
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Tutela ex art. 700 c.p.c. e residualità: va esclusa se sono esperibili procedimenti sommari tipici.

Non possono conseguirsi effetti propri di altre misura cautelari tipiche mediante il ricorso ai provvedimenti di urgenza.

Non si può ricorrere a tale strumento per interferire con l'efficacia di una misura cautelare tipica riducendone o integrandone la sfera di azione.

Mediante i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. non può sospendersi l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali né può incidere sul processo esecutivo.

Deve escludersi l'ammissibilità dei provvedimenti di urgenza quando, per l'affermazione del diritto da cautelare, siano esperibili procedimenti sommari tipici o fasi sommarie di procedimenti ordinari, comunque culminanti in provvedimenti sommari anticipatori degli effetti della decisione di merito.

Tribunale di Nola, sezione seconda, ordinanza del 29.1.2013

...omissis...

1.- La misura cautelare atipica richiesta ex art. 700 c.p.c., è inammissibile per evidente carenza del requisito della residualità.
In relazione alla domanda ex art. 700 c.p.c., va, infatti, rammentato come il legislatore anteponga il limite della "residualità" dei provvedimenti d'urgenza:

la norma opera, infatti, "fuori dai casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo", che è poi il capo sui procedimenti cautelari, inserito nel libro IV del c.p.c. (vale a dire fuori dai casi che lasciano spazio ai sequestri, alle azioni di nunciazione ed ai procedimenti di istruzione preventiva).

È pacifico che la relazione di sussidiarietà dei provvedimenti d'urgenza sia, in realtà, operante con riferimento a tutte le misure cautelari nominate, per quanto non regolate dal Capo III del Libro IV, ma da altre parti del codice di rito, dal codice civile o da leggi speciali.

La riserva, inoltre, opera non tanto con riferimento al tipo di diritto sostanziale ma alla natura del concreto periculum in mora: di tal che, ad esempio, anche la proprietà o le situazioni creditorie possono essere cautelate con la tutela atipica art. 700 c.p.c. ove si tratti di scongiurare minacce cui il sequestro giudiziario o il sequestro conservativo non porrebbero rimedio. In tal senso depone pure la constatazione della atipicità dei contenuti normativi della disposizione in questione e della discrezionalità concessa al giudice nella scelta del provvedimento più adatto alle esigenze della singola fattispecie.

Il ricorso alla cautela innominata resta, pertanto, inammissibile allorché l'istante possa concretamente disporre o, magari abbia già usufruito, di un'azione cautelare tipica in grado di raggiungere un equivalente grado di abilità a neutralizzare il pregiudizio paventato dal richiedente (ad. es. il rimedio cautelare tipico di cui all'art. 1137, comma 2, c.c. per la sospensione delle delibera condominiali, in tal senso v. Trib. Salerno 15 dicembre 2007, in Arch. locazioni 2008, 2, 177; Trib. Napoli, 4 maggio 1993, in Arch. locazioni 1993, 547).

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie hanno, inoltre, evidenziato che in forza del principio di residualità:

a) non possono conseguirsi effetti propri di altre misure cautelari tipiche mediante il ricorso ai provvedimenti di urgenza (cfr. Trib. Monza 22 settembre 2004, in De Jure; Trib. Nola 22 marzo 2010, in De Jure; Trib. Nocera Inferiore 6 febbraio 1995, in Rass. loc. 1995, 289):

b) non si può ricorrere a tale strumento per interferire con l'efficacia di una misura cautelare tipica riducendone o integrandone la sfera di azione (v. Pret. Milano 15 gennaio 1990, in Giur. it. 1990, (...) - 2 227);

c) mediante i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. non può sospendersi l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali (non può, pertanto, ottenersi la sospensione dell'esecuzione della sentenza di primo grado, in tal senso v. Trib. Torino 24 aprile 2004, in De Jure; né la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento di convalida di sfratto, in tal senso v. Cass. civ., sez. III, 11 giugno 1990, n. 5670; né la sospensione degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, in tal senso v. Trib. Bari 10 ottobre 2004, in De Jure; Trib. Roma 7 giugno 1996, in Giur. Comm. 1998, 286), né può incidere sul processo esecutivo (v. da ultimo Trib. Catanzaro 23 dicembre 2011, in De Jure; Trib. Piacenza 18 gennaio 2011, in De Jure);

d) deve escludersi l'ammissibilità dei provvedimenti di urgenza quando, per l'affermazione del diritto da cautelare, siano esperibili procedimenti sommari tipici (ad es. convalida di sfratto, in tal senso v. Trib. Roma 25 maggio 2001, in Gius 2001, 2887; Trib. Milano 12 gennaio 1995, in Arch. locazioni 1995, 650) o fasi sommarie di procedimenti ordinari, comunque culminanti in provvedimenti sommari anticipatori degli effetti della decisione di merito (ad es. provvedimenti temporanei ed urgenti nei procedimenti di separazione e

divorzio, in tal senso v. Trib. Marsala 25 novembre 2004, in Giur. merito 2005, 4, 804; Cass. civ., scz. 1, 8 settembre 1992. n. 10292).

Per quanto qui di interesse, deve evidenziarsi come la cautela richiesta è stata domandata onde anticipare gli effetti della restituzione dell'immobile concesso in leasing, conseguente alla definizione dell'instaurando giudizio di merito, leso ad accertare l'avvenuta risoluzione di diritto ex art. 1456 c.c. del predetto contratto.

Orbene, appare dunque evidente che, vertendo la futura controversia sul diritto alla restituzione del bene quale conseguenza dell'avvenuta risoluzione di diritto dello stipulato contratto di leasing, le ragioni del contraente asseritamente adempiente sono tutelate, in via cautelare, dall'ordinamento con la misura del sequestro giudiziario, divenendo, dunque, inammissibile l'azione ex art. 700 c.p.c. quando, trattandosi, come nella specie, di risoluzione (per morosità) di un contratto di locazione, si possa far ricorso allo strumento processuale tipico del sequestro giudiziario.

È noto, infatti, che, con riguardo al sequestro giudiziario, la costante giurisprudenza di merito e di legittimità ha rimarcato l'impossibilità di restringerne la strumentalità ai soli casi di esperimento di azioni reali. Invero, accanto a questi ultimi ne sono identificabili di ulteriori nei quali, se pur entrano in gioco diritti di natura solo personale, è tuttavia riscontrabile l'astratta funzionalità della misura alla loro tutela.

In particolare, ciò si ha allorché detti diritti si sostanziano in una pretesa alla riconsegna della cosa, ossia implicano, per il loro soddisfacimento, l'espletamento di una successiva attività esecutiva del tipo di quella che deve essere appunto correlata al sequestro giudiziario. In dette ipotesi emerge, infatti, chiara la ricorrenza della "ratio" sottesa alla previsione di tale misura cautelare tipica individuata nella sua funzionalità a garantire dal pericolo di infruttuosità. Pertanto, non può non condividersi il principio, che costituisce ormai "ius reception". secondo il quale si ha controversia sulla proprietà o sul possesso anche nel caso di controversia su di un diritto personale avente ad oggetto la pretesa restituzione di cose da altri detenute (cosiddetto "ius ad rem"), ossia quando debba decidersi in ordine ad un'azione personale che comporti una decisione su detta pretesa (tra le tante e per tutte, Cass.88/4807).

Il sequestro giudiziario, pertanto, presuppone che sussista una controversia sulla proprietà o sul possesso del bene e che all'esito del giudizio di merito vi sia una pronuncia restitutoria, avendo tuttavia la giurisprudenza di legittimità, condividendo le precedenti osservazioni, considerevolmente dilatato i confini della tutela, ammettendola non solo per le azioni reali (così come sembrerebbe suggerire il tenore letterale dell'art. 670 c.p.c.) ma anche per quelle personali che comportino comunque una restituzione del bene (cfr. Cass. 16.11.1994, n. 9645; Cass. 21.7.1994, n. 6813; Cass. 28.4.1994, n. 4039; Cass. 19.10.1993, n. 10333), ribadendo altresì che il sequestro giudiziario è incompatibile soltanto con le azioni meramente dichiarative (cfr. Cass. 10.12.1976, n. 4539; Cass. 24.10.1968, n. 3463).

Più precisamente, la citata giurisprudenza, con un orientamento pressoché costante, ha affermato che ai fini della concedibilità del sequestro giudiziario, si è in presenza di una controversia sulla proprietà o il possesso non soltanto quando siano o saranno esperite le caratteristiche azioni di rivendica, di manutenzione o di reintegrazione, ma anche nel caso in cui sia stata proposta

o debba proporsi un'azione contrattuale che, se accolta, importi condanna alla restituzione di un bene, come nelle ipotesi di azioni personali aventi ad oggetto la restituzione della cosa da altri detenuta. Ciò in quanto, il termine "possesso". usato dall'art. 670 c.p.c. unitamente a quello di proprietà, non va inteso in senso strettamente letterale, rientrando in esso anche la detenzione (cfr. Cass. Sez. I Civ. 14.11.1994 n. 9645, nonché Cass. 1459/66., 2000/67, 1757/89, 2342/72, 1037/76, 854/82, 5066/84, 6038/86, 5899/87, 6324/87, 1344/89).

In conseguenza di ciò, è da ritenersi ammissibile il sequestro giudiziario in ogni ipotesi in cui risulti proposta, o debba proporsi, l'azione di risoluzione, rescissione, nullità o annullamento o accertamento della simulazione di un rapporto obbligatorio che si riferisca ad un bene suscettibile di formarne oggetto, sempre che a tali azioni sia collegata la pretesa di ottenere la riconsegna dello stesso bene.

Pertanto, essendo la misura cautelare di cui si pretende l'emanazione teleologicamente indirizzata ad assicurare, nelle more dell'instaurando giudizio di merito, le medesime utilità conseguibili con il sequestro giudiziario, vale adire la custodia e la gestione del bene, si staglia con evidenza l'inesistenza, nella fattispecie, del requisito della residualità imposto dall'art. 700 c.p.c. onde ottenere la tutela cautelare atipica ivi prevista.

2.- Osserva ancora il Tribunale che la società ricorrente, nell'affermare l'ammissibilità della domandata cautela, ha evidenziata la sua strumentalità rispetto ad esigenze, a suo dire, non realizzabili a mezzo della misura ex art. 670 c.p.c., quali, appunto, la necessità di locare nuovamente il bene oggetto del contratto stipulato inter partes nonché, eventualmente, di procedere alla sua alienazione.

Tuttavia, anche rispetto a tali ulteriori esigenze prospettate dall'istante, a parere del Tribunale, va escluso il requisito della residualità.

Quanto alla prima, è indubitabile la possibilità del custode, nominato ai sensi dell'art. 670 c.p.c., di concedere in locazione il cespite sequestrato mediante la stipulazione di un contratto la cui durata risulta "naturaliter" contenuta nei limiti di durata del sequestro (cfr., Cassazione civile, sez. III, 28/09/2010, n. 20341).

Quanto alla seconda, l'assenza del requisito della residualità può essere agevolmente apprezzato con riferimento al procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c..

Al riguardo, osserva il Tribunale che la ricorrente avrebbe potuto agevolmente avvalersi di tale procedimento, avendo la controversia carattere meramente documentale in quanto volta, esclusivamente, ad accertare l'intervenuta risoluzione di diritto del contratto e, al più, in ragione delle difese in questa sede: sollevate dalla resistente, la validità dello stipulato contratto.

Invero, il nuovo strumento processuale, nelle intenzioni legislative mira alla rapida formazione di una pronuncia definitiva: esso costituisce un procedimento autonomo ed alternativo al processo ordinario a cognizione piena contrassegnato dalla sommarietà della procedura, in quanto la cognizione del giudice, pur avendo ad oggetto sia i fatti posti a fondamento della domanda attorea, sia le eccezioni del convenuto, avviene in forma ridotta in rapporto alle modalità prescritte dal libro II del codice.

Trattasi di un procedimento di piena cognizione, e dunque a tutti gli effetti un rito a cognizione piena, atteso che si chiude con un provvedimento che passa in

giudicato, ove allora la specialità e la sommarietà non sono collegati alla qualità della cognizione, che resta di pieno diritto, bensì alla mancanza di predeterminazione legislativa del percorso procedimentale da seguire (fatta eccezione per la fase introduttiva) nella trattazione e nell'istruttoria della causa.

L'aspetto fondante dell'istituto, ossia la celerità della decisione, ha fatto ritenere che possano essere sicuramente trattate con tale schema processuale le cause ab origine di carattere documentale o destinate ad essere definite all'esito di una rapida istruttoria già sulla base delle allegazioni e delle richieste delle parti (in tal senso v. Trib. Viterbo 12 luglio 2010. De Jure; Trib. Lamezia Terme 12 marzo 2010, in Giur. merito 2010, 10, 2450; Trib. Torino 11 febbraio 2010, in II civilista 2010, 12, 13; Trib. Verona 5 febbraio 2010, in Giur. merito 2010,9, 2166) come appunto la fattispecie in esame.

La prospettazione della ricorrente poggia, difatti, integralmente sul contenuto e sull'applicazione della scrittura privata del 30.5.2000 e della documentazione in atti dalla quale si evince che a partire dal mese di novembre 2011 la conduttrice ha cessato di versarle il canone di locazione.

In definitiva, esistendo nell'ordinamento altri strumenti con cui la ricorrente avrebbe potuto ottenere in tempi celeri l'affermazione del diritto da cautelare, il presente ricorso ex art. 700 c.p.c. deve reputarsi inammissibile (cfr., Tribunale Nola, sez. II 07/05/2012 G.D., dott.ssa C.C., in Banca Data De Jure).

3. Quanto alle spese di procedimento, le ragioni della decisione, che hanno comportato una pronuncia "sul processo" e non anche "sul merito", giustificano l'integrale compensazione tra tali parti delle spese del giudizio.

p.q.m.

Il Giudice, pronunciando sull'odierna domanda cautelare, così provvede:

a) letti gli artt. 670, 669 ter 669 sexies e 669 septies c.p.c., dichiara inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c., compensando integralmente tra le parti le spese del procedimento.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni di rito.

Così deciso in Nola, il 28 gennaio 2013.

Depositata in Cancelleria il 29 gennaio 2013.