

Tutela cautelare

TRIBUNALE DI ROMA 13 febbraio 2014 - Giud. Di Paola - De S. M. A. (avv.ti M. Giannini, E. Giannini) - Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. (avv.ti Tamburo, Russo)

**Deve essere rigettato il ricorso ex art. 700 c.p.c. con cui un lavoratore chieda dichiararsi in via cautelare il suo diritto di accedere alle prestazioni di un fondo di sostegno al reddito e all'occupazione - previa sottoscrizione in sede sindacale di un verbale di conciliazione avente a oggetto la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, depurato di una clausola di rinuncia al pendente contenzioso con il datore di lavoro - non avendo il giudice il potere di imporre alla società convenuta di addivenire, in difetto di un obbligo al riguardo, alla conclusione di un accordo avente un certo contenuto.**

...*Omissis*...

La ricorrente chiede che questo giudice - accertato e dato atto sia di aver ella maturato tutti i requisiti per l'accesso al Fondo di sostegno del reddito e dell'occupazione per il personale del Gruppo Ferrovie dello Stato, sia di aver soltanto accettato di risolvere consensualmente il proprio rapporto di lavoro alle decorrenze stabilite dalla procedura sindacale di cui alla manifestazione di interesse dell'1 agosto 2013, sia ancora esserle stato precluso dalla società convenuta, pur sussistendone tutte le condizioni, di accedere al Fondo per essersi ella rifiutata di firmare il verbale di conciliazione in sede sindacale attraverso il quale dovrebbe rinunciare alla controversia in corso presso il tribunale di Roma, sia infine dell'illegittimità di tale comportamento avversario, non supportato da alcuna norma ma dalla sola prassi aziendale: a) dichiararsi il diritto di essa ricorrente a firmare il verbale di conciliazione in sede sindacale epurato della rinuncia da parte della stessa al contenzioso pendente presso il Tribunale di Roma - sezione lavoro - r.g. 41167/11, con conseguente accesso al Fondo a decorrere dal 1° gennaio 2014; b) condanni la società

convenuta a corrispondere ad essa ricorrente la somma "che il Giudice vorrà liquidare in via equitativa a titolo di risarcimento del danno".

La domanda sub. b) va linearmente rigettata, non essendo notoriamente deducibili in via cautelare urgenti pretese a titolo risarcitorio, per converso suscettibili di esser fatte valere, senza pregiudizio alcuno per la parte, in via ordinaria.

Dal pari va rigettata la domanda sub. a), per la semplice assorbente ragione che non è in potere del giudice imporre alla società convenuta di addivenire - in difetto di un obbligo al riguardo - alla conclusione di un accordo avente un certo contenuto (in ciò risolvendosi la pretesa della ricorrente); a nulla rilevando, sul punto, una ipotesi illegittimità della condotta aziendale, che sarebbe eventualmente fonte, in astratto, di altre pretese (comunque insuscettibili di essere rivendicate in fase cautelare).

La effettiva particolarità e delicatezza della questione costituisce ragione grave ed eccezionale per procedere alla compensazione delle spese di lite.

...*Omissis*...

TRIBUNALE DI ROMA 13 febbraio 2014- Pres. Sordi - Giud. La Marra - De S. M. A. (avv.ti M. Giannini, E. Giannini) - Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. (avv.ti Tamburo, Russo)

**Deve essere dichiarato in via cautelare il diritto della ricorrente ad accedere alle prestazioni straordinarie di un fondo di sostegno al reddito e all'occupazione, essendo tale dichiarazione l'unico provvedimento in grado di evitare il *periculum in mora* invocato dalla stessa, rappresentato dalla imminenza della data di scadenza per l'accesso al fondo per cui è causa e dalla irreparabilità del pregiudizio derivante dalla impossibilità, oltre quella data, di addivenire alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.**

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conforme</b>	Trib. Firenze, 10 dicembre 1996, in <i>Foro it.</i> , 1997, I, 578; Pret. Roma, 3 febbraio 1986, in <i>Riv. it. dir. lav.</i> , 2007, 165.
<b>Difforme</b>	App. Milano, 8 ottobre 1994, in <i>Foro it.</i> , 1995, I, 1325; Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in <i>Società</i> , 2013, 463; Trib. Torino, 21 luglio 2003, in <i>Giur. merito</i> 2004, 1124; Trib. Genova, 18 luglio 1996, in <i>Riv. crit. dir. lav.</i> , 1997, 106.

...*Omissis*...

Il reclamo è meritevole di accoglimento.

In ordine al *fumus boni iuris*.

Per focalizzare più agevolmente la questione in esame sembra opportuno premettere una sintetica ricognizione della procedura prevista dagli Accordi sindacali per po-

ter accedere al Fondo di Sostegno del reddito e dell'occupazione per il personale delle Società del Gruppo FS. Con nota prot. RFI N 003225 del 1 agosto 2013 la società RFI trasmetteva al personale dipendente di tutte le strutture centrali della società stessa ubicate nelle sedi di Roma, la «Manifestazione di interesse. Procedura

sindacale di cui al progetto aziendale presentato alle RSU 33 RFI Sedi Centrali e alle segreterie Regionali Lazio di Filt/CgliUltrasporti, Ugl Trasporti, Fast ferrovie e Orsa Ferrovie per la risoluzione del rapporto di lavoro e accesso alle prestazioni straordinarie del fondo per il proseguimento di politiche attive a sostegno del reddito e dell'occupazione per il personale della società del gruppo FS di cui agli accordi nazionali del 15 maggio 2009 recepiti con DM del 23 giugno 2009 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e successive modificazioni ed integrazioni. Con tale "Manifestazione di interesse" il personale in servizio, che aveva i requisiti individuati con apposito Accordo Sindacale e interessati alle prestazioni straordinarie erogate dal Fondo nonché alla risoluzione consensuale del proprio rapporto di lavoro, poteva presentare domanda entro e non oltre il 3 settembre 2013 (cfr. all. 1 fascicolo RFI spa).

La società reclamante e le Organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL delle attività Ferroviarie, con la sottoscrizione dell'Accordo del 15 maggio 2009, avevano, poi, stabilito che potevano accedere al Fondo i lavoratori, dipendenti della Società del gruppo FS, che entro il termine massimo di 48 mesi avessero raggiunto il primo requisito pensionistico utile (pensione di vecchiaia o anzianità) e che avessero presentato idonea certificazione dei periodi contributivi (all. 3 fascicolo RFI spa). Tale accordo veniva poi integrato con il Verbale di Accordo del 26.9.2013 con il quale la società reclamante e le segreterie Regionali Lazio delle OO.SS, FILT/CGIL, FIT/CISL, UIL Trasporti, UGL Trasporti, FAST Ferrovie, ORSA Ferrovie e la RSU n. 33, convenivano che «il numero complessivo di lavoratori in esubero è pari ad un massimo di 103 unità appartenenti alle strutture di staff e di supporto tecnico/amministrativo della sede centrale» e provvedevano a redigere ed allegare l'elenco dei nominativi dei lavoratori in possesso di quei requisiti previsti a livelli sindacale per poter accedere al predetto Fondo.

In tale elenco veniva inserito il nominativo della reclamante De S. A. (cfr. all. 3 fascicolo RFI spa).

Ebbene è stata proprio la società RFI spa, a riconoscere alla De S. il possesso di tutti i requisiti individuati a livello sindacale, per potere accedere alle prestazioni straordinarie del Fondo, tant'è che, giova ribadirlo, è stata inserita nell'elenco, allegato al verbale sindacale del 26 settembre 2013, dei lavoratori che saranno appunto immessi al predetto Fondo (cfr. all. 3 fascicolo RFI spa).

Di fronte all'indiscusso possesso dei requisiti individuati per poter, legittimamente, accedere al Fondo, la reclamante, ben correttamente lamenta che nonostante il suo nominativo sia stato inserito nell'elenco dei lavoratori che saranno immessi al Fondo, la società resistente "per prassi aziendale" pretende di risolvere consensualmente il rapporto di lavoro previa rinuncia al contenzioso giudiziario attualmente pendente dinanzi al Tribunale di Roma, sezione lavoro, Giudice Dott. Mormile avente ad oggetto demansionamento e mobbing. Rinuncia che, alla luce delle sopra illustrate intese sindacali, non può essere, certamente, qualificata

come ulteriore condizione del perfezionamento della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro di cui è causa.

Né d'altro canto a diversa conclusione si può giungere soffermandosi sulla domanda di risoluzione del rapporto effettuata dalla reclamante in data 7 agosto 2013, perché la stessa società resistente aveva fatto intendere alla lavoratrice che la vera rinuncia al contenzioso sarebbe stata solamente quella effettuata in sede di sottoscrizione del verbale sindacale (cfr. all. 2 fascicolo RFI spa). Rafforza, infatti, tale convincimento quanto esposto dalla società RFI spa a pag.17 della memoria laddove davanti al dissenso della reclamante la Dott.ssa P. "le precisò" che comunque la rinuncia doveva avvenire in sede sindacale (cfr. pag. 17 memoria di costituzione in sede di reclamo).

Non si può, quindi, non riconoscere a tale sottoscrizione il solo valore di "mero atto" idoneo a consentire l'avvio della procedura di accesso al predetto Fondo senza comportare alcun effetto vincolante nel suo contenuto sostanziale.

Di fronte alle ragioni che sono state appena esposte va pertanto dichiarato il diritto di De S. A. all'accesso alle prestazioni straordinarie del Fondo di cui agli accordi sindacali del 15 maggio 2009 recepiti dal D.M. n. 510 del 23 giugno 2009 del Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti e successive modifiche ed integrazioni.

Quanto al *periculum in mora*

Ritiene il collegio che l'imminenza della data di scadenza dell'accesso al Fondo cui è causa - 30 aprile 2014 - impedirebbe irrimediabilmente alla reclamante di accedere al Fondo e conseguentemente, ciò che più rileva, non sarebbe più possibile risolvere consensualmente il rapporto di lavoro con la unica prospettiva del risarcimento del danno, che, nella specie, non sarebbe, in alcun modo, pienamente soddisfacente.

La ricorrente si troverebbe a veder leso il diritto all'accesso anticipato alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, in modo tale da non poter essere reintegrato per equivalente.

Da ultimo, ma solo in ordine di esposizione, precisa il Collegio che pur essendo consapevole della non indiscussa esperibilità del giudizio ex art. 700 c.p.c. per pronunce di mero accertamento, in questo caso, però, non si può non sottolineare come la dichiarazione del diritto ad accedere al Fondo, in via cautelare, sia l'unica in grado di evitare il pregiudizio di cui sopra.

D'altro canto, se si riflette sull'essenzialità e complementarietà della tutela cautelare rispetto alla tutela di tutte le situazioni giuridiche, non si può mai escludere a priori in presenza del *periculum* l'utilità del ricorso alla tutela cautelare, posto che "ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare" (Corte cost. 326/1997).

Di fronte alle ragioni che sono state sopra esposte, l'ordinanza del giudice di prime cure deve essere riformata e per l'effetto va dichiarato il diritto di De S. A. di poter accedere alle prestazioni straordinarie del Fondo per il proseguimento di politiche attive a sostegno del reddito e dell'occupazione per il personale della Società FS

di cui agli Accordi nazionali del 15 maggio 2009, recepiti con DM n. 510 del 23 giugno 2009 del Ministro delle infrastrutture e dei Trasporti e successive modifiche e integrazioni.

La particolarità e complessità della vicenda giustificano la compensazione per metà delle spese di lite che si liquidano come in dispositivo.  
...*Omissis*...

## Limiti della tutela d'urgenza anticipatoria di sentenze dichiarative e costitutive *di Ulisse Corea (\*)*

La seconda ordinanza in commento, in riforma della prima, dichiara in via cautelare il diritto della lavoratrice ricorrente ad accedere alle prestazioni straordinarie di un fondo di sostegno al reddito e all'occupazione. Il provvedimento solleva più di qualche perplessità ove si consideri che, pur potendosi convenire, in linea generale, sull' ammissibilità di una tutela urgente anticipatoria di sentenze dichiarative o costitutive, nella specie la possibilità di accedere al fondo richiedeva il necessario incontro delle volontà dei contraenti sulla risoluzione del rapporto contrattuale in essere e sulle relative condizioni. È infatti alquanto dubbio che la tutela d'urgenza possa estendersi al punto da anticipare la costituzione di un nuovo rapporto negoziale o l'accertamento del diritto di accedervi passando per la risoluzione del vecchio.

### La vicenda contenziosa

Si ripropone, con le ordinanze in commento, il tema della ammissibilità di una tutela cautelare strumentale a una sentenza di mero accertamento o di accertamento costitutivo.

Questa, in sintesi, la descrizione dei fatti che hanno dato adito alla vicenda contenziosa.

Le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo delle attività ferroviarie avevano stipulato nel 2009 con Rete Ferroviaria Italiana un accordo che istituiva un Fondo di sostegno al reddito e all'occupazione per il personale dipendente delle società del gruppo FS, prevedendone i requisiti di accesso. L'accordo dava la possibilità di accedere alle prestazioni straordinarie ivi contemplate attraverso la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro per un certo numero di dipendenti dichiarati in esubero.

Nel mese di agosto del 2013 la società inviava al personale dipendente una nota con cui invitava i lavoratori in possesso dei requisiti indicati nel citato accordo (raggiungimento del primo requisito pensionistico utile e idonea certificazione dei periodi contributivi), interessati alle prestazioni straordinarie erogate dal Fondo e alla risoluzione anticipata consensuale del rapporto di lavoro, a presentare apposita domanda secondo il modello ivi previsto. La nota e il modello di domanda ad essa allegato richiama-

l'attenzione del lavoratore sulla necessità che le parti sottoscrivessero una risoluzione consensuale del contratto di lavoro in sede sindacale, previa rinuncia da parte del lavoratore a ogni eventuale contenzioso pendente. Nel mese di settembre 2013 l'accordo veniva integrato da un verbale sottoscritto dalle stesse parti in cui si stabiliva il numero complessivo di lavoratori in esubero che avevano presentato la domanda e che, essendo in possesso dei requisiti previsti a livello sindacale, potevano accedere al Fondo: veniva così stilato un elenco di nominativi tra cui era ricompresa la ricorrente.

Quest'ultima, tuttavia, nel sottoscrivere la domanda in cui erano esplicitate le condizioni per la mutua risoluzione anticipata e per l'accesso al Fondo (tra cui l'abbandono del contenzioso esistente), asseriva verbalmente di non essere disponibile a rinunciare a un'azione dalla stessa precedentemente intentata contro il datore di lavoro. Conseguentemente, la conciliazione non aveva luogo, il rapporto non veniva risolto e alla lavoratrice non veniva concesso l'accesso al Fondo.

Proposto ricorso *ex art. 700 c.p.c.* avanti al Tribunale di Roma, la lavoratrice chiedeva l'emissione di un provvedimento d'urgenza mediante il quale, accertato il possesso in capo alla stessa dei requisiti sindacali per accedere al Fondo e l'illegittimità della pretesa della resistente di condizionare

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

detto accesso alla rinuncia al contenzioso pendente da parte del lavoratore, venisse dichiarato il suo diritto di “firmare il verbale di conciliazione in sede sindacale epurato” dalla clausola relativa alla rinuncia, nonché venisse condannato il datore di lavoro al risarcimento del danno.

Respinta la seconda domanda per l'evidente carenza della irreparabilità del pregiudizio, stante la natura meramente economica della domanda, l'emissione della misura cautelare dichiarativa veniva del pari rigettata sul presupposto che “non è in potere del giudice di imporre alla società convenuta di addivenire - in difetto di un obbligo al riguardo - alla conclusione di un accordo avente un certo contenuto (in ciò risolvendosi la pretesa della ricorrente); a nulla rilevando, sul punto, una ipotetica illegittimità della condotta aziendale, che sarebbe eventualmente fonte, in astratto, di altre pretese (comunque insuscettibili di essere rivendicate in fase cautelare)”.

Esperito il giudizio di reclamo, il collegio del tribunale romano ribalta la decisione del primo giudice. Alla base dell'accoglimento del ricorso viene posta la circostanza dell'avvenuto inserimento della ricorrente nell'elenco dei soggetti aventi i requisiti per l'accesso al fondo, mentre la sottoscrizione da parte del lavoratore della domanda, in cui si accettava di dover procedere a un accordo individuale risolutorio del rapporto di lavoro e di rinunciare a eventuali pretese, anche azionate in giudizio, viene degradata a “mero atto idoneo a consentire l'avvio della procedura di accesso al Fondo senza comportare alcun effetto vincolante nel suo contenuto sostanziale”.

In conclusione, il giudice del reclamo ha dichiarato l'esistenza di un diritto “all'accesso alle prestazioni straordinarie del Fondo” da parte del lavoratore là dove il giudice di prime cure aveva negato vi fosse il correlativo obbligo per il datore di raggiungere un siffatto accordo.

Per quanto attiene al *periculum in mora*, esso è ravvisato nella imminenza della data utile per accedere al Fondo, scaduta la quale non potrebbe che residuare, secondo il collegio, altro che una tutela risarcitoria, nella specie non pienamente satisfattiva.

È interessante notare come il collegio si mostri consapevole del dibattito in corso sulla controversa ammissibilità di una tutela cautelare puramente dichiarativa. Ciò nondimeno, la soluzione adottata

viene giustificata sulla base della impossibilità di evitare altrimenti il pregiudizio lamentato dalla ricorrente e al lume dell'affermazione della Consulta secondo cui “ogni situazione giuridica deve poter trovare un suo momento cautelare” (1).

Una prima considerazione riguarda la mancanza, nel provvedimento, di un ordine al resistente di porre in essere un qualsiasi comportamento. Né tanto meno il provvedimento si presenta come costitutivo di un rapporto giuridico (alla stregua di un provvedimento *ex art. 2932 c.c.*), nella specie di tipo risolutivo rispetto all'esistente contratto di lavoro e costitutivo in senso proprio rispetto alle prestazioni garantite dal Fondo (2). D'altra parte, se si fosse espresso in tal senso, il collegio sarebbe andato *ultra petita* posto che, come emerge dalla trascrizione delle conclusioni di parte ricorrente, questa si era limitata a chiedere una misura di tipo esclusivamente dichiarativo (3). Peraltro, i giudici sembrano comunque andare al di là della domanda, posto che questa si limitava a chiedere il riconoscimento del diritto di sottoscrivere il verbale di conciliazione, e dunque la risoluzione contrattuale, depurato dalla clausola di rinuncia ad altre pretese, mentre ciò che viene pronunciato dai giudici, è esattamente l'accertamento in via cautelare del diritto a beneficiare delle prestazioni del Fondo, accertamento che anticipa il contenuto tipico della sentenza di merito rispetto a una domanda di analogo tenore (qui non chiaramente formulata) e che presupponeva la risoluzione consensuale del rapporto.

Il provvedimento in esame, quindi, da un lato si presenta come puramente dichiarativo e totalmente anticipatorio degli effetti della sentenza di merito (oltre il chiesto, però); dall'altro trascura alcuni non marginali passaggi logico-giuridici di tale risultato, quali la necessità di una risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, condizione fondamentale dell'accesso al Fondo, da effettuarsi nella prevista sede sindacale.

Prima ancora, però, la lettura dell'ordinanza rimanda ad alcuni interrogativi già noti al dibattito dottrinale e alla giurisprudenza: è possibile, e in che misura, una tutela cautelare dichiarativa pura? Ove la si ritenesse ammissibile, quali *utilità* essa può apportare e a quali *pericula* si presta a far fronte?

(1) Corte cost. 7 novembre 1997, n. 326, in *Giur. it.*, 1998, 410, con nota di Consolo.

(2) L'ordinanza collegiale rileva infatti che sarebbe lesa nella specie «il diritto all'accesso anticipato alla risoluzione consensuale». Il provvedimento di rigetto del primo giudice, come già segnalato, invece aveva ritenuto impossibile per il giudice

ordinare alla società di addivenire ad un nuovo rapporto contrattuale, in assenza di un qualsiasi obbligo al riguardo.

(3) Salva la condanna al risarcimento del danno equitativamente determinato, su cui il collegio non si è evidentemente pronunciato, verosimilmente per la sua estraneità a un'esigenza cautelare, già rilevata dal primo giudice.



### La controversa possibilità di anticipare in via cautelare gli effetti costitutivi o dichiarativi della sentenza

Non occorre dar conto in questa sede del vasto dibattito sulla possibilità e sui limiti di una tutela cautelare anticipatoria. Possiamo limitarci a ricordare come, muovendo da una prospettiva di carattere generale, si sia affermato che se la tutela giurisdizionale può esplicarsi mediante sentenze dichiarative, costitutive o di condanna, anche la tutela anticipatoria debba attenersi ai medesimi principi e potrà dar luogo a provvedimenti idonei a produrre effetti meramente dichiarativi, ovvero costitutivi o condannatori (4).

Se nessun dubbio è mai stato sollevato in ordine a questi ultimi (anche in relazione a capi condannatori di sentenze costitutive o dichiarative) (5), diverse perplessità si sono per converso manifestate

in relazione all'effetto tipicamente dichiarativo o costitutivo della sentenza (6).

Uno degli argomenti generalmente opposti in contrario consisteva proprio nella ritenuta incapacità della stessa sentenza di primo grado di produrre effetti prima del suo passaggio in giudicato (7). A ciò si è aggiunta l'inidoneità dell'istruttoria sommaria tipica dei provvedimenti cautelari ad anticipare quella situazione di certezza giuridica che è propria della sentenza di merito (8) e, in ultima analisi, la difficoltà di individuare le situazioni di interesse alla concessione di una misura cautelare puramente "dichiarativa" (9).

Ma la dottrina e la giurisprudenza hanno in prevalenza ritenuto di non poter escludere una tutela cautelare (in particolare d'urgenza) tanto in relazione ad azioni di accertamento (10) che costitutive (11).

(4) Cfr. in tema Mandrioli, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 553; Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, secondo cui l'anticipazione in senso tecnico deve riguardare gli elementi caratterizzanti della fattispecie anticipata; Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 19 ss.; per una diversa prospettiva, Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, 327 ss.; Id., *La fase cognitiva*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Bologna, 2013, 261 ss., il quale distingue tra anticipatorietà in senso proprio (tipica dei provvedimenti emessi nell'ambito di un giudizio di merito a cognizione piena, rispondenti ad una specifica funzione a essi attribuita) e un'anticipatorietà "atecnica", propria delle misure cautelari (la cui funzione è sempre quella di evitare un *periculum in mora*); v. infine, se vuoi, anche per una ricostruzione del dibattito, Corea, *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008, 135 ss., 216 ss., 225 ss.

(5) È il caso dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro rispetto alla relativa condanna accessoria alla domanda volta a far accertare l'illegittimità del licenziamento, oppure dell'ordine di consentire il passaggio in relazione alla domanda di servitù coattiva.

(6) Si v. l'ampia analisi critica di Panzarola, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, cit., 863 ss.

(7) Vuoi la dottrina tradizionale che la giurisprudenza prevalente hanno sin qui negato l'esecutorietà provvisoria alle sentenze costitutive e di accertamento, riconoscendola alle sole sentenze di condanna: Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960 (rist.), I, 219; Satta, *A proposito dell'accertamento preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1401 e ss.; Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1994, 156; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2012, 295. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 3 agosto 2005, n. 16216; Cass. 10 marzo 2006, n. 5162; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4522; Cass. 6 aprile 2009, n. 8250; Cass. 26 marzo 2009, n. 7369; Cass. 6 febbraio 1999, n. 1037; Cass., 24 marzo 1998, n. 3090. *Contra*, Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1995, 241, per le sentenze costitutive; Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997, 58; Carpi, voce *Esecutorietà (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, 1995; Pugliese, voce *Giudicato*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1988, 812; Impagnatiello, *La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 47 ss. Si

veda oggi però il nuovo orientamento della Corte di cassazione in merito alla provvisoria efficacia della sentenza non passata in giudicato, per la quale pure si tende a parlare di anticipazione degli effetti della sentenza conseguibili con la irretrattabilità (sulle cui implicazioni v., Capponi, *Orientamenti recenti sull'art. 282 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 265 e, se vuoi, Corea, *Verso la provvisoria efficacia della sentenza non passata in giudicato?*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, 481).

(8) Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 257, rileva che, posta in questi termini la questione dell'ammissibilità della tutela cautelare anticipatoria dell'effetto dichiarativo, la risposta non potrebbe che essere negativa. In realtà, prosegue l'A., occorre verificare se non sia sufficiente, per soddisfare provvisoriamente l'interesse del ricorrente, «il conseguimento di quella certezza di modesto grado che si risolve nella valutazione in termini di probabilità del buon diritto affermato dalla parte».

(9) Samori, *La tutela cautelare dichiarativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 949 ss.

(10) In senso favorevole, v. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 259 ss.; Calvosa, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 781 ss.; Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 66; Cerino Canova, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 134; Arieta, *I provvedimenti d'urgenza art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 144; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2004, 278 ss.; Verde, Capponi, *Profili del processo civile*, 3, Napoli, 1998, 372; Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 50; Merlin, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella L. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 945 ss. In giurisprudenza, Trib. Roma, 17 gennaio 1997 (ord.), in *Società*, 1997, 453; Pret. Roma, 27 marzo 1992 (ord.), in *Società*, 1992, 1125 e ss., con nota favorevole di Guarnieri; Pret. Milano, 15 febbraio 1990 (ord.), in *Foro it.*, 1990, I, 1746; Pret. Roma, 17 marzo 1987 (ord.), in *Riv. dir. proc.*, 1988, con nota di Frisina; Trib. Napoli, 8 novembre 1996, in *Dir. ind.*, 1997, 193. Cfr. per altri riferimenti, Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit. 19 ss.; Panzarola, *op. ult. cit.*, 863 ss.

(11) Andrioli, *Commento*, IV, cit., 260; Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 310; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 2000, 183; quantomeno per le azioni costitutive necessarie, Panzarola, *op. ult. cit.*, 871.

Quanto alla prima, vi è chi l'ha ritenuta imprevedibile, alla luce dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di massima strumentalità del processo al diritto sostanziale, in tutti quei casi in cui l'ordinamento non preveda alcuna tutela costitutiva o di condanna e la tutela dichiarativa atipica costituisca l'unico modo di ottenere giustizia su determinati diritti, considerando altresì che il provvedimento dichiarativo, per quanto di modesta forza coercitiva, godrebbe della tutela predisposta dalla sanzione penale di cui all'art. 388, secondo comma, c.p. (12) A sostegno di tale soluzione, si sono inoltre evidenziate le utilità che i provvedimenti in esame riuscirebbero a procurare ai relativi beneficiari, sempre nella prospettiva di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, avendo gli stessi la capacità di imporre al soggetto passivo "comportamenti" per il futuro nonché di costituire per lo stesso richiedente (soggetto attivo) una "fonte di legittimazione" di propri comportamenti conformi (13).

A queste tesi si è obiettato che nessuna utilità potrebbe trarre il ricorrente da un provvedimento cautelare dichiarativo le volte in cui sarebbe nella sua disponibilità dare spontanea esecuzione agli obblighi per la cui tutela si agisce. Inoltre, si è escluso che il provvedimento dichiarativo possa conferire

certezze soggettive rispetto a comportamenti futuri che prescindono da violazioni o contestazioni altrui, essendo ciò precluso anche in sede di merito. Del pari inammissibile sarebbe una misura dichiarativa, pure in caso di violazione che legittimi una reazione da parte dell'istante, atteso che il precario accertamento conseguibile in sede cautelare non lo porrebbe al riparo da conseguenze pregiudizievoli per il comportamento tenuto in conformità al provvedimento ottenuto, ove la sentenza finale dichiarasse inesistente il suo diritto (14). Con riferimento, poi, all'ipotesi in cui il comando cautelare dovrebbe esercitare effetti coercitivi nei confronti del soggetto passivo, rendendo illecito un comportamento altrimenti lecito, si è eccepito che neppure la sentenza di accertamento sarebbe di per sé idonea a produrli mancando in essa un "comando" (15).

In verità, non parrebbe corretto negare in via generale la stessa ammissibilità di un'anticipazione degli effetti della sentenza dichiarativa, dovendosi piuttosto valutare caso per caso se all'interesse ad ottenere una sentenza di accertamento (16) possa affiancarsi l'interesse a veder realizzata in via anticipata quell'utilità che della prima è prerogativa. E ciò, sul rilievo che si debba riconoscere anche alla sentenza di accertamento - e dunque alla misura

(12) Cfr. soprattutto, Proto Pisani, *Le tutele*, cit., 45 ss.; Andrioli, *Commento*, cit., 259 e ss., rileva che l'emissione della misura d'urgenza produce sempre delle conseguenze di fatto e di diritto, quali l'incriminazione ai sensi dell'art. 388 c.p. di chi elude misure cautelari a tutela della proprietà o del possesso (ma, interpretando estensivamente la norma, qualsiasi misura cautelare d'urgenza), nonché effetti secondari quali le valutazioni circa la sussistenza della colpa o della malafede nella liquidazione del danno; Arieta, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 344 e ss.; Merlin, *Variazioni*, cit., 945 ss.; *contra*, fra gli altri, sullo specifico punto, per l'infondatezza ed inopportunità del richiamo alle norme penali: Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 359.

(13) Si tratta di due ipotesi diverse, a seconda cioè che la tutela sia invocata dal ricorrente per porre una regola cui uniformare il proprio comportamento o quello del soggetto passivo. In dottrina, in senso favorevole, oltre agli autori sopra citati, Pagni, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Il diritto-Enc. giur.*, 2007, XII, 492; Arieta, *Trattato di diritto processuale civile, Le cautele*, Padova, 2011, 497; Delle Donne, *Riflessioni sulla tutela "anticipatoria" d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, in *www.judicium.it*; v. anche Trib. Roma, 20 marzo 2001, in *Lav. giur.*, 2001, 776.

(14) In tal senso, Samorì, *La tutela cautelare dichiarativa*, cit., 963; più di recente, Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2012, par. 131; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011, 219; Cariglia, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, 2013, 226 ss.; per analoghe considerazioni, Panzarola, *op. ult. cit.*, 879 ss.; in giurisprudenza, Pret. Milano (ord.), 15 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 1746, secondo cui un simile provvedimento sarebbe equiparabile ad un inammissibile "parere pro veritate"; con riferimento a un obbligo la cui esecuzione rientrava nella disponibilità del ricorrente, Trib.

Padova, 16 settembre 2004 (ord.), in questa *Rivista*, 2005, 3, 409, con nota adesiva di Petrillo, la quale afferma che là dove un soggetto sia in grado di porre in essere un comportamento attuabile in virtù dei propri poteri sostanziali, è nelle norme sostanziali e non nel *dictum* del giudice cautelare che potrà rinvenirsi la fonte di legittimazione di tale comportamento.

(15) Cfr. ancora Samorì, *op. cit.*, 971; Petrillo, *op. cit.*, 413; E.F. Ricci, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 287. Si può però replicare che non vi è ragione di distinguere tra condanna e accertamento allorché si ritenga che anche la sentenza dichiarativa o costitutiva possa fissare una *norma agendi* in capo alle parti, specie se gli obblighi da essa derivanti risultino "infungibili" sì da escludere la possibilità di un'esecuzione forzata secondo le modalità previste dal codice di rito (v. sul punto oltre nel testo).

(16) Secondo Chioyenda, *Principii*, cit., 165 e ss., l'accertamento della legge è di per sé stesso un bene, in quanto «se si afferma la esistenza d'una volontà di legge che ci garantisca un bene, alla utilità garantita dalla legge si aggiunge la sicurezza della sua aspettazione, e la possibilità di disporre nel commercio giuridico». Sul concetto di *utilità* fa leva il cit. Trib. Padova, 16 settembre 2004 (ord.), in cui si afferma l'ammissibilità della tutela anticipatoria anche nei casi di incoercibilità dell'ordine cautelare, in relazione alla possibilità di un adempimento spontaneo o a fini risarcitori. Ma sul punto v. già Cass. 17 luglio 1979, n. 4212, in *Foro it.*, 1980, I, 25, che sottolinea la coercibilità indiretta della statuizione cautelare dichiarativa attraverso l'azione di risarcimento dei danni derivanti dalla sua inosservanza; analogamente, Trib. Roma, 17 gennaio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 2251; in dottrina Santangeli, *Il provvedimento ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 85.

cautelare anticipatoria - la capacità di porre alle parti un vincolo relativo al comportamento futuro, a prescindere dalla incoercibilità del medesimo e dalla strutturale inidoneità di quella sentenza a costituire titolo esecutivo ai fini dell'esecuzione forzata nelle rigide forme previste dal codice di rito (17).

Anche con riferimento alle sentenze costitutive, dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono che nel sistema non vi siano elementi per escludere la tutela cautelare anticipatoria in tutti quei casi in cui il diritto ad ottenere il mutamento giuridico non possa essere soddisfatto se non mediante la pronuncia di una sentenza e, quindi, l'instaurazione di un apposito giudizio (18). Diversamente, si afferma, l'utilità stessa delle sentenze costitutive potrebbe essere irrimediabilmente compromessa. Pure in tal caso si è fatto notare, in contrario, che l'anticipazione degli effetti delle sentenze costitutive non si concilierebbe con la tesi che ancora oggi nega alle stesse ogni efficacia prima del passaggio in giudicato (19). Ma all'obiezione si è autorevolmente replicato che "alcuna distinzione è lecito istituire a seconda che gli effetti della sentenza costitutiva prenda data da questa (o dal suo passaggio in giudicato), dalla domanda giudiziale o, persino, dal suo fatto costitutivo, perché, essendo in ogni caso, la fattispecie, produttiva dell'effetto, integrata con la pronuncia della sentenza o con il passaggio in giudicato di questa, il provvedimento ne anticipa *de facto* il concreto verificarsi degli effetti, variamente puntualizzati *de jure*" (20).

D'altra parte, si dice, l'ammissibilità della tutela cautelare deve sempre misurarsi sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale e delle concrete utilità che la tutela cautelare deve garantire al fine di evitare che la sentenza giunga tardivamente,

quando il diritto fatto valere risulti ormai compromesso. Sicché un'interpretazione eccessivamente restrittiva, in assenza di una disposizione che espressamente escluda la cautela in rapporto al tipo di sentenza, finirebbe per confliggere con i noti principi affermati dalla Consulta in relazione alla copertura costituzionale della tutela cautelare.

Peraltro, anche da alcuni sostenitori della tesi favorevole si è rilevato che la tutela anticipatoria possa valere più propriamente a soddisfare obblighi consequenziali alla pronuncia costitutiva e, dunque, più che ad anticipare la modificazione giuridica, a consentire l'esercizio in via provvisoria di "quelle facoltà che sono contenute nel costituendo diritto" (21). Al che si è acutamente replicato che ciò sarebbe possibile solo in forza della provvisoria anticipazione degli effetti di modificazione sostanziale (22).

Occorre dire che, ad una attenta analisi, non vi sono invero ostacoli teorici a ritenere anticipabili in sede cautelare (quantomeno) taluni effetti "essenziali" della tutela costitutiva o dichiarativa. Non dunque il medesimo effetto dichiarativo o costitutivo proprio della tutela finale e della sua irrettrattabilità, ma effetti analoghi, sempre funzionali all'elisione del *periculum* di volta in volta rilevante.

Se ne trova conferma in relazione agli effetti caducatori propri di sentenze costitutivo-risolutive o dichiarative di nullità. Nel campo delle impugnative di delibere societarie, è stato dimostrato che il provvedimento cautelare di sospensione è in grado di anticipare "l'essenza" di quell'effetto caducatorio che è proprio della sentenza di annullamento o dichiarativa di nullità, ovvero l'inefficacia della delibera impugnata, dando vita ad una situazione giuridica analoga a quella antecedente all'emanazione dell'atto (23). Inoltre, assumendo la tutelabilità di

(17) Tesi sostenuta da autorevole dottrina: Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 1942, I, 32 ss.; Furno, *Del mero accertamento come sanzione*, in Arch. giur. F. Serafini, Modena, 1938, 213; Fazzalari, *Cosa giudicata e convalida di sfatto*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1956, 1315; Tavormina, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in Riv. dir. civ., 1989, II, 29 ss.; Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, 63 ss.; Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 46; Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 185 ss. Sottolinea il valore della coazione all'adempimento spontaneo, anche in caso di non coercibilità dell'ordine, Santangeli, *Il provvedimento ex art. 700 c.p.c.*, cit., 83; *contra*, Petrillo, *op. cit.*, 413, che nega alla tutela dichiarativa effetti ulteriori rispetto alla produzione di certezza giuridica.

(18) Cfr. Andrioli, *Commento*, cit., 259 ss.; Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 262 ss.; Cerino Canova, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 122 ss.; Denti, *La giustizia civile (Lezioni introduttive)*, Bologna, 1989, 130; Attardi, *Diritto processuale*,

cit., 154; Dini-Mammone, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1997, 387; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 161; Andrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 278; Verde, Capponi, *Profili*, cit., 372; Proto Pisani, *Le tutele*, cit., 520; in giurisprudenza, Cass., 27 ottobre 1976, n. 3899; Pret. Roma, 3 febbraio 1986, in *Giur. merito*, 1987, 602; Pret. Roma, 30 novembre 1979, in *Temi romana*, 1979, 444; altri riferimenti in Vullo, *L'attuazione*, cit., 24 ss.

(19) V. ancora Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 295 e retro nota 7.

(20) Andrioli, *Commento*, IV, cit., 260.

(21) Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 264, il quale afferma l'esigenza di «porre l'accento sull'anticipazione delle situazioni attive a favore del ricorrente»; Arieta, *Trattato di diritto processuale civile, Le cautele*, cit., 579; Vullo, *L'attuazione*, cit., 29; Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 295, il quale pure conclude per la possibile anticipazione di "utilità più circoscritte" della modifica sostanziale.

(22) Panzarola, *op. cit.*, 870.

(23) Di qui la produzione anche dei conseguenti effetti "ri-

un "diritto all'adempimento", si è ritenuta ammissibile la tutela cautelare dichiarativa richiesta per la c.d. manutenzione del contratto (24). E ciò, anche a prescindere dalla reversibilità degli effetti del provvedimento d'urgenza, essendosi affermato che la provvisorietà della tutela cautelare anticipatoria (specie dopo la riforma che ha reso tali misure stabili, anche in assenza del giudizio di merito) non implica necessariamente provvisorietà anche dei suoi effetti (25).

Scorrendo i repertori, si troveranno numerosi casi in cui la giurisprudenza si è mostrata aperta alle istanze di tutela cautelare dichiarativa, accordando, talora con qualche forzatura di troppo, misure cautelari funzionali a scongiurare un pericolo ritenuto irreparabile.

La casistica giurisprudenziale, infatti, conosce vicende in cui un provvedimento urgente è stato concesso a tutela dei diritti di un imprenditore a contrarre con un monopolista in assenza di clausole abusive (esempi in tal senso ricorrono anche nella giurisprudenza amministrativa) o a tutela dei diritti contrattuali che la controparte pretendeva di contestare considerando risolto di diritto il contratto (26). In altri casi si è ammessa esplicitamente la tutelabilità in via cautelare di situazioni giuridiche connesse ad azioni di tipo dichiarativo o costitutivo, escludendosi che la tesi contraria possa farsi discendere dalla circostanza che il diritto da tutelare ancora non esista (27), ma con la specificazione che ciò che viene anticipato è l'effetto autorizzatorio di determinati comportamenti, di

salvaguardia del diritto controverso, discendente da statuizioni condannatorie accessorie alla domanda di accertamento o costitutiva (28). In altri casi ancora, e in modo analogo, i giudici hanno affermato che non è possibile supplire in via cautelare alla mancata conclusione di un negozio tra le parti, pur potendosi ordinare l'esecuzione delle prestazioni promesse con contratti già stipulati (29).

La materia lavoristica è da sempre terreno fertile per la tutela cautelare, specie di natura anticipatoria, vista la particolare delicatezza e rilevanza dei diritti coinvolti, cui fa da *pendant* la frequente irreparabilità dei pregiudizi evocati.

Si pensi alla misura della reintegrazione nel posto di lavoro erogata con provvedimento d'urgenza, anticipatoria rispetto alla sentenza che dichiara illegittimo il licenziamento. Essa anticipa invero gli effetti di tipo dichiarativo o (secondo altra tesi) costitutivo della sentenza, accordando le utilità necessarie a eludere quel particolare pregiudizio, ritenuto irreparabile. In particolare, come affermato da una parte della giurisprudenza, la misura cautelare consente (impone) la reintegra ma non accorda al lavoratore la tutela economica relativa alle retribuzioni che avrebbe percepito nel periodo intermedio tra il licenziamento e la misura cautelare urgente (30). Peraltro, come si è già notato, l'ordine di reintegra è anticipatorio della corrispondente statuizione di condanna contenuta in sentenza, dunque l'anticipazione in via cautelare non riguarda, a ben vedere, l'effetto costitutivo o dichiarativo puro, ma un capo accessorio.

pristinatori", anch'essi spesso svincolati dalle forme dell'esecuzione forzata, ove ricadenti sul piano organizzativo. La sospensione cautelare è infatti in grado di elidere temporaneamente gli effetti della delibera impugnata, impedendo altresì che se ne producano di nuovi. L'effetto caducatorio anticipato dalla sospensiva non è identico a quello della sentenza passata in giudicato, in quanto viene inciso solo il regime dell'efficacia e non quello della validità dell'atto, pronto a riespandersi in relazione agli sviluppi processuali. Si tratta però di un effetto in gran parte analogo, che pone l'atto in uno stato di quiescenza: mi sia consentito sul punto il rinvio al mio *La sospensione delle deliberazioni societarie*, cit., 209 ss., 225 ss.; sulla capacità della sospensiva di rendere inefficace la delibera anticipando l'analogo effetto prodotto dalla sentenza, Carratta, *op. ult. cit.*, 270; Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 513.

(24) Si veda il pregevole scritto di Santangeli, *Il provvedimento d'urgenza*, cit., 85 (dove si fa anche l'esempio della richiesta che il giudice dichiari ingiustificato il recesso contrattuale esercitato da una compagnia di assicurazione nei confronti di un agente per giusta causa, al fine di salvaguardare l'immagine di questo e consentirgli di poter trattare con altre compagnie assicurandosi il sostentamento).

(25) Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cautelare*, cit., 117. Ma su questo tema, occorre procedere con i piedi di piombo. È vero che, in ipotesi di effetti irreversibili, il giudice si troverà di fronte all'alternativa di scegliere quale diritto privilegiare (il

che dovrebbe condurre alla tutela cautelare del diritto che appare assistito dal prescritto *fumus*: così Santangeli, *op. cit.*, 61; Tommaseo, *op. cit.*, 154), ma la stessa giurisprudenza pare giustamente restia ad accordare la tutela urgente a domande di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale, in presenza della regola di cui all'art. 2668 c.c., che subordina tale cancellazione al passaggio in giudicato della sentenza in cui è contenuto l'ordine.

(26) Cfr. Pret. Milano, 30 marzo 1983, in *Riv. dir. ind.*, 1983, II, 58; Trib. Bari, 15 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 264.

(27) Secondo la nota tesi di Satta, avverso da Andrioli.

(28) Esempio in tal senso è la motivazione di Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Società*, 2013, 463.

(29) App. Milano, 8 ottobre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1325.

(30) Panzarola, *op. cit.*, 917; De Santis, *I procedimenti cautelari nelle controversie individuali di lavoro*, in *I procedimenti cautelari*, cit., 1389. In altri casi, la giurisprudenza riconosce però la funzione alimentare della retribuzione accordando la tutela cautelare al relativo diritto. Peraltro, come noto, con l'entrata in vigore della legge 28 giugno 2012, n. 92 - c.d. Legge Fornero - è stato previsto un nuovo rito speciale per le controversie sui licenziamenti regolati dall'art. 18 Stat. Lav., sicché l'ammissibilità della tutela cautelare è ormai diventata del tutto eccezionale: sul punto cfr. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, ottava edizione, Padova, 2012, 581-582.



Vi sono poi veri e propri “filoni” giurisprudenziali, formati in relazione a domande di sospensione di trasferimenti o di mutamenti di mansioni o con riferimento a ordini di pagamento di emolumenti retributivi (31). Si tratta, nei primi due casi, di provvedimenti in cui il giudice neutralizza provvisoriamente gli effetti di un atto di esercizio del potere datoriale, anticipando in tal modo gli effetti della futura pronuncia che accerterà il diritto del lavoratore a non essere trasferito o demansionato. La terza ipotesi costituisce invece anticipazione di una normale statuizione condannatoria.

Non di rado si è tentata la via della tutela cautelare anche per ottenere l'attuazione di obblighi di fonte “legale” gravanti sul datore di lavoro, come nel caso delle assunzioni obbligatorie o del subentro di un soggetto nell'esecuzione di un appalto. Sul punto la giurisprudenza ha più volte negato la tutela, ritenuta erogabile solo in presenza di una situazione giuridica perfetta, escludendo in tal modo l'ammissibilità di un provvedimento d'urgenza con cui si obblighi un soggetto a concludere (provvisoriamente) un contratto (32). Mentre in altre pronunce la tutela cautelare atipica d'urgenza è stata concessa sul presupposto che la coincidenza tra la sentenza costitutiva e la cautela innominata costituisce l'unico rimedio che consente di evitare che, pendente il giudizio di merito, il diritto possa essere irreparabilmente leso (33).

### **L'ordinanza del Tribunale romano. Osservazioni critiche sull'ammissibilità del provvedimento cautelare**

Si viene dunque al punto che riguarda il provvedimento che si annota.

È possibile una tutela cautelare urgente con cui si dichiara il diritto di una parte di costituire un

nuovo rapporto giuridico e di risolvere il vecchio (34)? È proprio in ciò che sembra consistere, infatti, il provvedimento del collegio del tribunale romano.

La risposta non è d'immediata soluzione, in presenza, come si è visto, di diversi orientamenti in giurisprudenza e forti perplessità in dottrina. Tuttavia, ci sembra che essa debba essere negativa.

Si può concordare in via generale sulla ammissibilità di una tutela cautelare strumentale a sentenze dichiarative o costitutive, e che a tal fine possa fungere da guida la verifica dell'esistenza di utilità che il provvedimento cautelare può assicurare per sventare un imminente e irreparabile pregiudizio (35). Abbiamo visto come sia possibile anticipare l'essenza dell'effetto dichiarativo o costitutivo di una pronuncia che accerti la nullità di un atto o che lo annulli, come nel caso della sospensione delle delibere assembleari societarie o associative o condominiali, essenza rappresentata dalla sua giuridica inefficacia. Si ammette altresì l'anticipazione in via cautelare di taluni effetti di tipo esecutivo, ripristinatorio o anche conformativo, conseguenti a pronunce costitutive o meramente dichiarative, pur rese nell'ambito di rapporti contrattuali preesistenti. A ciò non osta, a nostro avviso, neppure il fatto che l'anticipazione degli effetti della sentenza di merito possa realizzarsi in maniera pressoché totale, ove ciò si renda necessario per eludere il *periculum*.

Ma ben difficilmente un provvedimento cautelare potrà dichiarare in via provvisoria il diritto di proprietà su un bene ed è alquanto dubbio che allo stesso sia consentito anticipare la costituzione di un nuovo rapporto negoziale o l'accertamento del diritto di accedervi (come nel caso in esame) passando per la risoluzione del vecchio (per di più di

(31) De Santis, *op. cit.*, 1389 ss.

(32) Trib. Torino, 21 luglio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 1124; nega la tutela d'urgenza del diritto alla costituzione del rapporto di lavoro all'esito di un procedimento concorsuale che richiedeva una ulteriore manifestazione di volontà, Trib. Genova, 18 luglio 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, 106; in senso conforme, Vallebona, *Appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 219; *contra*, Buoncristiani, *Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 165; Pret. Roma, 3 febbraio 1986, *ivi*, 1987, 602, citata da Panzarola, *op. cit.*, 910.

(33) Questa è la motivazione di Trib. Firenze, ord. 10 dicembre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 578, nel celebre caso che vide contrapposta la Lega calcio alla società Cecchi Gori (e questa alla Rai) per l'assegnazione dei diritti televisivi delle partite di calcio. Il tribunale, rilevato che con l'assegnazione dei diritti si era perfezionato un contratto preliminare, ordinò alla Lega di mettere i diritti a disposizione dell'assegnatario a decorrere dalla stagione successiva alle stesse condizioni contrattuali di

cui alla proposta della assegnataria, accettata dalla Lega, e condizionatamente alla prestazione da parte dell'impresa di una garanzia. Sarebbe dunque coercibile in via cautelare anche l'obbligo *ex art. 2932 c.c.*, allorché ricorrano i requisiti di irreparabilità del pregiudizio tipici di tale forma di tutela urgente. L'ordinanza si richiama all'orientamento dei giudici del lavoro che avevano già ritenuto anticipabili gli effetti della sentenza costitutiva di un nuovo rapporto di lavoro in materia di collocamento obbligatorio, ma anche a quelle pronunce che avevano accordato analoga tutela agli istanti per la somministrazione di acqua o energia (Pret. Roma, 3 febbraio 1986, *cit.*; Pret. Milano, 9 agosto 1986, *Foro it. Rep.*, 1986, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 101; Pret. Roma, 21 maggio 1988, *ivi*, 1990, n. 195). Sul punto, v. anche, Conte, *Sub art. 700*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, VII, tomo II, 2014, 544.

(34) L'ordinanza parla di «diritto all'accesso anticipato alla risoluzione consensuale».

(35) V. *retro*.

guisa tale da produrre in concreto effetti particolarmente invasivi e in parte anche irreversibili).

Bene è stato rilevato, da autorevole dottrina, che non è possibile anticipare in via di urgenza l'effetto modificativo sostanziale delle sentenze costitutive e così ritrasferire al venditore la proprietà di un bene in vista di un'azione di annullamento del contratto di compravendita o costituire la servitù di passo a favore del fondo intercluso: soltanto potranno anticiparsi, all'occorrenza, "utilità più circoscritte" del giudicato, attribuendo il temporaneo godimento del bene al venditore (che però non potrà disporne in quanto non più proprietario) o acconsentire al passaggio sul fondo su base personale obbligatoria e a fronte di un certo pagamento (36). Ma simili utilità, nel caso in esame, non potevano essere conseguite, né erano state domandate, trattandosi di risolvere consensualmente il rapporto di lavoro onde far beneficiare la lavoratrice delle prestazioni straordinarie del Fondo, con rinuncia a reciproche pretese.

Né può avviarsi a tale conclusione, come si legge nel provvedimento in rassegna, invocando il principio della copertura costituzionale della tutela cautelare, da assicurarsi a ogni situazione giuridica. Ciò non toglie, infatti, che la cautela non possa spingersi a elargire tutele che non sono invocabili in via provvisoria.

Se si concorda con quanto sopra, nel caso di specie il giudice non avrebbe potuto dichiarare, in via cautelare, il diritto della ricorrente a beneficiare delle prestazioni del Fondo previsto dagli accordi sindacali, perché tale diritto intanto poteva riconoscersi in quanto si fosse risolto consensualmente il rapporto di lavoro. E ciò doveva avvenire alle condizioni dettate dal datore di lavoro nel modulo che ciascun lavoratore avrebbe poi compilato (come pure aveva fatto la ricorrente), ivi compresa la rinuncia, da confermare in sede sindacale, a ogni pendente contenzioso.

### **Ulteriori dubbi sia in punto di *fumus* che di *periculum***

A ben vedere, vi sono ulteriori motivi per i quali il provvedimento non sembra potersi condividere.

Si legge nell'ordinanza collegiale che «l'imminenza della data di scadenza di accesso al Fondo cui è causa - 30 aprile 2014 - impedirebbe irrimedi-

abilmente alla reclamante di accedere al Fondo e, conseguentemente, ciò che più rileva, non sarebbe più possibile risolvere consensualmente il rapporto di lavoro con la unica prospettiva del risarcimento del danno, che, nella specie, non sarebbe in alcun modo, pienamente soddisfacente».

Si è dunque ritenuto di poter anticipare con una misura cautelare l'accertamento del diritto della ricorrente di accedere al Fondo e di risolvere consensualmente il contratto, sull'unico presupposto (in punto di pericolo) della imminenza della data di scadenza prevista per il relativo accesso. Mi pare che, qualora il giudice si fosse favorevolmente pronunciato con sentenza sulla domanda della ricorrente - e stante la natura documentale della causa, è ragionevole pensare che ciò sarebbe potuto avvenire in tempi relativamente brevi - non sarebbe stata di certo quella data convenzionale a impedire all'accertamento di poter esplicare tutti i suoi effetti.

Sembra pertanto che anche il *periculum* riscontrato dal collegio difettesse tanto di quel carattere di imminenza che di irreparabilità che costituiscono requisiti ineludibili della misura cautelare urgente (il cui positivo apprezzamento, in casi affatto peculiari, ha talora spinto i giudici a concedere la cautela in situazioni in cui la sua stessa ammissibilità si presentava assai discutibile).

Ma pur volendo ritenere superabili questi argomenti (37), anche le ragioni espresse a fondamento della concedibilità della cautela in punto di *fumus* non appaiono persuasive. Per quel che è dato comprendere dall'ordinanza, il collegio avrebbe ritenuto fondato il "diritto" della ricorrente a beneficiare delle prestazioni straordinarie del Fondo sul presupposto che il suo nominativo fosse stato inserito dalla società resistente nell'elenco dei lavoratori in possesso dei requisiti individuati a livello sindacale. A fronte di ciò, la rinuncia al contenzioso pendente con l'azienda espressa dalla lavoratrice nella domanda di risoluzione del rapporto non è stata ritenuta alla stregua di una «ulteriore condizione del perfezionamento della risoluzione consensuale», sia in quanto frutto di una asserita "prassi" aziendale, sia «perché la stessa società resistente aveva fatto intendere alla lavoratrice che la vera rinuncia sarebbe stata solamente quella effettuata in sede di sottoscrizione del verbale sindacale».

(36) Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., 2012, 295-296.

(37) Sulla scorta della nota tesi per cui l'irreparabilità del pregiudizio può riscontrarsi ogni qual volta vi sia uno "scarto",

purché intollerabile, tra gli effetti della decisione di merito e la piena soddisfazione del diritto, anche per equivalente: così Andrioli, *Commento*, IV, cit., 257.

Tuttavia, sotto il primo aspetto, il collegio non offre alcuna motivazione in relazione al contenuto degli accordi sindacali e all'eventuale contrarietà agli stessi della condotta dell'impresa. Mentre riconosce espressamente che per accedere al Fondo occorre la previa risoluzione consensuale (dunque, volontaria) del rapporto di lavoro e che tale necessario passaggio era stato condizionato dall'azienda alla rinuncia al contenzioso pendente, condizione cui la stessa ricorrente aveva aderito sottoscrivendo la domanda in conformità al modello diffuso dalla controparte. Ma una volta chiarito questo aspetto (tutt'altro che secondario), non sembra potersi concludere che il valore di tale sottoscrizione fosse limitato a «consentire l'avvio della procedura», senza comportare «alcun effetto vincolante nel suo contenuto sostanziale» (38).

In altre parole, per accedere al Fondo non bastava dimostrare di avere i requisiti previsti dall'accordo sindacale, ma occorreva l'incontro delle volontà dei contraenti sulla risoluzione del rapporto e le relative condizioni. Non poteva perciò accertarsi (in via cautelare) il diritto di accedere al Fondo, se non sul presupposto dell'avvenuta risoluzione consensuale del contratto, con le previste modalità. Non a caso, verosimilmente, il primo giudice aveva rigettato il ricorso «per la semplice assorbente ragione che non è in potere del giudice imporre alla società convenuta di addivenire - in difetto di un obbligo al riguardo - alla conclusione di un accordo avente un certo contenuto». In assenza di tale accordo, l'accertamento del diritto di accedere alle prestazioni straordinarie del Fondo non avrebbe forse potuto trovare accoglimento neppure all'esito del giudizio di merito (39).

(38) Sol perché, come evidenziato sopra nel testo, la società avrebbe "precisato" che la rinuncia andava comunque formalizzata in sede sindacale (circostanza che non ci pare concludente).

(39) Nelle more della pubblicazione del presente articolo risulta che il Tribunale abbia infatti respinto il ricorso nel merito sulla scorta di considerazioni analoghe a quelle da ultimo indicate nel testo.