislazione vigente in materia.

Il punto di partenza dell'analisi — che viene di seguito svolta pur senza ambizioni di completezza, data la vastità e complessità dell'argomento trattato — è costituito dall'esame del rapporto intercorrente fra tutela cautelare e tutela ordinaria.

La funzione giurisdizionale, per poter essere svolta in modo compiuto e regolare sia ai fini del rispetto delle norme e dei principi fissati a garanzia delle parti che in ossequio all'imprescindibile esigenza di obiettività, completezza ed efficacia del giudizio, postula, quale presupposto irrinunciabile, che tanto da parte degli organi competenti, quanto da parte dei soggetti interessati, vengano posti in essere complessi e precisi adempimenti il cui svolgimento, per la natura stessa dell'attività richiesta, determina inevitabilmente il decorso di un certo periodo di tempo che, talvolta, può anche essere assai lungo.

Secondo la dottrina tradizionale — che trova nel Calamandrei (8) una delle più autorevoli espressioni, — questa « mora indispensabile al compimento dell'ordinario iter processuale rischia di rendere praticamente inefficace il provvedimento definitivo »; cosa,

---

(7) La mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina generale delle misure cautelari e, d'altra parte, l'esistenza di discipline particolari riferite a singole ipotesi di provvedimenti cautelari è stata più volte ribadita dalla dottrina sia in generale (si veda a tal proposito LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1973, pag. 173; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979 pag 86 ss.), sia in relazione a singoli gruppi di provvedimenti cautelari.

(8) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

questa, che determina la necessità di adottare misure aventi la funzione di neutralizzare gli effetti negativi del trascorrere del tempo e di evitare i danni derivanti « dalla naturale inettitudine del processo ordinario a creare, senza ritardo, un provvedimento definitivo » (9). Tratto tipico della funzione cautelare è, dunque, il rapporto di strumentalità rispetto alle attività di cognizione e di esecuzione (10), le sole suscettibili di realizzare, in via diretta e definitiva, lo scopo proprio della giurisdizione che è quello di fornire pratica attuazione alla volontà espressa, a monte, dal legislatore. (10 bis).

Solo indirettamente la tutela cautelare, dunque, contribuisce a tale fine, essendo primariamente ed immediatamente indirizzata ad assicurare l'utile esercizio delle ordinarie attività giurisdizionali (11) (12).

---

(9) Si veda ancora sul punto, CALAMANDREI, op. cit. pag. 19 e segg. « Fra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quelle della celerità e della ponderatezza; tra il far presto, ma male e il far bene, ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente con la necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario ».

(10) A tal proposito vedi VITTORIO, GASPARINI, CASARI, Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A., Modena, 1982, pag. 26 e seg. È bene sottolineare che tale carattere strumentale non è designato attraverso la medesima espressione, né assume lo stesso significato presso i diversi Autori.

(10bis) Con riferimento a questo profilo della tutela cautelare Tarzia, op. e loc. cit., riportandosi al pensiero del Calamandrei, introduce il suggestivo concetto di « strumentalità ipotetica », cioè di strumentalità intimamente connessa con il carattere ipotetico del giudizio sull'esistenza del diritto che appare strettamente connaturato alla natura stessa del provvedimento cautelare e che rappresenta un aspetto necessario della sua strumentalità.

(11) Muovendo da tali presupposti in passato si è addirittura dubitato del carattere giurisdizionale di tale funzione e se ne sono ricercati i caratteri distintivi « anziché nel campo del processo, in quello del diritto materiale o del diritto amministrativo, o della volontaria giurisdizione o considerando tale materia come zona di confine fra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa di polizia ». (CALAMANDREI, op. cit. pag. 144).

(12) Si è autorevolmente affermato che il processo cautelare non serve a tutelare il diritto come il processo di cognizione e di esecuzione, ma a tutelare il processo, (CHIOVENDA, Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1928 pag. 226; CARNELUTTI, Diritto e processo, Napoli 1958, pag. 356; LIEBMAN, Manuale cit.) e, ancora, che i mezzi cautelari non sarebbero che « strumenti dello strumento » giurisdizionale previsto per l'attuazione del diritto obiettivo, così come la stessa

Tale strumentalità viene, da alcuni Autori, individuata nella relazione intercorrente fra provvedimento cautelare e provvedimento definitivo.

Per converso, altri la riscontrano nel rapporto che viene a crearsi tra tutela cautelare e tutela normativa, ossia la considerano veicolo indispensabile per la realizzazione di una situazione provvisoria predisposta al fine di garantire preventivamente gli effetti tipici di una situazione soggettiva sostanziale che talvolta, ma non sempre, può apparire non pienamente provata nella sua esistenza e nel suo modo di essere (13).

Le misure cautelari, dunque, fronteggiano situazioni particolari in cui l'osservanza integrale delle regole e dei principi previsti per lo svolgimento del processo ordinario potrebbe compromettere la realizzazione del fine della giurisdizione, in termini di efficacia e completezza.

L'orientamento in oggetto attribuisce alla tutela cautelare una funzione « vicaria » (necessariamente rispondente al *periculum in mora*) che, al tempo stesso, giustifica i caratteri tipici dei provvedimenti che ne rappresentano la pratica manifestazione e cioè la natura sommaria del relativo procedimento formativo e la provvisorietà degli effetti, destinati a durare per il tempo necessario alla emanazione del provvedimento definitivo, cui predispongono il terreno e di cui assicurano la riuscita (14).

---

tutela cautelare andrebbe identificata come una forma di tutela preventiva di una attività di tutela repressiva (LANCELLOTTI, Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare. in Riv. dir. proc. 1939, I, pag. 232 ss.).

(13) CALVOSA, voce *Sequestro giudiziario* in *Novissimo Digesto*: « il rapporto si costituisce fra la situazione cautelare che è realizzata con la attuazione del provvedimento cautelare e la situazione cautelanda, che è ipotetica, e si concreta nella titolarità di una situazione sostanziale soggettiva che, il più delle volte, ancorché certa, non può realizzarsi immediatamente, e corre il rischio di deteriorarsi se non addirittura di essere distrutta ».

(14) VITTORIO, GASPARINI, CASARI, op. cit. pag. 55: non sempre l'emanazione del provvedimento principale fa venire meno la misura cautelare, in particolare ove la si consideri strumentale non al suddetto provvedimento, ma alla tutela del diritto minacciato da una contingente situazione di *periculum in mora*. Di regola la misura cautelare viene meno quando si accerti in sede principale l'inammissibilità in rito o la fondatezza in merito della domanda proposta dalla parte a cui favore tale misura è stata adottata (l'accertamento in via ordinaria è destinato ad assorbire la diversa valutazione del « *fumus boni iuris* » operata in sede caute-

Il permanere degli effetti delle misure cautelari è anche condizionato all'esercizio del potere di revoca, da parte del giudice, in caso di acquisizione di nuovi elementi di giudizio, ovvero di modificazioni della situazione di fatto che consentano una diversa valutazione (15) in ordine alla esistenza od inesistenza dei presupposti per la emanazione del provvedimento cautelare.

L'accentuazione del carattere strumentale delle misure in questione rispetto al provvedimento giurisdizionale ordinario (o « principale ») ne sottolinea lo scopo pubblicistico, sicché appare corretto sostenere che esse vengono concepite « più che nell'interesse dei singoli, in quello dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento e anche, si potrebbe dire, il buon nome (16) ».

---

lare), ovvero quando il provvedimento principale automaticamente costituisca quegli effetti dal cui ritardo derivava la situazione di pericolo, neutralizzata dalla misura cautelare. Se, peraltro, questi effetti si ricollegano ad una fase successiva, per es. al passaggio in giudicato del provvedimento principale, è solo da questo momento che si esauriscono le funzioni e l'efficacia della misura stessa.

(1) Problema particolarmente avvertito, a tal proposito, è quello della c.d. « variabilità » dei provvedimenti cautelari da parte del giudice di gravame. Ad esempio per i provvedimenti cautelari destinati a fare le veci, in tutto o in parte, della futura sentenza in merito, la normale condizione di revocabilità porta ad escludere l'ammissibilità, nei loro confronti, di quei mezzi di gravame che presuppongono il carattere decisivo del provvedimento e la piena attitudine a produrre effetti in giudicato, sia di diritto sostanziale che processuale (Cass. 2 novembre 1986 n. 5689 in Foro It. 1986, 1409). Per questa ragione per molto tempo si è esclusa la impugnabilità di tali provvedimenti, mediante appello, revocazione o ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. SS.UU. 15 febbraio 1978, n. 712 in Foro It., 1978, I, 1456 ss.; Cass. SS.UU. 17 marzo 1978, 1328, ivi 1408 ss.; Cass. SS.UU. 5 maggio 1981 n. 2274, ivi 1981, I 1252). Di recente, tuttavia, di fronte all'uso eccessivamente disinvolto del potere di cautela da parte di alcuni pretori, si è manifestata una evoluzione nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha ammesso la possibilità di impugnare quei provvedimenti cautelari, che solo apparentemente hanno carattere provvisorio, ma che sono in realtà idonei a risolvere completamente il conflitto di interessi da cui è nata la lite, ed a produrre, nella sfera giuridica della parte cui sono diretti, pregiudizi definitivi ed irreparabili. (Per riferimenti in dottrina si vedano PERSICO, Provvedimenti di urgenza in materia di lavoro e mezzi di impugnazione: alcune linee evolutive giurisprudenziali, in Foro It. 1980, V, 185 ss., TUCCI, Tutela dei creditori e consolidamento dei crediti tra possesso cautelare e regolamento preventivo di giurisdizione Cass. SS.UU., 2 novembre 1979 n. 5689, cit.).

(16) CALAMANDREI, op. cit. pag. 21, 143.

In tale prospettiva questa forma di tutela viene collocata, come accennato, in una zona di confine fra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa di polizia.

Peraltro, proprio dal collegamento del provvedimento cautelare con quello principale, la dottrina (17) ha ritenuto di poter ravvisare nel primo, inteso quale anticipazione degli effetti del secondo, un ruolo analogo a quello rivestito da quest'ultimo e, inoltre, le stesse finalità di attuazione del diritto obiettivo e di tutela delle situazioni giuridicamente protette. Tutto ciò argomentando, anche, dalla considerazione che la misura cautelare di solito non può essere disposta d'ufficio dal giudice, ma solo previa domanda dei soggetti legittimati, che ne costituisce requisito principe di procedibilità (18).

Questa identità di scopo non significa — si badi bene — che azione ordinaria e azione cautelare, sempre correlate, siano sostanzialmente coincidenti poiché la seconda presenta presupposti e contenuti specifici che consentono di riconoscerle piena autonomia rispetto alla prima; e ciò non soltanto nel caso in cui essa venga esercitata anteriormente o al di fuori del processo ordinario, ma anche nell'ipotesi in cui venga proposta all'interno di esso.

In virtù delle precedenti considerazioni, le discussioni sul carattere accessorio della tutela cautelare rispetto al processo di cognizione e di esecuzione non hanno ragione di esistere, poiché non vi è contrapposizione fra l'una e l'altra forma di tutela, partecipando, entrambe, al fine ultimo della piena e completa attuazione della giurisdizione, in condizioni di assoluta autonomia reciproca (19).

Più precisamente si dovrà concludere nel senso che la tutela ordinaria tende ad assicurare lo svolgimento della giurisdizione in conformità ai principi posti dall'ordinamento a salvaguardia dei diritti e delle esigenze dei soggetti interessati, mentre quella cautelare garantisce tempestivamente quel minimo di intervento giurisdizionale, il cui ritardo potrebbe compromettere ogni ulteriore attività svolta nelle forme ordinarie; ed è, essa stessa, immediata-

---

(17) VITTORIO, GASPARINI, CASARI, op. cit. pag. 69.

(18) Sulla necessità della iniziativa di parte per la emanazione dei provvedimenti cautelari in genere: CALVOSA op. cit. pag. 295; CARLI, La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano 1979, pag. 289.

(19) Vedi, *amplius*, VITTORIO, GASPARINI, CASARI, op. loc. cit.

mente efficace sulla posizione giuridica sostanziale, nei limiti in cui ciò è necessario per evitare l'imminente pregiudizio (20).

Sintomatica e particolarmente efficace appare pertanto l'osservazione che la tutela cautelare non è altro che la « manifestazione concreta di un principio di effettività e continuità della funzione giurisdizionale » (21).

Una riprova della dignità ed autonomia crescente che i mezzi di tutela trattati vanno assumendo ci viene fornita anche da recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, i quali hanno manifestato una certa tendenza ad applicare gli strumenti cautelari in termini più estesi rispetto ai limiti indicati in passato (22) sulla base di una intolleranza, sempre più diffusa, verso le lungaggini e le disfunzioni endemiche del processo civile (23) accompagnata dalla provata consapevolezza che la rapidità costituisce elemento indispensabile per attuare una tutela giurisdizionale maggiormente conforme alle previsioni e agli scopi dell'art. 24 della Costituzione, nonché alle istanze di giustizia in qualunque sede avanzate e che non possono rimanere disattese o, comunque, troppo a lungo dilazionate.

Il processo cautelare si presenta, sotto questo profilo, maggiormente rispondente alla universalmente avvertita esigenza di rapidità per il suo carattere di immediatezza, tanto che alcuni Autori hanno assai propriamente individuato una vera e propria inversione di tendenza nelle più recenti riforme processuali, nelle quali appaio-

---

(20) CALAMANDREI, op. cit. pag. 20 « in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse essere sempre istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno ed adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari ». In senso analogo CALVOSA op. cit. Il processo cautelare, cit. pag. 173 segg. e 145 segg.; ZANZUCCHI, Diritto processuale civile, Milano, 1959 pag. 164 seg.

(21) Vedi GASPARINI, CASARI, op. cit. pag. 112.

(22) Soprattutto per quanto concerne l'utilizzazione dei provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. (vedi in proposito LA CHINA: « Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza? - I processi speciali », Jovene, Napoli 1979 pag. 151 ss.; e ancora CAPUTO, « Provvedimenti d'urgenza e pubblico impiego » in *G'ur. merito* 1979, I, 1120 e segg.

(23) Sulla eccessiva lentezza del processo civile di cognizione v. PROTO PISANI, « Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro, in *Foro It.* 1973, V, 205 ss. e in *Scritti in onore di C. MORTATI*, Vol. IV, Milano 1977 p. 655 ss..

no privilegiate forme di tutela interinale rispetto al momento dell'accertamento definitivo (23 bis). Ciò pur giustamente rilevando che tale scelta finisce, forse, per sacrificare (o quantomeno per rischiare di sacrificare) la « ponderatezza » della decisione a favore della celerità ed efficacia dell'intervento giurisdizionale (24).

Sempre secondo questi recenti indirizzi, la tutela cautelare non rappresenterebbe più solo un espediente anticipatorio di una decisione definitiva destinata, per propri limiti strutturali, a ritardare, né mezzo di tutela del processo ordinario posto a salvaguardia della funzione giurisdizionale; essa costituirebbe invece, un autonomo strumento di tutela di interessi sostanziali e, addirittura, sarebbe l'espressione, in alcuni casi, di attività creativa, traducendosi in una normativa da far valere per la fattispecie concreta come rimedio all'inerzia ed al ritardo spesso ingiustificato ed ingiustificabile del legislatore nel dare rilievo e tutela a situazioni soggettive di indubbia rilevanza sociale.

---

(23bis) Sulla diffusione dei provvedimenti anticipatori interinali si veda TARZIA, op. cit., pag. 21, il quale evidenzia come ci si trovi di fronte al fenomeno della estensione della tutela cautelare anticipatoria attraverso predisposizione di misure tipiche variamente nominate e strutturate. L'Autore cita, quali esempi del fenomeno: l'ordinanza provvisoria nel processo del lavoro ex art. 423 c.p.c. e nel processo contro l'assicuratore della responsabilità civile automobilistica ex art. 24 L. 24.12.1969 n. 990; e ancora, il provvedimento che attribuisce un assegno alimentare provvisorio ex art. 446 cod. civ..

Al di fuori delle ipotesi menzionate, che l'Autore ritiene possano ricondursi all'ampia categoria delle provvisoriale a contenuto pecuniario, vengono altresì individuate, quali forme di tutela cautelare anticipatoria, la nomina del tutore o del curatore provvisorio ai sensi degli artt. 419 cod. civ. e 717 c.p.c., l'ordinanza di reintegrazione nel posto di lavoro del rappresentante sindacale licenziato, ex art. 18 c. 4 dello Statuto dei lavoratori, l'ordinanza di rilascio con riserva delle eccezioni del convenuto nel procedimento di convalida di sfratto ex art. 665 c.p.c.; e ancora, l'ordinanza di rilascio nella procedura prevista dall'art. 30 u.c. L. 27.7.1978 n. 392 e infine l'ordinanza presidenziale nel giudizio di separazione dei coniugi, resa ai sensi dell'art. 708 c.p.c..

(24) CARLI, Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1977 pag. 619 ss..

2. Il codice di procedura civile del 1942 ha tentato di riordinare il sistema dei provvedimenti cautelari raggruppando gli istituti aventi tale finalità e semplificandone il procedimento di attuazione, nell'intento di colmare le lacune evidenziate in vigenza della precedente disciplina legislativa.

Risultano così riunite in un'unica sezione le due forme di sequestro che la nostra attuale procedura civile contempla — quello giudiziario e quello conservativo — con conseguente previsione, per le stesse, di un regolamento processuale molto simile, malgrado l'evidente diversità di obiettivi e di situazioni sostanziali che le due misure cautelari mirano a tutelare.

Comuni ad entrambi gli istituti sono lo scopo assicurativo e la modificazione prodotta attraverso l'indisponibilità dei beni sequestrati.

Ciò che, sotto un differente profilo, li contraddistingue è invece la diversità del diritto vantato dal sequestrante: un diritto reale o un diritto di possesso nel sequestro giudiziario, un diritto di credito in quello conservativo(1).

La menzionata differenza determina, inevitabilmente, una sostanziale difformità tra i due istituti in relazione all'oggetto su cui gli stessi concentrano la loro tutela e, segnatamente, in relazione ai sequestrandi beni.

Nel sequestro giudiziario è individuabile a priori il bene che costituisce oggetto del diritto reale o di una vantata situazione possessoria, mentre nel sequestro conservativo la procedura è volta all'acquisizione di un bene per così dire « fungibile », appartenente alla sfera patrimoniale del debitore e suscettibile di costituire generica garanzia per il creditore precedente, il cui interesse è ravvisabile nella conservazione dell'integrità — almeno nei limiti del

---

(1) Per una trattazione completa della problematica in questa sede esaminata si veda, per tutti, A. CONIGLIO, *il sequestro giudiziario e conservativo*, Giuffrè, Milano 1942, pag. 27 e segg.

credito vantato — del patrimonio del sequestrato (2). Integrità che è « *conditio sine qua non* » per il fruttuoso esperimento della successiva fase esecutiva.

Quel che, massimamente, nel sequestro conservativo pare essere rilevante è, dunque, per dirla con la prevalente dottrina, l'idoneità dei beni ad essere trasformati in danaro e, perciò, non la loro individualità specifica, ma solo la loro attitudine a convertirsi in valore.

Per tal motivo alcuni Autori non hanno mancato di rimarcare che la disciplina *de qua* privilegia la considerazione generica delle partite patrimoniali del debitore ed il relativo provvedimento non si riferisce, di regola, a beni specifici, limitandosi alla mera determinazione del valore di massima concorrenza entro cui il sequestro può essere eseguito.

Tornando all'altro tipo di misura cautelare esaminata, può rilevarsi che l'art. 670 c.p.c. configura, come è noto, diverse ipotesi di sequestro giudiziario.

La prima si riferisce al sequestro che ha per oggetto beni immobili, beni mobili, aziende ed altre universalità di beni, ed attiene ad interessi di diritto sostanziale postulando, quale ulteriore nota caratterizzante, la presenza di questi ultimi nell'ambito di una controversia che verta sulla proprietà o sul possesso di beni per i quali si ravvisi l'oggettiva opportunità di provvedere alla custodia, ovvero alla gestione temporanea (4).

---

(2) COSTA, Sequestro conservativo in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII Torino, 1970, 44; e ancora CONIGLIO op. cit. pag. 46.

(3) Si veda per tutti MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Torino 1985, pag. 211.

(4) Sul punto, CONIGLIO (op. cit. pag. 31) precisa che il filone storico di questo articolo è da ricercarsi nella dottrina dei giuristi italiani del medioevo, i quali prestarono particolare attenzione al « *sequestro de re litigiosa* » ed alle varie ipotesi che potevano, in concreto, al riguardo presentarsi. Gli esempi più comuni di sequestro in pendenza di lite furono quelli relativi ad un fondo e ai frutti da esso prodotti. Un altro esempio di sequestro poteva ravvisarsi in quello « *propter scandalum evitandum* » ovvero « *propter metum armorum* », qualora, in pendenza di una controversia sul possesso di un immobile, vi fosse da temere che le parti venissero alle armi. Va ricordato, infine, che il sequestro era concesso non solo nell'interesse privato ma anche in quello pubblico: esempio tipico è rappresentato dalla già esaminata ipotesi della concessione della misura cautelare *propter scandalum evitandum*.

La seconda, invece, si riferisce al sequestro che ha per oggetto libri, registri, documenti, modelli, campioni o quant'altro sia idoneo a fornire elemento di prova nel corso dell'ordinario procedimento: tale mezzo cautelare, evidentemente, al contrario del precedente, risponde ad interessi di diritto processuale e presuppone una controversia circa il diritto alla esibizione o comunicazione dei prefati documenti, connessa alla consueta esigenza di provvedere alla loro custodia temporanea (5).

Riguardo alla prima delle due figure delineate dalla norma, si rendono opportune alcune precisazioni sui presupposti indispensabili alla sua autorizzazione. Questi sono, innanzitutto, l'esistenza di una controversia in atto, quindi l'opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea del bene.

Circa la prima condizione, dottrina (6) e giurisprudenza (7) sono da tempo concordi nel ritenere che, nella generica dizione utilizzata dal codice, siano comprese non solo le controversie in atto e, dunque, le liti già pendenti vertenti sulla proprietà (8) o sul possesso di un determinato bene (9), bensì anche tutte le altre

---

(5) E. PROTETTI, Il sequestro civile, Napoli 1982 pag. 11.

(6) Si vedano in proposito CONIGLIO, op. cit. pag. 30; D'ONOFRI, Commentario cod. proc. civile II, pag. 300; SCHERMI, Sequestro conservativo e giudiziario, Enc. For. pag. 770; CALVOSA, op. cit. pag. 473.

(7) Per tutte: Cass. Sez. I, 12 novembre 1984 n. 5691 in Giust. civ. Mass. 1984-II; e ancora: Trib. L'Aquila 20 febbraio 1949, in Riv. Giur. Abruzz. 1949, 89; Cass. 12 gennaio 1955 n. 57 in Mass. Foro It. 1955, 15; Cass. 29 Maggio 1957 n. 1971; Trib. Alba 24 luglio 1974 in Riv. dir. ipot. 1974, 307.

(8) Le controversie riguardanti la proprietà sono senza dubbio quelle tipicamente reali come l'azione di rivendica (art. 948 c.c.) e l'azione di regolamento di confini. Non dà luogo, invece, a controversia sulla proprietà l'azione di apposizione di termini (art. 951 cod. civ.), che tende all'apposizione dei termini del fondo, i cui confini siano certi ed incontestati (Cass. 14 marzo 1985 n. 618 in Mass. Giur. It. 1985, 159; Cass. 16 ottobre 1954, n. 384). La materia che maggiormente ha formato oggetto di esame da parte della giurisprudenza è stata quella ereditaria. È, per es., pacifico in giurisprudenza che, ai fini del sequestro giudiziario di beni appartenenti ad una eredità, ricorre la fattispecie di cui all'art. 670 n. 1 c.p.c., allorché alcuni eredi ne abbiano il godimento esclusivo e gli esclusi dal godimento richiedano che se ne attivi la divisione, previo accertamento dei loro diritti sulla massa ereditaria (Cass. 11 giugno 1963 n. 1548 in Mass. Giur. It. 1963 n. 329).

(9) La controversia sul possesso può riguardare sia lo *ius possidendi* che lo *ius possessionis*, sia il possesso vero e proprio che la detenzione autonoma, anche laddove sia configurabile una situazione possessoria plurima. Pertanto può essere

controversie che, pur non essendo ancora sfociate in sede contenziosa vera e propria, per l'esistenza di un conflitto di interessi in corso, sono suscettibili di dare vita al relativo giudizio di merito.

È tuttavia indispensabile, come da certi Autori puntualmente sottolineato, che il conflitto sia attuale, e non semplicemente paventato (10); che sia cioè obiettivo e reale, poiché — è appena il caso di ricordarlo — *conditio sine qua non* affinché il sequestro — concesso ed eseguito — non perda efficacia è l'instaurazione del giudizio di merito nel termine di cui all'art. 680 c.p.c.

D'altro canto è pacifico che si possa parlare di controversia non solo quando la questione abbia ad oggetto una tipica azione reale (rivendicazione, reintegrazione o manutenzione (11)), ma anche quando sia stata proposta o debba proporsi un'azione contrattuale che richieda una qualsivoglia statuizione sulla proprietà o sul possesso, ovvero sulla restituzione di una cosa da altri detenuta (12).

Per tale motivo, si ritiene unanimemente che siano legittimati a chiedere il sequestro giudiziario anche coloro che, pur non avanzando pretese in dipendenza di un diritto reale, traggono motivo per fondare la loro domanda di riconsegna di un bene da un rap-

---

concesso il sequestro giudiziario su beni comuni, sul possesso dei quali sussista contrasto ed anche in ordine alla amministrazione e alla detenzione del bene nei confronti del possessore, come nell'ipotesi di contrasto tra conduttore e locatore e tra più conduttori. (E. PROTETTI, Il sequestro, op. cit. pag. 15).

(10) L'opinione contraria (BRACCI, Il sequestro giudiziario Napoli 1966 pag. 136 e segg.) non pare accettabile, perché ove si giunga alla diversa conclusione che il giudice deve omettere l'accertamento della sussistenza del conflitto di opinioni e trascurare l'atteggiamento di colui contro il quale è richiesto il sequestro, ebbene, in relazione a tale controversia, non verrebbero mai a realizzarsi quelle condizioni che sono invece requisito essenziale in ogni fattispecie sussumibile nell'astratta previsione dell'art. 670 n. 1 del Cod. proc. civ.

(11) Cass. 22.5.84 n. 1435; Cass. 24.3.76 n. 1037; Cass. 12.4.84 n. 1219.

(12) In tale ultima ipotesi, il giudice del procedimento di convalida, nell'esaminare il *fumus boni iuris* della pretesa fatta valere dal soggetto che ha chiesto ed ottenuto il sequestro giudiziario, deve valutare la probabilità di accoglimento della pretesa stessa, tanto con riguardo alla domanda rivolta a far venire meno il titolo contrattuale, quanto con riguardo al diritto di ottenere la restituzione della cosa oggetto del contratto (Cass. 24.3.76 n. 1037). Occorre comunque che la controversia investa il diritto alla detenzione, il che non sussiste quando la domanda riguarda il mero accertamento del diritto di proprietà. (In tal senso Cass. 10.12.1976 n. 4393; Cass. 19.6.83 n. 299 e Cass. 31.5.84 n. 1911).

porto obbligatorio di cui si è chiesta o si chiederà la dichiarazione di nullità, annullamento, risoluzione, rescissione e via dicendo.

Sempre *in subiecta materia* occorrerà ricordare ancora che, ai fini dell'autorizzazione del sequestro giudiziario, si ravvisa come necessaria la presenza di motivi tali da far ritenere opportuna la custodia o la gestione temporanea del bene; motivi che si risolvono poi, sostanzialmente, nel pericolo di deterioramento della situazione sostanziale cautelanda.

Va inoltre ricordato, come alcuni Autori hanno molto opportunamente sottolineato, che il pericolo può anche non essere attuale, essendo al contrario sufficiente e necessaria la mera possibilità del verificarsi di situazioni pregiudizievoli ai fini dell'attuazione del diritto controverso, per la concessione del mezzo cautelare (13).

Vi è inoltre univocità di vedute sul fatto che compete interamente alla discrezionalità del giudice (14) effettuare la valutazione circa l'opportunità di procedere alla custodia o gestione temporanea del bene (15); e ciò in quanto il concetto di opportunità implica necessariamente un esame esteso anche ai fatti che attengono il merito.

Non è infatti ipotizzabile la teorizzazione di una « ricetta » che consenta di predeterminare i criteri sui quali fondare il prudente apprezzamento del magistrato; non senza, almeno, correre il rischio che ogni formula così empiricamente ricavata risulti imprecisa od incompleta (16).

---

(13) A conforto dell'opinione dottrinale menzionata si veda, in proposito, la pressoché unanime giurisprudenza della Suprema Corte: Cass. 20.10.84 n. 5305 in Mass. 1984; Cass. 15.12.84 in Mass. Giur. It. 1984 pag. 1328; e ancora: Cass. 28.6.1969 n. 2342 in Giust. Civ. 1969, I, 2020; Cass. 6.11.83 n. 2694, in Mass. Giur. It. 1964, 910.

(14) Così CONIGLIO, *Il sequestro*, op. cit. Milano 1957; D'ONOFRIO in *Commentario al cod. proc. civ. II* pag. 301; CALVOSA, *Il processo cautelare* cit.

(15) Secondo REDENTI (*Diritto processuale civile*, III, pag. 55) tale valutazione può anche essere basata sulla cattiva amministrazione del bene, perché in tal caso il diritto o la ragione del bene di cui si contende, potrebbero essere resi vani da una cattiva custodia o amministrazione.

(16) Questa valutazione di opportunità effettuata dal giudice di merito è incensurabile in Cassazione se immune da vizi logici e giuridici (Cass. 22 novembre 1963, n. 3002 in Mass. Giust. Civ. 1963 n. 1406; Cass. SS.UU. 28 settembre 1968 n. 2989 in Giust. civ. 1969, I, 431).

Occorre infine ricordare che, oggetto della prima ipotesi di cui art. 670 c.p.c. qui trattata, possono essere tutti i beni (17), mobili ed immobili, nonché le aziende e le altre universalità di beni (18), chiaramente suscettibili di materiale apprensione e, comunque, di detenzione, in quanto la norma stessa precisa che la misura cautelare è concessa in funzione della opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea dei beni di cui si chiede il sequestro.

Appare chiaro, per esempio, che dei diritti può aversi il possesso, ma non la detenzione, per cui non vi può essere, in ordine agli stessi, né custodia, né gestione, né, quindi, sequestro giudiziario.

Particolari problemi nel senso indicato sorgono anche in ordine alle « energie » che, senza dubbio, possono essere fatte oggetto di proprietà ma non sono sempre suscettibili di essere assoggettabili a detenzione. Si renderà pertanto necessario operare una distinzione a seconda che tali energie possano o meno essere in qualche modo « detenute » e per ciò essere passibili di custodia o gestione (e, dunque, astrattamente sequestrabili).

In senso analogo — e non senza qualche perplessità — la dottrina prevalente tende a negare l'ammissibilità del sequestro dei diritti di credito (19), in relazione alla applicabilità a tali fattispecie dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Invero, va ricordato come in passato, prima che tale norma

---

(17) Oggetto del provvedimento di sequestro possono essere solo beni specificamente determinati, che siano tali fin dall'origine, ovvero lo siano divenuti mediante indicazione ed individuazione verificatesi nei modi previsti dall'art. 1378 cod. civ. (PROTETTI op. cit. pag. 21).

(18) Si noti che mentre l'art. 816 del cod. civ. prende in considerazione, definendole, le sole universalità di mobili, l'art. 670 n. 1, più genericamente, parla di universalità di beni, facendo così rientrare in tali categorie, assoggettabili a sequestro giudiziario, anche quelle universalità che siano costituite da beni mobili e immobili o addirittura da soli immobili (basti pensare alla massa dei beni ereditari).

(19) Vigente il Codice di procedura civile del 1865 il sequestro giudiziario dei diritti di credito era stato considerato con favore (NORSIA, Il sequestro nella legislazione vigente, Padova; GIANZANA, Del sequestro giudiziario e conservativo, Torino 1884; AVERRA, Sequestro conservativo, convenzionale e giudiziario, 1913, 261) come strumento per vietare al debitore di pagare la somma dovuta nell'ipotesi di contestazione sulla titolarità del diritto di credito.

di chiusura del sistema dei cautelari fosse stata predisposta, le teorie dottrinali *in subiecta materia* prendessero direzioni diametralmente opposte (20).

---

(20) Si vedano per tutti: CONIGLIO, op. cit. pag. 36; ANDRIOLI, Comm. cod. proc. civ. pag. 149. Solo CARNELUTTI si è espresso a favore dell'ammissibilità nello scritto « Sequestro giudiziario di un credito » in Riv. dir. proc. 1960, 516; contra CALVOSA, op. cit. pag. 64, ritiene che l'ammissibilità si fondi sull'art. 677 cod. proc. civ., che richiamando per l'esecuzione del sequestro l'art. 605 cod. proc. civ. (esecuzione per consegna o rilascio) esclude automaticamente ogni possibilità di sequestro dei crediti.



3.a) Il sequestro giudiziario di prove previsto dal n. 2 dell'art. 670 cod. proc. civ. rappresenta una novità affatto originale introdotta nel codice dal legislatore del 1942. La sua portata innovativa, come era prevedibile, non ha mancato di creare problemi di ordine sistematico e di dare origine ad implicazioni di non sempre agevole soluzione (1).

Fin dalla comparsa della nuova disposizione normativa, la dottrina (2) è stata animata dalla stimolante disputa, non scevra di notevoli perplessità, circa l'opportunità della collocazione di siffatto istituto nell'ambito della stessa disposizione che prevedeva il sequestro giudiziario, pur sembrando, *ex prima facie*, trattarsi di misura cautelare di natura semmai riconducibile alla fatispecie di cui all'art. 671 c. p. c.

Si osservò, anzi, ad opera della prevalente dottrina, che non vi erano dubbi sulla innegabile differenza intercorrente fra le due forme di sequestro configurate nell'art. 670 del « nuovo » codice, mentre appariva, per contro, sostanzialmente corretta la teoria che individuava elementi di notevole affinità fra il sequestro di prove e il sequestro conservativo di beni, soprattutto sotto il profilo funzionale.

Le argomentazioni sopra sintetizzate non parevano tuttavia esprimere in maniera pienamente convincente la conclusione secondo la quale la disposizione di cui al n. 2 dell'art. 670 andasse configurata come inutile e pleonastica anticipazione del successivo articolo 671 (3).

---

(1) A tale proposito la Suprema Corte ha avuto modo di precisare (Cass. 29 ottobre 1970, n. 2213 in Mass. Foro It. 1970, 679) che esso « ha lo scopo di provvedere alla custodia di cose certe e determinate (libri, registri, documenti, modelli, campioni...) per essere impiegate nel futuro processo di merito come mezzi di prova o di informazione per le parti e per il giudice ».

(2) Per tutti si veda CARNELUTTI, Istituzioni sul nuovo processo civile italiano, Roma 1955, 138.

(3) Queste teorie si riallacciano alla individuazione, nell'ambito del processo cautelare, di due distinte categorie: il processo cautelare strumentale e il processo

Al contrario, pare invece doversi rilevare che, in realtà, le affinità dianzi sottolineate si ricollegano piuttosto alla circostanza che entrambe le figure di sequestro, sia quello giudiziario che quello coiservativo, hanno origine e funzioni comuni e rappresentano, invero, due aspetti del medesimo tipo di tutela: quella cautelare, appunto.

Attraverso il sequestro della prova si assicurano al processo di cognizione i documenti e gli elementi probatori che possono essere utili per valutare ed apprezzare le pretese delle parti. In questo modo, tale istituto si coordina direttamente al processo, assicurando *ex ante* la possibilità di produrre, al momento opportuno, il documento o qualsivoglia altro oggetto di prova suscettibile di essere analizzato, valutato ed utilizzato dal giudice ai fini della formazione del suo libero convincimento in ordine alla pretesa sostanziale fatta valere nel processo (4).

Le situazioni legittimanti la fattispecie cautelare di cui trattasi sono sostanzialmente quattro e precisamente: il diritto della parte ricorrente di chiedere l'esibizione di prove o documenti nella forma cautelare; l'esistenza di una controversia in ordine a tale diritto; l'utilità della acquisizione della prova o del documento e la sua rilevanza, sulla base, beninteso, di una cognizione sommaria sull'utilità della prova che la parte intende far acquisire al processo o sulla strumentalità di questa in riferimento alla dimostrazione della fattispecie di merito che verrà dedotta in giudizio (si ricordi, a quest'ultimo proposito, che il giudice che autorizza il sequestro non è tenuto ad accertare l'utilità della sequestranda prova ai fini del pro-

---

cautelare finale (CARNELUTTI, op. ult. cit., 150-152; CONIGLIO, op. cit., pag. 12-13). Il primo serve a garantire i mezzi del processo definitivo e in esso rientrano il sequestro conservativo, i procedimenti di istruzione preventiva, nonché il sequestro giudiziario della prova; il secondo serve a garantire la pratica utilità del processo definitivo e tale appare il sequestro giudiziario, con cui si conserva la disponibilità della cosa a favore della parte vittoriosa del processo definitivo.

(4) Il che non differisce sostanzialmente da un accertamento tecnico preventivo o da una assunzione di testi a futura memoria; la differenza sta solo nell'oggetto di prova, che ci si preoccupa possa deteriorarsi o cessare di esistere: nel sequestro è la prova reale; nell'assunzione di teste a futura memoria è la prova orale, nell'istruzione preventiva è la prova storica o critica che può desumersi da alcune situazioni di fatto. Sul tema vedi diffusamente CALVOSA, Voce: «Sequestro giudiziario» in Novissimo Digesto.

cesso né, tanto meno, la sua ammissibilità e rilevanza, ma solo a valutare discrezionalmente l'astratta idoneità di questa come mezzo istruttorio) (5).

Infine, l'opportunità della custodia temporanea delle cose da sottoporre a sequestro ai fini probatori.

La migliore dottrina ritiene che la misura cautelare in oggetto possa essere concessa anche *ante causam*, essendo sufficiente che il giudice adito accerti la sola esistenza di un conflitto di interessi, tale da lasciar verosimilmente ritenere (e temere) che la prova possa venire meno.

Questo contrasto non va inteso in senso rigoroso come contrapposizione netta e precisa, provata, ad esempio, da un vero e proprio rifiuto espresso di esibizione, ma come semplice situazione di fatto da cui ragionevolmente possa arguirsi l'intenzione della parte, per così dire, « renitente », di pregiudicare l'efficacia del mezzo probatorio di cui ci si vorrà servire (6).

Tornando per un attimo alla prima condizione legittimante,

---

(5) Per questo si è parlato di concessione del sequestro alla stregua della « ragionevolezza » della prova e non della sua indispensabilità, in quanto altrimenti si esorbiterebbero i limiti imposti alla cognizione del giudice cautelare. In proposito CARNELUTTI, in « Sequestro giudiziario delle prove a carico del terzo » in Giur. it. 1974, I. 2 ha avuto modo di precisare che: « ciò che il giudice deve fare, su questo tema, quando si tratta di concedere o convalidare un sequestro, è dunque la verifica della ragionevolezza della prova; ove si spingesse ad una indagine intorno alla indispensabilità della prova, eccederebbe i limiti imposti alla cognizione propria del giudizio cautelare ». Queste osservazioni sono state fatte proprio dal Supremo Collegio (Cass. 29.10.70 n. 2213 in Mass. Foro it., 1970, 679) che ha avuto modo di pronunciarsi in materia affermando: « è necessario che la prova che si intende acquisire possa ritenersi « prima facie » utile ai fini che si propone il richiedente » e « deve escludersi che il giudice possa esigere al momento di disporre il sequestro, la dimostrazione che le prove da acquisire siano indispensabili o perfettamente concludenti, dato che solo nel processo di merito potrà essere congruamente apprezzato il valore della prova, sia sotto il profilo della concludenza che della indispensabilità ».

(6) CARNELUTTI, il Sequestro giudiziario delle prove... op. cit.; Rocco, Diritto proc. civ., volume V, pag. 163. Non può condividersi la decisione (Pret. Roma 9 giugno 1954 in Rep. Giust. civ. 1955 voce Sequestro, n. 127) secondo cui il sequestro di prove non può essere eseguito nei confronti di colui che, rimanendo contumace nel giudizio, persista in una posizione di fatto meramente passiva senza manifestare, con il mezzo processuale della eccezione, dissenso alcuno verso lo *ius exhibendum*.

occorre preliminarmente operare una precisazione sulle circostanze in presenza delle quali può dirsi esistente il diritto alla esibizione.

Innanzitutto, occorre ricordare che esso si sostanzia nell'interesse della parte a che il documento sia acquisito al processo, come elemento di giudizio sulla pretesa sostanziale fatta valere.

Va purtroppo rilevato che, *de iure condito*, nessuna norma tutela direttamente l'interesse alla esibizione o comunicazione di un documento, in guisa che la semplice pretesa di trarne elementi di prova non appare sufficiente a concretare tale diritto.

Anzi, appare viepiù legittimo il sorgere di seri dubbi in ordine alla esistenza dello stesso prima dell'intervento dell'ordine di esibizione da parte del giudice (7).

Per converso, si obietta autorevolmente che il sequestro di prove può essere autorizzato anche prima dell'inizio della causa di merito e, quindi, quando ancora non è ipotizzabile alcun ordine di esibizione da parte del magistrato istruttore.

Inoltre, ove si dovesse propendere per considerare venuto in esistenza il diritto a tale esibizione solo in seguito (ed in conseguenza) dell'ordine del giudice, si finirebbe per operare una ingiustificabile trasformazione della misura cautelare in misura esecutiva (8).

Pare dunque corretto convenire che il diritto in questione preesista all'ordine dell'autorità giudicante e debba essere considerato un mezzo, previsto dall'ordinamento, per garantire, per così dire, « l'integrità fisica » dell'oggetto da esibirsi in giudizio, impedendone così la distruzione, il deterioramento o la sottrazione.

Ci troviamo, senz'altro, di fronte ad un diritto di natura squisitamente processuale (9), che si distingue da quello sostanziale in

---

(7) L'art. 2711 cod. civile in riferimento alle scritture contabili delle imprese subordina l'esibizione del documento solo all'ordine del giudice, il che legittima il suddetto dubbio, a meno che sul documento non si vanti un diritto sostanziale, ma in tal caso l'ipotesi che viene in rilievo non è l'art. 670 n. 2 c.p.c. ma il n. 1 dello stesso articolo.

(8) CALVOSA, Voce « Sequestro » in *Novissimo Digesto*.

(9) Cfr. CALVOSA, *il Processo cautelare* pag. 68; Cass. 29 Maggio 1957 n. 1971 in *Mass. Foro It.* 1957, 391; Trib. Milano 17.6.1959 in *Foro pad.* 1959, I, 880; Trib. Milano 22.12.56 in *Giur. It.* 1959, I, 2, 68. In quest'ultima decisione il Tribunale di Milano ha ritenuto doversi trattare di un diritto a richiedere l'esibizione o la comunicazione, e non di una mera pretesa all'accoglimento della istanza, perché, se così fosse, la pretesa stessa, se attendibile, verrebbe munita

quanto rappresenta il potere giuridico di chiedere al giudice un ordine di esibizione o comunicazione per ottenere il correlato provvedimento, sia esso positivo o negativo.

Il sequestro di prove si appalesa quindi mezzo idoneo per scongiurare la possibilità che l'eventuale tardivo ordine di esibizione non sia in grado di sortire gli effetti sperati a causa del venir meno, a vario titolo, del documento.

È, inoltre, vero che esso non coincide con l'ordine di esibizione stesso, tant'è che, almeno in linea teorica, la circostanza che ad esso non faccia seguito alcun ordine da parte del giudice è cosa del tutto irrilevante.

Anche il concetto di « controversia relativa al diritto all'esibizione » esige alcuni chiarimenti.

Occorre preliminarmente sottolineare come essa deve consistere in un conflitto attuale e concreto di opinioni sull'esistenza o meno dell'obbligo, in capo al soggetto che detiene il documento, di esibirlo, tanto che il detentore sia parte nel procedimento in corso, quanto che egli sia solo astrattamente legittimato in ordine ad un futuro giudizio, quanto, infine, che sia, rispetto al processo nel quale si dovrà dare sfogo all'incombente istruttorio, semplicemente terzo.

Come si è già avuto modo di vedere in precedenza, il contrasto di opinioni è desumibile anche soltanto *per facta concludentia* (10), e può dirsi in atto sia in caso di rifiuto, senza giustificato motivo, durante o prima della causa, sia in caso di rifiuto per un motivo giustificato (11), configurabile, comunque, ai sensi dell'art. 118 c.p.c., in un grave danno per la parte o per il terzo, ovvero nell'essere questi costretti a violare uno dei segreti di cui agli artt. 200, 201 e 202 c.p.p.

Tutte le situazioni indicate concretano ipotesi di controversia

---

di coazione mediante il sequestro, mentre lo stesso ordine del giudice alla esibizione non è munito di coazione, in quanto il giudice, se il terzo oppone un rifiuto non giustificato può unicamente dedurre, ai sensi degli artt. 210 e 118 c.p.c., argomenti di prova a norma dell'art. 116 c.p.c.

(10) La controversia in questione non deve avere ad oggetto la contesa in ordine alla proprietà o al possesso del documento, perché in tal caso si verserebbe nell'ipotesi prevista dal n. 1 art. 670 c.p.c.

(11) In conformità a quanto disposto dall'art. 118, 2 c., c.p.c. in questi casi il giudice da tale rifiuto può desumere argomenti di prova, a norma dell'art. 116, 2. comma, c.p.c.

e legittimano, in concorso con gli altri requisiti, l'emanazione della misura cautelare.

L'ultima condizione richiesta, come già visto, è rappresentata dall'opportunità di provvedere alla custodia temporanea del documento o dell'oggetto di prova per evitare che, *medio tempore*, esso venga sottratto alla sua funzione. Ora, ove si consideri che il sequestro della prova può essere autorizzato senza che si accerti l'esistenza del *periculum in mora*, ma solo perché se ne sia ravvisata l'opportunità, si coglie senza tema di smentita il suo fine conservativo.

Ne consegue che il provvedimento cautelare *de quo* può essere emanato anche se risulta che la parte richiedente potrebbe fornire « *aliunde* » la prova che sta alla base della sua pretesa sostanziale e, persino, nell'ipotesi in cui non appaia attuale od imminente il pericolo che l'oggetto di prova possa essere distrutto o deteriorato.

4.b) Sulla premessa che il titolo di credito è elemento costitutivo del diritto, oltre che requisito indispensabile senza il quale quest'ultimo non può essere validamente esercitato, né trasferito, né espropriato (1), assume carattere di viva attualità la controversa problematica relativa all'esperibilità delle misure cautelari - ed, in particolare, del sequestro giudiziario - in relazione ai titoli di credito.

Si segnala, altresì, la presenza di un'accesa disputa, *in subiecta materia*, anche sotto il diverso profilo - pur connesso col precedente - dei modi d'esercizio dei diritti incorporati nel titolo sottoposto a tutela sommaria.

Precisate tali premesse, occorrerà subito avvertire che l'unico aspetto non controverso delle problematiche testé evidenziate è rappresentato dall'opinione, diffusa in dottrina e suffragata da costante giurisprudenza (2), dell'ammissibilità del sequestro giudiziario di titoli di credito ove sussista controversia sulla proprietà e sul possesso del documento, che viene pertanto trattato alla stregua di cosa mobile, oggetto di contesa, da sottrarsi alla materiale disponibilità dei contraddittori (3).

---

(1) PIERI-TRIDICO «La cambiale», UTET, Torino 1982, pag. 78. ANGELONI, «La cambiale e il vaglia cambiario», Roma 1949, pag. 45.

(2) Per l'orientamento dottrinale nel senso indicato si vedano, per tutti: PROTETTI, op. cit. pag. 23; CIVELLO «Sequestro giudiziario di titoli di credito» in Temi Rom. 1980-401. Per la giurisprudenza: Cass. Civ. 17.1.85 n. 106 in Rep. Giur. It. 1985; Cass. Civ. 10.5.82 n. 2890 in Mass. 1982; infine, più recentemente, C. App. Ancona 6.2.87 inedita.

(3) Così TARZIA, Problemi processuali dei titoli di credito in «I titoli di credito» a cura di Giovanni Pellizzi, Giuffrè, Milano, pag. 562; l'Autore precisa, in proposito, che «potrebbe chiedere il sequestro giudiziario, colui che si vanta possessore del titolo in virtù della sua legge di circolazione, ma non ne abbia la materiale detenzione. Può evidentemente chiedere il sequestro giudiziario il portatore di una cambiale che non riesca ad ottenere la conseguenza da chi la detiene, giacché questi gliene contesta il possesso».

Circa le modalità di esecuzione della misura cautelare, si osserva altresì concordemente che essa non può avere efficacia se non ove venga eseguita sul titolo stesso e ciò sia in virtù del principio dell'incorporamento del diritto nel titolo, sia per l'incontrovertibile tenore dell'espressa previsione dell'art. 1997 cod. civ.

Ciò premesso, va subito rilevato che autorevole dottrina ritiene che, se è vero l'assunto secondo il quale il diritto di cui al rapporto sottostante si compenetra indissolubilmente nel titolo e vi si trasfonde, sì da legittimare il possessore a pretendere la prestazione, è proprio il diritto sul titolo a costituire premessa indispensabile del conseguente diritto alla prestazione stessa. Da ciò discende che l'indisponibilità del secondo non può che tradursi nell'indisponibilità del primo (4).

Come si è già avuto modo di segnalare in premessa, l'interpretazione anzidetta non è priva di contrasti (5).

Si è infatti sostenuto che l'art. 1997, trattando dei vincoli che limitano il diritto reale di proprietà sul titolo e, conseguentemente, il suo esercizio, prende in considerazione esso titolo come semplice « *res* ».

Per contro, si è correttamente obiettato che tale orientamento finisce per svilire e vanificare la portata dell'articolo *de quo* essendo evidente che, ove si voglia limitare il diritto di proprietà sul titolo ed il suo esercizio, si dovrà successivamente costituire un vincolo sul titolo stesso (6).

In altri termini, si potrà dare una portata utile alla norma in questione solo attraverso una esegesi che ne chiarisca il significato nel senso di ritenerla volta a prescrivere che il vincolo sul diritto cui si riferisce il titolo, si debba formare nella stessa maniera in

---

(4) In tal senso: FRAGALI, Misure esecutive e cautelari sui titoli di credito, in Banca Borsa tit. credito 1958, I, pag. 470 ss.; FERRI, I titoli di credito, in Tratt. di diritto civile del Vassalli, Torino 1950, p. 15; FIORENTINO, Titoli di credito, in Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna 1957 pag. 100.

(5) Per tutti: LA LUMIA in Commentario al cod. civile del D'AMELIO, Obbligazioni, III, Firenze 1949, pag. 74.

(6) FIORENTINO in Commentario cit., pag. 100.

cui si costituiscono i vincoli su una cosa e non già in guisa tale da costituire un vincolo su un diritto di credito (7).

Un altro aspetto della problematica in questione, che non ha mancato di suscitare notevoli perplessità, è rappresentato dal profilo eminentemente pratico ed attuativo del disposto di cui all'art. 1997 e, segnatamente, dalla procedura attraverso la quale vengono esperiti i rimedi processuali in esso indicati.

Si è sostenuta, da parte di autorevole dottrina (8), la necessità della menzione, sul titolo fatto oggetto di tutela sommaria - e, per quel che qui interessa, di sequestro giudiziario - della misura cautelare eseguita mediante l'annotazione della stessa sul documento; incumbente, questo, curato personalmente dall'ufficiale giudiziario (9).

Consequentemente, spostando il discorso sui titoli nominativi in generale e, tra questi, sulle azioni societarie in particolare, appare evidente la necessità dell'annotazione del sequestro e del pignoramento non solo sul documento ma - conformemente a quanto espressamente previsto per questo genere di titoli - anche sul registro dell'emittente, come avverrebbe ex art. 2024 cod. civ. a seguito di normale trasferimento negoziale.

Occorre avvertire che siffatta concezione dottrinale presta il

---

(7) Così FRAGALI, op. cit. pag. 471; secondo l'Autore tale interpretazione non può essere messa in dubbio dal fatto che l'art. 1997 ora fa riferimento alla indisponibilità della cosa oggetto del diritto cartolare («vincolo sulle merci dal titolo rappresentate»), ora all'indisponibilità di tale diritto («vincolo sul diritto menzionato dal titolo»), perché la duplice, diversa precisazione che si consegue mercé il vincolo sul titolo, a seconda che esso menzioni un diritto alla consegna di una cosa o un diritto ad una prestazione pecuniaria; la c.d. rappresentatività del titolo, in questo secondo caso, non è altro che un modo di essere dell'effetto che l'incorporazione o la connessione può provocare.

(8) Si veda per tutti FERRI, op. cit. pag. 15 il quale in proposito, afferma che: «Ove infatti il titolo rimanga in possesso del debitore pignorato, o del sequestrato o della persona assoggettata a pignoramento, e nessuna annotazione sia compiuta sul titolo, rimane la possibilità da parte di tutte queste persone di esercitare il diritto e quindi frustrare quel vincolo che da esse era stato accettato o ad esse era stato imposto, mentre manca ogni possibilità da parte del creditore di esercitare uno qualsiasi dei diritti inerenti al titolo in difetto del documento».

(9) Così, tra gli altri, ANDRIOLI, Commento al cod. proc. civ., II, sub art. 518, pag. 147.

fianco a numerose critiche, che muovono soprattutto dal rilievo della estrema « macchinosità » che, così operando, verrebbe ad assumere l'esercizio sia dell'azione cautelare che di quella esecutiva (10).

In senso analogo, altri Autori non hanno mancato di rimarcare le ulteriori difficoltà che potrebbero sorgere in relazione alla circostanza che il titolo di credito da sequestrare possa trovarsi nelle mani del debitore o di un terzo, rendendo così ancor più complessa la pratica attuazione della misura cautelare (11).

Dalle predette argomentazioni pare pertanto si possa concludere nel senso di ritenere che la soluzione più agevolmente procedibile - oltre che, *funditus*, più corretta - debba essere quella secondo la quale misura cautelare ed esecutiva dovranno colpire direttamente il titolo nelle forme previste dalla legge processuale per l'esecuzione presso il debitore o presso il terzo.

In altri termini, nell'ipotesi di sequestro giudiziario, sarà applicabile la procedura di cui all'art. 677 c.p.c., mentre nei diversi casi di sequestro conservativo, ovvero di pignoramento, si dovrà far ricorso alla procedura prevista dagli artt. 492 e 543 del codice di procedura civile (12).

Va infine rilevato che, tra gli indubbi pregi della soluzione qui prospettata, si deve senz'altro annoverare l'eliminazione di quell'attività di cui, viceversa, si troverebbe onerato l'ufficiale giudiziario: attività che si appalesa assai difficilmente realizzabile ove

---

(10) In tal senso si esprime FRAGALI, op. cit. pag. 472.

(11) Si veda per tutti G. TARZIA op. cit. pag. 567: « Non un terzo possessore cartolare, poiché in tal caso il terzo sarebbe legittimato all'esercizio dei diritti cartolari, ma un terzo depositario (omissis) il debitore può aver affidato a custodia o in amministrazione i suoi titoli a una banca, presso cui dovrà essere eseguito il pignoramento. Questo, però non potrà attuarsi nelle forme del pignoramento mobiliare diretto (art. 513 c.p.c.)... ma nelle forme del pignoramento presso terzi (art. 543 c.p.c.), chiamando cioè la banca a rendere una dichiarazione davanti al pretore, per specificare se tiene in custodia o in amministrazione i titoli di proprietà del debitore sequestrato o pignorato ».

(12) La presente conclusione pare trovare il conforto di consolidata giurisprudenza: si veda, per tutte Cassazione 22 ottobre 1963, n. 2799 in Banca Borsa e Tit. credito, 1964, II, pag. 27: « Il pignoramento dei diritti incorporati in un titolo di credito va eseguito nelle forme del pignoramento su cosa (quindi o presso il debitore o presso terzi, individuando quest'ultimo nel materiale detentore e non nell'emittente del titolo); ancora, più di recente si vedano Cass. civ. 10.5.82 n. 1890 in Rep. Giur. it. 1982; Cass. civ. 17.1.85 n. 106 in Mass. 1985.

si consideri che lo stesso, fuori delle ipotesi di esecuzione diretta - nelle quali potrebbe eseguire l'annotazione sul titolo che cade nella sua materiale disponibilità - non avrebbe mai la possibilità di eseguire la prescritta annotazione, nel caso di titoli nominativi, sul registro dell'emittente senza il consenso di quest'ultimo, né potrebbe operare, nel pignoramento presso terzi, senza la collaborazione del terzo detentore (13).

Un altro profilo particolarmente interessante può rilevarsi, sempre in tema di sequestro giudiziario di titoli di credito, in relazione al problema dell'esperibilità dell'azione cambiaria in costanza di sequestro giudiziario del titolo.

Si sottolinea in materia, la presenza di un vivace dibattito, in dottrina così come in giurisprudenza, alla cui soluzione si cercherà, nelle pagine che seguono, di dare un sia pure minimo contributo.

Questione preliminare, al riguardo, è rappresentata dalla possibilità o meno, per il debitore cambiario, di avvalersi della predetta misura, nell'ipotesi in cui egli abbia necessità di esperire il rimedio cautelare sul presupposto dell'insussistenza del diritto che legittima il prenditore a servirsi del titolo, emesso in realtà senza causa, ovvero per una causa in seguito venuta meno (14).

L'ipotesi in questione si realizza tutte le volte in cui si manifesta la necessità di impedire che il documento possa essere girato a terzi di buona fede, cui l'eccezione personale in oggetto si appaleserebbe inopponibile, ovvero possa essere presentato dal portatore per il pagamento o per il protesto.

Liminare al tema trattato, giusta la premessa fatta in apertura

---

(13) La problematica evidenziata è stata diffusamente trattata da FRAGALI op. cit. pag. 472 e ss. A tal proposito l'Autore afferma che: « nel caso in cui il titolo è detenuto dal terzo se è possibile disporre la esibizione all'ufficiale giudiziario nel caso di sequestro giudiziario (Art. 677, 3. c.) non vi sarebbe questa possibilità nel caso di pignoramento e sequestro conservativo, che non consentono una invasione diretta dell'ufficiale giudiziario nella sfera del terzo... »

(14) Alcuni esempi possono essere costituiti dalla cambiale emessa a titolo di favore, ovvero dalla cambiale emessa « a garanzia » dell'adempimento di una obbligazione; si consideri ancora, il caso del titolo di credito emesso in relazione ad un contratto i cui effetti siano venuti meno; o l'ipotesi in cui il contratto stesso si sia risolto per causa ascrivibile, secondo il debitore cambiario, alla controparte beneficiaria del titolo.

del presente paragrafo, è il problema della sussistenza o meno, nel caso di specie, di una controversia sulla proprietà o sul possesso (15).

Va subito detto che la dottrina prevalente ha optato per quest'ultima soluzione (16), sostenendo l'esperibilità del sequestro giudiziario tutte le volte in cui, trovandosi il titolo di credito nelle mani del diretto contraente, il debitore sia in grado di affermare l'insussistenza di un suo obbligo al pagamento del titolo stesso per mancanza o cessazione della causa del rilascio, ovvero della trasmissione del titolo, e pretenda, quindi, per l'effetto, la restituzione del documento (17).

Per converso, si è acutamente eccepito che, nella fattispecie, il debitore esperisce la misura cautelare allo scopo di far valere una obbligazione di non fare, onde impedire che il portatore presenti o giri il titolo (18).

---

(15) Si segnala che, in proposito, alcuni Autori hanno ritenuto, nel caso di specie, potersi ricorrere alla procedura di ammortamento (Trib. Bologna, decreto 18 novembre 1950, Giur. it. 1951, 1, 2). La soluzione non pare però procedibile né corretta, difettando, in tali ipotesi, l'estremo della sottrazione del titolo BIGIAVI Giur. It. Riv. dir. civ., 1955, 496: « Sequestro giudiziario di cambiale per evitare la girata ».

(16) TARZIA op. cit.; BIGIAVI, op. cit.; PELLIZZI, Sequestro giudiziario di titolo di credito e in mancanza di causa nel rilascio in Riv. dir. civile 1958, II, 278; l'opinione dottrinale trova anche conforto nella giurisprudenza, pur non sempre univoca in materia. Si veda, per tutte, Trib. Trieste 20.12.82 in Foro Padano, anno 1984, I pag. 470 « Può essere concesso il sequestro giudiziario sui titoli di credito (nella specie pagherò cambiari) presso il prenditore a favore dell'emittente, essendo meritevole di tutela anche un « jus ad rem », quale il diritto alla restituzione del titolo ove sia riscontrata la mancanza o successiva caducazione della causa derivata dal rapporto sottostante, mentre va esaminata con molta attenzione la estensibilità di tale misura nei riguardi di terzi possessori di buona fede, per la minaccia che essa arrecherebbe alla sicurezza della circolazione cartolare ».

(17) Contro l'opinione sopra riportata in nota si segnalano: Cass. Civ. 10.5.82 n. 2890 in Mass. 1982; e ancora Trib. Bologna, Dec. Pres. 30 Ottobre 1954, in Riv. dir. civ. 1955, 496: « Il debitore cambiario, il quale ritenga di poter opporre valide eccezioni al prenditore, se e quando richiesto del pagamento, non può nel frattempo chiedere il sequestro giudiziario della cambiale per evitarne la girata, dato che egli non accampa (né può accampare) alcuna pretesa di proprietà o di possesso ».

(18) MONTESANO, « Misure cautelari sulla cambiale a favore di chi l'ha emessa senza causa o per causa venuta meno » in Banca Borsa 1955, II, 547; e ancora si veda, sempre dello stesso Autore, « I procedimenti d'urgenza nel processo civile », Napoli, 1955.

Ipotesi, questa, ben diversa da quella che costituisce il necessario presupposto del sequestro, e cioè la sussistenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso della « *res litigiosa* ».

L'obbligo di restituzione del titolo, nel caso di specie, pare invero sorgere da una situazione assai più complessa, che si connette in maniera consequenziale al divieto di valersi del titolo stesso.

È stata pertanto ipotizzata, da parte dei fautori di questa tesi, l'esperibilità del rimedio atipico di cui all'art. 700 c.p.c..

Si deve tuttavia concludere che tale soluzione non pare convincente né procedibile ove si consideri che il provvedimento d'urgenza finirebbe per coartare il portatore ad un *non facere*, con l'illogica conseguenza che si potrebbe, in tal modo, ottenere in via provvisoria ed interinale una tutela diversa ed addirittura maggiore di quella definitiva (19).

A sostegno dell'assunto può agevolmente argomentarsi che è inammissibile una condanna « a non girare il titolo » per il semplice fatto che non è materialmente possibile costringere qualcuno ad un *non facere* di natura infungibile (20).

Si segnalano, infine, per doverosa completezza, teorie che, prendendo spunto dalle precedenti (21), operano una distinzione tra le varie ipotesi e finiscono per orientarsi nel senso di ritenere ammissibile il sequestro giudiziario allorché si controverta esclusivamente sul diritto alla restituzione, ritenendosi per converso esperibile il ricorso al provvedimento d'urgenza ove si voglia, diversamente, inibire la sola girata (22).

---

(19) Così MONTESANO, op. cit. pag. 549 e ss. « Al provvedimento d'urgenza la legge attribuisce una funzione strumentale rispetto alla tutela ordinaria di un diritto soggettivo. Pertanto nelle forme del provvedimento d'urgenza non è possibile l'esperimento di mezzi di difesa proponibili solo quando sia promossa da altri azione per far valere una ingiusta pretesa, ma solo per assicurare in via provvisoria le ragioni del titolare di un diritto ».

(20) Come acutamente osserva TARZIA, op. cit., pag. 564.

(21) Sul tema vedi FRAGALI, op. cit. pag. 456.

(22) In proposito, si segnala che, secondo FRAGALI, op. cit. 497, il rimedio del provvedimento d'urgenza sarebbe applicabile nella ipotesi in cui il prenditore abbia assunto una obbligazione di non fare, come quella di non girare la cambiale, in tale ipotesi il risultato non è quello di rendere impossibile la violazione dell'obbligo, ma di assicurarsi in via preventiva gli effetti di una pronuncia diretta all'accertamento dell'esistenza di esso.

Sempre in relazione al *thema* trattato (23), si segnala un altro profilo di particolare interesse, caratterizzato ancor più di quelli testé esaminati, dalla mancanza di univocità di opinioni circa la sua concreta soluzione.

L'aspetto che sarà di seguito considerato è afferente anch'esso al tema dell'esercizio dei diritti incorporati nel titolo: ma, questa volta, riguarda il soggetto passivo della misura cautelare, cioè a dire, il sequestrato o, *rectius*, la possibilità per lo stesso, di esperire azioni volte ad ottenere il pagamento della somma indicata nel titolo di credito assoggettato a misura cautelare (24).

Occorre subito avvertire, *in limine*, che non esiste problema alcuno, a tal riguardo, nel caso in cui la misura cautelare alla quale venga assoggettato il bene sia rappresentata dal sequestro conservativo. A tal proposito vi è assoluta univocità di vedute sul fatto che, ove si giungesse a consentire al sequestrato la facoltà di dispor-

---

(23) PELLIZZI, op. cit. pag. 279. Tale Autore, in particolare, rileva, al riguardo, che il diritto di proprietà o di possesso sul e al titolo di credito costituisce concetto indipendente da quello di autonomia, astrattezza e letteralità del titolo stesso, rispondendo così anche all'osservazione espressa da BIANCHI D'ESPINOSA « Vent'anni di giurisprudenza sulle leggi cambiarie », Milano 1957, pag. 216, secondo cui ripugnerebbe al carattere letterale ed astratto del credito cambiario ritenere che il debitore possa sottrarsi in via preventiva all'efficacia del titolo in base ad eccezioni relative al rapporto fondamentale sottostante. Ancora PELLIZZI chiarisce (op. cit. pag. 781) che il sequestro giudiziario di un titolo di credito non può essere concesso nel caso in cui il titolo sia stato emesso con convenzione *inter partes* di non metterlo in circolazione, sempre che sia valida la causa di rilascio, ed esclude la possibilità del rimedio cautelare in oggetto nel caso di mancanza non totale di causa, cioè a dire nell'ipotesi in cui sopravviva nel rapporto sottostante una parte sia pur minima del debito dell'emittente, in quanto in tale eventualità viene a mancare il presupposto del « jus ad rem ».

(24) Naturalmente si versa nell'ipotesi in cui il titolo sequestrato si trovi nelle mani del diretto contraente. Infatti secondo Cass. civ. 17.1.85 n. 106 inedita: « Non è ammissibile il sequestro giudiziario di cambiali che, a seguito di una serie continua di girate, siano in possesso di persona diversa dal contraente diretto di chi richiede il sequestro in quanto, ai sensi dell'art. 1994 cod. civ., il terzo portatore di un titolo di credito in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione non è soggetto a rivendicazione, onde nei suoi confronti non può essere invocato quello jus ad rem, che riposa soltanto su un rapporto diretto sottostante all'emissione o al trasferimento che costituisce il presupposto della misura cautelare, fondata sulla possibilità di una controversia sulla proprietà o sul possesso ».

re - ovvero, semplicemente, di godere - del bene assoggettato al vincolo cautelare, si finirebbe inevitabilmente per svuotare di ogni contenuto l'istituto.

Peraltro, va sottolineato che nulla vieta al custode del titolo cambiario, ove questi sia previamente e debitamente autorizzato ai sensi dell'art. 521 c.p.c., di esigere, pendente il vincolo cautelare, il pagamento della somma da parte degli obbligati.

Infatti, detta facoltà assolve al duplice scopo di evitare, da un lato, che le azioni derivanti dal titolo si prescrivano e, dall'altro di realizzare gli interessi di entrambi i soggetti del rapporto cautelare (sequestrante e sequestrato) al trasferimento del vincolo dal titolo alla somma in esso indicata (25).

La questione, dunque, resta circoscritta al problema relativo all'obbligatorietà o meno, per il sequestrante-debitore cambiario, di eseguire la prestazione con la sinallagmatica e diretta conseguenza del sorgere a favore del sequestrato-creditore cambiario (nonché diretto contraente), della legittimazione ad agire per ottenerla.

Va subito rimarcato che, al riguardo, la giurisprudenza si è sempre espressa per la negativa, nel senso, cioè, di escludere l'ammissibilità di tale prestazione e del corrispondente ed opposto diritto (26).

Appare tuttavia, a ben vedere, senz'altro preferibile la soluzione inversa, quella che ritiene cioè, che il sequestro del titolo non faccia venire meno l'azione che deriva dallo stesso (27).

Infatti, se è corretta la premessa secondo la quale il vincolo del sequestro riguarda essenzialmente il titolo, considerato per quel che qui interessa, come strumento per impedirne la circolazione, è evidente che il sequestrato potrà ottenere la prestazione attraverso l'esercizio della azione cambiaria anche ai sensi e per gli effetti del-

---

(25) Vedi in proposito DE MAJO, L'esercizio dell'azione cambiaria in pendenza del sequestro giudiziario del titolo, in Banca e Borsa, 1960, II, pag. 306. Per tutte si veda: Trib. Vigevano 9.3.83 in Banca Borsa 1984, II, 256.

(26) E ancora Trib. Parma, 21 luglio 1986 inedito: Il sequestro giudiziario di un vaglia cambiario, attivandosi sul titolo, ne sottrae a chicchessia il possesso e, quindi, la disponibilità della ragione creditoria che vi è incorporata e rende pertanto improcedibile l'azione cambiaria per difetto della legittimazione processuale, condizionata al possesso del titolo.

(27) L'opinione qui espressa trova conforto in recenti pronunce dei giudici di merito ed è autorevolmente sostenuta in dottrina dal DE MAJO, op. cit.

l'art. 65 L. camb., e cioè, in via riconvenzionale, in sede di giudizio di convalida del sequestro.

Né vale, al riguardo, eccepire il difetto di legittimazione del creditore cambiario (art. 201 L. camb. e art. 2008 cod. civ.) per effetto dello spossessamento conseguente alla misura cautelare, in quanto proprio in relazione al sequestro, attivato per iniziativa del debitore nei confronti del creditore, si può argomentare senza tema di smentite che la cambiale non si trova nelle mani di un terzo e che non sussiste pertanto alcun pericolo che l'obbligato cambiario sia tenuto a pagare una seconda volta.

In tal modo viene assolta una delle fondamentali esigenze poste dal legislatore alla base della disciplina del titolo di credito: quella, cioè, della necessità di accettare, in base al possesso del titolo, la *legittimatio ad praestationem*, onde evitare la denegata ipotesi di una duplicazione di pagamento.

Ogni diversa e contraria soluzione (28) si appalesa improcedibile proprio perché suscettibile di condurre, invariabilmente, alla conclusione secondo la quale il debitore cambiario, ottenuto - per ipotesi, anche senza fondamento - il sequestro giudiziario del titolo, potrebbe sottrarsi al rigore delle norme cambiarie, ponendo nel nulla l'art. 65 c. 2° L. camb.; e ciò in virtù del fatto che il creditore, in tali casi, non avrà la facoltà di agire con l'azione cambiaria per difetto di legittimazione, né potrà utilmente esperire l'azione causale, impossibilitato come sarà a depositare in cancelleria il titolo che gli è stato sequestrato, secondo le prescrizioni di cui all'art. 66 L. Camb. (29).

Un analogo problema si configura nell'ipotesi di esercizio dell'azione cambiaria in costanza di sequestro penale del titolo (30).

---

(28) Si veda per tutte C. app. Venezia 17 gennaio 1958 in Riv. dir. e proc. civ. 1960, 150.

(29) L'opinione qui sostenuta trova puntuale conferma nella considerazione che l'art. 65 L. Camb. offre al giudice la possibilità di temperare il favor creditoris, imponendo a quest'ultimo una cauzione.

(30) PAVONE LA ROSA, La cambiale - Trattato di diritto civile e commerciale Milano 1962, 660; in particolare si fa ivi riferimento al decreto di ammortamento esecutivo, che surroga ad ogni effetto il titolo andato perduto, alla sentenza di rigetto dell'opposizione del detentore, al duplicato di cambiale, cui è riconosciuta efficacia cartolare. Il che è del resto previsto dagli artt. 83 e 84 L. camb. di cui

Malgrado le numerose dispute, in *subiecta materia*, fra dottrina (31) e giurisprudenza (32) attestata su posizioni contrastanti quando non diametralmente opposte, si deve, allo stato, ormai ritenere comunemente riconosciuta come rispondente ad una esigenza pratica di tutta evidenza, la possibilità di agire in via esecutiva, in forza della copia autentica della cambiale sequestrata, ad opera del terzo portatore di buona fede, il quale, in caso contrario, si vedreb-

---

al R.D.L. 21.9.33 n. 1345. Il creditore può limitarsi a produrre in giudizio uno degli esemplari in suo possesso, e il debitore si libera eseguendo il pagamento in base al duplicato e al suo ritiro, anche se non abbia dichiarato che il pagamento è diretto ad estinguere il debito risultante da tutti i duplicati.

(31) Appare opportuno segnalare che le posizioni della dottrina sono al riguardo, contrastanti. Secondo alcuni Autori (tra cui citiamo FRAGALI, op. cit., ANGELONI, la cambiale cit., VALERI Diritto cambiario cit.) non è possibile sostenere l'equivalenza della copia e conseguentemente la legittimazione del creditore all'esercizio dell'azione cambiaria nelle more del detto procedimento. Secondo altri (BIANCHI D'ESPINOSA, Le leggi cambiarie, op. cit. pag. 363, PELLIZZI, Esercizio del diritto cartolare, Bologna, 1967, 164; TARZIA op. cit. ed altri ancora) vi è idoneità delle copie rilasciate a sostituire ad ogni effetto i rispettivi titoli originali, mentre l'aspetto problematico si pone nel senso di garanzia « di restituzione » del titolo originario e non in termini di equivalenza, agli effetti probatori, della copia autentica rispetto al documento sottoposto a sequestro.

Ancora DE SEMO, Trattato di diritto cambiario, Padova, 1963, 267; sostiene che il portatore avvalendosi del disposto dell'art. 343 può elevare protesto sulla base della copia autentica del titolo rilasciata dal cancelliere, a ciò autorizzato dal giudice, essendo tale copia considerata equipollente al titolo originale, ai fini dell'azione di regresso.

(32) Anche in Giurisprudenza si segnalano scarsa univocità e posizioni contrastanti; peraltro la maggior parte delle pronunce parlano di « equivalenza » della copia autentica rilasciata ex art. 343 (Cass. 18 luglio 1980 n. 4696 in Foro Italiano 1980, I, 2720; Cass. 1.12.78 n. 5690 in Giust. civ. 1979, I, 457; Cass. 6.7.74, n. 2018 in Giur. It. 1975, I, 1108; Cass. 27.7.67 n. 1994 in Foro It. Mass. 1967, 560; Cass. 9.5.67 n. 933 in Banca e Borsa 1968, II, 197; Cass. 28.10.1959 n. 3137, Banca e Borsa 1959, II, 498). In senso contrario App. Venezia 17 gennaio 1958, in Rivista diritto e procedura 1960, 150; Trib. Parma 20 luglio 1959 in Banca e Borsa 1960, II, 303.

Vi è anche una posizione intermedia secondo cui può parlarsi di equivalenza nel senso che è riconosciuto al possessore estraneo al procedimento penale, il diritto al rilascio di copia autentica del titolo oggetto del sequestro. (Cass. 3 maggio 1969 n. 1468 in Foro It. 1969, 2219 e Cass. 8 novembre 1978 in Foro It. 1979, II, 571. Entrambe queste pronunce hanno riconosciuto al possessore estraneo al provvedimento penale il diritto di ottenere la copia autentica del titolo oggetto del sequestro.

be forzatamente sospendere l'autonomo diritto cambiario per eventi a cui egli è assolutamente estraneo.

Del resto, la funzione del sequestro penale è, evidentemente, quella di curare che il « corpo » e le tracce del reato siano conservate per evitare che si alterino o si disperdano (art. 354 c.p.p.); dunque, legittima ed opportuna appare la norma che prescrive che l'indisponibilità della misura penale debba gravare sul documento - cosa mobile - e non già sul diritto di credito che in esso è incorporato. In tale modo nessun interesse del debitore risulta violato, né allo stesso è recato alcun pregiudizio, potendosi garantire il possesso del titolo all'atto della cessazione degli effetti del sequestro (33).

---

(33) ANNUNZIATA, « Levata di protesti su copie fotostatiche di cambiali sottoposte a sequestro penale e tutela d'urgenza in tema di pubblicazione di protesti », in Banca, Borsa e Titoli cr., 1971.

5.c) Uno dei profili afferenti all'applicabilità del mezzo cautelare trattato che da sempre ha suscitato maggiori perplessità in giurisprudenza così come in dottrina è rappresentato dalla compatibilità del sequestro — nelle sue differenti forme — con le procedure concorsuali e, segnatamente, con il fallimento.

Appare oltremodo evidente l'impossibilità di procedere ad un corretto approccio con la problematica in questione senza aver previamente affrontato, seppure in maniera succinta per la necessaria ristrettezza imposta dalla presente trattazione, le tematiche che appaiono fondamentali per il corretto inquadramento dell'argomento trattato: tematiche che, logicamente, involgono i rapporti intercorrenti tra la tutela cautelare ed il processo di esecuzione nonché le relazioni tra la prima ed i principi generali che regolano la materia del fallimento e che sono per gran parte comuni a tutte le altre procedure concorsuali.

Viene anzitutto in rilievo, quanto alla prima premessa, il controverso problema dell'autonomia della tutela cautelare: ferme restando le considerazioni esposte e le argomentazioni svolte infra (1), sarà qui doveroso ricordare che la migliore dottrina ha sempre ritenuto quella cautelare come un'attività che, lungi dal possedere una propria autonomia, risulta notevolmente caratterizzata dal requisito della strumentalità nei confronti dell'attività di cognizione o di esecuzione ovvero di entrambe (2) (2 bis).

---

(1) Si rimanda espressamente alla trattazione di cui sub. 1° paragrafo e segnatamente ai menzionati scritti di A. PROTO PISANI « emergenza nella giustizia civile » cit. loc.; VITTORIO, GASPARINI, CASARI « Introduzione allo studio della tutela cautelare » cit. loc. cit.; e soprattutto LANCELLOTTI, Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare, in Riv. dir. proc. 1939 - I, pag. 232 ss.

(2) Per una autorevole e puntuale disamina delle relazioni intercorrenti tra le varie forme di tutela giurisdizionale e dei criteri distintivi elaborati dalla dottrina per le tutele cognitive, cautelari ed espropriative si veda COSTANTINO, « Le espropriazioni forzate speciali » in Quaderni di Giur. Comm., Milano 1984, pag. 10 ss.

(2bis) Si veda, per tutti, PROTETTI « La tutela cautelare nel disegno di riforma del codice di procedura civile », in Nuovo Dig. pag. 137 ss.

Il citato orientamento dottrinale non ha infatti mancato di evidenziare, a sostegno dei propri assunti, come la funzione propria della tutela cautelare « lato sensu » vada individuata e circoscritta nell'esigenza di ovviare a tutti quei pericoli o a quei pregiudizi di vario genere che siano suscettibili di compromettere, nelle più volte lamentate « more » della tutela giurisdizionale ordinaria, il risultato finale della stessa (3) o, — per dirla come la prevalente dottrina (4) — la « fruttuosità » dell'azione.

Altri Autori hanno sostenuto, pur senza discostarsi in maniera rilevante dall'orientamento sopra menzionato, che il processo cautelare possa configurarsi come una terza « species » del processo civile, distinta — anche se non propriamente fornita di autonomia — dal processo di cognizione, la cui caratteristica sarebbe rappresentata, in buona sostanza, dallo scopo di garantire e conservare uno stato di fatto e di diritto nell'attesa dell'accertamento definitivo e della esecuzione (5).

Anche il cennato orientamento, peraltro, finisce per propendere per la considerazione della tutela cautelare in funzione « mediata » e, dunque, in definitiva « strumentale »; il che escluderebbe senza ombra di dubbio — come sopra si è ricordato — ogni possibilità di autonomia per la stessa (6).

Sulla scorta di tale interpretazione, si è cercato di evidenziare come la struttura del processo cautelare « ricordi » sotto un certo

---

(3) Sul tema si veda ancora PROTETTÌ in « Sequestro di quote di s.r.l. », in « Società » 1986 pag. 839 e ss.

(4) In tal senso MANDRIOLI « Corso di dir. processuale civile » Torino 1987, pag. 22 e ss.

Secondo l'Autore, l'attività cautelare non sarebbe attività autonoma ma strumentale rispetto a quella di cognizione o di esecuzione o di entrambe. La funzione propria di questo processo consisterebbe — sempre secondo l'Autore citato — nell'ovviare ai pericoli che durante il tempo necessario per ottenere la tutela giurisdizionale possano compromettere la fruttuosità della stessa.

(5) Nel senso indicato si veda, per tutti CONIGLIO « Il sequestro giudiziario e conservativo » Milano 1949 pag. 20 ss. E ancora, CALAMANDREI « Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari » Padova 1936 pag. 87.

(6) In tal senso, più recentemente, FRESINA, « Tutela anticipatoria e misure cautelari » in Riv. dir. proc. 86 pag. 364 ss. In senso analogo, CONIGLIO, op. e loc. cit.

profilo, sia il processo di cognizione che quello di esecuzione, quasi fosse un « tertium genus » rispetto ai due precedenti (7) (8).

Per converso, si è altresì ritenuto che il processo cautelare appartenga in realtà al solo processo di cognizione poiché, come questo ultimo, tenderebbe all'accertamento di situazioni giuridiche in contestazione (9).

Appare dunque evidente, per le considerazioni sopra esposte, che il dato incontrovertibile che emerge, in *subiecta materia*, è rappresentato dalla generale consapevolezza della strumentalità della tutela cautelare rispetto alle altre forme di tutela giurisdizionale (10).

Posta questa premessa, occorrerà però subito evidenziare che, pur conservando il carattere della strumentalità nei confronti sia del processo di cognizione che di quello di esecuzione, il processo cautelare parrebbe presentare analogie con quest'ultimo.

In particolare — e con l'ulteriore conforto che può derivarci da spunti di natura comparatistica (11) — sembrerebbe non potersi ne-

---

(7) Sulla classificazione del processo cautelare come « tertium genus » rispetto a quelli di cognizione e di esecuzione si veda, per tutti, F. CARNELUTTI, « Introduzione al diritto processuale civile I, pag. 125 ss.

(8) Secondo alcuni Autori fra i quali fa spicco il CALAMANDREI (« Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari - Padova 1936 pag. 87 ss.) esisterebbero una cognizione cautelare ed una esecuzione cautelare, tutte le volte in cui, per attuare la cautela, bisogna compiere una modificazione del mondo esterno.

(9) È opportuno segnalare che la teoria che si è qui voluta sintetizzare appare come minoritaria in dottrina.

Sul tema si vedano, per tutti, NOVELLI « Provvedimenti cautelari » in Dir. Prat. prov.; e ancora, nel senso indicato, SCHERINI « Provvedimenti cautelari » in Encicl. For. pag. 1126 ss.

(10) Nel senso indicato e più recentemente, si veda RAPISARDA « Tutela preventiva, inibitoria, cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inibitoria finale » Pavia 1986.

Contra, autorevolmente, Allorio « Per una nozione del processo cautelare » in Riv. dir. proc. civ. 1986 pag. 18 ss., ha sostenuto che l'azione cautelare è una forma a sé stante di azione e non una manifestazione di un diritto sostanziale di cautela.

(11) È interessante, a tal proposito, confrontare la disciplina della tutela cautelare nel processo italiano con quanto è previsto, in *subiecta materia*, nel codice di procedura civile tedesco.

In particolare si deve qui segnalare che la dottrina tedesca sostiene la natura esecutiva del processo cautelare in quanto ritiene che esso permetta la realizzazione di un diritto controverso.

Sul tema, per tutti, vedi Peters « Der arrest in der die einste vel verfung » 1984.

gare l'evidente analogia intercorrente tra il sequestro conservativo ed il pignoramento.

Vero è che la legge richiede, per l'utile esperimento delle due azioni, presupposti sostanzialmente diversi: il possesso del titolo esecutivo, ad esempio, è la *conditio sine qua non* perché possa procedersi ad esecuzione forzata mentre ai fini dell'autorizzazione della misura cautelare sarebbe sufficiente la sussistenza del semplice « *fumus* » nonché del « *periculum* ».

È vero, inoltre, che, pur potendo il sequestro conservativo trasformarsi in pignoramento, perché ciò avvenga sarà necessario (ex art. 686 cod. proc. civ.) che esso venga convalidato con sentenza esecutiva di condanna resa a seguito di giudizio di convalida e per il merito afferente, quest'ultimo, come è logico, alla cognizione.

A parte ciò, parrebbe comunque corretto affermare — pur tenendo sempre presenti le peculiarità dei due procedimenti ora evidenziate — che sequestro e pignoramento conservano comunque numerosi caratteri comuni, tanto da giustificare l'espressione, alquanto suggestiva, con la quale in passato alcuni Autori hanno ritenuto di poter definire il pignoramento come un vero e proprio « sequestro esecutivo » (12).

E d'altra parte tratti comuni tra le due forme di tutela giurisdizionale esaminate sembrano apparire in tutta la loro evidenza ove si consideri che entrambe fanno sorgere il vincolo della indisponibilità dei beni colpiti ed entrambe risultano esperibili per assicurare la realizzazione di un diritto di credito (13).

Tuttavia, si è osservato che il sequestro conservativo mira, essenzialmente, ad evitare che la successiva esecuzione risulti infruttuosa, mentre il pignoramento conduce direttamente alla esecuzione forzata soddisfacente (14).

---

(12) Sul punto si segnala il recente scritto di GRECO « Il fallimento da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa » Milano 1984, pag. 146 ss.

Anche in passato, autorevolmente, avevano avuto modo di pronunciarsi sul punto ZANZUCCHI « Diritto processuale civile V - III - 1945 pag. 28 ss.; e ancora SCAGLIONI, « Il sequestro nel processo civile » 1941, pag. 25 ss.

(13) Sul punto, per tutti, FRESINA, « Tutela anticipatoria e misure cautelari » in Riv. dir. proc. 1986 pag. 364 ss.

(14) Appaiono, a tal proposito, suggestive le parole di CAMANDREI, op. e loc. cit.: « Il creditore pignorante... è sicuro di poter riprendere il cammino, e può

Non basta. Se è vero che i due procedimenti, pur presentando tratti comuni, provocano differenti effetti attesa la funzione prodromica della misura cautelare rispetto agli scopi eminentemente diretti ed immediati che il pignoramento persegue, parrebbe altresì corretto sostenere che, pure sotto il profilo dei presupposti necessari per l'esperimento dell'un mezzo o dell'altro, vengono evidenziandosi notevoli differenze sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale.

Si è infatti sottolineato che, perché possa procedersi a pignoramento, si rende necessaria la notifica del titolo esecutivo e del precetto, cosa che invece non avviene nella misura cautelare, dove il sequestrante « gioca » sull'elemento della « sorpresa » che esclude ogni previa notificazione dell'ottenuta autorizzazione all'esperimento della misura stessa (15).

Si dovrà, pertanto, concludere, sulla scorta delle diverse interpretazioni, questa lunga premessa volta a chiarire il rapporto intercorrente tra tutela cautelare e processo di esecuzione, concedendo ai fautori delle teorie che propendono per la natura cautelare del pignoramento il riconoscimento della generica funzione di conservazione dei beni sottoposti ad esecuzione da questo operata.

Per converso, non sarà però attribuibile al pignoramento un compito di cautela che esorbiti dall'ambito del processo di esecuzione, mentre invece dovrà senza dubbio riconoscersi analoga funzione cautelare al sequestro conservativo nel diverso ambito del processo cautelare.

Entrando, a questo punto, nel vivo del tema trattato alla luce dei rilievi e delle considerazioni svolte in premessa sarà opportuno, al fine di favorire un più corretto approccio con la problematica da affrontare, muovere alcune considerazioni — sia pure di carattere generale — sulle disposizioni contenute nella legge fallimentare, afferenti alla materia che qui ci occupa.

---

riprenderlo se vuole, anche subito perché è munito di titolo esecutivo; il sequestrante, invece, pur avendo cominciata la stessa strada del pignorante, non sa se potrà continuare il viaggio perché gli manca finora l'accertamento definitivo del suo diritto ».

(15) Così CONIGLIO « Il sequestro giudiziario e conservativo » Milano 1949 pag. 9 ss.

In primo luogo va senz'altro ricordato che il fallimento, in quanto processo esecutivo concorsuale, si svolge — e prima ancora si instaura — nell'interesse di una naturale pluralità di creditori (16) ai quali viene garantita, attraverso il principio della « par condicio », la partecipazione (o meglio, il « concorso ») alla procedura stessa assistita dalla garanzia di una « giustizia distributiva » finale (17).

Il che appare sostanzialmente in stridente contrasto con ogni forma di azione esecutiva individuale, che deve ritenersi inibita dall'apertura della procedura stessa.

Volendo circoscrivere la problematica sopra introdotta, sarà quanto mai opportuno operare un espresso riferimento alle due norme della Legge Fallimentare che regolano e sintetizzano i rapporti tra esecuzione forzata e fallimento.

Trattasi, in primo luogo, dell'art. 51 L. Fall. il quale dispone che, a far tempo dal giorno in cui viene dichiarato il fallimento, nessuna azione esecutiva individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento stesso (18).

La seconda norma richiamata, invece, è l'art. 107 L. Fall. il quale, sostanzialmente riproponendo il disposto dell'art. 801 dell'abrogato codice di commercio, prende in considerazione le espropriazioni immobiliari in corso al tempo della dichiarazione di fallimento, facendo precipuo riferimento alle due ipotesi, dell'espropriazione forzata e della distribuzione del prezzo, in relazione alle quali il curatore, che si sostituisce al creditore istante, ha l'onere di tenere un conto speciale delle vendite dei singoli immobili e dei frutti percepiti sui medesimi a far tempo dalla data di dichiarazione del fallimento.

Dalla formulazione delle predette norme (e, in particolare, da quella di cui all'art. 51 L. Fall.) si evince inequivocabilmente che il principio di carattere generale che esculde la proponibilità delle azioni esecutive individuali (o la loro prosecuzione, se già iniziate)

---

(16) Nel senso indicato, v. FERRARA « Manuale di diritto fallimentare » Milano - 1986, pag. 26 ss.

(17) Sul concetto di concorso e di giustizia distributiva si veda quanto afferma nel suo Manuale di diritto fallimentare il PAIARDI - Milano 1986, pag. 307 ss.

(18) Le eccezioni alla predetta regola, come è noto, si riferiscono ai poteri che la legge conferisce all'esattore per i crediti di imposta.

successivamente alla dichiarazione di fallimento provoca inevitabilmente la inammissibilità e l'improcedibilità delle stesse in quanto incompatibili con la struttura e la « ratio » della procedura concorsuale (19).

E poiché, dunque, il primo atto di esecuzione è rappresentato dal pignoramento, per costante ed univoca giurisprudenza e dottrina deve ritenersi che il dettato di cui all'art. 51 Legge Fall. si estrinsechi nel divieto di asseguire a pignoramento i beni compresi nell'attivo fallimentare (20) che sarebbero così da ritenersi impignorabili tant'è che viene consentita al curatore fallimentare — sostituto processuale del fallito — la facoltà di poter contestare la violazione dell'art. 51 L. Fall. proponendo, per l'effetto, opposizione alla esecuzione fino a che non sia giunto a conclusione il relativo processo.

Così come — lo abbiamo visto « *infra* » (21) — il curatore è altresì legittimato ad intervenire nella distribuzione della somma ricavata affinché tale riparto avvenga in ossequio alle regole proprie del fallimento e, segnatamente, alla più volte menzionata « par condicio creditorum » (22).

---

(19) In tal senso si segnala l'univoca giurisprudenza della Suprema Corte. Per tutte si veda Cass. Civ. 21.5.1983 n. 3518 in Mass. Foro It. 1983 - 732.

In proposito la Suprema Corte ha precisato che il divieto posto dall'art. 51 L. Fall. di iniziare o proseguire, dal giorno della dichiarazione di fallimento, azioni esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento concerne non solo le azioni esecutive vere e proprie, ma anche quelle cautelari che, come il sequestro conservativo, abbiano carattere strumentale rispetto al processo esecutivo; e che, conseguentemente, la caducazione del sequestro per effetto della dichiarazione di fallimento fa venir meno lo stesso oggetto del relativo giudizio di convalida che non può pertanto essere proseguito dal creditore nemmeno al fine di utilizzarne la pronuncia nei confronti del fallito allorché sarà tornato *in bonis*.

In senso analogo, in dottrina, si veda MAFFEI ALBERTI « Commentario breve alla legge fallimentare » Padova 1986, pag. 134 ss.

(20) In tal senso si segnala l'orientamento costante della Suprema Corte. Si vedano, per tutte, Cass. Civ. 20.10.82 n. 5457 in Mass. Foro It. 1982, 1316; e ancora Cass. Civ. 23.2.78 n. 899 in Mass. Foro It. 1978, 173.

Per la dottrina si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, al Commentario del MAFFEI ALBERTI cit. pag. 134 ss.

(21) Per tutti si veda ancora MAFFEI ALBERTI « Commentario breve alla L. Fall. - Padova 1986 pag. 295 ss.

(22) Sul punto, vedi, tra gli altri, PAJARDI « Manuale di diritto fallimentare » Milano 1986, pag. 313 ss.

Il principio de quo ha, evidentemente, portata generale e carattere inderogabile e la sua violazione è senz'altro suscettibile di inficiare di nullità — assoluta, riteniamo — ogni atto effettuato in contrasto con lo stesso.

Tale soluzione si ricava sulla scorta della considerazione che, a prescindere dalla proposizione o meno, da parte del curatore, dell'opposizione all'esecuzione, l'impignorabilità dei beni facenti parte della massa fallimentare può (e deve) essere rilevata d'ufficio dallo stesso giudice dell'esecuzione, il quale ha l'onere, sulla base di una interpretazione estensiva del dettato dell'art. 8 L. Fall., di riferirne al giudice delegato al fallimento (23).

Sarà quest'ultimo che provvederà a fornire, in tali casi, idonee indicazioni al curatore affinché questi assoggetti ad apposizione dei sigilli i beni pignorati in violazione dell'art. 51 L. Fall.

Per ciò che concerne specificamente, poi, i rapporti tra la misura cautelare e la disciplina testé esaminata, appare oltremodo opportuno sottolineare che l'art. 51 non deve ritenersi applicabile al solo sequestro conservativo nel momento in cui lo stesso risulta essere già stato convertito in pignoramento ex art. 686 c.p.c. in una fase anteriore alla dichiarazione di fallimento, ma altresì al sequestro che non sia ancora stato convertito al tempo della emanazione della sentenza dichiarativa del fallimento.

La « *ratio* » della inammissibilità di decreti autorizzativi di misure cautelari sui beni già compresi nella massa attiva fallimentare e della improcedibilità di cause di merito e di convalida di sequestri già autorizzati, deriva dal fatto che il divieto di cui all'art. 51 cit., finalizzato, invero, a cadere su di una situazione finale quale il pignoramento, coinvolge, a fortiori, la fase cautelare, la quale le è preparatoria e strumentale.

Peraltro va rilevato che la proposizione di una domanda di insinuazione nello stato passivo, ex art. 52 L. Fall., rendendo improcedibile la causa di merito, impedisce che questa sfoci in una sentenza esecutiva di condanna, mancando la quale non sarà nep-

---

(23) In tal senso si veda, per tutte, Cass. Civ. 19.4.83 n. 2672 in Mass. Foro It. 1983, 555 ss.

pure ipotizzabile la conversione del sequestro in pignoramento ex art. 686 c.p.c. (24).

Sarebbe tuttavia restrittivo e senz'altro non corretto ritenere che i profili della normativa fallimentare testè evidenziati, con particolare riferimento al dettato del citato art. 51, siano suscettibili di fornire, in maniera esaustiva, la soluzione a tutte le complesse problematiche afferenti al controverso rapporto tra azioni esecutive individuali, tutela cautelare e fallimento.

Né il presente lavoro potrebbe, verosimilmente, avere la pretesa di fare ciò — tale e tanta è la complessità della materia trattata —.

Appare, tuttavia, quanto mai opportuno, già in questa sede, segnalare interessanti spunti di riflessione sui rapporti tra sequestro conservativo e fallimento, per ciò che concerne, soprattutto, l'esperibilità, da parte del curatore fallimentare, della scelta tra il rilievo dell'insequestrabilità dei beni, resi indisponibili dalla declaratoria di fallimento, nei cui confronti siano pendenti, successivamente all'emanazione della sentenza dichiarativa del fallimento stesso, giudizi di merito e/o di convalida, ovvero il subingresso nella posizione processuale del creditore sequestrante.

Seppure la prima soluzione possa apparire quella più correttamente procedibile, varrà ugualmente la pena di spendere qualche parola circa l'esperibilità della seconda, che potrebbe anche verosimilmente giustificarsi con l'esigenza, da parte della curatela, di approntare più specifiche tutele per la salvaguardia della massa fallimentare.

In relazione alla procedibilità di tale soluzione si deve tuttavia propendere per la negativa ove si considerino le oggettive (ed insormontabili) difficoltà che si avrebbero nel prevedere il subingresso del curatore nella posizione processuale del creditore sequestrante, promotore della causa di convalida e per il merito, in considerazione, innanzitutto, del fatto che il deposito, da parte del soggetto

---

(24) Sul punto, si veda per tutti SATTA «Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare» in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1966, pag. 173 ss. E ancora, PROVINCIALI, «Manuale di dir. fallimentare» Milano 1962 pag. 713 ss. e pag. 758 ss.

sostituito, della domanda di ammissione al passivo renderebbe improcedibile, *ex abrupto*, la causa di merito.

Parimenti, qualora il curatore optasse per il cennato subingresso, si verificherebbe, per quanto attiene il giudizio di convalida, una inconcepibile (ed incompatibile) sovrapposizione delle figure del sequestrante con quella del convenuto sequestrato, atteso il venir meno della capacità di stare in giudizio del fallito, privato, per ciò stesso, della legittimazione processuale (25).

Integrato, con le considerazioni che precedono, il tema trattato, resteranno ancora da esaminare, per concludere, gli effetti che si verranno a creare nell'ipotesi di conversione del sequestro conservativo immobiliare, autorizzato ed eseguito anteriormente alla dichiarazione di fallimento del sequestrato.

Va subito ricordato che tale ipotesi diverge notevolmente dal caso in cui si verifichi il pignoramento in un momento anteriore alla declaratoria di fallimento poiché è evidente che, nella fattispecie del sequestro, oltre a prodursi effetti sostanziali e processuali simili a quelli del pignoramento, si verranno a cumulare anche quegli specifici effetti che l'art. 2906 cod. civ. fa risalire, per il solo creditore sequestrante, all'epoca in cui viene eseguita la misura cautelare (26).

---

(25) Così ANDRIOLI, Voce Fallimento, in Enciclopedia del diritto Vol. XVI pag. 281.

(26) In tal senso, ancora ANDRIOLI op. e loc. cit.

6.d) Sempre nell'ambito dell'analisi dei rapporti intercorrenti tra tutela cautelare e procedure concorsuali si inquadra la problematica relativa all'esperibilità del sequestro, non già conservativo bensì giudiziario, dopo che sia intervenuta sentenza dichiarativa di fallimento.

Bisogna subito premettere che, ferme restando molte delle considerazioni generali esposte in tema di tutela cautelare nella prima parte del precedente paragrafo (e la cui validità, *mutatis mutandis*, potrebbe agevolmente essere estesa anche al tema trattato), qui si versa in una ipotesi ben distinta da quella esaminata in precedenza, attesa la sostanziale differenza esistente tra le due misure cautelari e le loro ben distinte peculiarità.

C'è da chiedersi, innanzitutto, se anche nel processo fallimentare, strutturato in guisa tale da assicurare e garantire al massimo l'esigenza di celerità del giudizio, trovi una specifica connotazione, e sia suscettibile di avere un ambito di applicazione, il mezzo cautelare trattato.

Se cioè, malgrado la struttura della procedura concorsuale sia specificamente preordinata al fine di salvaguardare e promuovere quelle condizioni necessarie a garantire la speditezza del giudizio, possano in concreto configurarsi situazioni nelle quali la piena tutela dei diritti ed il buon andamento della procedura postulino forme di intervento immediato, esperibili solo attraverso il ricorso al mezzo cautelare (1).

Non v'è dubbio che la risposta a tale quesito possa essere solamente affermativa.

Pertanto, se sulla scorta delle argomentazioni diffusamente svolte nelle pagine che precedono, l'ipotetica configurabilità di un seque-

---

(1) Sul punto si veda, in giurisprudenza, la già citata sentenza della Cass. Civ. 19.4.82.

In dottrina si veda per tutti SAMORÌ « Misure urgenti e procedure cautelari del giudice delegato » in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1986, pag. 69 ss.

stro conservativo in costanza di fallimento parrebbe prestare il fianco a serie e fondate critiche, non altrettanto si potrà dire riguardo al sequestro giudiziario.

Invero, ove si proceda a sceverare la diversa struttura dei due mezzi cautelari, appare oltremodo evidente la compatibilità del sequestro giudiziario con la disciplina del fallimento.

Prova inconfutabile di tale assunto è, ad esempio, l'assenza, in quest'ultimo tipo di sequestro, della « cerniera » della conversione di cui l'art. 686 c.p.c. si giova per segnare il trapasso, senza apparente soluzione di continuità, dal sequestro conservativo alla eventuale esecuzione forzata non appena il sequestrante abbia ottenuto la sentenza esecutiva di convalida.

Cosa ben diversa da quanto avviene nel caso di sequestro giudiziario che, proprio per tale motivo, si pone in una prospettiva affatto differente rispetto alla procedura concorsuale esaminata.

Va inoltre sottolineato, sempre a sostegno degli assunti di cui sopra, che un attento esame della legge fallimentare porta senz'ombra di dubbio ad escludere che vi siano disposizioni che inibiscono l'esperibilità di azioni volte ad accertare a chi faccia capo la proprietà dei singoli beni compresi nella massa fallimentare.

Né vi è alcuna norma che esclude l'eventuale opportunità, ricorrendo certi presupposti, di custodire beni che la declaratoria di fallimento ha reso indisponibili, onde sottrarli, almeno in via provvisoria ed interinale, alla liquidazione che viceversa il curatore andrebbe ad operare.

Un'altra argomentazione che può senz'altro muoversi a sostegno delle teorie proposte va utilmente ricavata dalla lettura dell'art. 103 L. Fall., laddove viene prevista la possibilità di rivendicare cose mobili possedute dal fallito nel momento in cui il Tribunale ha pronunciato la sentenza dichiarativa di fallimento, ovvero di chiederne la separazione o, ancora, la restituzione.

È assai frequente nella pratica forense, che, nel caso di specie, il giudice delegato, sentito il parere negativo del curatore, respinga le istanze del rivendicante il quale, ove persista nel proprio convincimento e nella propria intenzione di riottenere la materiale disponibilità del bene, sarà costretto a promuovere, avanti il Tribunale fallimentare, un giudizio nei confronti della curatela affinché questa venga condannata alla predetta restituzione.

Ovvio che, nelle more del giudizio, il curatore fallimentare, che

ha la facoltà, sia pure in pendenza del procedimento, di alienare ugualmente i beni oggetto di contesa, non potrebbe essere inibito in alcun modo se non attraverso il provvidenziale esperimento del sequestro giudiziario da parte del rivendicante che, viceversa, correrebbe seri rischi di veder svanire nel nulla il proprio diritto su un bene che, pur di sua proprietà, si trova in possesso del fallito.

L'esperibilità del rimerio garantito dal mezzo cautelare non contrasta certo, né fa venir meno, la « *par condicio creditorum* » che il fallimento massimamente tutela e che sarebbe invece incompatibile con l'altro tipo di sequestro, quello conservativo. Ciò ove si consideri che fanno parte della massa attiva da ripartire, secondo le cause legittime di prelazione ex art. 2751 e segg. cod. civ., unicamente beni su cui il fallito possa vantare un diritto di proprietà.

D'altra parte una certa analogia con la disciplina trattata si evince altresì dalla lettura dell'art. 25 L. Fall., laddove viene attribuita, al giudice delegato, la facoltà di emanare provvedimenti finalizzati in via urgente alla conservazione del patrimonio, a garanzia e tutela di una esigenza che non appare poi molto dissimile dalla *ratio* ispiratrice del sequestro giudiziario (2).

Sulla scorta delle argomentazioni testé svolte, che fanno inequivocabilmente propendere nel senso di considerare perfettamente compatibile la disciplina del fallimento con il profilo della tutela cautelare di cui si è trattato, sarà ora opportuno esaminare alcune questioni afferenti a certe peculiarità che sotto il profilo squisitamente pratico il mezzo cautelare va assumendo quando si rende necessario il suo esperimento in presenza di fallimento.

Viene, anzitutto, in rilievo il problema di chi sia, in concreto, il giudice competente ad autorizzare il richiesto provvedimento.

La risposta dovrebbe essere agevole ove si consideri il disposto dell'art. 24 L. Fall. che, pur nel suo tenore letterale, attribuisce al Tribunale fallimentare la competenza — per materia — a conoscere di tutte le azioni relative alle procedure concorsuali e, segnatamente, al fallimento dopo che questo è stato dichiarato.

---

(2) Sul tema si veda COLESANTI « Sequestro ex officio da parte del Giudice delegato (nota a Trib. Milano 15.4.76) in Riv. dir. proc., II, 1978, pag. 715 ss. E ancora MAZZOCCA « Sequestro giudiziario e fallimento: un contrasto irrisolto (nota Trib. Napoli 29.5.80 - in Riv. dir. fallimentare e delle società commerciali 1981 pag. 113).

Pertanto, si deve concludere nel senso di ritenere competente ad autorizzare sequestri giudiziari aventi ad oggetto i beni compresi nella massa fallimentare il solo Tribunale fallimentare (nella persona del Presidente, in particolare): organo giudicante, questo, al quale dovrà pertanto essere rivolta la relativa istanza sia che il mezzo cautelare venga richiesto « *ante causam* », sia che l'istanza venga presentata in corso di causa.

In ciò non si evidenziano significative differenze con la procedura ordinaria dettata dall'art. 670 e ss. c.p.c. la cui piena compatibilità con quella concorsuale appare, a questo punto, oltremodo evidente.

Va infine ricordato, quale ulteriore profilo peculiare della procedura esaminata, che nel caso di specie, custode e gestore temporaneo delle cose assoggettate al vincolo del sequestro non potrà essere che il curatore fallimentare che già *prima facie* appare come il soggetto più idoneo a garantire e curare la conservazione di tali beni.

7.e) Un altro interessante profilo della misura cautelare trattata è quello che riguarda l'applicabilità della stessa a quella realtà economica prevista e disciplinata dal diritto sostanziale che è rappresentata dal concetto di azienda, complesso di beni caratterizzante il momento oggettivo dell'attività economica di impresa.

L'interesse e l'originalità del tema trattato sono ovviamente rappresentati dai rapporti che intercorrono tra la disciplina processuale del sequestro giudiziario e quella sostanziale che configura e regola la struttura dell'azienda con particolare riguardo ai rapporti intercorrenti tra la tutela cautelare di cui il primo è espressione e la complessa problematica connessa con il secondo concetto (1).

È infatti oltremodo evidente che il termine « azienda » involge una eterogeneità di elementi — quelli, appunto, dai quali la stessa è costituita — che comporta una serie di problemi di natura interpretativa ed applicativa ove si consideri la disciplina giuridica alla quale sono assoggettati i singoli beni ad essa aggregati, che vengono in questo caso presi in considerazione sotto il profilo dell'unitarietà della loro destinazione economica (2).

---

(1) È doveroso ricordare come il tema del sequestro d'azienda sia stato invero piuttosto trascurato dalla dottrina — soprattutto da quella processuale — essendo risultato materia di particolare interesse soprattutto per gli studiosi di diritto commerciale. Si veda, al riguardo, Provinciali « Il sequestro d'azienda » Napoli 1959, pag. 9 che osserva come al tema in questione sia stato dedicato solo qualche breve cenno da CONIGLIO (« Il sequestro giudiziario e conservativo » Milano 1949) e da FERRARA F. J. « La teoria giuridica dell'azienda » Firenze 1949).

Si segnala altresì che il profilo in questione era precedentemente stato trattato anche dal VENDITTI (« Il sequestro dell'azienda commerciale » in Giur. It. 1927 I, 2, 81) il quale, nello scritto richiamato, aveva appunto ritenuto di dolersi dello scarso interesse dei processualisti in materia.

(2) Sul concetto di azienda considerata come universalità di beni organizzati ed unificati in vista di un preciso scopo economico si veda, per tutti, IANNELLI, « L'impresa », in Giur. Sistemática di Dir. Civ. e Comm., Torino 1987, pag. 12 e ss. e pag. 20. Per un'ampia disamina in giurisprudenza vedansi Cass. Civ. 22.1.83 n. 623 in Foro It. 1984, I, 543; Cass. Civ. 22.3.80 n. 1939 in Giust. Civ., Rep. 55 e, più recentemente: Trib. Ascoli Piceno 31.10.1985 in Giur. Merito 1986; Cass. Civ. 10.6.1987 n. 5068, in Giust. Civ. Mass. 1987.

Si prenderà dunque in esame, in prosieguo, l'esperibilità del mezzo cautelare — di cui ci si occupa — al caso di specie, tenuto conto del fatto che questo, relativamente al « thema » analizzato, non avrà più ad oggetto singoli beni mobili come tali considerati bensì un eterogeneo complesso di elementi che, unitariamente aggregati in una struttura dinamica, postulano interventi atti a salvaguardarne non soltanto la conservazione bensì la gestione stessa, finalizzata alle esigenze produttive proprie dell'azienda.

Gioverà a tal proposito, ai fini di un corretto approccio con la tematica trattata, premettere succintamente brevi cenni volti ad evidenziare quegli aspetti sostanziali della disciplina dell'azienda che siano suscettibili di possedere specifico rilievo nella individuazione dei rapporti tra il mezzo cautelare esaminato e le finalità alle quali esso assolve quando viene autorizzato sui beni facenti parte del complesso aziendale.

Il concetto che si ricava dall'art. 2555 del codice civile, — che definisce l'azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa — è quello di una « universitas rerum » che comprende beni materiali ed immateriali, funzionalmente organizzati in un complesso unitario e globalmente preordinati al conseguimento di un unico fine, che è appunto quello della produzione e/o dello scambio di beni e servizi caratterizzanti l'attività dell'imprenditore.

Non è neppure il caso, dunque, di soffermarsi sulla nota « quelle » sorta tra i sostenitori della teoria dell'azienda come complesso di beni distinti da considerarsi sotto il profilo atomistico e quelli che propendono per una definizione dell'azienda intesa come « universitas », potendosi senza ombra di dubbio aderire alla seconda soluzione ove si consideri che non può interpretarsi alcuna realtà aziendale — né dal punto di vista giuridico né, soprattutto, da quello economico — avulsa dal concetto di convivenza e di aggregazione in un contesto unitario di una pluralità di beni e rapporti giuridici che solo attraverso l'« universitas » possono giustificarsi (3).

---

(3) Va segnalato, al riguardo, che in dottrina si registrano due distinte teorie: la prima — che appare riscuotere il maggior numero di consensi — sostiene che l'azienda deve essere considerata come oggetto di un particolare diritto, da parte

Beni il cui « motivo coagulante » è rappresentato dalla organizzazione, ossia dalla loro utilizzazione unitaria e coordinata al fine dell'esercizio dell'attività economica imprenditoriale.

Tale attività imprenditoriale, dunque, viene realizzata attraverso la combinazione, l'utilizzazione ed il coordinamento di questi beni in funzione di un determinato scopo avente sempre una finalità produttiva.

È proprio per tale motivo che il diritto positivo riconosce natura di universalità a quell'eterogeneo complesso di elementi che formano l'azienda i quali, pur consistendo in un aggregato di beni caratterizzati certamente dalla loro individualità, subiscono una unificazione in conseguenza della loro destinazione comune e, come tali, vengono sottoposti ad un trattamento giuridico unitario proprio perché la pluralità effettiva dei componenti non può essere presa in considerazione se non sotto il profilo globale.

Tale impostazione non trova ostacolo neppure nel rilievo che il complesso aziendale si presenta necessariamente come eterogeneo, sia per quanto attiene alla natura dei beni che lo costituiscono sia per quanto riguarda gli elementi che lo compongono, tra i quali rileveranno, ovviamente, anche i diritti (4).

---

del suo titolare, autonomo e, comunque, distinto dai diritti sui singoli beni che la compongono: tale opinione — che, ribadiamo, deve considerarsi prevalente — propone un concetto « unitario » dell'azienda e si contrappone alla teoria c.d. « atomistica » secondo la quale, invece, la pluralità degli elementi che costituiscono il complesso aziendale dovrebbe, in ogni caso, essere presa in considerazione in quanto tale.

Si segnalano, tra i fautori della prima teoria, PROVINCIALI (op. cit. pag. 11 e ss.) e FERRI (« Manuale di diritto commerciale » Torino 1986, pag. 41).

Sostengono, invece, la teoria atomistica, tra gli altri: AULETTA (« Elementi di diritto commerciale » Milano 1955) e FERRARI (Voce « Azienda » in Enc. del dir., IV, Milano, 1959 pag. 698).

(4) Anche a tale proposito si segnala una difformità di opinioni in dottrina: secondo alcuni Autori, infatti, l'azienda dovrebbe essere considerata una *universitas facti* (In tal senso: TOMMASINI « Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti », Torino 1967, pag. 74 e ss.). Tale orientamento trova, altresì, conforto in alcune sentenze della S.C. (vedasi, per tutte, Cass. Civ. n. 3723/81).

Per contro, si registra una diversa opinione, secondo la quale l'azienda rilevante esclusivamente come *universitas juris* (Così TRABUCCHI « Istituzioni di diritto civile », Milano 1987, pag. 402). Anche con riferimento a tale teoria si segnala un conforme orientamento giurisprudenziale (vedasi, per tutte, Cass. Civ. n. 1789/81).

Tra tali elementi è infatti agevole distinguere, sia pure in un rapporto di stretta commistione tra loro, cose corporali, merci, impianti; cose incorporali, quali la ditta, l'insegna, il marchio, i brevetti.

E, ancora, rapporti giuridici, come quelli di lavoro subordinato che intercorrono con i dipendenti, rapporti giuridici con la clientela, con i fornitori e, conseguentemente, le obbligazioni da questi nascenti, rappresentate da crediti e debiti.

È ovvio, dunque, per tornare al tema trattato, che ove tali elementi dovessero essere singolarmente considerati, sorgerebbe, rispetto a ciascuno, il problema della concreta sequestrabilità dello stesso e quello, conseguente, relativo all'attuazione della misura cautelare nonché alle forme da impiegarsi per la sua realizzazione.

Si tratta di un ostacolo, tuttavia, suscettibile di essere agevolmente eluso proprio perché, sulla scorta delle considerazioni che precedono, oggetto del sequestro non potranno considerarsi singoli elementi dell'azienda ma l'azienda stessa, nel suo complesso concepita — come sopra si diceva — come universalità.

Ne consegue che ogni problematica relativa alla concessione e all'esecuzione del sequestro stesso dei singoli elementi viene sostituita ed assorbita dall'unica « quaestio » rappresentata dalla configurabilità del sequestro dell'azienda e della sua eseguibilità sul « quid » unitario da questa costituito (5).

Soccorre, a tal proposito, la più ampia formulazione adottata dall'art. 670 c.p.c. rispetto a quella di cui parla l'art. 816 del codice civile quando definisce universalità di mobili quella pluralità di cose

---

Quest'ultima opinione — che deve ritenersi prevalente — è seguita anche da Provinciali (op. cit. pag. 16 e ss.) secondo il quale « L'azienda è una *universitas juris* caratterizzata dal coordinamento di « cose », materiali ed immateriali, con il complesso di rapporti giuridici che qualificano l'universalità ».

Secondo un'altra opinione ancora, l'azienda sarebbe un « bene immateriale », oggetto di diritto di proprietà o comunque assoluto da parte del suo titolare: in tal senso vedasi, per tutti, FERRARA « Teoria giuridica dell'azienda », Firenze 1951, pag. 119.

(5) In questo senso, PROVINCIALI, op. cit. pag. 49. Al riguardo l'Autore sostiene che « l'elemento decisivo nel vincolo che si riflette sui singoli elementi (che compongono l'azienda) è la loro organica appartenenza al complesso, sull'unitarietà del quale ricade il sequestro. Colpita l'unità, si intendono con ciò appresi anche gli elementi componenti ».

che appartengono alla stessa persona ed hanno destinazione unitaria, ma che tuttavia formano oggetto di separati atti e rapporti giuridici.

La citata norma del codice di rito, infatti, parla di « universalità di beni » proprio in considerazione del fatto che dell'azienda possono far parte anche immobili o altri beni soggetti, per taluni effetti — quali ad esempio il trasferimento, l'alienazione, la trascrizione — al regime dei beni immobili o ad un regime comunque diverso da quello dei beni mobili.

Proprio per il fatto che l'unità economica, pacificamente riconosciuta all'azienda per le considerazioni che precedono, si trasforma, in buona sostanza, nella sua unità giuridica, è agevole ritenere che la stessa, e non i singoli beni che ne fanno parte, sia suscettibile di essere fatta oggetto di sequestro e di esecuzione forzata proprio in considerazione del carattere di universalità che essa possiede (6).

Inoltre, proprio in quanto nucleo derivante dalla compenetrazione dei concetti di unità economica e di unità giuridica, essa rappresenta un aspetto specifico del patrimonio del debitore sul quale cade la garanzia generica verso i creditori che viene affermata dagli artt. 2740 e 2741 del codice civile, la quale appunto trova nell'azienda la maggior cautela per un migliore soddisfacimento di ogni pretesa creditoria piuttosto che non sui singoli componenti l'azienda considerati nella loro individualità.

Svolta la premessa che precede e chiariti quali siano i presupposti sulla scorta dei quali l'indagine dovrà essere condotta, posto che un costante orientamento giurisprudenziale ha sempre ritenuto l'ammissibilità del sequestro giudiziario di azienda (7), sarà opportuno chiarire quali siano i problemi pratici e quali le finalità che l'esperimento della misura cautelare trattata configura in concreto.

Si deve, in proposito, preliminarmente evidenziare come il

---

(6) In tal senso, PROVINCIALI, op. e loc. cit.

(7) In tal senso si vedano: Cass. Civ. Sez. Un., 17.1.86 n. 274, in Foro It. 1986, I, 1910; Cass. Civ. Sez. Un., 15.11.1985, n. 5596, in Giust. Civ. Mass. 85, fasc. 11; Cass. Civ. Sez. III, 9.6.1981 n. 3723, in Giust. Civ. Mass. 81, fasc. 6; Cass. Civ. Sez. Un. 17.1.1986, n. 275 in Foro It. 1986, fasc. 1; Cass. Civ. Sez. Lav. 26.11.1985, n. 1653, in Giust. Civ. Mass. 85, fasc. 2; Cass. Civ. Sez. Lav. 2.11.1985 n. 708, in Giust. Civ. Mass. 85, fasc. 2. Infine, più recentemente, App. Roma 27.8.1990, in Foro It. 90, I, 2945.

sequestro giudiziario di beni abbia, in prevalenza, un carattere « statico » atteso che lo stesso mira principalmente alla custodia di tali beni e solo in via subordinata ed eventuale alla loro gestione temporanea limitata alle incombenze di natura, per così dire, « amministrativa » che sono connesse con l'esigenza della loro conservazione (8).

Il sequestro che cade, invece, sull'azienda ne coinvolge in realtà tutta l'organizzazione ed assolve, oltre che all'originaria funzione di custodia, anche a quella — che diviene nel caso di specie preminente — di assicurare la produttività dell'« organismo vivo », (in quanto considerato sotto il profilo dinamico) rappresentato dal patrimonio aziendale. Ciò senza venire meno alla primaria attitudine, che resta sempre quella della conservazione da intendersi, tuttavia, sotto questo profilo, come salvaguardia dell'efficienza dell'attitudine produttiva della « universitas » di cui fanno parte i beni sequestrati.

Ne deriva l'affermazione che il sequestro di azienda non può che avere un carattere dinamico.

Il che non esclude, peraltro — come sopra si diceva — che anche quando la misura cautelare trattata venga eseguita su beni aventi differenti qualità e proprietà, essa non assolve anche all'esigenza di amministrare — nei limiti fissati dal provvedimento e determinati dalla natura dell'oggetto sul quale viene a cadere il sequestro — le modalità della loro custodia. Chè certo anche il sequestro di un pacchetto azionario o di un fabbricato ad uso abitativo postula una costante ed ininterrotta amministrazione di tali beni.

In questi casi, tuttavia, il variare della natura dell'oggetto imporrà, di volta in volta, la predisposizione di atti amministrativi di diverso carattere ed intensità che siano pur sempre finalizzati alla prevalente esigenza della conservazione.

È proprio a tal riguardo, dunque, che è agevole cogliere uno

---

(8) Sul concetto di « staticità » e sullo scopo di « conservazione » del sequestro giudiziario si vedano, per tutte, Cass. Civ. Sez. III, 3.3.87 n. 2232 in *Giur. Agr.* 88, 235; Cass. Civ. Sez. III, 3.3.87 n. 2233 in *Giust. Civ. Mass.* 1987. E, ancora, Trib. Aosta 8.4.86 in *Giur. Merito* 88, 1044; Corte App. Milano, 26.10.1979, in *Giur. Comm.* 88, II, 745; Pret. Roma 12.3.88 in *Giur. Merito* 89, 10.

dei caratteri differenziali del sequestro di azienda, il quale postula anch'esso la necessità dell'amministrazione di una « universitas » di beni pur tuttavia caratterizzandosi e connotandosi in maniera diversa dalle fattispecie sopra riportate, ove si consideri che l'ufficio cautelare dovrà, nel caso di specie, svolgere veri e propri compiti di amministrazione e gestione del patrimonio aziendale (ad esempio proporre acquisti e vendite di materie prime e di prodotti, rinnovi di macchinari, oltre che semplicemente provvedere alla manutenzione degli stessi etc.). E ancora postulerà, la misura cautelare in oggetto, una continua gestione dei contratti d'impiego e di lavoro, che dovranno essere estinti o nuovamente stipulati.

Ne deriva, dunque, che l'esigenza di amministrare l'azienda sequestrata avrà carattere prevalente rispetto a quella — tipica del sequestro — rappresentata dall'attività di conservazione, sino al punto che quest'ultima si troverà intimamente compenetrata ed assorbita dalla prima.

Appare, pertanto, corretto sostenere che il sequestro d'azienda possa essere caratterizzato, da un lato, dal consueto scopo di conservazione in cui si identifica il provvedimento cautelare e, dall'altro, dalle specifiche esigenze di amministrazione dell'azienda che, come ogni organismo vivo, ha necessità di essere alimentato e trasformato.

Il custode dell'azienda sequestrata, dunque, non dovrà limitarsi alla conservazione della stessa in esercizio ma dovrà conservarne ed incrementarne la produttività, cioè a dire la potenziale redditività: il che devolve, ovviamente, all'ufficio cautelare tutto il sapiente gioco di accorgimenti in cui si concreta la direzione dell'azienda.

Si può ritenere, in buona sostanza, che proprio nella mediazione e compenetrazione tra le due distinte esigenze sopra evidenziate si concreti la specialità del sequestro giudiziario di azienda.

Peraltro va sottolineato, per doverosa completezza, come il concetto di « organizzazione allo stato dinamico » del patrimonio aziendale — che in queste pagine si è voluto evidenziare — non sia un aspetto dell'azienda suscettibile di rilevare esclusivamente ai fini della tutela cautelare, avendo tale caratteristica estremo rilievo anche in relazione ad altre procedure — come quelle concorsuali od esecutive — ovvero a particolari istituti — quali ad esempio

l'usufrutto — che abbiano ad oggetto l'azienda in quanto tale (9).

Un ulteriore aspetto merita di essere trattato: quello della fungibilità dei beni che compongono l'universitas aziendale, i quali possono trasformarsi durante il processo produttivo, senza che tuttavia ne venga meno la « destinazione » unitaria.

Sotto questo profilo va rilevato che la continua trasformazione « biologica » dell'azienda non solo non ne intacca la unitarietà giuridica ma è anzi uno dei presupposti e dei caratteri tipici del trattamento che l'istituto riceve dalla legge.

Un carattere talmente connaturato nel concetto di azienda, da non poter venire meno neppure nel caso di esecuzione della misura cautelare, la quale dovrà sempre, fino a quando permane la sua efficacia, tenere conto di questa continua possibilità di trasformazione del patrimonio aziendale in contrasto con quella di conservazione e, quindi, di « cristallizzazione » della situazione in cui si trovano i beni sottoposti al vincolo cautelare.

È infatti evidente che, se nel corso della fase attuativa ed esecutiva del provvedimento, queste caratteristiche di fungibilità degli elementi aziendali venissero meno, verrebbe meno, conseguentemente, anche l'organismo vivo ed operante, concepito come un « quid » unitario, che compone l'azienda stessa ed il sequestro non potrebbe più essere validamente eseguito su di essa poiché residuerebbero solamente i singoli elementi che la compongono, individualmente considerati (10).

---

(9) A tal proposito, PROVINCIALI (op. cit. pag. 103 e ss.) ha sottolineato come « nel sequestro d'azienda sono in contrasto, come due forze opposte (ma non inconciliabili tra loro), da un lato il concetto e lo scopo di conservazione in cui si identifica il provvedimento di sequestro e, dall'altro, le esigenze specifiche dell'azienda, che, come ogni organismo vivo, involge necessità di alimentazione e trasformazione, legate alla sua stessa esistenza. Nella mediazione tra siffatte due opposte esigenze si concreta la specialità di questo sequestro ».

(10) Si pensi, ad esempio, all'esperibilità della misura cautelare trattata nel caso in cui l'azienda sia cessata, ovvero alla permanenza del vincolo cautelare — già esistente — in siffatta ipotesi. Appare, invero, evidente come il sequestro d'azienda non possa essere autorizzato nel caso di specie, come insegna un costante orientamento della S. C.

Al riguardo, infatti, si è ritenuto (v. Cass. Civ. Sez. III, 9.6.1981 n. 3723) che, « poiché l'azienda è un complesso di beni e servizi (capitale fisso e circolante, lavoro) unificati dall'unitaria destinazione produttiva, in funzione della quale sono

Un ultimo profilo dell'argomento trattato deve, infine, essere evidenziato traendo spunto dalla formulazione dell'art. 670 c.p.c. il quale prevede, quali presupposti necessari per la concessione del sequestro giudiziario, l'esistenza di una controversia sul possesso o sulla proprietà di determinati beni e l'opportunità di provvedere alla loro custodia e gestione temporanea.

Con riferimento a tali presupposti, si dovrà senz'altro rilevare che, nell'ipotesi di sequestro di azienda, essi sono perfettamente complementari: sarà infatti assai improbabile che si possa verificare il caso in cui, insorta una controversia sulla proprietà o sul possesso dell'azienda, non ne derivi automaticamente la necessità di disporre la custodia e la gestione temporanea, assistite dalla garanzia che solo la misura cautelare in oggetto può assicurare.

Infatti il fine della conservazione, nella sua integrità economica, dell'azienda e la valutazione del grave pregiudizio che essa subirebbe ove venisse meno l'efficienza ed il valore commerciale dei singoli elementi che ne costituiscono il patrimonio, sono senza dubbio i motivi principali che determinano la necessità del ricorso alla tutela cautelare.

Non solo, ma rileveranno, a tal proposito — e determineranno anch'essi l'urgenza che giustifica il ricorso al mezzo cautelare di cui trattasi — anche i timori dell'eventuale possibilità di sottrazione o deterioramento di determinati beni: timori che potranno legittimare l'esigenza di una straordinaria custodia e gestione del patrimonio aziendale nel momento in cui dovesse insorgere controversia sulla proprietà o sul possesso dello stesso (11).

A compendio dell'argomento trattato (e per voler sintetizzare in un'unica affermazione le risultanze dell'indagine che ha evidenziato — sia pure senza ambizioni di completezza — la specialità della misura cautelare in questione quando questa venga autoriz-

---

organizzati e coordinati dall'imprenditore, essa cessa di esistere quando i vari elementi siano stati dispersi, assumendo i singoli beni destinazioni diverse (nella specie, per la chiusura dell'esercizio di vendita, la rimozione delle merci e delle attrezzature e la restituzione al proprietario del locale). Con la conseguenza che, in tale situazione non è configurabile una misura cautelare sull'azienda stessa, ormai cessata di esistere »

(11) Così PROVINCIALI op. cit. pag. 100 e ss.

zata sul patrimonio aziendale) si potrà dunque sostenere che tra il sequestro giudiziario di azienda e quello di altri beni, vi è la stessa differenza che intercorre tra il concetto di conservazione e quello di gestione dei beni stessi.

Urbino, settembre 1990