

## Il *periculum in mora* come chiave di volta per una rivisitazione della tutela cautelare

Occorre prendere consapevolezza che la tutela cautelare è uno strumento le cui potenzialità ben possono essere sfruttate per superare, nell'inerzia del legislatore, la crisi della giustizia civile. Non è la migliore delle tecniche processuali possibili ma, molto spesso, appare il solo usbergo per ottenere una tutela giurisdizionale che sia effettiva. Non è sufficiente, infatti, che lo Stato appresti un qualsivoglia procedimento civile, è necessario che il servizio giustizia sia funzionale all'emissione di provvedimenti che, in concreto, risultino idonei a porre rimedio alla situazione antiggiuridica denunciata dal titolare della posizione giuridica soggettiva di vantaggio dedotta in giudizio (sia essa un diritto soggettivo, un interesse legittimo, o una aspettativa tutelabile).

Un utilizzo più consapevole ed appropriato della tutela cautelare necessita, quindi, del chiarimento dei concetti fondamentali alla base dell'istituto e di una rimediazione dei presupposti necessari per la concessione del provvedimento. Solamente attraverso la corretta interpretazione dei principi di diritto processuale che reggono la materia, la tutela cautelare può emergere dal ruolo di comparsa, cui la prassi l'ha da tempo relegata, senza che arrivi a travalicare i limiti imposti dal suo essere strumentale all'effettività del provvedimento principale di merito.

Lo stato dell'arte sconta ancora oggi l'inarrivabile lavoro di Piero Calamandrei che, nella sua *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* <sup>(1)</sup>, individua: nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*, i presupposti del provvedimento cautelare; nella strumentalità e provvisorietà degli effetti, il loro elemento distintivo rispetto alle altre *species* affini; nella sommarietà della cognizione <sup>(2)</sup>, la caratteristica strutturale del procedimento. Nel 1936, in assenza di un procedimento cautelare uniforme (auspicato dal maestro fiorentino ed introdotto solamente con la novella del 1990), e in un periodo storico in cui il problema della lunghezza dei processi non aveva le dimensioni attuali, il risultato era notevole; mentre la tutela cautelare ben poteva essere ridotta alla sola funzione di rimedio del pericolo derivante dal ritardo con cui viene emesso il provvedimento principale.

Il fatto è che il « ritardo del provvedimento principale », con l'andar del tempo si è trasformato da una conseguenza fisiologica connaturata alla necessità di svolgere un processo, a un elemento patologico del nostro processo civile. Tale trasformazione, tuttavia, non è stata accompagnata da una adeguata evoluzione

(1) Padova 1936, ora ripubblicato in *Opere giuridiche*, Napoli 1983, p. 157 ss.

(2) Sommaria perché superficiale, secondo la classificazione di CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, ristampa inalterata del 1965, p. 664, p. 202 spec. nota (1).

concettuale del *periculum in mora*, con la conseguenza che oggi, nella prassi – con qualche eccezione di settore, come avviene in materia di diritto di proprietà industriale il cui *periculum* viene spesso considerato *in re ipsa*, o comunque assume rilevanza pure in presenza di un minimo grado di gravità<sup>(3)</sup> – il presupposto principale per la concessione del provvedimento cautelare è concepito negli stessi termini di quando la misura cautelare veniva considerata un elemento accidentale ed eccezionale per la tutela dei diritti soggettivi (provvedendo a quest'ultima, principalmente e dignitosamente, il processo ordinario di cognizione).

Due semplici osservazioni, *prima facie*, contribuiscono a «modernizzare» la tutela cautelare, possono aiutare a meglio comprenderla e, di conseguenza, ad utilizzarla consapevolmente.

In primo luogo, occorre caratterizzare il *periculum in mora* da un punto di vista strutturale, atteso che la sua tratteggiata definizione in termini di «pericolo da ritardo», lo individua unicamente dal punto di vista della funzione. Sul punto, l'analisi ha contribuito a far emergere una componente del *periculum in mora* che fino a pochi anni fa era rimasta in penombra; ci si riferisce, nella specie, alla necessità che il presupposto cautelare contenga in sé la valutazione della probabile futura lesione della situazione giuridica di vantaggio oggetto del processo, derivante da un'attuale (non solo ipotetica) esposizione ad un pericolo. In altre parole, il *periculum in mora* consiste in una relazione tra un evento (l'esposizione al pericolo) e un probabile danno; e ricorre tutte le volte in cui si ritenga che il diritto soggettivo che si assume leso sia esposto ad un pericolo di un danno futuro<sup>(4)</sup>.

L'analisi condotta, poi, ci aiuta anche a comprendere le modalità ed i caratteri tipici del giudizio sulla sussistenza del *periculum in mora*; in cosa consista, cioè, l'attività di «accertamento» (*rectius*, di «delibazione») del predetto presupposto cautelare. Il problema deve essere affrontato tenendo in considerazione: sia la sommarietà della cognizione del giudice cautelare, *ex art. 669 sexies c.p.c.*; sia la comune massima giurisprudenziale secondo la quale il *periculum in mora* non consiste in un mero «timore» soggettivo, ma deve essere «oggettivato», deve trovare, cioè, un fondamento in un fatto, o più fatti univoci e concordanti<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> SOTRIFFER G., *Il periculum in mora della contraffazione dei brevetti e marchi: spunti per una riflessione*, in *Riv. dir. ind.* 2003, II, p. 309 ss.; BINA M., *Sul periculum in mora nei provvedimenti cautelari speciali in materia di proprietà industriale*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza italiana*.

<sup>(4)</sup> Cfr., per un approfondimento, RECCHIONI S., voce *Periculum in mora (nel processo cautelare civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 3° agg., tomo II, Torino 2007, pp. 892-912; Id., *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare. Parte I: il pericolo come relazione fra eventi*, in *Studi in onore di G. Tarzia*, Milano 2005, pp. 1431-1475.

<sup>(5)</sup> Sull'istruttoria nel procedimento cautelare cfr. E. Merlin, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1996, p. 403 s.; G. Tarzia, A. Saletti, voce *Processo cautelare*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano 2001, p. 844 s.; L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, 3ª ed., Padova 2008, pp. 396-409; L. Lombardo, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 464 ss. Più in generale, sull'istruttoria sommaria, cfr. A. Proto Pisani, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.* 2002, V, c. 17 ss., spec. § 2.5 ss. anche per la critica a L. Montesano, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 309 ss.

Con riferimento al primo termine della relazione di pericolo (cioè, l'esposizione al pericolo del bene giuridico) esso consiste in un fatto concreto che in astratto appare pienamente accettabile. Qui il problema si pone negli stessi termini del giudizio sul *fumus boni iuris*, in cui il dato di partenza è costituito da una serie di fatti costitutivi del diritto che già si sono manifestati nella realtà. Ora, la questione si riduce alla scelta tra un giudizio di verosimiglianza (ovvero di possibilità), e un giudizio di probabilità (con il relativo problema di verificare il grado di probabilità richiesto dalla legge per ritenere il fatto provato) sulla ricorrenza del fatto storico, la cui soluzione deve essere lasciata alla discrezionalità del giudice, che la orienterà secondo la disposizione dell'art. 669 *sexies* c.p.c.

Il secondo termine della relazione di pericolo, di contro, consiste in un vero e proprio giudizio probabilistico, perché riguarda necessariamente dei fatti futuri. Il giudice, attraverso il materiale probatorio raccolto nel corso dell'istruttoria cautelare, deve ritenere probabile, e non solo verosimile, il futuro verificarsi del danno<sup>(6)</sup> (la cui gravità viene valutata dalla legge in termini di « grave », « irreparabile », « imminente », ovvero lasciata alla discrezionalità del giudice, come accade per i provvedimenti cautelari speciali di diritto industriale<sup>(7)</sup>).

L'analisi strutturale del *periculum in mora*, ci consente di superare la prospettiva tradizionale secondo la quale i presupposti per la concessione del provvedimento (*fumus* e *periculum*) stanno sullo stesso piano, come se fossero variabili tra loro indipendenti. Questa è la seconda delle osservazioni che possono risultare utili al processo di modernizzazione della tutela cautelare, cui ci si riferiva poc'anzi.

Nel momento in cui si è abbandonata l'idea che il *periculum in mora* consista nel solo pericolo da ritardo con cui viene erogata la tutela giurisdizionale in via ordinaria, ma necessita dell'esposizione ad un pericolo della situazione giuridica di vantaggio che si assume lesa e della probabilità di un danno (ingiusto) futuro, non si hanno difficoltà a percepire che il presupposto del *periculum in mora* è subordinato alla sussistenza del *fumus boni iuris*. Se, infatti, è lecito ipotizzare che una domanda possa apparire fondata, mentre la situazione giuridica di vantaggio che si assume lesa può non essere esposta al pericolo; la proposizione inversa non vale: è consentito ottenere la tutela di una situazione giuridica di vantaggio a fronte dell'esistenza di un pericolo, solamente quando la relativa domanda di tutela giurisdizionale appaia *prima facie* fondata, ovvero la situazione giuridica di vantaggio appaia sussistere.

La conseguenza salta all'occhio: il solo elemento che il giudice deve ricercare per la concessione del provvedimento cautelare è la sussistenza del *periculum in mora*, atteso che il *fumus boni iuris* è implicito nella sua valutazione<sup>(8)</sup>. In altre

---

<sup>(6)</sup> RECCHIONI S., *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare. Parte II: la cognizione cautelare del pericolo come species delle decisioni di probabilità*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

<sup>(7)</sup> Su cui v. BINA M., *op. cit.*

<sup>(8)</sup> Cfr. CONSOLO C., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino 1998, pp. 29-41.

parole, la tutela cautelare deve essere erogata tutte le volte vi sia un pregiudizio giuridico da prevenire; ovvero, e in modo equivalente, tutte le volte in cui il probabile danno futuro alla situazione giuridica di vantaggio oggetto del processo sia una conseguenza di un illecito, o di un inadempimento, e possa essere qualificato come « danno ingiusto ».

In conclusione, la rilettura delle questioni affrontate nei termini qui prospettati, facilita il recupero di uno spazio di applicabilità della tutela cautelare più ampio rispetto a quello cui è stato finora relegato, senza con ciò travalicare i limiti propri di una tutela strumentale non tanto alla tutela dei diritti soggettivi ma, più propriamente, all'effettività del provvedimento giurisdizionale di merito.

Sotto altro aspetto, questa prospettiva evidenzia come il *proprium* della tutela cautelare sembrerebbe consistere nella necessità per il giudice di valutare in concreto la sussistenza di un certo presupposto, il *periculum in mora*. Nulla di più, nulla di meno. Con la conseguenza, *de iure condendo*, che il procedimento previsto dagli artt. 669 *bis* e seguenti c.p.c. ben potrebbe assurgere a modello tipo da applicare a tutti i provvedimenti sommari.

**MASSIMILIANO BINA**

