

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXXXI

LEA QUERZOLA

**LA TUTELA ANTICIPATORIA
FRA PROCEDIMENTO
CAUTELARE
E GIUDIZIO DI MERITO**



BONONIA UNIVERSITY PRESS

Bononia University Press
Via Zamboni 25 – 40126 Bologna (I)

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2006 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-170-8

Impaginazione: Gianluca Bollina

Stampa: Officine Grafiche Litosei

Prima edizione: luglio 2006

ai miei genitori

a mia zia Maria

*al mio maestro,
prof. Paolo Biavati*

“il giovine aspira alle riviste ed al libro.
E in tanto cammina, cammina, per il deserto,
saltellando affannoso di articolo in articolo,
verso una terra che nessuno gli ha promesso,
con gli occhi fissi alla colonna di fuoco [...].
A poco a poco il mestiere lo vince [...]
quel parlare in prima persona plurale,
quel figurarsi di avere, appoggiata a un colonnino di giornale,
la sua cattedruzza, dalla quale guidare un po' l'opinione [...]
illuminarla, inculcare anche un'idea bizzarra, un vago terrore di sé,
sono immagini queste che rapiscono l'innocente,
uscito pure ora dai confini di quell'età
che è istintivamente comica ed imitatrice.
E poi la malattia del secolo [...], la malattia di fare il maestro,
d'avere a insegnare qualche cosa e tutto a qualcheduno e a tutti [...].
Ma non vedete quanta folla in Italia di gente che scrive
e qual rarezza di gente che legge,
tanto che gli scriventi si riducono a riconoscersi e gabellarsi tra loro
senza che il vero pubblico si accorga né meno che ci sieno?”.

Giosué Carducci, *Critica e arte*

PREMESSA

“Ludovico, che aveva aperto finalmente lo studio di avvocato, e conosceva le istituzioni del codice, diceva che quando due coniugi non vanno d'accordo si devono separare, ed era quello che solo poteva dire, dal momento che *aveva trovato nella legge quella certezza che gli sfuggiva nella vita*, e si sentiva naturalmente portato a scambiare la vita con la legge”.

Ludovico è uno dei tanti figli di Don Sebastiano, protagonista, suo malgrado in realtà umanamente oscurato dall'ombra della vera prima donna del romanzo, ovvero sua moglie, Donna Vincenza, del sattiano *Il giorno del giudizio*. A Ludovico, e in generale a chiunque pensi di poter trovare una certezza nella legge, ho pensato quando mi sono avvicinata all'oggetto di questo studio. E il perché è presto spiegato. Fin da quando, studentessa, seguii il corso di diritto processuale civile (correva l'anno 1993-1994), mi venne insegnato, e feci mia l'idea, che prende nome di cautelare quel provvedimento, provvisorio e strumentale, che è funzionale ad assicurare l'effettività del risultato conseguibile in un ulteriore e diverso processo, che possiamo chiamare principale, e che può essere tanto un giudizio di cognizione quanto di esecuzione. Col passare degli anni, proseguendo gli studi e continuando ad occuparmi più da vicino della materia della tutela cautelare in quel mare senza sponde che è il diritto processuale, forse ingenuamente avevo individuato in quelle strumentalità e provvisorietà, almeno limitando lo sguardo ai confini dell'ordinamento interno, una piccola certezza; in fondo, dal 1865 in avanti, e limitandosi ai soli aspetti macroscopici, era mutata, anche in profili essenziali, la disciplina del processo di cognizione, il legislatore era intervenuto sul regime delle preclusioni e sul giudizio di appello, aveva introdotto il rito laburistico, modificato la disciplina dell'arbitrato, escogitato provvedimenti anticipatori per far fronte alla cri-

si determinata dai tempi lunghi della giustizia; sì, a dire il vero era intervenuto anche in materia di tutela cautelare, introducendo il rito uniforme, ma la strumentalità e la provvisorietà non erano state sfiorate. Insomma, esse giustificavano l'espressione che mi piaceva usare (ed ancor oggi uso, se pur con qualche *addenda*) parlando agli studenti di questa materia, e dicendo loro che, quando avessero colto queste due caratteristiche della cautela, strumentalità e provvisorietà appunto, avevano colto l'essenziale della questione, e lavorando su quei due tratti e facendone derivare i logici corollari, avrebbero potuto ricostruire attraverso il ragionamento e quasi per intero le regole fondamentali della disciplina della cautela.

Per questa ragione, la primissima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003 in tema di processo societario, nella parte in cui si occupa in specie di provvedimenti cautelari, particolarmente *ante causam*, mi fece riflettere. Più fortunata del Ludovico sattiano, non ne derivò certo una situazione di sbigottimento, abituata a cercare altrove rispetto alla legge qualche certezza. E tuttavia non si poteva non riconoscere che il cambiamento era significativo, forse epocale, che lo "sganciamento" o "allentamento" o l'"attenuazione" del nesso di strumentalità cautelare, che fa il suo ingresso nel nostro ordinamento proprio attraverso quel decreto, era una novità significativa, che scalfiva una piccola certezza e meritava un approfondimento.

L'esigenza di una riflessione, poi, è stata evidentemente accresciuta dal d. l. n. 35 del 14 marzo 2005, convertito con modifiche dalla l. n. 80 del 14 maggio 2005. L'art. 2 del d.l. n. 35 del 2005, infatti, introduce una serie di significative innovazioni nel codice di rito, modificandone svariate disposizioni. In particolare, l'art. 2, c. 3, lett. *e-bis*, incide sulle norme del procedimento cautelare uniforme, modificando in specie e fra l'altro l'art. 669 *octies* c.p.c., il cui testo attuale prevede che la mancata instaurazione del giudizio di merito ovvero la sopravvenuta estinzione del medesimo non determinino l'inefficacia dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700* c.p.c. e degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito; in speculare aderenza, pertanto, a quanto già previsto nel rito societario.

Le prime domande che sorgono spontanee, e alle quali cercherò di dare risposta in questo lavoro, riguardano la natura di questo

nuovo (?) provvedimento, se sia una *species* del genere cautela oppure no, e in quest'ultima ipotesi che cosa sia e quale posizione occupi rispetto alla tutela cautelare come tradizionalmente concepita; con tutto ciò che ne segue poi quanto ad indagarne il regime di efficacia e stabilità, le ipotesi di utilizzabilità concreta, la presunta conformità ai possibili modelli stranieri e, perché no, pensarne proposte di riformulazione *de iure condendo* laddove l'esame compiuto dell'istituto evidenziasse lacune integrabili o aspetti emendabili. A questo fine occorre partire dal testo del decreto legislativo societario, che ha funto da apripista per la più recente riforma del procedimento cautelare uniforme del codice di rito civile; proponendomi in questo lavoro di studiare il tema dell'alterazione del nesso di strumentalità cautelare e formulare qualche conclusione che, almeno nelle intenzioni, vorrebbe muoversi a livello di teoria generale.

PARTE PRIMA

INTRODUZIONE E PROFILI COMPARATIVI

CAPITOLO I

LA COMPARSA SULLA SCENA PROCESSUALE DI UN PROVVEDIMENTO “CAUTELARE” NON NECESSARIAMENTE COLLEGATO AD UN GIUDIZIO DI MERITO

*Così origina la procedura che a poco a poco si congiunge
strettamente alla vita del diritto, ed anzi come flora l'investe,
lo circonda e lo nasconde agli occhi dei profani.
Presso i popoli antichi la procedura è più essenziale del diritto,
la forma supera la sostanza,
e l'inadempimento di un rito produce la perdita del diritto.*

Giuseppe Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*,
Milano, 1925, I, p. 1

1. *L'art. 23 del d. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003; prelude al nuovo art. 669 octies c.p.c.*

Similmente a quanto accadeva in epoca medievale, allorché le principali novità in ambito giuridico si sviluppavano nel mondo della prassi dei mercanti per poi divenire col tempo diritto positivo, anche oggi, alle soglie del tanto atteso e temuto terzo millennio, è ancora una volta nel raggio d'azione della *vita mercatoria* che viene promulgata una nuova disciplina legislativa, densa di elementi di rottura rispetto al passato più prossimo (con questa espressione intendendo l'ultimo settantennio di esperienza codicistica) e destinata ad influenzare le riforme allo studio per una rivisitazione *funditus* del processo civile ⁽¹⁾.

(1) Il fenomeno riguarda, da sempre ed evidentemente, tanto il diritto processuale quanto (e forse ancor prima) il diritto sostanziale. La letteratura in

Il d. lgs. n. 5 del 2003, in materia creditizia e bancaria e di diritto societario e di intermediazione finanziaria, al quale d'ora innanzi sarà più agevole fare riferimento come nuova disciplina in tema di processo commerciale ⁽²⁾, contiene, fra le altre su cui non intendo soffermarmi, due disposizioni alquanto interessanti collocate nel titolo terzo, esclusivamente dedicato, stando almeno alla lettera della legge, al procedimento cautelare ⁽³⁾.

In particolare, l'art. 23, comma 1, dedicato ai procedimenti cautelari *ante causam*, prevede che "ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito" non si applichi la norma di cui all'art. 669 *octies* del codice di rito (nella formulazione che ad esso apparteneva prima di essere inciso dalla riforma introdotta dalla l. n. 80 del 2005), in virtù della quale il

argomento è sconfinata; qui mi limito a richiamare, fra altri, uno dei più recenti lavori di teoria generale di RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 23 ss., spec. p. 27, sulla tentazione insita nella *lex mercatoria* di creare un nuovo settore di legge diseguale, dietro cui si cela il pericolo che soggetti forti stabiliscano il regolamento dei propri reciproci rapporti, creando così un diritto speciale, in potenziale violazione del principio di uguaglianza formale che, forse utopicamente, dovrebbe essere premessa e strumento di un'auspicata uguaglianza sostanziale.

(2) Condivido l'analisi di PUNZI, *Lineamenti del nuovo processo in materia societaria. Il processo ordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 73 ss., per il quale è preferibile parlare di processo "commerciale" piuttosto che "societario"; v. spec. pp. 73, 82-83. Sulla circostanza che la disciplina societaria fungesse da esperimento anticipato del modello processuale codicistico, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 651 ss., spec. p. 654; MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1248 ss., spec. p. 1248; CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1130 ss., spec. p. 1131; PUNZI, *op. cit.*, p. 75. L'ordinamento italiano ha compiuto una scelta per più aspetti diversa da quella di altri paesi, i quali (noti i ridisegnamenti del processo civile spagnolo e di quello inglese, per i quali rinvio al cap. II) hanno preferito per mano a ristrutturazioni complessive del modello fin da subito piuttosto che testarle attraverso riforme settoriali e di urgenza; per questo ed altri aspetti, v. DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario. Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 137 ss., spec. pp. 137-138 sulla comune *philosophy* alla base delle due riforme interne, in tema appunto di rito societario e c.d. progetto Vaccarella.

(3) Sull'accoglienza complessivamente positiva riservata dalla dottrina alle nuove norme sui "cautelari societari", v. LUPOI, in AA.VV., a cura di CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2006, sub art. 23, p. 2452; ciò nonostante, v. anche una sintesi delle critiche, che l'autore riporta.

provvedimento cautelare richiesto e concesso prima dell'instaurazione del giudizio di merito perde efficacia se quest'ultimo non viene instaurato nel termine perentorio di trenta giorni o nel diverso termine fissato dal giudice, decorrenti dalla pronuncia dell'ordinanza, se avvenuta in udienza, o altrimenti dalla sua comunicazione. Sulla scia della medesima *ratio* di questa disposizione, il successivo comma 4 dispone che l'estinzione del giudizio di merito pronunciato non determini l'inefficacia della misura cautelare ottenuta ai sensi del comma 1. Analogamente, anche se questa volta con riferimento ai provvedimenti cautelari chiesti ed ottenuti *lite pendente*, l'art. 24, comma 3, del medesimo decreto, dispone che l'estinzione del giudizio di merito non determini l'inefficacia "dei provvedimenti d'urgenza o degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito".

Le norme ora ricordate consentono di aprire una serie, che per molti versi potrebbe essere sconfinata, di riflessioni.

Una prima, meramente letterale e dalla quale sgombrerei subito il campo, non ritenendo opportuno soffermarmi perché a mio avviso si tratta di una semplice (eppur frequente) ipotesi in cui la parola mancante è rimasta, forse per pura distrazione, nella penna del legislatore, riguarda la circostanza per cui, mentre nell'art. 23, comma 1, si fa riferimento ai "provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito", l'art. 24, comma 3, ha riguardo all'inefficacia "dei provvedimenti d'urgenza o degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare *provvisoriamente* gli effetti della decisione di merito". La filosofia sottesa alle disposizioni in esame, identiche nella finalità, ovvero mantenere in vita un provvedimento, qualificato dal legislatore come cautelare ed anticipatorio, indipendentemente dalle vicende negative (mancata instaurazione e/o estinzione del giudizio di merito) che possano riguardare il giudizio principale, è a tal punto univoca da confermare quanto accennato sopra, ovvero che si tratti di mero *lapsus calami*, e da consentirmi di chiudere l'argomento suggerendo semplicemente che, nell'occasione di una prossima modifica, che non sarebbe neppure la prima, si completi a puri fini estetici la norma di cui all'art. 24, comma 3⁽⁴⁾.

(4) Successivamente alla prima modifica, apportata attraverso il d. lgs. n. 37 del 6 febbraio 2004, ne è stata approntata relativamente di recente un'altra,

Come è a tutti noto, l'art. 2, comma 3, lett. e-bis, del d. l. n. 35 del 2005 modifica, fra l'altro, l'art. 669 *octies* c.p.c., attraverso l'aggiunta di tre nuovi commi il cui contenuto fa prendere, al volteggio dei provvedimenti cautelari in generale, lo stesso ritmo che il legislatore aveva già impresso alla cautela del rito societario ⁽⁵⁾. Onde ed *a fortiori* si pone la domanda che apre il paragrafo che segue.

2. Strumentalità e provvisorietà: crollo di due giuridiche certezze?

All'apparire delle nuove disposizioni, la dottrina che si è occupata del tema ha evidenziato immediatamente come l'aspetto più rilevante sia consistito nell'alterare il nesso di strumentalità tra provvedimento cautelare e sua necessaria correlazione con un provvedimento principale ⁽⁶⁾.

I termini utilizzati in proposito sono svariati e non è casuale che abbia parlato sopra di "alterazione" del nesso di strumentalità, in quanto i termini cui si è fatto ricorso da parte di altri autori (allentamento ⁽⁷⁾, attenuazione ⁽⁸⁾, sganciamento, autonomizza-

l'ultima per ora, ad opera del d. lgs. n. 310 del 28 dicembre 2004, contenente "Integrazioni e correzioni alla disciplina del diritto societario ed al testo unico in materia bancaria e creditizia" e pubblicata in *Gazz. uff.*, n. 305 del 30 dicembre 2004, e in *Guida al dir.*, n. 3 del 2005, p. 20 ss. Opportunamente, pertanto, l'art. 669 *octies*, c. 6, c.p.c., come modificato dall'art. 3, lett. e-bis, del d. l. n. 35 del 2005, adotta la formulazione letterale di cui al suo antenato, ovvero l'art. 23, c. 1, del d. l. n. 17 del 2003.

(5) Per una sottolineatura recente di questo profilo, v. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 781 ss., spec. p. 783.

(6) V. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 656; LUPOI, *op. cit.*, p. 181.

(7) V. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1 ss., spec. c. 14; utilizza indifferentemente come sinonimi i termini "allentamento" ed "attenuazione" CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359 ss., spec. p. 1370; ID., *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 141 ss., spec. c. 145.

(8) Parlano di "attenuazione", COSTANTINO, *op. cit.*, p. 654; MARINELLI, *op. cit.*, p. 1248; CECHELLA, *op. cit.*, p. 1140; FRUS, *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2004, p. 667; RUFFINI, *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante "modifiche urgenti al codice di procedura civile" e nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 187 ss., spec.

zione⁽⁹⁾, e via dicendo) non mi paiono del tutto soddisfacenti per ragioni che poi esporrò. Ciò, peraltro, non mi impedirà di utilizzarli, specie allorché farò riferimento alle opinioni degli autori che li hanno fatti propri.

Al di là dell'aspetto terminologico, tuttavia, l'innovazione era da lungo attesa ed auspicata⁽¹⁰⁾; si era infatti sottolineato come, laddove la tutela cautelare fosse integralmente anticipatoria ed idonea ad esaurire i bisogni di tutela della parte istante, il giudizio di merito rivelasse la sua superfluità⁽¹¹⁾, propugnandosi da parte della migliore dottrina l'idea che fosse ormai tempo di prendere atto che l'utilità pratica della tutela giurisdizionale stia più nella formazione del titolo esecutivo che non nell'accertamento, e che dunque si può fare a meno del farraginoso processo di cognizione ordinaria che porta a quest'ultimo⁽¹²⁾. La riforma dunque, anche per ciò che concerne lo specifico aspetto della tutela cautelare, si colloca senza sbavature nel quadro più ampio delle proposte di riforma degli ultimi trent'anni, tutte tese all'elaborazione di strumenti processuali idonei ad assicurare all'avente diritto la formazione di un titolo esecutivo giudiziale in via anticipatoria rispetto alla ordinaria sentenza di condanna⁽¹³⁾.

p. 198 ss.; VALITUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori*, Padova, 2004, I, p. 55; AMBROSIO-AMENDOLA, *Nuovi procedimenti societari*, Milano, 2004, p. 187; DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in AA.VV., a cura di TARZIA, *Il processo cautelare*, Padova, 2004, p. 201 ss., spec. p. 228; SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, ivi, p. 283 ss., spec. pp. 292-293.

(9) L'espressione è utilizzata da CHIARLONI, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura del medesimo, cit., p. 5, ad avviso del quale l'"autonomizzazione" dei procedimenti anticipatori merita un'adesione completa; e da CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1505 ss., spec. p. 1518.

(10) Afferma SASSANI, *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, p. 11, che, benché la norma enuclei una scelta sul piano generale già accettata dal comune sentire, ciò non toglie "che si sia ugualmente avverata una rivoluzione nel modo di concepire le cose".

(11) Noti i rilievi di PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 1 ss. V. anche COSTANTINO, *op. cit.*, p. 657; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, pp. 383-384.

(12) V. per tutti l'efficace sintesi di E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss., spec. pp. 214-215.

(13) Così CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 445 ss., spec. pp. 445-446.

In buona sostanza, quindi, preso atto delle esigenze sopra evidenziate ed in attuazione della legge di delega, che autorizzava l'esecutivo, fra l'altro, a stabilire (art. 12, comma 2, punto c), l. n. 366 del 3 ottobre 2001) la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento cautelare *ante causam* ⁽¹⁴⁾, è adesso diritto positivo del nostro ordinamento, e per effetto della l. n. 80 del 2005 non più limitatamente al settore del processo commerciale, quello per cui il provvedimento cautelare *ante litem* non diviene inefficace, e quindi continua a produrre i suoi effetti, in ipotesi di mancata instaurazione del giudizio di merito o di estinzione di questo, e tale ultima precisazione vale anche per il provvedimento cautelare emesso in corso di causa.

Ad una prima lettura, come ho accennato nelle pagine introduttive, le nuove norme potevano portare a ritenere che il legislatore, sebbene non mosso da questo scopo ma dalla sola necessità di adempiere al suo compito, fosse infine riuscito nell'intento di rendere non più così attuale l'opera che, a settant'anni compiuti, rimane, immagino non solo a mio avviso, il capolavoro giuridico inarrivabile in tema di cautela ⁽¹⁵⁾. Nella sua *summa cautelae*, infatti, Calamandrei individuava nella strumentalità e nella provvisorietà le caratteristiche distintive della tutela cautelare rispetto agli altri tipi di tutela offerti dall'ordinamento; e ciò scriveva prima dell'entrata in vigore del codice attuale, pennellando pagine di principi generali del processo che, ancor oggi, non possono non scuotere ed impressionare chiunque abbia colto, anche solo minimamente, la precarietà e la capacità di invecchiamento precoce, per non dire talvolta istantaneo, di un'opera di letteratura giuridica. Il più semplice, per non dire primitivo, dei ragionamenti, posando superficialmente lo sguardo sugli artt. 23 e 24 del decreto sul processo commerciale, alla vista di un provvedimento cautelare che non patisce di riflesso ed a cascata le vicende estintive del giudizio di me-

(14) V. i punti precipi della legge delega nella lettura di TARZIA, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 641 ss., spec. p. 643.

(15) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, cui rimando, almeno a questo punto ed ovviamente, in via integrale.

rito e che può avere vita propria indipendentemente da quest'ultimo, avrebbe concluso che occorreva ripensare e quindi ricostruire i principi generali in tema di cautela, in quanto strumentalità e provvisorieta sembravano aver ormai fatto il loro tempo e, dopo una lunga carriera, erano state costrette ad abbandonare le scene dei tribunali; opinione, quest'ultima, che sarebbe stata poi corroborata dalle innovazioni introdotte dal d. l. n. 35 del 2005 sul procedimento cautelare uniforme in generale.

A meglio riflettere tuttavia, ed anticipando in qualche modo conclusioni che trarrò più approfonditamente oltre, quando vorrò ragionare tentando di indagare in termini più generali l'istituto, credo si possa fin d'ora rispondere negativamente alla domanda posta ad intitolazione di questo paragrafo. Strumentalità e provvisorieta rimangono caratteristiche indefettibili della tutela cautelare propriamente e rettamente intesa. Il provvedimento che, richiesto e pensato come cautelare al momento della domanda, possa sopravvivere indipendentemente da una relazione strutturale e funzionale con un giudizio ed un provvedimento di merito, non è qualificabile, applicando le categorie ad oggi unanimemente accettate, come provvedimento cautelare. E nei capitoli conclusivi cercherò appunto di capire di che cosa possa trattarsi, deducendone i relativi corollari.

Prima, tuttavia, mi sembra più opportuno, al fine di ricostruire più ordinatamente il tema, analizzare ed eventualmente criticare le voci fino ad ora levatesi con riguardo allo specifico settore del processo commerciale, per poi passare, nei capitoli successivi, ad approfondimenti e considerazioni che prescindano da quest'ultimo e vadano alla ricerca di un percorso più generale.

3. Le considerazioni dei primi commentatori sull'alterazione del nesso di strumentalità. Alcune critiche

Accennavo all'inizio del paragrafo precedente all'approccio, anche terminologico, che gli autori hanno avuto nei confronti della filosofia emergente dalle disposizioni in materia di provvedimenti cautelari di cui agli artt. 23 e 24 del d. lgs. n. 5 del 2003.

La dottrina prevalente ha parlato di attenuazione o allentamento del nesso di strumentalità ⁽¹⁶⁾.

Dissonante dal coro la voce autorevole di Consolo ⁽¹⁷⁾, ad avviso del quale la possibilità di autonomizzarsi per i provvedimenti cautelari non solo non ne contraddice la strumentalità (in quanto l'autonomia è solo cronologica e non funzionale, sì che rimane costante l'esigenza di assicurare gli effetti di un'altra tutela, anticipata o meno che sia), ma non ha neppure carattere generale proprio perché è il tratto contenutistico dell'anticipatorietà a non essere generale. Se sono d'accordo su quest'ultimo inciso, e cioè sul fatto che l'anticipatorietà non abbia portata generale, in quanto l'innovazione si applicherebbe "ai provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*" e questi non necessariamente hanno tutti contenuto anticipatorio (anche su questo aspetto tornerò oltre), non condivido la prima parte del ragionamento. L'autonomia non è solo cronologica. E già qui ci si dovrebbe intendere su questo concetto. L'aver autonomizzato dal giudizio di merito la cautela, tanto che questa rimane in piedi anche se il giudizio principale non verrà mai instaurato o non giungerà mai alla sua conclusione fisiologica, mi pare ben più di un'autonomizzazione solo cronologica; anzi, se alla nozione di tempo si vuole fare riferimento, mi pare che qui il tempo non rilevi più, che ne siamo al di fuori, tant'è che il provvedimento *de quo* sganciato dal merito è idoneo a vivere *sine die*, e ciò non può non incidere, conseguentemente, su quella che l'autore chiama autonomia funzionale. In altri termini, non ritengo che si possano concepire disgiuntamente un'autonomia (o dipendenza, *a contrario*, che dir si voglia) cronologica ed una funzionale. Il provvedimento cautelare tradizionalmente inteso è dipendente *funzionalmente* da un provvedimento principale che, tant'è, deve essere pronunciato in un giudizio da instaurarsi *cronologicamente* in un termine perentorio, a pena di inefficacia della misura provvisoria ottenuta. Eliminare il *nesso cronologico*, e consentire alla misura, a questo punto e quindi non

(16) V. RUFFINI, *op. cit.*, p. 199; ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 382 ss.; SALETTI, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, cit., p. 221 ss., spec. p. 222.

(17) V. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1518. Analogamente, ritengono che la strumentalità non sia stata eliminata, ma solo differita "in un tempo non predeterminato dalla legge", ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 390-391.

più provvisoria, di produrre i suoi effetti a prescindere da un provvedimento ulteriore, che potrebbe anche non sopravvenire mai, significa cancellare il *nesso funzionale*. Di più. Affermare che rimanga “costante l’esigenza di assicurare gli effetti di un’altra tutela, anticipata o meno che sia” (18), equivale a mio avviso ad affermare che l’intento sotteso alla riforma abbia fallito l’obiettivo. Come è stato da molti riconosciuto e come ho ricordato prima (19), la filosofia dell’innovazione introdotta è quella di rinunciare ad ulteriore attività processuale quando il risultato concreto ottenuto in via “provvisoria” sortisca il medesimo effetto che sarebbe conseguibile o conseguito in via ordinaria (20). Non solo, ma tanto l’art. 23 che l’art. 24 (qui richiamabile pur *mutatis mutandis*) sul rito societario, quanto l’art. 669 *octies*, comma 7, c.p.c., come novellato dalla l. n. 80 del 2005, prevedono che il provvedimento conservi la sua efficacia in ipotesi di estinzione del giudizio principale, per cui non mi pare così pacifica l’esigenza che vengano assicurati gli effetti di un’altra tutela.

Analogamente si può dire, a mio avviso, a proposito di quanti sostengono che il legislatore abbia attenuato, “senza naturalmente romperlo”, il vincolo di strumentalità tra cautela e merito (21). Se non è una rottura quella che consente di non far mai dipendere un provvedimento “cautelare” da un altro provvedimento “principale”, allora non comprendo correttamente il termine. La rottura del rapporto di strumentalità è coesenzialmente implicata dalla eliminazione di un termine perentorio, *rectius* di qualunque termine, entro il quale instaurare il giudizio principale.

È stato inoltre affermato, da parte di autorevole dottrina, che l’allentamento del nesso di strumentalità avvicina i provvedimenti cautelari anticipatori alla categoria dei provvedimenti sommari ese-

(18) Così CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*

(19) V. al paragrafo precedente il terzo capoverso.

(20) Sulla scia di Consolo, e quindi a mio avviso pure non condivisibile, la tesi di A.A. ROMANO, *Riflessioni sui procedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1173 ss., spec. p. 1187, il quale ha ritenuto che il principio di strumentalità non sia stato inciso in modo significativo, come sarebbe dimostrato dalla circostanza che il giudizio di merito possa sempre essere instaurato, laddove piuttosto sarebbe stato soprattutto il carattere della provvisorietà ad essere stato profondamente innovato.

(21) Cito da AMBROSIO-AMENDOLA, *op. cit.*, p. 187.

cutivi, senza far perdere loro il carattere cautelare, poiché presuppongono il *periculum in mora* e sono potenzialmente al servizio di un provvedimento definitivo ⁽²²⁾.

Registrate tante e diverse voci, anticipando qui sinteticamente alcune idee su cui mi soffermerò in via conclusiva, è spontaneo chiedersi se le categorie “tutela cautelare” e “provvedimento cautelare”, alla luce delle nuove discipline, richiedano una rivisitazione oppure no. A mio parere, la mera *facoltatività* o *potenzialità* dell’instaurazione del merito ⁽²³⁾ è elemento sufficiente a consentire di affermare con sicurezza che dovremo capire di che tipo di tutela, e quindi di provvedimenti, possa trattarsi, ma senza dubbio siamo usciti al di fuori della nozione codicistica e dogmatica di diritto interno di “cautela”, che poggia ancora saldamente le sue basi sulla contemporanea presenza di entrambe le caratteristiche note e reciprocamente interdipendenti, cioè a dire la strumentalità e la provvisorietà della tutela richiesta. La circostanza che, stando almeno alla formulazione attuale, come vedremo forse criticabile specie alla luce della comparazione con altri ordinamenti, la norma faccia riferimento a provvedimenti che presuppongono la almeno apparente esistenza del *periculum in mora*, non è sufficiente a qualificare un provvedimento di tal fatta come cautelare. Basti pensare, per limitarsi al diritto interno e riservando per il prosieguo altre argomentazioni, ai provvedimenti di istruzione preventiva; per la concessione di essi è senza dubbio presente un pericolo di pregiudizio nel ritardo, ma la circostanza che non siano subordinati alla necessaria instaurazione di un giudizio di merito è l’argomento che più di ogni altro ha fatto propendere la dottrina nel senso di una loro “estraneità” alla categoria dei provvedimenti cautelari propriamente intesa; estraneità confermata, non casualmente, dallo stesso diritto positivo (art. 669 *quaterdecies* c.p.c.), che li esclude, salvo un minimo aspetto, dalla soggezione al rito cautelare uniforme ⁽²⁴⁾.

(22) V. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 145.

(23) Parlano di introduzione per la prima volta nel nostro ordinamento del principio di “facoltatività” dell’instaurazione del giudizio di merito, ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 382; sulla “potenzialità”, v. CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 145.

(24) Già CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., p. 34, sottolineava che unico scopo dell’istruzione preventiva è di tenere in riserva per

Per le ragioni che qui ho ricordato sinteticamente, e su cui avrò occasione di ritornare, chiudo il primo piccolo cerchio aperto sopra quando affermai che non reputo soddisfacente alcuno dei termini utilizzati dalla dottrina, pur non essendo errati, per descrivere la situazione emergente in materia di provvedimenti cautelari alla luce delle riforme di questi ultimi anni. A mio avviso, infatti, per questi provvedimenti (che come forse già si può leggere, non poi così tanto fra le righe, ritengo non più qualificabili come cautelari in senso proprio, e che quindi aggettiverò d'ora innanzi come tali, per intenderci, virgolettando l'espressione) il nesso di strumentalità non è stato attenuato, allentato, e via dicendo; per questa nuova categoria di provvedimenti, pur originantisi dalla nozione di cautela, il nesso di strumentalità, in quanto non più necessario né cronologicamente né funzionalmente, è stato semplicemente eliminato, espunto, abrogato.

4. *Il contenuto della domanda introduttiva di un procedimento "cautelare" separatosi dal merito*

All'indomani dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, la dottrina ha cominciato ad interrogarsi su quali fossero gli aspetti principali su cui potesse riverberarsi la suaccennata eliminazione del nesso di strumentalità, nel senso sopra chiarito.

Certamente, il contenuto dell'atto introduttivo con cui si richiede l'emanazione di un provvedimento cautelare *ante causam* è uno di questi (il provvedimento cautelare chiesto *lite pendente* perde qui di interesse, anche se non del tutto, come dirò).

Infatti, potrebbe sorgere spontaneo il dubbio che non risulti più indispensabile l'indicazione della futura causa di merito nella domanda cautelare, naturalmente per quei provvedimenti per i quali è

l'avvenire elementi destinati alla formazione "di un provvedimento di cognizione, futuro ed eventuale, mancando il quale rimarranno inutilizzati". Recentemente in argomento v. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, spec. p. 221 ss.; NARDO, *Contributo allo studio della istruzione preventiva*, Napoli, 2005, spec. p. 37 ss.; A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, spec. pp. 26 ss., 178 ss., 301 ss.

venuta meno la necessità di far seguire il giudizio di merito alla concessione della misura anticipatoria richiesta.

Alcuni hanno sostenuto che rimanga inalterata la necessità di indicare nel ricorso introduttivo la futura causa di merito o, quanto meno, il diritto sostanziale cautelando⁽²⁵⁾, se non altro per permettere al giudice di verificare la propria competenza e l'indispensabilità degli atti istruttori nell'ambito dell'attività di cognizione sommaria⁽²⁶⁾.

Altri ancora ritengono di confermare la linea prevalente in giurisprudenza secondo cui, nell'atto introduttivo di un procedimento cautelare *ante causam*, si devono indicare a pena d'inammissibilità gli effetti che si intendono ottenere attraverso la futura decisione di merito⁽²⁷⁾, e ciò in base alla considerazione per cui, pur in presenza di una vistosa attenuazione del nesso di strumentalità, vale sempre il principio per cui la tutela cautelare non può mai dare alla parte più di quanto potrebbe ottenere con il giudizio di merito.

Infine, si è affermato che l'attenuazione del principio di strumentalità non può non riverberarsi sul tema della formulazione della domanda nel senso di attenuare gli oneri in capo al ricorrente; infatti, ad avviso di questa dottrina, la validità del ricorso cautelare *ante causam* non potrà che essere valutata *ex ante*, quindi a prescindere dalla prospettazione o non prospettazione di un'azione di merito che potrebbe anche non essere iniziata⁽²⁸⁾.

A mio avviso, se l'alterazione del nesso di strumentalità, nel senso della sua eliminazione, può avere qualche riflesso sul profilo della domanda, ed evidentemente lo ha, ciò non può non essere nel senso per cui, delle due, l'onere dell'indicazione della (pur

(25) Così FRUS, *op. cit.*, pp. 669-670; CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 69 ss., spec. c. 70.

(26) V. una sintesi delle opinioni in LUPOI, *op. cit.*, p. 2457.

(27) V. MARINELLI, *op. cit.*, p. 1248, spec. nota 4.

(28) Così SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 290 ss., spec. pp. 292-293. L'a. conclude poi che, tuttavia, ciò potrebbe avere scarsa rilevanza considerato che, trattandosi esclusivamente di domande cautelari a carattere anticipatorio, è probabile che il contenuto della futura azione di merito finisca comunque con l'essere per lo più ricavabile anche dalla prospettazione stessa dell'azione cautelare.

forse mai) futura azione di merito è reso più pregnante ed incisivo, emergendo ancora più forte la necessità di un'indicazione precisa ed il più possibile esaustiva della sostanza del *petitum*. E ciò non foss'altro che per la possibilità, per non dire dell'auspicata probabilità, che l'azione "cautelare" in discorso non sia poi effettivamente seguita da un giudizio di merito, con il rischio (o l'opportunità, dipende come sempre dai punti di vista), di divenire essa stessa l'azione principale, di merito, il cui *dictum* perpetua i suoi effetti ad oltranza. Dicendo questo ho ben presente che altro è il contenuto della domanda cautelare *ante causam* e altro è il contenuto della domanda di merito; come è stato bene evidenziato, il ricorso cautelare, oltre a preannunciare la futura domanda principale, deve pure introdurre una domanda cautelare in senso stretto, che trae il suo titolo da elementi già contenuti nella domanda di merito (*causa petendi* e *petitum* di quest'ultima, agli effetti dell'accertamento del *fumus boni iuris*), ma ne deve esplicitare anche di nuovi, e specialmente il suo *petitum*, che spesso non coincide, e non necessariamente deve coincidere, con quello della domanda di merito ⁽²⁹⁾. Tuttavia l'innovazione legislativa costringe ad un ragionamento: se pensiamo al provvedimento in discorso come ad un cautelare secondo le categorie tradizionali, considerato che il giudizio di merito può comunque essere instaurato, allora, laddove la domanda sia proposta *ante causam*, niente di nuovo è a rilevarsi rispetto all'orientamento già diffuso e noto, per cui occorre indicare, e con precisione a pena di nullità o inammissibilità (a seconda degli orientamenti), gli elementi della futura causa di merito ⁽³⁰⁾. Quand'anche invece, come a me pare plausibile e cercherò di dimostrare in seguito, il provvedimento in discorso sganciato dal merito non sia più tecnicamente qualificabile come un provvedimento cautelare in senso proprio, ciò nondimeno, potenzialmente, rimane sospesa la spada di Damocle della instaurazione del giudizio di merito, riproponendosi il tema

(29) V. CECHELLA, *op. cit.*, p. 1147.

(30) Sul tema, più diffusamente, mi permetto di rinviare a QUERZOLA, *Il contenuto del ricorso cautelare: brevi spunti tratti dalla giurisprudenza successiva alla riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 647 ss.

consueto del rapporto tra le due domande introduttive, e quindi si rientra nella conclusione di cui al periodo precedente. Se poi, a maggior ragione, si pensa a quella del provvedimento “cautelare” come l’unica domanda di cui un giudice sarà chiamato a conoscere, perché il giudizio principale non verrà mai instaurato, allora è necessario prospettare al giudice nel modo più completo ed esaustivo il *petitum* urgente, evidentemente collegato ad una posizione sostanziale che, anch’essa non più oggetto di un futuro giudizio di merito, dovrà essere illustrata compiutamente per consentire all’organo decidente di approntare la tutela più consona e tendenzialmente definitiva. Sostenere che eventuali lacune nella domanda, e quindi nel provvedimento di risposta del giudice in sede urgente, potrebbero sempre essere colmate in sede di giudizio principale, equivale a vulnerare la *ratio* dell’innovazione legislativa, tesa a sgomberare le aule giudiziarie attraverso la proposizione di domande “cautelari” la cui decisione possa esaurire la lite.

E ciò, ovvero che permanga in capo al ricorrente cautelare l’onere di indicare compiutamente l’oggetto della causa di merito, non mi pare meno vero, anche se certo con sfumature differenti, se si pensa poi in particolare alla domanda introduttiva *ex art. 24 d.lgs. n. 5 del 2003*, e questo soprattutto in considerazione della norma di cui al comma 3, in base alla quale il giudice designato per la trattazione della domanda cautelare proposta *lite pendente* procede ai sensi dell’art. 669 *sexies* c.p.c., potendo emettere un provvedimento che non perderà efficacia in ipotesi di estinzione del giudizio di merito, trovandoci così ancora una volta di fronte ad un provvedimento “cautelare” per il quale è stato eliminato qualunque rapporto di strumentalità necessaria con il merito. Quand’anche questo non avvenga, all’udienza di comparizione delle parti, di cui al successivo comma 4, può darsi l’eventualità che il giudice, anziché provvedere cautelamente, ritenga la causa matura per la decisione di merito o comunque il giudizio in condizione di essere definito; in questa ipotesi anche altri ha notato come la possibilità che il procedimento cautelare evolva verso le forme del giudizio abbreviato possa incidere sul contenuto del ricorso cautelare, inducendo per esempio la parte

ad annettere ben più importanza al presupposto del *fumus boni iuris* che non al *periculum in mora* ⁽³¹⁾.

A meri fini di completezza riporto l'opinione di chi, in modo mi pare abbastanza ovvio, ha affermato che l'attenuazione del nesso di strumentalità non può in alcun modo tradursi nella totale obliterazione, in sede di formulazione della domanda di cautela, della posizione soggettiva che si intende tutelare, e ciò anche se l'instaurazione del merito sia stata resa meramente facoltativa ⁽³²⁾. La precisazione mi pare ultronea, se non altro perché valida, almeno così mi pare, per qualsivoglia domanda di tutela giurisdizionale.

Quid allora, quanto alla sanzione, in ipotesi di una domanda "cautelare" che non contenga una congrua indicazione della proponibile o proposta azione di merito? Senza ripercorrere interamente le tappe del noto dibattito sull'argomento ⁽³³⁾, ritengo di confermare, e se possibile di rafforzare (date le considerazioni che precedono e che discendono dall'alterazione del nesso di strumentalità in discorso), l'opinione secondo cui il ricorso introduttivo, massimamente se *ante causam*, che non indichi non solo sufficientemente ma addirittura precisamente gli elementi della domanda di merito, sia inficiabile dalla sanzione dell'inammissibilità, riguardando essa un difetto originario della domanda e non un vizio successivo (il che potrebbe consentire di configurare un vizio di improcedibilità). *A fortiori* non potrebbe parlarsi di un vizio di nullità, dovendo questa essere prevista da una norma *ad hoc* per poter essere dichiarata; a meno di non reputare che tale incompletezza possa configurare la mancanza di un requisito formale indispensabile perché l'atto raggiunga il suo scopo, onde potrebbe ritenersi pronunciabile la sua nullità ai sensi dell'art. 156, comma 2, c.p.c. ⁽³⁴⁾.

(31) V. BESSO-CANAVESE, *Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di CHIARLONI, cit., p. 721 ss., spec. pp. 723-724.

(32) V. VALITUTTI, *op. cit.*, p. 55.

(33) Sviluppate nel lavoro citato alla nota 30.

(34) Ho liquidato sinteticamente il tema dell'eventuale sanzione alla domanda mancante di certi requisiti perché sarebbe fuori luogo, in senso tematico rispetto a questo lavoro, soffermarvisi e trovandosi le stesse idee più diffusamente esposte nel lavoro richiamato alla nota precedente.

5. *I provvedimenti che possono usufruire della separazione da un giudizio principale*

L'idoneità a produrre effetti indipendentemente dall'instaurazione o dall'estinzione di un giudizio di merito è riconosciuta, dagli artt. 23 e 24 del d. lgs. n. 5 del 2003 e dall'art. 669 *octies* c.p.c., "ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito" (di "sentenza" di merito parla l'art. 669 *octies*, ma la differenza mi sembra irrilevante ai miei fini). L'espressione utilizzata dal legislatore si può considerare una sorta di norma in bianco, disegnano essa circolarmente il confine di una categoria che richiede di essere riempita di contenuto. Difficoltà che è di non poco momento e che è stata sottolineata da chi avrebbe ritenuto preferibile evitare al ricorrente l'onere di distinguere tra provvedimenti anticipatori e conservativi, perché nell'incertezza, che come vedremo appartiene anche alla dottrina, egli propenderà per l'instaurazione del merito, vanificando così l'obiettivo di economia dei giudizi perseguito dal legislatore⁽³⁵⁾. La norma, tuttavia, dice quel che dice, ed è quindi necessaria una ricognizione delle varie posizioni.

Per la dottrina maggioritaria⁽³⁶⁾, la novità riguarderebbe i provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito; non si estenderebbe dunque automaticamente a tutti i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* (quest'ultima norma si applicherebbe onde "assicurare" gli effetti della decisione di merito, il che è concetto diverso da "anticipare")⁽³⁷⁾. La formula adottata dal legislatore, quindi, sarebbe

(35) V. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 144; nello stesso senso FRUS, *op. cit.*, pp. 660-661 e COSTANTINO, *op. cit.*, p. 659, il quale nota come, ove si prescinda dalle ipotesi estreme, il confine tra le due figure (provvedimenti anticipatori e provvedimenti conservativi) rischia di complicare l'esistenza ad interpreti ed operatori. Recentemente condivide questa impostazione anche BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 563 ss., spec. p. 566.

(36) Riportata da LUPOI, *op. cit.*, p. 2454 ss., il quale rileva anche come non esista una sicura "catalogazione" delle misure cautelari in base ai loro effetti, essendo anzi in proposito opinioni anche molto contrastanti.

(37) Nota infatti MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA, cit., p. 335, che il richiamo ai provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* non può intendersi in senso incondizionato, potendo essi ben avere un contenuto meramente cautelativo-assicurativo ed approntando una tutela che non è suscettibile di vita autonoma a tempo indeterminato, onde di tali provvedimenti occorrerà verificare la portata effettivamente anticipatoria.

criticabile in quanto, da un lato, renderebbe la disciplina applicabile a certi provvedimenti considerandone la natura (i provvedimenti anticipatori), dall'altro a certi provvedimenti considerandone la tipologia (i provvedimenti d'urgenza) e prescindendo dalla loro natura ⁽³⁸⁾.

Analizzando più da vicino le singole voci, alcuni hanno notato come, in ambito societario, provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non possano certo essere i sequestri (giudiziario e conservativo) ⁽³⁹⁾, né la sospensiva delle delibere dell'assemblea o del consiglio di amministrazione, perché l'art. 2378 c.c. impone che l'istanza di sospensiva sia richiesta contestualmente al deposito della citazione di merito, onde deve escludersi l'ammissibilità di un'istanza di sospensiva *ante causam* ⁽⁴⁰⁾.

Per altri, ed ancora con riferimento all'ambito societario, sarebbero suscettibili di usufruire della disciplina di cui all'art. 23 una serie di provvedimenti, tra i quali la sospensione della delibera assembleare *ex art. 2378, comma 3, c.c.*; tutti i provvedimenti aventi contenuto autorizzativo; la revoca dell'amministratore di società di persone richiesta *ex art. 700 c.p.c.*; la misura cautelare tipica *ex art. 2476, comma 3, c.c.* ⁽⁴¹⁾.

Sul piano più prettamente dogmatico e da un punto di vista più generale, si è correttamente affermato che la disciplina recentemente introdotta dovrebbe essere riferita soltanto ai cautelari di tipo strutturalmente anticipatorio degli effetti della decisione di merito, quindi nemmeno a tutti i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, perché sarebbe inaccettabile dal punto di vista sistematico una durata indefinita di regolamentazioni non coincidenti con le tutele finali previste dalla legge sostanziale ⁽⁴²⁾. Pertanto, mentre è convincente la seconda parte della norma di cui all'art. 23, in quanto fa riferimento ai provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione sul merito, altrettanto non può dirsi della prima parte, posto che non tutti i provvedimenti d'urgenza sono in concreto tesi ad an-

(38) Così FRUS, *op. cit.*, p. 662.

(39) V. AMBROSIO-AMENDOLA, *op. cit.*, p. 188; MARINELLI, *op. cit.*, p. 1249.

(40) Così MARINELLI, *op. cit.*, p. 1249-1250.

(41) V. SENINI-VEDANA, *Il nuovo processo societario, bancario e finanziario*, Torino, 2004, pp. 219-220.

(42) V. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1518.

anticipare quegli effetti, mentre tutti sono idonei, come dice la lettera della norma, ad assicurarli, che è cosa diversa: infatti, per assicurare gli effetti della decisione di merito molto spesso non occorre anticiparli, neppure in parte, perché risulta già sufficiente produrre effetti diversi e minori, più limitati, e quindi meno pregiudizievoli ove l'attore dovesse risultare aver avuto torto ⁽⁴³⁾. L'autore conclude, quindi, che i provvedimenti assicuratori ma non anticipatori non possono rimanere autonomi dalla pendenza del merito, perché prevedono assetti di interessi che non sono contemplati dalla legge sostanziale e che solo momentaneamente è concesso al giudice di approntare.

Volendo trarre un parziale bilancio conclusivo, bisogna dire che, considerato l'oggetto della tutela cautelare cui si fa più frequentemente ricorso in ambito societario, parte della dottrina è alquanto negativa sulle potenzialità applicative dell'art. 23 ⁽⁴⁴⁾; posto che, infatti, le ipotesi di cautela commerciale più ricorrenti sono la sospensione della delibera impugnata (la quale deve necessariamente essere domandata all'interno del giudizio di merito *ex art. 2378 c.c.*), il sequestro conservativo collegato all'azione di responsabilità verso gli amministratori per la gestione sociale e il sequestro giudiziario delle partecipazioni nelle controversie relative alla proprietà o al possesso (in quanto misure conservative, i sequestri sarebbero sottratti alla sfera di incidenza della nuova disciplina), e i provvedimenti di revoca e sostituzione degli amministratori (misure che potranno richiedersi con le forme del procedimento camerale ai sensi dell'art. 30 del d. lgs. n. 5 del 2003), residuerebbe ben poco spazio per la nuova disciplina.

A mio avviso, ragionevole criterio onde individuare non solo le ipotesi in cui possa trovare applicazione l'art. 23 per il processo societario ma anche, più in generale, il principio della sopravvivenza della misura "cautelare" indipendentemente dalla pronuncia di un provvedimento principale, è da ravvisarsi nella *idoneità*, o meno, *della misura* in discorso *a produrre effetti se non identici quan-*

(43) Ancora CONSOLO, *op. cit.*, p. 1519.

(44) L'osservazione è di FRUS, *op. cit.*, p. 666. Anche per MARINELLI, *op. cit.*, p. 1250, non è semplice l'individuazione in ambito societario dei provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito.

tomeno fortemente analoghi a quelli che produrrebbe il provvedimento emesso all'esito del giudizio principale, il che equivale a dire nelle ipotesi in cui il provvedimento "cautelare" concesso sia di per sé idoneo a *soddisfare il bisogno di tutela della parte istante*. Questa è l'ipotesi più significativa, più utile, proprio in termini di economia dei giudizi e del processo. Ve ne è poi un'altra in cui la misura, richiesta e ottenuta, ben può non agganciarsi ad altro provvedimento, qualificabile come principale, per produrre i suoi effetti, i quali peraltro, una volta ottenuta ed eseguita la misura, perdono la loro utilità; e ciò accadrebbe quando il provvedimento, ove sia stato concesso ed attuato, per così dire, *functus est munere suo*. Possiamo pensare, ad esempio, all'ordine di consegna dei libri sociali al nuovo amministratore, la cui esecuzione esaurisce l'esigenza di tutela del ricorrente ⁽⁴⁵⁾. O, ancora, all'ipotesi in cui il socio, escluso dalla votazione, chieda con provvedimento d'urgenza di essere ammesso a parteciparvi; eccettuato il caso in cui si tratti di voto "decisivo", in tutte le ipotesi in cui invece si tratti di voto che si perde nel numero degli altri, o che rimane nell'alveo della minoranza, e quindi nella sostanza ininfluente, non v'è alcun bisogno che al provvedimento d'urgenza autorizzativo dell'esercizio del diritto di voto segua un giudizio principale ⁽⁴⁶⁾. Come pure accade nell'ipotesi di provvedimento cautelare atipico *ex art. 700 c.p.c.* che autorizzi i soci a prendere urgentemente visione di una serie di documenti sociali in funzione dell'esercizio del diritto di opzione a séguito di delibera assembleare di aumento del capitale sociale ed i cui termini siano in imminente scadenza ⁽⁴⁷⁾. Questi sintetici esempi sono immaginati e proposti solo pensando al terreno di applicazione del rito societario. È evidente che, sulla base dell'operatività del medesimo principio, che prende le forme di un provvedimento "cautelare" ottenuto ed eseguito in modo da assolvere, esaurendola, la sua funzione di tutela giurisdizionale *ex se* soddisfattiva, gli esempi potrebbero moltiplicarsi

(45) V. AMBROSIO-AMENDOLA, *op. cit.*, p. 188.

(46) L'esempio del provvedimento d'urgenza idoneo a consentire l'esercizio del diritto di voto è portato anche da LUISO, *Istituzioni di diritto processuale*, Torino, 2003, p. 287.

(47) V. Trib. Ivrea, ord., 2 luglio 2005, in *Le Società*, 2005, p. 1542 ss., con nota di AMBROSINI, *ivi*, p. 1543 ss.

pensando al processo civile in senso ampio, come cercherò di approfondire nel penultimo capitolo.

6. *La sospensione delle delibere assembleari*

La misura in discorso, data la frequenza con la quale vi si ricorre nella prassi applicativa, ha suscitato, com'era prevedibile, l'interesse dei commentatori, al punto che mi pare opportuno dedicarvi specificamente queste righe.

È stato scritto che la misura di sospensione degli effetti della delibera è un provvedimento che non anticipa, né può in alcun modo anticipare, gli effetti della decisione di merito, che è una sentenza costitutiva di annullamento *ex art. 2908 c.c.* ⁽⁴⁸⁾. A questo proposito non sento di aderire pacificamente all'opinione espressa: nella sostanza, il risultato prodotto dall'accoglimento della domanda di annullamento di un atto è che quell'atto, espunto dalla vita dell'ordinamento, non produce più effetti. Ora, in certo modo, l'accoglimento dell'istanza di sospensione di un atto porta al risultato che quell'atto non produca effetti; provvisoriamente, se immaginiamo la sospensiva collegata necessariamente e funzionalmente ad un provvedimento principale che statuisca in modo definitivo sull'annullamento, ma il risultato concreto è il medesimo, cioè a dire la mancanza di produzione di effetti, ora in via provvisoria (accoglimento di un'istanza di sospensiva), ora in via definitiva (accoglimento di una domanda di sentenza costitutiva di annullamento). Pertanto, l'inapplicabilità del

(48) V. MARINELLI, *op. cit.*, p. 1250. Dello stesso avviso, più risalente e in modo più approfondito, FERRI, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, in *Atti del XX convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Pisa-Lucca 13-14 maggio 1994, Milano, p. 77 ss., spec. p. 107 ss. (a p. 107 l'a. chiarisce che l'erroneità dell'opinione per cui gli effetti prodotti dal provvedimento di sospensione sarebbero una mera anticipazione del contenuto della decisione di merito è dovuta alla circostanza che l'inibitoria incide immediatamente sulla fattispecie "atto" e non sugli effetti, essendo invece la fattispecie "deliberazione" l'oggetto del provvedimento cautelare. L'a. ha ribadito recentemente l'impostazione allora proposta, v. FERRI, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, numero speciale *Diritto e processo commerciale*, p. 51 ss., spec. p. 63 ss.

meccanismo di cui all'art. 23 per la sospensiva deriva, a mio avviso, più dalle disposizioni di legge che ne vietano la proponibilità dell'istanza *ante causam*, ancorandola necessariamente ad un processo di merito già iniziato (artt. 2378 c.c. e 24, ult. comma, d. lgs. n. 5 del 2003), che non dalla circostanza che la misura di sospensione non anticipi gli effetti della decisione principale di annullamento, ché anzi gli effetti mi sembrano essere proprio i medesimi, e quindi la c.d. sospensiva potrebbe considerarsi, a suo modo, una misura anticipatoria⁽⁴⁹⁾. Questa opinione trova in certo modo conferma in quella dottrina che ravvisa l'opportunità di conservare il carattere incidentale della sospensiva nella necessità di assicurare che i motivi di annullamento delibati in via sommaria cautelare siano gli stessi che il giudice del merito porrà alla base della decisione principale, quindi in sostanza verificando l'identità di oggetto tra l'indagine sul *fumus boni iuris* e le ragioni della decisione di merito⁽⁵⁰⁾. Se ciò possa essere letto come una sorta di riconoscimento dell'identità di oggetto tra procedimento cautelare di sospensiva e processo principale di

(49) Dello stesso parere anche CARRATTA, *Procedimento di impugnazione (art. 2378 c.c.)*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di CHIARLONI, cit., p. 1157, ad avviso del quale il provvedimento di cui all'art. 2378, comma 3, c.c., è un provvedimento con funzione cautelare ed a contenuto anticipatorio; SALETTI, in AA.VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, cit., p. 224, ove l'a. afferma di non vedere ostacoli all'inquadramento della misura tra i provvedimenti a strumentalità attenuata, anche se, in una prospettiva rigorosa di anticipazione, si potrebbe dubitare che tale misura abbia il suddetto carattere rispetto alla decisione di merito; FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1181 ss., spec. p. 1192, ove l'a. afferma che, intendendo la sospensione della delibera come misura che impedisce che quella produca effetti, la sospensione anticipa gli effetti della pronuncia di annullamento; e, recentemente, S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, spec. p. 236, ampiamente alla nota 308, e p. 504 ss., spec. p. 504; nonché PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 53 ss., spec. c. 58. Per una strada diversa mi pare giunga al medesimo risultato CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1385, quando ai fini della distinzione tra provvedimenti anticipatori e conservativi propone la tesi per cui, a parte i provvedimenti cautelari che servono esclusivamente a conservare la situazione di fatto e di diritto in vista dell'esecuzione forzata, tutti gli altri provvedimenti ricadono nella categoria dei provvedimenti anticipatori e quindi della strumentalità attenuata (richiamando fra gli esempi proprio la sospensione delle delibere assembleari *ex art. 2378, comma 3, c.c.*).

(50) In questo senso ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 424-425.

annullamento, e mi pare che si possa stando alla lettera di quanto affermato dalla dottrina in discorso, allora si potrebbe riscontrare nella sospensiva quella idoneità ad anticipare gli effetti della decisione di merito che è tratto distintivo, nel decreto qui in commento, della natura anticipatoria di quei provvedimenti per i quali il legislatore ha introdotto il regime di separabilità rispetto al merito ⁽⁵¹⁾.

Tutt'al più si potrebbe porre il problema delle domande consequenziali alla sentenza di annullamento; un buon suggerimento è fornito da quella dottrina che, a tal fine, propone di distinguere fra le delibere la cui paralizzazione non pone comunque obblighi positivi consequenziali in capo alla società (i quali sono configurabili solo in virtù dell'annullamento) e le delibere che all'opposto esigono di essere "sostituite", escludendo per queste ultime la possibilità di vita autonoma rispetto al processo di merito ⁽⁵²⁾.

È necessario a questo punto dare conto delle autorevoli opinioni contrarie al principio che ho sopra abbozzato (solo in teoria ripeto, visto che il diritto positivo in materia societaria non concepisce una istanza di sospensiva *ante causam*). Si è affermato, infatti, che un provvedimento di sospensione di una delibera assembleare *ex art. 700 c.p.c.* non possa rimanere in vita definitivamente, perché lo svolgimento dei rapporti sociali non può continuare *sine die* sulla base di una delibera semplicemente sospesa ⁽⁵³⁾. In senso contrario, tuttavia, mi pare si possa ritenere che, qualora l'intento che la parte istante in sospensiva si proponeva fosse unicamente quello di ottenere l'inefficacia dell'atto impugnato, e considerato che comun-

(51) Ritengono che la sospensiva della delibera assembleare sia misura idonea a soddisfare il bisogno di tutela dell'istante sortendo effetti analoghi a quelli che produrrebbe la sentenza principale, anche BESSO-CANAVESE, *op. cit.*, p. 736; SENINI-VEDANA, *op. cit.*, p. 219; AMBROSIO-AMENDOLA, *op. cit.*, p. 189.

(52) V. MERLIN, *op. cit.*, pp. 335-336.

(53) Così CONSOLO, *op. cit.*, p. 1520. Ad avviso di ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 424, il fatto che la nuova disciplina abbia considerato la opportunità/necessità di consentire al giudice dell'impugnazione l'esame e la decisione sull'istanza di sospensiva *in limine litis*, fa venir meno ogni utilità del dibattito sull'esperibilità dell'art. 700 c.p.c. per impedire la produzione di effetti di delibere ritenute illegittime. Precisamente sui termini della questione, v. CARRATTA, *op. cit.*, p. 1160 ss., a parere del quale il problema permane anche alla luce della nuova formulazione dell'art. 2378 c.c.

que la controparte ha sempre la possibilità di instaurare il giudizio principale nel quale far accertare la validità della delibera assunta e quindi la sua idoneità a produrre effetti, i rilievi qui in discorso vedano almeno in parte offuscata la loro pregnanza.

Quanto affermavo sopra, e cioè che gli effetti del provvedimento di sospensiva siano analoghi a quelli della sentenza costitutiva di annullamento, sembra confermato, anche se a prima vista parrebbe quasi un paradosso, dalla dottrina che chiarisce la *ratio* dell'istanza di sospensiva necessariamente collegata al merito. È stato sottolineato⁽⁵⁴⁾, infatti, come il provvedimento di sospensione non possa che basarsi sui motivi di impugnazione definitivamente esposti nell'atto di citazione, tant'è che il provvedimento sulla sospensione è di solito una anticipazione della sentenza futura che, tuttavia, segue a qualche decina di mesi; in ciò la ragione per cui nell'art. 24 del decreto societario si è mutuato l'istituto del giudizio abbreviato dal processo amministrativo, essendosi preso atto del fatto che, normalmente, quelle di impugnazione delle delibere sono cause che non richiedono istruttoria, se non documentale, e dunque ben si prestano alla disciplina dinamica di cui appunto all'art. 24⁽⁵⁵⁾.

7. L'oggetto della "cautela" a séguito della sua separazione dal provvedimento di merito

La nuova disciplina introdotta ha fatto sì che la dottrina più attenta si interrogasse su come l'eliminazione del nesso di strumentalità necessaria potesse riflettersi sul contenuto della cautela a séguito dello sganciamento dal merito⁽⁵⁶⁾.

(54) V. VACCARELLA, *Il rito ordinario*, in AA.VV., *La riforma societaria: aspetti processuali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1501 ss., spec. p. 1505. Parere favorevole alla circostanza che il legislatore abbia conservato la configurazione della sospensiva delle delibere come misura in corso di causa è espresso da ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 424.

(55) Conclusivamente, al termine di questo paragrafo, per i molti aspetti non considerati, v. le ampie considerazioni di CARRATTA, *op. cit.*, p. 1134 ss.

(56) V. DITTRICH, *op. cit.*, p. 228, il quale conclude che se, insomma, il provvedimento cautelare potrà "stare per sé", riuscirà difficile negare che l'ampiezza della "anticipazione" possa coincidere con l'ampiezza della possibile tutela ordinaria.

Ho già accennato sopra a come si siano levate critiche all'indirizzo della scelta adottata dal legislatore di accomunare in una ambigua endiadi i provvedimenti d'urgenza da un lato e quelli idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito dall'altro ⁽⁵⁷⁾.

Infatti, si è pianamente notato ⁽⁵⁸⁾ come non manchino esempi di tutela cautelare atipica (dunque *ex art. 700 c.p.c.*) conservativa; per esempio, i provvedimenti d'urgenza inibitori volti a mantenere immutato lo stato di fatto o di diritto, o ancora i provvedimenti d'urgenza modellati su misure cautelari tipiche (si pensi ai sequestri nella materia della proprietà intellettuale, di quote di s.r.l., per la tutela del diritto all'immagine). E quindi, conclude la dottrina qui ricordata, la nuova disciplina parrebbe consentire la non instaurazione del merito anche per quei provvedimenti d'urgenza meramente conservativi, soluzione che viene ritenuta irragionevole e che fa propendere per una lettura della norma che la vede pleonastica: il legislatore, in altri termini, avrebbe dapprima menzionato i provvedimenti d'urgenza come paradigma di misure cautelari con effetti normalmente anticipatori e poi ogni altra misura anticipatoria e loro soltanto.

A fronte di questa critica, pur apprezzabile da un punto di vista sistematico, si potrebbe tuttavia a mio avviso prospettare un'altra lettura, che trova conforto in certa impostazione d'oltralpe in tema di provvedimenti anticipatori ⁽⁵⁹⁾. Mi sembra, infatti, che anche all'interno delle misure c.d. conservative (il sequestro, per eccellenza) siano tracciabili linee di demarcazione che aprono spazio a considerazioni in parte diverse. In altri termini, mi pare si possa dire che un conto è un sequestro conservativo di beni strumentale e funzionale all'accertamento di un diritto di credito (in questa ipotesi, la necessità del giudizio di merito è fuori discussione, considerato fra l'altro che la misura cautelare stessa *ex se* rivestirebbe ben poca utilità per il beneficiario), un altro conto è un sequestro atipico, disposto *ex art. 700 c.p.c.*, a tutela del diritto all'immagine del ricorrente ove, congiuntamente all'istanza di sequestro, il ricorrente

(57) V. il paragrafo 5 in principio.

(58) V. FRUS, *op. cit.*, p. 663 ss.

(59) Il riferimento è a certa giurisprudenza in tema di *référé*. Una spiegazione esaustiva richiederebbe qui un'anticipazione approfondita dell'argomento che, invece, cercherò di affrontare quando avrò trattato più sistematicamente i profili comparatistici nel capitolo che segue.

avesse chiesto (ed ottenuto dal giudice) la condanna della controparte al pagamento di una somma a titolo “provvisorio” in conto di risarcimento del danno. In questa ipotesi, laddove il ricorrente si ritenesse soddisfatto di quanto ottenuto in via “provvisoria” (eliminazione dalla circolazione del materiale diffamatorio e *quantum* della somma percepita), la misura mi pare idonea ad avere vita autonoma, e a divenire quindi in fatto definitiva, in quanto soddisfacente al bisogno di tutela dell’istante alla stessa stregua di ciò che egli potrebbe conseguire attraverso la via ordinaria (a questo punto superflua); la controparte, viceversa, laddove ritenesse di opporsi al provvedimento e volesse rientrare nella disponibilità dei beni oggetto del sequestro, avrebbe pur sempre la possibilità di farlo nella sede propria del giudizio a cognizione piena, comunque utilizzabile. Dall’esempio proposto mi pare emerga qualche margine per individuare un principio, ovvero quello per cui quando la misura, richiesta *ex art. 700 c.p.c.* ed avente struttura che la rende assimilabile alla tutela conservativa (intendendo l’espressione in senso ampio come comprensiva quindi, per intendersi, tanto del sequestro giudiziario che di quello conservativo) è idonea a far ottenere al ricorrente, che si afferma titolare del diritto soggettivo leso, tutto quello che egli avrebbe diritto di (e potrebbe) ottenere in via ordinaria, allora tale misura, pur qualificabile come conservativa, rientra nella categoria “provvedimenti d’urgenza” ai sensi e per gli effetti della nuova disciplina, e quindi ai fini della separazione rispetto al merito, non potendosi escludere aprioristicamente che le domande a contenuto conservativo proponibili *ex art. 700 c.p.c.* siano idonee ad anticipare gli effetti della decisione di merito ⁽⁶⁰⁾.

(60) Nel senso contrario per cui sarebbe abbastanza pacifico che per i sequestri, di qualunque specie, non valga la strumentalità attenuata, v. LUPOI, *op. cit.*, p. 2457; dichiarano di non avere dubbi nell’escludere che i provvedimenti di sequestro possano sopravvivere al mancato inizio del merito anche ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 387-388, in quanto l’anticipazione che essi determinano non ha ad oggetto gli effetti della decisione di merito ma si ricollega alla sola effettività della futura tutela di merito. A conforto della tesi da me espressa, invece, su posizione analoga a quella che sostengo, si colloca SALVANESCHI, *op. cit.*, pp. 326-327, ad avviso della quale nei casi dubbi o controversi si deve propendere per un’interpretazione estensiva del carattere anticipatorio della misura cautelare a strumentalità attenuata, pertanto tutte le misure, anche non strettamente anticipatorie, capaci di effetti analoghi a quelli tipici della pronuncia di merito (com’è il caso delle misure sospensive degli effetti di un atto), possono essere ricondotte alla tipologia in esame e prescindere quindi dalla necessaria instaurazione del merito.

8. *L'oggetto e la qualità dell'istruzione e dell'accertamento*

Analogamente a quanto si è visto accadere in ordine al tema della domanda cautelare, altro interrogativo che spontaneamente si affaccia alla curiosità del giurista è consistito nel chiedersi se, per effetto dello sganciamento dal merito e dunque della configurabilità di un provvedimento “cautelare” idoneo a vivere *ex se*, sia opportuno riflettere sulla natura, sulle modalità e sui caratteri dell'istruzione funzionale all'accertamento che conduce alla pronuncia, positiva o negativa che sia, sull'istanza cautelare, e ciò con particolare riferimento, evidentemente, al caso in cui la separazione cautelare-merito ipotizzata rimanga di fatto tale.

È noto che, tradizionalmente, si identifica nell'espressione *fumus boni iuris* il requisito di accertamento che il giudice della cautela è chiamato a compiere. Attraverso questa espressione, definita “certo inelegante ma di immediata carica evocativa” ⁽⁶¹⁾, si suole cogliere il *proprium* dell'istruzione cautelare come consistente nel fatto che il giudice dell'urgenza si limiterebbe a valutare superficialmente e sommariamente se il ricorrente possa ottenere una pronuncia favorevole nella sede di merito e, ove così riscontri, concederebbe il provvedimento richiesto.

Premesso subito che sul tema dell'istruzione e dell'accertamento tornerò più diffusamente in séguito, mi pare di poter qui dire immediatamente che l'eliminazione del nesso di strumentalità necessaria tra provvedimento provvisorio e provvedimento principale cambia ampiamente i termini del problema. Ragionando in astratto, se si pensa all'ipotesi del provvedimento cautelare in senso proprio e stretto, cioè a quello che necessariamente sarà seguito da un provvedimento di merito a pena di inefficacia, lo schema cui siamo adusi a pensare, pur nella varietà di letture, rimane saldo. E si può continuare a sostenere che di un certo tipo saranno l'accertamento e l'istruzione che il giudice dovrà compiere in sede urgente per verificare l'esistenza dei *presupposti per la concessione del provvedimento cautelare*, il che peraltro sovente non coinciderà per oggetto

(61) Così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2003, I, p. 287.

e procedura con l'accertamento e l'istruzione che il giudice del merito dovrà compiere per verificare l'esistenza dei *presupposti per la concessione del provvedimento principale*.

Ora, l'eliminazione del nesso cautelare-merito incide, evidentemente, su questo rapporto di alterità (e di influenza reciproca) fra i due giudizi (e le relative fasi di accertamento), se non altro perché rimane, ripeto continuando a ragionare in astratto ed avendo presente la *ratio* perseguita dal legislatore della riforma, solamente il primo dei due processi, cioè quello in sede urgente. I passaggi del ragionamento che a mio avviso si può tentare qui di ricostruire potrebbero essere i seguenti: tendenzialmente, sarà idoneo a non essere seguito dal giudizio di merito quel procedimento urgente che appronti al ricorrente la stessa tutela che egli potrebbe ottenere azionando il primo e, quindi, quel procedimento urgente il contenuto della cui domanda introduttiva sia identico (o sostanzialmente identico) al *petitum* della domanda principale; pertanto, l'attività istruttoria necessaria al fine di rispondere alla domanda di tutela "provvisoria" (ma tendenzialmente ed auspicabilmente definitiva) avrà il medesimo oggetto di quella che sarebbe (stata) oggetto dell'accertamento, per definizione più completo, proprio della cognizione cui si dà luogo in sede di giudizio ordinario. Ma in questo caso, a differenza che nell'ipotesi classica del provvedimento cautelare seguito dal merito, il giudice dell'urgenza è più propriamente chiamato non a valutare l'esistenza dei presupposti per la concessione della tutela urgente (onde concedere un provvedimento che assicuri l'effettività di una tutela successiva), bensì l'esistenza dei presupposti per la concessione di un provvedimento che, pur nella permanenza di una situazione di urgenza nel provvedere, faccia ottenere in via più rapida al ricorrente sostanzialmente la medesima tutela che egli potrebbe ottenere nella più lunga e dispendiosa via ordinaria. Quindi, in sostanza, il giudice sarebbe chiamato a delibare, seppur in via sommaria, gli estremi per la concessione di una più incisiva tutela di merito idonea ad anticipare, *rectius* a sostituire, la non più necessariamente sopravveniente sentenza di merito.

Ciò considerato, non mi sembra si pongano le premesse per eventuali voci di dissenso che ritengano che non si possa attribuire all'istruzione, e quindi all'accertamento compiuto in una sede ur-

gente, la stessa affidabilità che in principio si è più favorevolmente disposti a riconoscere alle modalità e agli attributi propri della cognizione piena e del relativo giudizio. È stato infatti autorevolmente notato come il grado di “attendibilità prognostica” dei provvedimenti cautelari non sia dato trascurabile, e ciò tanto in relazione ai provvedimenti anticipatori quanto a quelli meramente conservativi o assicuratori, riscontrandosi un’accresciuta qualità cognitiva delle ordinanze cautelari, frutto di un contraddittorio concentrato e diretto e talora di una vera istruzione scevra di formalismi, onde la loro “intensità decisoria” non ha nulla da invidiare rispetto alla attendibilità della futura decisione di merito ⁽⁶²⁾.

9. *Il reclamo delle misure ex artt. 23, d. lgs. n. 5 del 2003, e 669 terdecies c.p.c. come novellato*

L’art. 23 prevede poi, al comma 5, che “contro tutti i provvedimenti in materia cautelare” è dato reclamo a norma dell’art. 669 *terdecies* c.p.c., nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento, e dispone altresì che circostanze e motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbano essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti; tuttavia, non può mai disporre la rimessione al primo giudice ⁽⁶³⁾.

In termini solo parzialmente analoghi si esprime, per effetto della l. n. 80 del 2005, l’art. 669 *terdecies*, c.p.c.; la principale differenza fra le due previsioni, infatti, consiste nel fatto che il codice di rito concede il reclamo non “contro tutti i provvedimenti in materia cautelare” ma solo “contro l’ordinanza con la quale sia stato concesso o negato il provvedimento cautelare”. Con riferimento al rito socie-

(62) Sono parole di CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1518.

(63) L’art. 23 è norma ben più densa rispetto ai contenuti che qui ne voglio (e mi limito a) ricordare in quanto funzionali al disegno complessivo di questo lavoro. Per una panoramica delle posizioni in tema di reclamo, v. LUPOI, *op. cit.*, p. 2460 ss.

tario, la migliore dottrina ha definito “infelice” il passaggio in cui si prevede che il reclamo sia dato “contro tutti i provvedimenti in materia cautelare”, essendovi nel rito cautelare provvedimenti resi in materia cautelare ma che non sono esercizio del potere cautelare e che, per effetto di questa norma, potrebbero divenire solo nel societario tutti reclamabili mentre continuano a non esserlo altrove⁽⁶⁴⁾; ovvero, si è affermato che la scelta del legislatore del rito societario ha posto fine ad ogni dubbio circa il fatto che il reclamo possa avere ad oggetto non solo i provvedimenti che concedono o negano la misura, ma altresì i provvedimenti di revoca o modifica o di rifiuto di revoca o modifica⁽⁶⁵⁾.

A mio avviso, posto che si può concordare sulla non propria ottima scelta lessicale, è tuttavia evidente che prevale l’interpretazione della norma per cui contro tutti i provvedimenti cautelari, appartengano essi o no alla specie di quelli che anticipano gli effetti della decisione di merito, cui la norma ha dedicato la maggiore attenzione nei commi precedenti, è concesso reclamo. L’onnicomprendività della norma si spiega(va) infatti con la necessità di ribadire il principio per cui, anche in questa disciplina, speciale *ratione materiae*, dunque prevalente, rispetto alla disciplina generale di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., vale la reclamabilità del provvedimento, positivo o negativo che sia, con cui il giudice ha pronunciato sull’istanza cautelare *ante causam* per ottenere vuoi un provvedimento c.d. anticipatorio vuoi conservativo in materia commerciale. Un’altra spiegazione possibile della scelta linguistica cui ha fatto ricorso il redattore della riforma, tuttavia, potrebbe essere quella per cui il legislatore, particolarmente attento, ha preso atto di quanto evidenziato dalla dottrina⁽⁶⁶⁾, ovvero che negli ultimi tempi si stia assistendo ad un progressivo e forse eccessivo allargamento del campo di applicazione dell’art. 669 *terdecies* c.p.c., che si sta trasformando in un vero e proprio rimedio a carattere generale per poter impugnare ogni tipo

(64) L’osservazione è di CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 1521.

(65) V. TARZIA-GHIRGA, *Il reclamo*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA, cit., p. 429.

(66) V. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, p. 2 e la bibliografia ivi citata.

di provvedimento che sia esplicitazione dei poteri cautelari del giudice. Quest'ultima interpretazione è oggi evidentemente avvalorata dalla nuova formulazione dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. che, per l'appunto, limita la proponibilità del reclamo ai provvedimenti in materia cautelare che concedano o neghino la misura, precludendolo così avverso provvedimenti che non abbiano questo contenuto.

Quanto al procedimento della fase di reclamo, è stato sottolineato come la disciplina di cui all'art. 23, comma 5, ripresa puntualmente dall'art. 669 *terdecies*, comma 4, c.p.c., elimini ogni incertezza sull'ammissibilità di un'attività istruttoria nel corso della stessa, punto invece non pacifico in precedenza per il rito uniforme generale per il quale, mentre la dottrina maggioritaria era concorde nel ritenere ammissibile la produzione di nuovi documenti e lo svolgimento di attività istruttoria, certa giurisprudenza aveva invece assunto un orientamento più restrittivo. La questione è ad oggi evidentemente risolta dal dettato della nuova lettera dell'art. 669 *terdecies*, comma 4, c.p.c.; la norma consente, infatti, al giudice del reclamo di poter "sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti", avendo così adeguato il rito cautelare uniforme all'omologo provvedimento del settore commerciale. Quanto ai *nova* nella nuova disciplina, poi, osserva la medesima dottrina che, condizionatane l'introducibilità al rispetto del principio del contraddittorio, si potrebbe in tal modo in astratto assistere, nel giudizio di reclamo, ad una vera e propria duplicazione del giudizio cautelare di primo grado, con esame di circostanze nuove, nuovi documenti e nuovi mezzi istruttori ⁽⁶⁷⁾.

Ad avviso di altra dottrina, infine, l'intervento del legislatore attraverso questa specifica disciplina consentirebbe di ribadire la natura non impugnatoria del reclamo, peraltro già desumibile, sempre ad avviso dell'opinione qui ricordata, dalla disciplina del procedimento cautelare uniforme; il reclamo si confermerebbe quindi mezzo di controllo "rotatorio" che non è grado superiore di giudizio bensì semplice trasferimento *ex lege* al giudice del reclamo degli stessi poteri appartenenti al primo giudice, nell'ambito di un fenomeno di prosecuzione dell'unitario giudizio cautelare ⁽⁶⁸⁾.

(67) Questa l'analisi di FRUS, *op. cit.*, pp. 712-714.

(68) È questa la posizione di ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 398 ss., spec. p. 405.

In questa sede non è funzionale o necessario approfondire la figura dell'istituto del reclamo, né in generale né con più precipuo riferimento all'istituto in sede societaria ⁽⁶⁹⁾, ma mi pare invece opportuna una semplice riflessione. Lasciamo da parte i provvedimenti cautelari per i quali sarà svolto ed approderà a soluzione finale il giudizio di merito; per essi l'ampiezza e la funzione del reclamo potrà avere una valenza pur sempre limitata, se non altro perché provvisoria. Consideriamo invece l'ipotesi che, almeno in astratto, è quella che la nuova disciplina predilige, ovvero il provvedimento "cautelare" che rimane ultrattivo indipendentemente da un processo principale. In quest'ultima ipotesi, la scelta di assicurare un ampio spettro di azione al giudice e alle parti in ordine alle nuove allegazioni e alla raccolta del materiale istruttorio nel procedimento di reclamo, mi pare alquanto saggia ed apprezzabile. E questo ponendosi da diversi angoli visuali; la controparte soccombente nella prima fase "cautelare" ha così infatti la possibilità di sovvertire il *dictum* del primo giudice senza dover necessariamente ricorrere al giudizio di merito per sperare che un accertamento più pieno ad essa favorevole caduchi il provvedimento contro di essa pronunciato. Il ricorrente già vittorioso, ma magari parzialmente soccombente nella prima fase provvisoria, potrebbe avvalersene per ottenere una pronuncia più rotondamente conforme alla sua istanza. L'economia processuale, se si riuscisse a provvedere alla tutela giurisdizionale dei diritti, naturalmente laddove sia possibile, nell'unica sede "cautelare" articolata nelle sue due fasi, senza sovrabbondanti instaurazioni di giudizi di merito che si rivelino copie più o meno fedeli della sede di tutela urgente, non potrebbe che trarne giovamento e rispondere alle esigenze che si era proposte il legislatore delle riforme. Ma sul tema avrò occasione di tornare in seguito.

(69) Sul reclamo v., *ex multis*, PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1991, XXIV, p. 1 ss., spec. p. 30 ss.; CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, p. 192 ss.; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1996, p. 393 ss., spec. p. 414 ss.; CORSINI, *op. cit.*, *passim*. Per una panoramica completa e sintetica delle posizioni dottrinali in tema di reclamo cautelare, v. SALOMONE, *Reclamo cautelare e rigetto per incompetenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1407 ss.

10. *L'autorità nell'ultrattività, ma senza formazione di cosa giudicata, del provvedimento: un mistero inspiegabile?*

La disposizione a mio avviso più interessante e curiosa dell'intera nuova disciplina in materia di cautela è quella di cui, rispettivamente, all'art. 23, comma 6, d. lgs. n. 5 del 2003, e all'art. 669 *octies*, ultimo comma, c.p.c., a tenore dei quali “in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo”. Premesso che anche su questo punto tornerò più diffusamente in séguito, quando affronterò in via generale il tema del rapporto (necessario?) tra tutela giurisdizionale e autorità di cosa giudicata, è qui opportuno sgomberare il campo dalle valutazioni che, più specificamente, sono state fatte all'occasione della particolare riforma che ha interessato il settore della materia commerciale ⁽⁷⁰⁾.

Sinteticamente, è stato notato in prima battuta come la misura cautelare, alla luce della riforma, sia destinata ad assumere una maggiore stabilità di effetti ma non, giammai, la stabilità della cosa giudicata ⁽⁷¹⁾. Altri ancora ha affermato che un'interpretazione plausibile della disposizione in parola potrebbe essere quella per cui il provvedimento cautelare resiste fino a quando è possibile una decisione di merito sul diritto cautelato, mentre si caduca quando una simile possibilità venga definitivamente meno ⁽⁷²⁾.

Secondo un'altra opinione, poi, la possibilità di introdurre per le cautele un regime di definitività analogo a quello dell'ingiunzione o della convalida di sfratto è da escludere in quanto, a parte la diversità dei diritti in gioco, la cognizione cautelare, oltre ad essere sommaria, è anche limitata ai profili che attengono al *periculum in mora*, quindi una sorta di “giudicato cautelare” potrebbe coprire solo quei fatti che il giudice cautelare ha considerato perché rilevanti ai

(70) L'espressione è alquanto piaciuta al legislatore delle riforme, avendola inserita anche nel testo novellato dell'art. 624, comma 3, c.p.c., laddove, parlando di estinzione del pignoramento, dispone che “l'autorità dell'ordinanza di estinzione [...] non è invocabile in un diverso processo”. Per un ampio commento alla norma, v. CABRINI, in CARPI-TARUFFO, *op. cit.*, p. 1772 ss., spec. p. 1781 ss.

(71) La veloce osservazione è di MARINELLI, *op. cit.*, p. 1249.

(72) V. A.A. ROMANO, *Riflessioni sui procedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, cit., p. 1179.

fini del pregiudizio che la cautela medesima è diretta a neutralizzare; tale ultrattività, quindi, non significherebbe stabilizzazione, implicando che il regolamento anticipato introdotto dalla cautela *ante causam* continui a produrre i suoi effetti fino a quando una delle parti instaurerà il giudizio di merito o proporrà istanza di revoca o modifica ⁽⁷³⁾.

Non ha ritenuto di significativo interesse la disposizione che invece ha scritto che l'art. 23, comma 6, non sembra suscitare dubbi particolari, stante la pacifica inidoneità al giudicato di ogni misura cautelare, anche di quelle per cui la norma in commento ha attenuato il nesso di strumentalità, le quali rimangono dotate di un'efficacia meramente provvisoria, potendo, anche a distanza di molto tempo dalla loro emanazione, essere sempre revocate ovvero caducate da una sentenza di merito che accerti l'inesistenza del diritto sostanziale cautelato ⁽⁷⁴⁾.

La dottrina più autorevole, dubitativamente, ha sottolineato come rimanga incerto che cosa effettivamente si intenda con l'espressione "autorità di un provvedimento cautelare"; meglio sarebbe stato tralasciare ogni riferimento all'efficacia e all'autorità del giudicato, al quale "provvedimenti pur sempre cautelari sono totalmente estranei", per cercare di connotarne solo l'eventuale minore provvisorietà e la perdurante, ma diversamente atteggiata, strumentalità; in conclusione, secondo questo autore, tale previsione limitatrice è scontata e fuorviante, e ci si deve chiedere se il cautelare possa virtualmente avere un'autorità spendibile in un diverso processo, sì che abbia senso escluderla *expressis verbis*, quando non ne ha nessuna nemmeno nel proprio processo di merito ⁽⁷⁵⁾.

Infine, rimanendo nell'alveo della migliore dottrina, con riferimento al progetto di modifica al codice di rito per l'introduzione di una tutela improntata all'art. 700 c.p.c., che conduca all'emanazione di un provvedimento esecutivo "reclamabile privo dell'efficacia del giudicato", si affermò che sia corretto parlare di mancanza di

(73) Così ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 389-390.

(74) V. FRUS, *op. cit.*, p. 671.

(75) Considerazioni di CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1522.

giudicato, qualunque sia la definizione preferita di cosa giudicata: se essa si identifica con l'efficacia di accertamento della decisione, si può parlare di giurisdizione contenziosa senza giudicato perché i provvedimenti in questione non producono alcun accertamento nel senso vero di questa parola; se invece si pensa che la cosa giudicata debba essere riferita alla immutabilità degli effetti del provvedimento, si può parlare di assenza di giudicato perché l'efficacia esecutiva dei provvedimenti non è irretrattabile, potendo vivere solo sino al momento in cui una sentenza a cognizione piena non giunga a eliminarli ⁽⁷⁶⁾.

Come si vede, e come spesso accade, sono state espresse molte e diverse opinioni. Ciò dimostra che la disposizione ora specificamente in questione non è poi così pacifica e scontata.

Intanto, un'osservazione sulla lettera delle norme. Se ci si limita al *dictum* dell'art. 23, comma 6, e dell'art. 669 *octies*, ult. comma, bisogna riconoscere necessariamente che il legislatore non ha affatto menzionato la cosa giudicata, sulla quale invece tutti (qui me compresa) vogliamo interrogarci. Il che potrebbe essere indicativo di un certo *imprinting* che caratterizza il processualista che, per quanto moderno e tendente all'internazionalizzazione, ha forse depositata irrimovibilmente nel subconscio l'immagine alloriana di quel blasone di nobiltà proprio della disciplina che lo appassiona, immagine che riaffiora, quasi inconsapevolmente, non appena si trovi di fronte ad una delle parole magiche (autorità, definitività e il suo contrario, immutabilità, limiti oggettivi e soggettivi, impugnabilità, e via dicendo) che, quasi per un automatismo, glielo ripropongono all'attenzione.

Ancora, rimanendo sempre all'aspetto letterale, questa volta però di alcuni dei commenti riportati, mi chiedo se e quanto sia corretto parlare di "maggiore stabilità" e/o di "minore provvisorietà". La provvisorietà o c'è o non c'è, non può essere maggiore o minore, così come la stabilità, che della provvisorietà è un riflesso; in altri termini, non mi sembra corretta una "graduazione" di concetti che ammettono solo un significato, in positivo o in negativo. Si dirà: il prov-

(76) Queste le osservazioni di E.F. Ricci, *op. cit.*, p. 215.

vedimento “cautelare” sganciato dal merito, in quanto quest’ultimo potrebbe mai sopravvenire, è meno provvisorio del provvedimento cautelare propriamente inteso che è, per definizione, a termine, in quanto l’esito del giudizio di merito che va necessariamente instaurato lo caducherà in ogni modo; e si potrebbe aggiungere che, allora, quella di questi nuovi provvedimenti è una provvisorietà eventuale, nel senso che sarà provvisorietà nel senso tradizionale del termine se ad esso seguirà cronologicamente il processo di merito, altrimenti no, così che, per usare un’espressione nota, ciò che era provvisorio in diritto diviene definitivo in fatto.

Tuttavia a me pare che a queste considerazioni si potrebbe replicare così. Prendiamo spunto dalla bipartizione dalla quale già altrove ho preso le mosse. Se pensiamo a questo nuovo provvedimento (e se così viene a verificarsi effettivamente nel singolo caso concreto) come ad un cautelare tradizionale, al quale segue un provvedimento di merito di qualsivoglia segno, allora *nulla quaestio*; il provvedimento, effettivamente sì provvisorio, viene caducato all’esito e dall’esito del giudizio principale. Ma se pensiamo, invece, ad un provvedimento “cautelare” che rimane in piedi indipendentemente dall’instaurazione o dall’estinzione del merito, allora le considerazioni da farsi sono diverse. Se il giudizio di merito non viene instaurato, ciò accade perché o il ricorrente è già soddisfatto dalla pronuncia o il soccombente ha già avuto anch’egli la sua parte, nel senso che, probabilmente, sapendo di non poter ribaltare l’esito della “cautela” in un processo principale, incassa la pronuncia sfavorevole senza imbrigliarsi in un ancora più dispendioso, in tutti i sensi, giudizio di merito. Se il giudizio di merito si estingue, considerato che l’estinzione può aversi o per inattività delle parti o per rinuncia agli atti, allora nella prima ipotesi (inattività delle parti), si ripeterebbe il percorso ora enunciato per il caso della mancata instaurazione del merito (che, in fondo, non è altro che una forma di inerzia delle parti), nella seconda ipotesi invece (rinuncia agli atti) la situazione è ancora più rosea, potendosene dedurre che molto probabilmente le parti si sono conciliate stragiudizialmente e quindi sono entrambe, quale più e quale meno, moderatamente soddisfatte.

Quanto poi al c.d. “giudicato cautelare”, nozione pregnante che ha rivelato non solo la sua importanza dal punto di vista dog-

matico ma anche tutta la sua utilità sotto il profilo pratico, richiamarlo in questa sede, totalmente diversa, mi pare non corretto ⁽⁷⁷⁾. Per “giudicato cautelare”, infatti, deve intendersi l’accertamento delle condizioni necessarie e sufficienti per ottenere la misura cautelare domandata, il quale accertamento è in sé definitivo (anche se temporaneo è il regolamento che in base a tale accertamento definitivo viene costituito) e destinato ad avere efficacia, *rebus sic stantibus*, fino alla emanazione del giudicato principale ⁽⁷⁸⁾. Questo in discorso invece, che le norme in commento richiamano in senso negativo, cioè per dire che non si forma, quand’anche fosse (e probabilmente a mio avviso potrebbe essere) un giudicato, non sarebbe certo un “giudicato cautelare”. Perché, in sostanza, è sempre qui il nodo della questione; questi provvedimenti, idonei, di diritto e di fatto, a stare in piedi da sé, indipendentemente da un giudizio principale di merito, non sono più a mio parere qualificabili come cautelari. Sono piuttosto provvedimenti che hanno una loro “autorità”, come dice la norma, certamente, non foss’altro che per il fatto di essere un comando giurisdizionale promanante da un potere dello Stato, e questo non si può negare (perché, se dicessimo che un qualsivoglia provvedimento dell’autorità giudiziaria non è dotato di autorità, negheremmo uno dei postulati fondamentali della disciplina oggetto dei nostri studi e ci si dovrebbe occupare e preoccupare di dimostrare anche quei punti che possono ben essere considerati acquisiti).

Scontato, poi, mi sembra il rilievo, compiuto dall’autorevole dottrina sopra ricordata, per cui il cautelare non ha nessuna autorità nemmeno nel processo di merito a cui si riferisce; ma qui bisogna fare attenzione. Il principio per cui il giudice del merito

(77) In proposito, recentemente, la nozione è stata criticata da SALETTI, *L’ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA, cit., p. 533 ss., spec. p. 535 in nota 4, ove l’a. afferma che la nozione può essere accettata solamente per indicare l’esistenza di una preclusione all’incondizionata riproposizione della domanda cautelare respinta, ferma restando la radicale inidoneità del provvedimento di rigetto ad integrare gli estremi dell’immutabilità dell’accertamento.

(78) V. per tutti CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., pp. 22-25 e 85-86.

non è in alcun modo vincolato dalla decisione resa dal giudice del procedimento cautelare è acquisito, non solo nel diritto interno, ma anche a livello comparatistico e comunitario ⁽⁷⁹⁾. Ma derivare da questa posizione, corretta, che il provvedimento cautelare, non avendo nessuna autorità già nel giudizio di merito ad esso relativo, tantomeno avrebbe un'autorità in generale, e trasferire poi automaticamente questa considerazione al provvedimento pensato dalla riforma societaria (ed esteso al processo civile *tout court*), mi pare non esatto, in quanto la prima domanda da porsi e a cui dare risposta, a mio avviso negativa, è se il provvedimento in discorso, separato dal merito, sia ancora un provvedimento cautelare in senso proprio; e se si dà a questa domanda, come credo si debba dare e cercherò di dimostrare, risposta negativa, allora non si possono trasferire *de plano* a questa nuova categoria di provvedimenti i principi elaborati in materia di cautela da oltre un secolo a questa parte.

A ciò si aggiunga che, in ogni caso, cioè quand'anche il giudizio di merito non seguisse mai al provvedimento urgente concesso, e quindi la provvisorietà permanesse nell'inattività delle parti, sopraggiungerebbero i termini di prescrizione delle posizioni soggettive fatte valere a consolidare, questa volta sì definitivamente, la sfera giuridica delle parti, con la conseguenza che alcun altro provvedimento potrebbe mai sopravvenire a statuire alcunché in senso difforme rispetto a quanto deciso dal giudice nel provvedimento provvisorio ⁽⁸⁰⁾. Il quale, fatte queste ultime considerazioni, è divenuto ineluttabilmente definitivo, così come il *dictum* in essi contenuto.

(79) Mi permetto di rinviare su questo punto a QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 501 ss., spec. p. 504 e nota 12.

(80) In proposito v. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1373, ove l'a. nota come, in mancanza dell'instaurazione del giudizio di merito, il risultato prodottosi con la attuazione del provvedimento cautelare si consolida in modo definitivo attraverso i meccanismi di stabilizzazione di diritto sostanziale (tipicamente, la prescrizione e l'usucapione). Anche per BIAVATI, *Europa e processo civile, metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 162, in prospettiva futura la certezza verrebbe non tanto dal giudicato, quanto dal decorso dei tempi di prescrizione dei diritti.

11. *Alcuni apprezzamenti e considerazioni critiche della dottrina sul provvedimento introdotto*

Avviandomi alla conclusione di questo primo capitolo, mi sembra non meramente esornativo un *resumé* delle voci levatesi in dottrina sull'avvenuta introduzione nel nostro ordinamento di un provvedimento "cautelare" reso indipendente dal merito.

Senza tornare qui espressamente sulle critiche in ordine all'aver attribuito l'individuazione dell'ambito applicativo della disciplina in discorso all'ambigua nozione di "provvedimenti anticipatori" ⁽⁸¹⁾, per molti la riforma merita consenso, e da essa pare lecito attendersi un discreto effetto deflattivo nonché una razionalizzazione nell'amministrazione della giustizia; anche se l'*optimum* sarebbe forse stato, nell'ipotesi di cautelare *ante causam*, prevedere che il giudice debba comunque assegnare al ricorrente il termine perentorio per l'inizio del giudizio di merito ove l'altra parte ne faccia richiesta nel corso del procedimento cautelare ⁽⁸²⁾. Il suggerimento non mi trova d'accordo perché, magari davanti ad un giudice disattento, ove la controparte proponesse tale richiesta a meri fini vessatori del ricorrente, questi si troverebbe onerato dell'instaurazione di un giudizio del quale, probabilmente, farebbe volentieri a meno, e se invece questo gli facesse comodo, provvederebbe ad instaurarlo di sua iniziativa, senza che sia il giudice a fissargli all'uopo un termine perentorio.

Altri ancora ha notato, in riferimento all'allora progetto di modifica al codice di rito, ma l'osservazione mi sembra possa attagliarsi anche alla materia commerciale, come l'ambito della tutela, rimanendo essa subordinata al requisito dell'urgenza, risulterà probabilmente limitato ⁽⁸³⁾. L'osservazione è a mio avviso corretta e su essa tornerò, per profili generali, dopo aver esaminato, in quanto necessariamente preliminare, il panorama comparatistico.

Scarsi effetti deflattivi, invece, sarebbero da attendersi da queste riforme ad avviso di altra dottrina, per il fatto che la soddisfazio-

(81) V. in proposito l'inizio del paragrafo 7.

(82) Su questa posizione, v. RUFFINI, *op. cit.*, pp. 199, 202-203.

(83) V. E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 215.

ne della parte vittoriosa in cautela non può estendersi all'area risarcitoria e agli altri effetti conseguibili solo all'esito del giudizio di merito ⁽⁸⁴⁾. Anche su questo punto rimando alle conclusioni che trarrò nel prosieguo del lavoro.

Altri infine, più analiticamente, ha sottolineato come non si sia riflettuto a sufficienza sulle altre possibilità che si aprivano una volta allentato il legame di strumentalità rispetto al merito; infatti, vi erano almeno altre tre alternative, ovvero quella tedesca della richiesta al giudice della pronuncia di un decreto che imponga al ricorrente di agire, una soluzione mista con scrutinio affidato al giudice e, da ultimo, l'esonero dall'onere di attivazione del merito chiesto ed ottenuto dal giudice della cautela; ciò, tuttavia, non impedisce all'autore di concludere che la riforma del cautelare è importante e largamente accettabile, pur nella minuziosità delle cure di cui abbisognerebbe per essere resa davvero buona ⁽⁸⁵⁾.

Come si vede, le critiche apportate dalla dottrina intervenuta sull'argomento aprono spazi per ampie considerazioni. A questo punto, tuttavia, credo che la riflessione debba e possa farsi più generale. Per seguire, come intendo, questa pista, è necessario partire intanto da un'indagine di carattere comparatistico e considerare innanzitutto l'esperienza francese (che, com'è noto, ha costituito il modello di riferimento per le riforme attuate, ma sulla quale tuttavia, fatta salva qualche rara eccezione, non mi pare che le idee siano del tutto chiare), non senza prendere in esame qualche altro fra i principali ordinamenti europei. Per poi tornare al diritto interno e ad indagini concernenti, più da vicino, i temi dell'accertamento giurisdizionale, di alcuni aspetti importanti della tutela cautelare propriamente detta, dell'attività di cognizione del giudice civile e della cosa giudicata, guardando anche all'ambito comunitario, onde approntare infine alcune considerazioni conclusive.

(84) V. ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, pp. 384-385.

(85) Le osservazioni sono di CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., pp. 1519-1520.

CAPITOLO II

UNO SGUARDO OLTRE IL CONFINE E UNA RIFLESSIONE SULLA COMPARAZIONE GIURIDICA

*When you are tempted to make play
with foreign ideas or terms,
either for imitation or criticism,
the first thing is to be sure that
you understand them.*

Sir Frederick Pollock, *The genius of the common law*,
New York, 1911, p. 116,
cit. da Ugo Mattei, *Common law*,
in *Trattato di diritto comparato*,
diretto da Rodolfo Sacco

1. *Indispensabilità attuale di un metodo comparatistico*

È emblematico del cambiamento dei costumi del giurista osservare come sia mutato, nel corso del tempo, l'approccio con i diritti appartenenti ad ordinamenti stranieri. Oggi, probabilmente (e per molti aspetti si potrebbe aggiungere fortunatamente), questo aggettivo, "straniero", ha perso un suo significato proprio e alle orecchie di un giovane potrebbe suonare quasi arcaico; la parola rimanda, per assonanza ed etimologia, al concetto di "estraneo", ma anche di "strano", e ciò che è (o sembra) strano ed estraneo pare portare con sé un che di "sinistro", essenzialmente perché, in fondo, tutto si riconduce e riduce al fatto di rapportarsi con qualcosa di "sconosciuto".

Il diritto, anche in questo caso, ha seguito l'evoluzione sociale. Quando solo qualche decennio orsono, passeggiando per strada, lo "straniero" veniva quasi additato perché vedere un incarnato

del colore diverso da quello usuale era un evento, eravamo ancora all'epoca delle convenzioni multilaterali fra Stati sovrani, anch'essi reciprocamente diffidenti, garantiti da uno strumento di ratifica e di recepimento al loro interno delle norme convenute con altri ordinamenti i quali, benché anch'essi sovrani (nel loro interno s'intende), erano tuttavia altro, al di fuori, estranei appunto, quindi sconosciuti da tenere a (gentile ma) debita distanza. Ora, da quando ciò che un tempo era un evento non è più tale ma è divenuto la normalità, e quindi nessuno fa più caso a chi incontra per strada, ed è un peccato perché ce n'è davvero per tutti i colori e da stupirsi di quanta fantasia somatica ci sia al mondo, ora dicevo, nell'epoca della globalizzazione in cui, almeno virtualmente, ciascuno è sempre potenzialmente e misteriosamente collegato al resto dell'universo, siamo nell'età dell'affievolimento dei confini e delle barriere fra gli Stati, nell'età in cui potrebbe essere addirittura un errore grossolano fare riferimento al concetto di "straniero", opportunamente espunto dal nostro codice di procedura civile; siamo nell'età dell'osmosi giuridica fra ordinamenti, del confronto fra sistemi giuridici *inter pares* che si rapportano ed approcciano con minore diffidenza, siamo insomma in un'epoca in cui i diversi ordinamenti colloquiano tenendosi a (gentile e pur) controllata vicinanza ⁽¹⁾.

In questo clima, se nella dottrina italiana della prima metà del Novecento i riferimenti alla letteratura giuridica tedesca o ai sistemi di *common law* erano, per molte e diverse ragioni, dovuti, oggi questo non vale più. La europeizzazione e la globalizzazione hanno informato di sé il diritto, tanto che disciplina giuridica alcuna può essere studiata in modo proficuo e veramente utile se non sotto i riflettori di quel che accade nell'analogo settore degli ordinamenti vicini e, non meno importanti, degli ordinamenti sovranazionali ⁽²⁾. E

(1) Recentemente, sull'evoluzione dei rapporti tra diritto e territorio, v. le riflessioni di IRTI, *Geo-diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 21 ss.

(2) V. sul tema TARUFFO, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 551 ss., spec. p. 555 sulla conoscenza di altri sistemi non solo come interessante in sé sotto il profilo culturale, ma anche come il modo migliore per conoscere il proprio sistema e per progettare riforme che abbiano qualche speranza di essere efficaci (v. anche p. 554 per l'icastica distinzione fra taglia-pietre ed architetti nel panorama della scienza processualistica odierna).

ciò è molto bello e stimolante, da una parte, ma non è attività priva di rischi, dall'altra (tuttavia di questo parlerò in alcune pagine conclusive del capitolo).

La materia che è oggetto principale di questo lavoro, e cioè la tutela provvisoria (aggettivazione che ho ora dato con qualche difficoltà ed incertezza, perché la categoria è fluida e polivalente, specie se considerata in un'ottica comparatistica) ⁽³⁾, è una di quelle che maggiormente richiede di essere considerata contornandola di spunti ed osservazioni tratti dal di fuori dei nostri confini; intanto perché, anche negli ordinamenti che intendo prendere in considerazione, è stata oggetto di importanti e relativamente recenti riforme, ma soprattutto perché è ad alcune di queste esperienze che il riformatore italiano sembra da qualche tempo strizzare l'occhio con un certo interesse. Vediamone, dunque, alcune delle più significative.

2. *L'esperienza francese in tema di procédure en référé*

Il legislatore italiano delle riforme più recenti in materia di tutela provvisoria si è ispirato, dichiarandolo espressamente, al modello francese della *procédure en référé*. La quale, a ben vedere, sembrerebbe davvero *bonne a tout faire*, avendo costituito, da una parte, il modello dell'art. 23, d. lgs. n. 5 del 2003, in tema di provvedimenti cautelari *ante causam* ⁽⁴⁾ ma, dall'altra, anche dell'art. 19, del medesimo decreto, sul procedimento sommario di cognizione ⁽⁵⁾; come

(3) Sulla difficoltà di reperimento di una nozione di base comune ai vari ordinamenti in materia di misure provvisorie, v. CARPI, *I provvedimenti provvisori: controversie transnazionali e prospettive di armonizzazione*, in *Speciale Doc. giust.* 1, febbraio 1996, c. 171 ss., spec. c. 190 ss.

(4) V. TARZIA, *Introduzione*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, cit., p. XXXIII; A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, cit., p. 1175; *contra* nota giustamente CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, p. 285, che il provvedimento di cui all'art. 23 d. lgs. n. 5 del 2003 ha seguito i modelli offerti dall'ordinamento tedesco e olandese più che quello francese del *référé provision*, nel quale è assente il profilo dell'urgenza nel provvedere che invece continua a campeggiare nelle norme del nostro ordinamento.

(5) V. RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione (art. 19)*, in AA.VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di CHIARLONI, cit., p. 523 ss., spec. p. 527

si sarà forse già notato leggendo la dottrina sinteticamente riportata nelle relative ed ultime note a piè di pagina, le idee sul modello (o forse sul prodotto che è emerso dal tentativo di calco) non sono univoche. Infatti, vi è chi ha parlato di diretta filiazione di un istituto dall'altro, chi di una mezza via tra un istituto ed un altro, chi ha affermato che l'ispirazione è rimasta più a livello di dichiarazione di intenti che non trasfusa concretamente nelle norme positive, e via dicendo. Sta di fatto, tuttavia, che, come è stato autorevolmente sottolineato, il diritto francese è stato protagonista in Europa e nel mondo, attraverso il procedimento di *référé*, di una lunga marcia diretta alla creazione di una nuova forma di tutela giurisdizionale di tipo cognitorio mirante alla costituzione di un titolo esecutivo senza giudicato e svincolato dal requisito dell'urgenza ⁽⁶⁾. Tale ruolo di prima attrice della *procédure en référé* non solo merita, evidentemente, un approfondimento, ma addirittura lo richiede. Pertanto, prescindendo ora qui da ciò che si è effettivamente visto (o voluto vedere) guardando al modello quando si è messa mano alla riforma in tema di processo commerciale, è alla *procédure en référé* del diritto francese che è necessario dedicare alcune righe, che non si limitino a riportare quanto da altri già studiato e concluso, ma tentino di verificare, per quanto è possibile senza eccessivi condizionamenti

ove l'a. richiama la relazione di accompagnamento al decreto in cui si dice che, seppur con alcune varianti, l'istituto è ispirato al *référé* francese; E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 216; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 146, ove l'a. peraltro nota come, alla fine, le differenze prevalgano sulle somiglianze, se si prescinde dai tratti della esecutività e della provvisorietà; ID., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1378, in toni analoghi; TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle liti societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 261 ss., spec. p. 281; MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1097 ss., spec. p. 1102, ove l'a. nota che il procedimento di cui all'art. 19 è in realtà a metà strada tra il *référé* francese ed i provvedimenti sommari autonomi del nostro ordinamento; SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 467 ss., spec. pp. 478-480; CATALDI, *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 385 ss., spec. p. 387, ove l'a. nota che il procedimento in discorso è una diretta filiazione dell'istituto francese più volte richiamato; CECHELLA, *op. cit.*, p. 1132, ove l'a. afferma che si sarebbe sì attinto al modello francese del *référé*, ma con molta cautela; SASSANI, *op. cit.*, p. 12, che qualifica il provvedimento "*référé* all'italiana".

(6) Così E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 214.

aprioristici, lo stato dell'arte della materia nell'ordinamento di sua provenienza (7).

3. *I principali provvedimenti conseguibili attraverso la procédure en référé nel sistema francese delle misure "provvisorie"*

Occorre dire subito, preliminarmente, pur correndo così il rischio di sembrare che si mettano le mani avanti per scusare anticipatamente imprecisioni nel tentativo di ricostruzione che vorrei qui tentare, che la dottrina d'oltralpe riconosce pressoché pacificamente come sia arduo fornire nel diritto francese una congrua nozione di "misura provvisoria", idonea a mostrare una buona tenuta se posta al confronto con i singoli tipi di provvedimento che, astrattamente, possono farsi rientrare in questa categoria, e come questa difficoltà classificatoria si estenda parimenti alla specifica categoria dei provvedimenti pronunciati *en référé* (8). Ciò, tuttavia, non ha impedito (anzi ha forse incoraggiato a) che si sperimentassero da più parti tentativi di sistemazione generale della disciplina. Quest'ultima, come accennavo, è caratterizzata da una notevole frammentarietà: il *nouveau code de procédure civile* è disseminato qua e là di norme che richiedono una continua operazione di raccordo e, certamente, non facilitano il lavoro dell'interprete (9), anche se un convincente tentativo di lettura sistematica del complesso di norme in questione individua nel primo libro del codice la regolamentazione generale del procedimento (artt. 484-492 *n.c.p.c.*) e nei libri successivi le disposizioni particolari applicabili davanti ad ogni differente giurisd-

(7) Colgo l'occasione per rinviare qui in via generale a C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, spec. pp. 1-50 per l'accurata ricostruzione storica dell'evoluzione dell'istituto; e a JOMMI, *Il référé provision*, Torino, 2005, p. 5 ss.

(8) V., fra gli altri, PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, in AA.VV., *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985, p. 149 ss., spec. p. 150, ove l'a. definisce "totale" l'assenza di omogeneità in materia; C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei "référés"*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss., spec. c. 10; COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *Procédure civile*, Parigi, 1998, p. 35.

(9) Sulla mancanza di compattezza della disciplina codicistica in tema di *référé*, v. SOLUS-PERROT, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 1991, p. 1060.

zione ⁽¹⁰⁾ (il che, peraltro, non elimina il problema di fondo, ovvero la mancanza di organicità e di rotondità della disciplina, specie se si considera che, nelle norme concernenti ciascuna giurisdizione, sono individuati i presupposti di applicabilità del procedimento, ovvero, nella sostanza, l'aspetto fondamentale).

D'obbligo mi pare anche un'altra osservazione preliminare. Questo lavoro, come ho più volte ricordato, è nato dall'idea di verificare i possibili effetti dell'alterazione del nesso di strumentalità dei provvedimenti cautelari. Ora, se si avesse la tentazione di pensare che la *procédure en référé* costituisca l'omologo francese dei provvedimenti cautelari di diritto interno tradizionalmente intesi (nozione questa su cui tornerò in un capitolo successivo *ad hoc*), è opportuno opporre subito qualche resistenza a questo collegamento, non proprio fondato. Infatti, come emerge già a livello linguistico prima ancora che normativo, il termine "cautelare" non trova nell'ordinamento francese un corrispondente esatto; è là utilizzata l'espressione *mesure provisoire*, *mesure conservatoire*, ma non è conosciuta una *mesure* aggettivata altrimenti e che si possa con serenità considerare l'omologo della tutela cautelare di diritto interno. Il termine *référé*, anzi, ad essere precisi, non indica neppure un tipo di provvedimento, cautelare o no che sia, bensì uno specifico tipo di procedimento, che può portare ora alla pronuncia di provvedimenti assimilabili a quelli cautelari di diritto interno (ma la somiglianza è vaga, perché giustificata, essenzialmente, dalla presenza dell'urgenza fra le condizioni per la concessione, nient'affatto invece, per esempio, dalla necessaria strumentalità con un giudizio principale), ora alla emanazione di provvedimenti aventi altra natura, sostanzialmente a contenuto anticipatorio ⁽¹¹⁾.

Essendo questi ultimi quelli che più interessano ai fini del presente studio, in quanto idonei a consentire la soddisfazione del ricorrente indipendentemente dall'instaurazione del giudizio principale, lascerò da parte i provvedimenti conservativi (per i quali, peraltro, è ben possibile ripetere le considerazioni avanzate sopra in tema di difficoltà di rico-

(10) V. C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 12.

(11) V. JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 121 ss., spec. p. 123 per la chiara evidenziazione del *référé* come, essenzialmente, una "procedura".

struzione dal punto di vista sistematico della disciplina: basti pensare, tanto per fare un esempio, che il *saisie conservatoire*, gemello francese del nostro sequestro conservativo, non è neppure disciplinato all'interno del *nouveau code de procédure civile*, bensì in una legge speciale).

Quanto ai provvedimenti a più spiccato contenuto anticipatorio, per orientarsi nella frammentaria disciplina di cui nel codice di rito d'oltralpe, mi pare che il metodo più semplice e sicuro sia quello di partire dalla lettera di alcune norme pacificamente individuate come quelle basilari dell'istituto in questione. Ad esse, relative al contenuto dei provvedimenti ottenibili attraverso la *procédure en référé* (mi riferisco agli artt. 808 e 809 *n.c.p.c.*), seguirà l'analisi di altre norme, complementari, relative più da vicino al procedimento (ovvero, gli artt. 484 ss. *n.c.p.c.*).

4. Il provvedimento di cui all'art. 808 *n.c.p.c.*

Il primo provvedimento che vorrei considerare è quello di cui all'art. 808 *n.c.p.c.*, il quale prevede che, “*dans tous les cas d'urgence*”, il giudice competente può ordinare “*toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend*”. La norma prevede quindi sostanzialmente, quali requisiti per accedere al potere giurisdizionale in discorso, l'esistenza di una situazione di urgenza, accompagnata o dall'inesistenza di una seria contestazione o da una effettiva controversia. Le fattispecie concrete nelle quali l'articolo in commento trova applicazione sono le più varie, circostanza che non stupisce, non avendo il legislatore predeterminato alcun ambito di applicazione per materia e avendo così lasciato aperti al giudice ampi margini discrezionali; il giudice, infatti, appare legittimato ad attribuire al provvedimento il contenuto che più gli sembri appropriato a sortire gli effetti opportuni nel caso di specie ⁽¹²⁾. Con la prudenza che sempre

(12) Solo per citare alcuni esempi, l'art. 808 ha trovato applicazione nell'ipotesi di custodia di beni in pendenza di controversie riguardanti l'esistenza o la validità di un atto giuridico, di nomina di un amministratore provvisorio in materia societaria, di ordine di restituzione dei *softwares* che il programmatore di un'azienda aveva sottratto rivendicandone la proprietà intellettuale, di diritto di visita dei genitori o dei nonni ad un minore, e vari altri ancora (v. la giurisprudenza citata in *Nouveau code de procédure civile*, Parigi, 2000, sub art. 808, p. 400).

occorre nel creare accostamenti tra misure appartenenti ad ordinamenti diversi, si potrebbe vedere nell'art. 808 *n.c.p.c.* una sorta di omologo dell'art. 700 di diritto interno, come si può notare constatando l'eterogeneità dei casi in cui vi si è fatto ricorso ⁽¹³⁾.

La norma rappresenta, in sé, l'ipotesi che potremmo chiamare "ordinaria" di *référé*, in quanto tradizionalmente destinata all'ottenimento rapido di una misura provvisoria in attesa della risoluzione definitiva della controversia ⁽¹⁴⁾.

Per questo tipo di provvedimento, l'urgenza è, ancora oggi, una condizione necessaria ⁽¹⁵⁾. La norma la contempla espressamente fra i requisiti richiesti, ma attraverso un richiamo generico, senza offrire non solo una definizione, ma nemmeno i parametri in base ai quali valutarne i limiti di rilevanza giuridica ⁽¹⁶⁾. Come è stato efficacemente notato, la semplicità della nozione è solo apparente e non deve pertanto trarre in inganno, in quanto, soprattutto, si tratta di nozione relativa, che varia in funzione della materia, delle circostanze, del tipo di misura richiesta, della situazione delle parti, e via dicendo ⁽¹⁷⁾.

(13) La giurisprudenza di cui alla nota precedente evidenzia, infatti, il carattere di norma aperta e di clausola generale, in bianco direi, della disposizione in commento.

(14) V. su questo punto, per tutti, CADIET, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 1992, p. 525 ss., spec. p. 525, ove l'a. nota che la formulazione della norma è alquanto paradossale, perché l'esistenza di una effettiva controversia, che legittima alla richiesta del provvedimento in discorso, contrasta con l'assenza di contestazione, che è del pari requisito di accesso alla medesima procedura. Nella dottrina italiana, CECHELLA, *op. cit.*, p. 1132, afferma che questo tipo di *référé* mantiene "solide basi cautelari".

(15) V. CADIET, *Code de procédure civile*, Parigi, 2005, p. 507; VINCENT-GUINCHARD, *Procédure civile*, Parigi, 2001, p. 267; SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1071; COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, p. 33.

(16) Così C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 20.

(17) V. diffusamente SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1073, ove l'a. definisce l'urgenza nozione "*d'une malléabilité déconcertante*". Sulla stessa linea v. anche ENGLEBERT, *Le référé judiciaire: principes et questions de procédure*, in AA.VV., *Le référé judiciaire*, a cura di ENGLEBERT-BOULARBAH, Bruxelles, 2003, p. 5 ss., spec. pp. 6-13 (mi sembra opportuno precisare che l'opera ora citata riguarda il *référé* nel diritto belga; tuttavia, molti principi ed istituti sono comuni al diritto francese, rispetto al quale presentano una disciplina certo non identica ma assai simile, onde non mi pare incongruo richiamarla in questa sede, specie se si considera che la materia in discorso, ovvero quella del *référé*, è uno dei settori in cui le assonanze tra i due sistemi sfiorano la coincidenza).

I soli appigli in tema, pertanto, sono quelli ricavabili dalla giurisprudenza. La Cassazione francese, peraltro, ritenendo l'urgenza una questione di puro fatto, si è più volte rifiutata espressamente di offrirne una definizione, ritenendola apprezzabile solo da parte della giurisprudenza di merito⁽¹⁸⁾. Quest'ultima ne ha ravvisato l'esistenza in tutte le ipotesi in cui un ritardo, anche minimo (nel senso di pochi giorni o, addirittura, poche ore; si pensi, tanto per fare un esempio, ad un caso di conflitto tra l'autore di un'opera teatrale e il direttore di un teatro in ordine alla rappresentazione di uno spettacolo da mettersi in scena l'indomani), sia ritenuto suscettibile di arrecare pregiudizio ad una delle parti⁽¹⁹⁾. Contribuisce poi a creare incertezza intorno alla nozione di urgenza la diffusione, nella prassi, di motivazioni standardizzate, per non dire di motivazioni assenti (come accade nelle ipotesi in cui il giudice si limita ad un inciso "vu l'urgence")⁽²⁰⁾, il che produce l'ulteriore effetto di erodere sottilmente e silenziosamente il requisito dell'urgenza, pur previsto in quest'ipotesi espressamente dalla norma. Di fatto il giudice, anche se non lo dichiara espressamente, procede generalmente ad un bilanciamento degli interessi delle parti per decidere se accordare o no la misura richiesta⁽²¹⁾.

Non più agevolmente individuabile pare la nozione di assenza di "aucune contestation sérieuse" che, si è detto, non è che uno degli aspetti dell'inidoneità del provvedimento di portare "préjudice au principal"; anche per questa nozione, la migliore dottrina ritiene preferibile una valutazione nel caso di specie ad una definizione teorica generale, che presterebbe il fianco a troppe occasioni di fallibilità⁽²²⁾. Nel tentativo di individuare qualche linea direttrice, si legge spesso che il giudice del *référé* è "il giudice dell'evidente e dell'incontestabile", ma la formula appare più come uno *slogan* tralaticio che

(18) V. CADIET, *Code de procédure civile*, cit., p. 507; COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, p. 33.

(19) V. VINCENT-GUINCHARD, *op. loc. ult. cit.*; per alcuni casi pratici, v. la giurisprudenza citata in nota da SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1072.

(20) Lo notano C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 22; SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1074.

(21) V. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 13.

(22) Per queste osservazioni, v. SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1074 ss.

come qualcosa che ha un suo contenuto sostanziale preciso, quindi lascia decisamente il tempo che trova ⁽²³⁾.

5. Il provvedimento di cui all'art. 809, comma 1, n.c.p.c.

Numerose similitudini sono poi ravvisabili, a mio avviso, tra il provvedimento appena esaminato e quello di cui all'art. 809, comma 1, del codice di rito francese. Qui si prevede che, anche in presenza di una *contestation sérieuse*, il giudice può ordinare le “*mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*”.

Balza all'occhio, raffrontando il testo delle due norme, come l'art. 809, comma 1, non contempli l'urgenza fra i requisiti richiesti per la concessione del provvedimento, ma questa mi pare una differenza di mera forma più che di spessore; infatti, a ben vedere, chi propone una domanda tesa all'emanazione di un provvedimento che prevenga un danno imminente, mi pare si trovi, vorrei dire per definizione, in una situazione di urgenza, e così pure è a dirsi per chi propone una domanda perché sta subendo un danno manifestamente illecito (non si vede chi e come possa tollerare un comportamento *contra legem* pazientemente, in attesa di una decisione di merito che potrebbe tardare a venire anche per diversi anni) ⁽²⁴⁾.

Quanto al *dommage imminent*, esso è stato più precisamente definito come il danno non ancora realizzatosi, ma che si produrrà sicuramente se la situazione attuale e che giustifica la domanda dovesse perpetuarsi; a differenza del nostro art. 700 c.p.c., il danno non deve essere anche irreparabile, stando alla lettera della norma, tuttavia la giurisprudenza spesso prende il requisito in considerazione ⁽²⁵⁾. Essa

(23) V. un'ampia rassegna di giurisprudenza sulla nozione in discorso in CA-DIET, *Code de procédure civile*, cit., pp. 508-509, leggendo la quale può constatarsi agevolmente l'assenza di un criterio orientatore in tema.

(24) Nonostante il silenzio della norma, l'urgenza rientra nelle previsioni della disposizione in discorso anche per CECHELLA, *op. cit.*, p. 1135.

(25) V. SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1088.

ritiene che il danno imminente non debba derivare necessariamente da un'attività illecita ⁽²⁶⁾, ma la dottrina su questo punto è divisa ⁽²⁷⁾.

Il *trouble manifestement illicite* è, poi, la condotta, attiva od omissiva, tenuta in palese violazione di una norma giuridica ⁽²⁸⁾. Per fare alcuni esempi, si pensi al licenziamento illegittimo, ad ipotesi di concorrenza sleale, ad occupazioni di proprietà altrui senza titolo, a svariati tipi di attentato a diritti della personalità, ad ipotesi di divieto di proiezione di certe scene in opere cinematografiche, e via dicendo ⁽²⁹⁾. Quanto alla definizione dell'aggettivo "manifesto", anche di essa si è sottolineata l'ambiguità, riducendola infine all' "evidenza", alla "certezza", equiparandola in sostanza all'assenza di esitazione sulla soluzione che si imporrebbe al giudice del merito se fosse adito ⁽³⁰⁾.

La lettera della norma pare accordare al giudice la sola possibilità di pronunciare provvedimenti di natura conservativa; probabilmente questa limitazione, rispetto alla più ampia libertà di movimento riconosciuta al giudice dall'art. 808 *n.c.p.c.*, si può spiegare, per quanto mi pare, non tanto ricorrendo alla circostanza che l'art. 809, comma 1, non è destinato ad approntare tutela in ipotesi di urgenza (ché, come ho detto precedentemente, l'urgenza mi sembra implicitamente ravvisabile nelle fattispecie concrete cui la norma vuole dare risposta, ovvero danno imminente e danno manifestamente illecito), quanto pensando all'apertura della norma, che prevede che ad essa possa farsi ricorso "*même en présence d'une contestation sérieuse*"; il giudice del *référé*, così, sarebbe legittimato, in presenza di una seria contestazione e dunque di una effettiva controversia fra le parti che spetterà al giudice del merito conoscere, a pronunciare

(26) V. CADIET, *Code de procédure civile*, cit., p. 514 ss.

(27) V. NORMAND, in nota in *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, p. 137 ss., spec. pp. 138-139.

(28) V., con approfondimenti, SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1088 ss.

(29) V. per gli esempi riportati ed altri, NORMAND, in nota ad alcune pronunce in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 216 ss., spec. p. 220; e SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1092. I casi riportati mi pare evidenzino come, benché non sia richiesta dalla norma, l'urgenza caratterizzi le fattispecie che vi rientrano.

(30) V. NORMAND, *op. loc. ult. cit.*, p. 221; CADIET, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 527.

provvedimenti che si limitino a proteggere la situazione di fatto, o a riportarla allo stato precedente, lasciando che interventi più fattivi e sostanziali nella sfera giuridica delle parti vengano apportati dalla decisione del giudice del merito. Questo tipo di misura, per esempio, è applicabile in tutta una gamma di ipotesi nelle quali, dovendosi il merito decidere nell'osservanza di una serie di cautele indispensabili spesso anche in virtù della materia oggetto della controversia, è tuttavia necessario prendere nell'immediato una decisione in ordine ad un certo aspetto della vicenda; non di rado, può accadere che il provvedimento emesso *en référé*, adempiuta la sua funzione, non abbisogni di una sequela nel merito. Pensiamo, per ipotesi, alla lite fra due genitori, in pendenza di una causa di divorzio, i quali disputino relativamente alle vacanze imminenti su chi di essi abbia "diritto" a portare il minore con sé ⁽³¹⁾; o, ancora, al caso in cui nell'ipotesi del c.d. *référé-diffamation*, il giudice condanni la controparte al pagamento al ricorrente di una somma a titolo risarcitorio e ordini la pubblicazione del provvedimento nel numero successivo del giornale su cui si era attuato l'evento lesivo e diffamatorio ⁽³²⁾.

A conclusione di questo sintetico commento alla norma, vorrei notare come sia l'art. 808 che l'art. 809, comma 1, mentre contengono più o meno espressamente un richiamo alla condizione di fatto dell'urgenza come presupposto per la concessione delle misure in esame, non contengono invece alcun riferimento al tipo di attività di istruzione e di accertamento che sia da compiersi da parte del giudice di questo tipo di *référé*. Una possibile spiegazione, con riguardo all'art. 808 *n.c.p.c.*, può ritrovarsi nel rilievo di alcuni, per cui il complesso delle condizioni richieste dalla norma (urgenza, assenza di seria contestazione, effettiva controversia, da valutarsi quest'ultima, però, da parte del giudice del merito) farebbero sì che i poteri del giudice del *référé* nell'ipotesi all'esame siano alquanto limitati ⁽³³⁾; per l'art. 809, comma 1, invece, ciò potrebbe forse spie-

(31) V. PERROT, *Institutions judiciaires*, Parigi, 2002, p. 96 ss.

(32) V. il provvedimento annotato da NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 972 ss. Ancora sul *référé-diffamation*, per una pronuncia più recente, v. ID., *ivi*, 2003, p. 345 ss.

(33) V. COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, pp. 33-34.

garsi pensando alla circostanza per cui la norma consente al giudice la pronuncia di meri provvedimenti conservativi, nonché al fatto che, il più delle volte, si sarà in presenza di una seria contestazione (se fosse altrimenti, probabilmente il ricorrente privilegierebbe la via dell'art. 808, che lascia al giudice, e quindi alla parte che può servirsi, un più ampio spettro di provvedimenti). A parte questi brevi rilievi, mi riservo tuttavia di tornare sull'aspetto dell'accertamento in alcune considerazioni generali successive che seguono ad altre riflessioni più generali su singoli aspetti della *procédure en référé*.

6. *Il référé provision ex art. 809, comma 2, n.c.p.c.*

A confronto delle misure finora sinteticamente prese in esame, senza dubbio di maggiore spessore, anche dal punto di vista della frequenza con cui ricorre nella prassi applicativa, è l'istituto del *référé provision* di cui all'art. 809, comma 2, *n.c.p.c.* La norma dispone che, nelle ipotesi in cui "*l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*", il giudice può "*accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire*" (34).

È di immediata evidenza, alla sola lettura della norma, che l'urgenza non è tra le condizioni richieste per l'emanazione del provvedimento (35). A dire il vero, le decisioni rese nel primo periodo immediatamente successivo all'introduzione dell'istituto (quindi, negli anni

(34) V. JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, cit., alla nota 8, per una precisa ricostruzione delle singole tappe che hanno condotto alla progressiva introduzione nell'ordinamento francese del provvedimento in questione e, più in generale, della procedura *en référé*. Sull'ampiezza della formula dell'art. 809, comma 2, *n.c.p.c.*, ove non è tipizzato né il diritto tutelato né la misura più idonea a costituire l'effetto anticipatorio, lasciando così ampio margine alla discrezionalità del giudice che ha a disposizione uno strumento di grande duttilità rispetto alle fattispecie, v. CECHELLA, *op. cit.*, p. 1136. Anticipo fin d'ora che non mi intratterò sull'istituto previsto dall'ultima parte della norma di cui all'art. 809, comma 2, il c.d. *référé-obligation de faire*, in quanto esso è assai poco utilizzato, concorrendo con la più ampia previsione generale di cui all'art. 808 *n.c.p.c.* e con una procedura *ad hoc* per le obbligazioni di fare, tanto che ne sono scarse anche le applicazioni giurisprudenziali rinvenibili.

(35) Peraltro v. una conferma in CADIET, *Code de procédure civile*, cit., p. 523.

Settanta del secolo scorso), facevano figurare l'urgenza tra i requisiti per la concessione della misura, ma ben presto l'orientamento mutò e da allora la posizione della Corte di cassazione francese è costante in senso contrario e quindi conforme alla lettera della norma ⁽³⁶⁾.

Unica condizione richiesta dalla norma è che esista un'obbligazione non seriamente contestabile. La dottrina francese ha rilevato più volte che l'espressione sfugge ad ogni definizione precisa ed è una questione concreta che non si può cogliere che nel caso di specie nella valutazione fattane dal giudice. La giurisprudenza prevalente è nel senso per cui l'attore non debba fornire la prova di un'incontestabilità assoluta né, d'altra parte, che sia sufficiente per il convenuto sollevare una pur minima contestazione per paralizzare la domanda dell'attore; il giudice, in buona sostanza, deve valutare caso per caso che vi sia un "*seuil d'évidence*" ⁽³⁷⁾.

Nel tentativo di individuare una qualche linea direttrice, è stato anche detto che la contestazione è seria tutte le volte che uno dei mezzi di difesa opposti alla pretesa dell'attore non è manifestamente vano e ciò crea un'incertezza, per quanto esigua, sul modo in cui risolverebbe la questione il giudice di merito, se fosse investito della controversia ⁽³⁸⁾. Quest'ultima affermazione mi pare piuttosto interessante, perché mette in luce un travestimento del giudice del *référé*, se così si può dire, che per un momento prova ad indossare i panni del giudice di merito chiedendosi come questi risolverebbe la questione, se fosse adito; l'interesse mi pare possa nascere dal fatto che il giudice del *référé*, che si pone questa domanda, tendenzialmente si darà anche una risposta, ed il fatto che addivenga ad una pronuncia (di segno negativo o positivo qui non rileva) significa che, quanto meno prognosticamente, si è interrogato quasi come se fosse sulla scena di un procedimento ordinario di merito più che di una *procédure en référé*, il che forse può avere una qualche ricaduta

(36) V. PERROT, *Les mesures provisoires*, cit., p. 164; SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1101; COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, p. 35.

(37) V. la giurisprudenza cui fa riferimento PERROT, *op. cit.*, p. 164, spec. note 13-16.

(38) V. JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, cit., p. 129.

anche in termini di corollari relativi alla ritenuta efficacia e stabilità dell'ordinanza in discorso, su cui poi tornerò.

Ad ogni modo, vorrei concludere su questo punto annotando come la difficoltà della definizione, forse non suscettibile di soluzione in via teorica, dipenda anche dal fatto che "evidenza" ed "incontestabilità" sono nozioni accertabili, almeno nella maggior parte dei casi, solo *ex post*, mai preventivamente; negli altri casi, quando cioè l'evidenza e l'incontestabilità emergano *ictu oculi*, non si vedrebbe poi perché (sul punto tornerò oltre) negare ai provvedimenti in discorso efficacia di giudicato, quella stessa che otterrebbero, sulla base magari dei medesimi mezzi di prova ⁽³⁹⁾ e magari davanti al medesimo giudice, semplicemente però all'interno di un contenitore processuale che ha un'etichetta diversa, che riporta la scritta "procedimento ordinario" anziché "procedimento in *référé*".

Quanto all'ammontare della *provision*, ormai da circa un trentennio la *Cour de cassation* ha mutato l'orientamento iniziale, in base al quale la somma ottenibile attraverso il ricorso a questa procedura poteva corrispondere soltanto ad una frazione del valore complessivo dell'obbligazione, per cui è ad oggi assolutamente pacifico che la *provision* possa ottenersi anche per l'importo totale della somma oggetto di causa ⁽⁴⁰⁾.

Quest'ultima circostanza è gravida di una serie di conseguenze. Infatti, benché in linea di principio il *référé provision* sia inquadrabile

(39) Non soltanto in relazione al *référé provision*, ma con più generale riguardo alle regole probatorie in tema di *procédure en référé*, vorrei qui ricordare come la dottrina pressoché unanime, con il conforto della giurisprudenza, ritengano ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dall'ordinamento, ad eccezione del giuramento decisorio (v. SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1136); è stato anzi notato come il giudice del *référé* proceda ad un'analisi altrettanto, se non più, minuziosa degli elementi di fatto e di diritto di quella del giudice del merito, benché spesso si senta obbligato a specificare che la sua è un'analisi *prima facie* (v. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 33).

(40) Il mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale si fa risalire a *Cour de cassation*, 20 gennaio 1981, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 679 ss., annotata da NORMAND, pronuncia in cui il supremo organo francese afferma espressamente che "*le montant de la provision allouée en référé n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée*". Concorde, peraltro, la dottrina sul punto, v., fra gli altri, CADIET, *Code de procédure civile*, cit., p. 526; SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1102; COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, p. 36; PERROT, *Les mesures provisoires*, cit., p. 165; CECHELLA, *op. cit.*, p. 1135.

nella categoria dei provvedimenti provvisori alla pronuncia dei quali dovrebbe seguire un giudizio “principale”, il fatto che sia possibile per il creditore ottenere il pagamento anche dell’intera somma (o, comunque, di un ammontare del quale egli potrebbe essere soddisfatto), gli fa perdere qualsivoglia tipo di interesse nei confronti del processo di merito, che quindi potrebbe essere iniziato solo ad istanza del debitore il quale ritenga di avere a disposizione strumenti sufficienti per rovesciare a suo favore l’esito del giudizio *en référé* ⁽⁴¹⁾. Se ne può ulteriormente dedurre, quindi, non solo che il *référé provision* non è una misura provvisoria, ma non è neppure un provvedimento cautelare, come discende pacificamente dalla circostanza che, se non appartiene al *genus*, tantomeno può appartenere ad una delle sue *species* ⁽⁴²⁾.

Il *référé provision*, pertanto, è misura idonea a definire la lite e la giurisdizione di *référé* viene così a configurarsi come giurisdizione, e quindi come tutela, del tutto autonoma ed alternativa alla giurisdizione di merito ⁽⁴³⁾.

(41) Avverte, infatti, NORMAND, in nota ad alcune pronunce in *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 177 ss., spec. p. 177, che il carattere “provvisorio” di questa misura non deve fuorviare perché la lite, il più delle volte, finisce lì e non sarà mai portata davanti al giudice competente a conoscere del merito.

(42) Sembrano riconoscere che la misura in discorso non sia un provvedimento cautelare anche CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, p. 285, ove sottolinea l’assenza del profilo dell’urgenza; ID., *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1518, espressamente nel senso che il modello del *référé provision* non integra “neppure una misura cautelare volta a paralizzare uno specifico *periculum*”; E.F. RICCI, *op. cit.*, diffusamente a p. 214; CECHELLA, *op. cit.*, p. 1132, ove l’a. sottolinea che la giurisdizione di *référé*, nata come tutela cautelare, si emancipa, specie attraverso la prassi dei tribunali francesi, dai presupposti cautelari in senso stretto delle origini, ascendendo irresistibilmente al ruolo di giurisdizione alternativa a quella di merito; JOMMI, *Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, cit., p. 148, ove l’a. afferma che la funzione del *référé provision* va trovata altrove rispetto all’ambito della tutela cautelare. Per le ragioni spiegate nel testo e confortate dalla dottrina più autorevole ed unanime, non condivido la posizione, del tutto isolata, di CAVALLINI, *op. cit.*, spec. pp. 446 e 449, ove l’a. afferma apertamente la “chiara natura cautelare” dell’istituto del *référé provision*.

(43) V. CADIET, *Civil justice reform: access, cost, delay. The French perspective*, in AA.VV., *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di ZUCKERMAN, Oxford, 1999, p. 291 ss., spec. p. 302; ID., *Droit judiciaire*, cit., p. 527; E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 214; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 146; SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1102; PERROT, *Les mesures provisoires*, cit., p. 153; C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 25.

7. *Alcune considerazioni sulla presunta incompatibilità tra provvisorietà del provvedimento pronunciato en référé e autorità della decisione*

Come ho anticipato sopra, a queste norme, che contemplano le applicazioni più significative della *procédure en référé* dal punto di vista del contenuto del provvedimento, sono da collegarsene altre che hanno riguardo più da vicino alle regole procedurali (artt. 484 ss. *n.c.p.c.*). Non ritengo opportuno soffermarmi su di esse singolarmente, per prenderne invece in considerazione solo i momenti più di rilievo. Potendo così cominciare dalla fine, ovvero dalla disposizione di cui all'art. 488, in base alla quale "*l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*"; la norma prosegue stabilendo che essa non può essere revocata o modificata, se non in presenza di "*circonstances nouvelles*" (44).

Una lettura poco prudente ed affrettata della norma è quella su cui si basano le opinioni di chi sostiene che l'ordinanza di *référé* è un provvedimento meramente provvisorio, come tale inidoneo a partecipare dell'autorità di cosa giudicata che spetta alle sentenze a certe condizioni. Ma il punto non mi sembra, ed in effetti come vedremo non è, così pacifico, e merita un approfondimento (45).

Molto opportunamente alcuni hanno sottolineato come gran parte del problema, in sostanza, dipenda dall'intendersi o meno sul significato che si attribuisce al termine "provvisorio", il quale non necessariamente significa "a termine", "limitato nel tempo", ma può anche essere semplicemente inteso come sinonimo di "modificabile" (46). Al-

(44) Del tutto identica è la disciplina nel diritto belga, prevedendo l'art. 1032 del *code judiciaire* che l'ordinanza di *référé* può essere caducata solo dalla decisione principale oppure modificata o revocata in seguito ad un cambiamento delle circostanze; per la dottrina belga sul punto, v. per tutti CLOSSET-MARCHAL, *La caducité et la rétractation de la décision ordonnant les mesures provisoires*, in AA.VV., *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, a cura di VAN COMPERNOLLE-TARZIA, cit., p. 363 ss.

(45) COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, p. 37, definiscono apertamente inesatta l'opinione che vuole i provvedimenti in discorso inidonei all'autorità di cosa giudicata.

(46) È la lettura proposta, che condivido con riferimento al *référé*, da SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1056. Sulla frequente inesatta percezione del termine "provvisorio", v. anche ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 6.

tri, sovrapponendo i piani e dando, come si direbbe colloquialmente, un colpo al cerchio ed uno alla botte, affermano da una parte che, comunque, l'ordinanza di *référé* ha carattere provvisorio e non incide sul merito del diritto, anche se, essendo modificabile solo in presenza di certe circostanze, “*a donc une certaine autorité de chose jugée*” (47).

A mio avviso, la lettera della norma di cui all'art. 488 *n.c.p.c.*, lungi dal poter essere sottovalutata, deve anzi essere sottolineata nel senso di dare rilievo a ciascuna delle espressioni in essa contenute. Intanto, almeno questa è l'impressione che ho ricavato scorrendo la maggior parte degli autori (48), con troppa leggerezza se ne fa la norma cardine su cui fondare l'assenza di cosa giudicata in capo al provvedimento di *référé* quando, a ben vedere, nella norma viene detto sì espressamente che l'ordinanza di *référé* non ha autorità di cosa giudicata, ma è fondamentale l'inciso, “*au principal*”: il che vuol dire che la norma deve leggersi semplicemente come se vi fosse scritto (cosa nota, peraltro, anche nei diritti interni) che, se al giudizio *en référé* seguirà il processo principale, il giudice di quest'ultimo non sarà in alcun modo vincolato dalla decisione del collega che ha gestito la fase precedente, ma la norma in sé non dice nulla quanto all'efficacia e alla stabilità dell'ordinanza di *référé* nell'ipotesi in cui a quella prima fase non segua mai il giudizio principale (49); pertanto, non è da essa che si può, semmai, ricavare l'inidoneità al giudicato dell'ordinanza di *référé* (50).

(47) Così VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*, p. 278 ss. Analogamente, GUINCHARD-BANDRAC-DOUCHY-FERRAND-LAGARDE-MAGNIER-RUIZ FABRI-SINOPOLI-SOREL, *Droit processuel*, Parigi, 2003, p. 1095.

(48) Eccessiva tranquillità manifestano nel dichiarare la provvisorietà del provvedimento di *référé* e la sua inidoneità al giudicato, quasi fosse punto pacifico e scontato, per esempio, C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 9, e ID., *Il référé*, cit., p. 72, ove l'a. vede nell'assenza di giudicato l'assicurazione dell'autonomia giuridica del provvedimento; BALBI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, p. 73 ss., spec. p. 77, ove l'a. afferma che il provvedimento francese in discorso “non può assumere valore di giudicato, potendo sempre essere modificato in presenza di nuove circostanze”.

(49) Su questa lettura della norma, per tutti, v. PERROT, *Les mesures provisoires*, cit., p. 158; JOMMI, *Il référé provision*, cit., pp. 97-98. Sulla caducazione dell'ordinanza di *référé* al sopraggiungere di una sentenza di merito, anche non passata in giudicato, v. anche CECHELLA, *op. cit.*, p. 1136.

(50) Anzi, sottolineando la lettura proposta, che è anche l'unica esatta della norma, CADJET, *Droit judiciaire*, cit., p. 531, afferma che l'ordinanza di *référé*, non

Anzi, in proposito, non si può a mio avviso sottacere come il provvedimento di *référé*, e questo dato è fuor di dubbio, sia emesso all'esito di un procedimento di natura contenziosa, in materia di diritti soggettivi, nel contraddittorio delle parti e nel rispetto dei diritti fondamentali della difesa, come esso sia impugnabile con appello e successivamente ricorso per cassazione⁽⁵¹⁾, percorso al termine del quale ben difficilmente le parti, che hanno potuto sondare ampiamente in tre fasi di giudizio quale sia il probabile esito del processo di merito, proporranno quest'ultimo, se convinte, nel frattempo, che quel risultato non sia sovvertibile⁽⁵²⁾. Come ha sottolineato a più riprese la migliore dottrina d'oltralpe, questa disciplina è di natura tale, nel suo insieme, da conferire ai provvedimenti di *référé*, di fatto se non di diritto, il carattere di decisione definitiva⁽⁵³⁾.

Quest'ultima espressione, per cui i provvedimenti di *référé*, provvisori di diritto, hanno di fatto efficacia definitiva, è assai frequente nei discorsi sull'argomento⁽⁵⁴⁾; tuttavia, se poteva essere efficace trent'anni orsono per rendere percepibile con immediatezza il risultato concreto cui il provvedimento perviene, non lo è più attualmente, anche per la circostanza di aver perso gran parte del suo potere evocativo retorico. Comunque, a prescindere da come l'abuso della locuzione ne abbia lo-

potendo essere messa in discussione se non in presenza di circostanze nuove, “*a autorité de chose jugée au provisoire*”.

(51) Sull'impugnabilità, con i mezzi ordinari e straordinari di impugnazione, dell'ordinanza di *référé*, e sulla circostanza che l'impugnazione del provvedimento non ne sospenda l'esecutorietà, v. SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1153 ss.; COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, p. 204 ss.; CORSINI, *op. cit.*, p. 60; JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, cit., spec. pp. 132 e 152. Sulla circostanza che il controllo in Cassazione sia previsto e dunque possibile, ma in sostanza marginale, v. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 64 e, più diffusamente, REGOUT, *Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé*, in AA.VV., *Le référé judiciaire*, a cura di ENGLEBERT-BOULARBAH, cit., p. 123 ss.

(52) Sostengono che, di fatto, l'ordinanza di *référé* abbia un'efficacia definitiva, assimilabile a quella del passaggio in giudicato, quando ad essa non segua l'instaurazione del giudizio davanti al giudice di merito, SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1144.

(53) V. CADIET, *Droit judiciaire*, cit., p. 531.

(54) V., fra gli altri, SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1060, ove gli aa. affermano che il *référé* “*fait un devoir au juge d'examiner le fond, théoriquement à titre provisoire, mais parfois en fait de façon définitive*”; JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, cit., p. 150; C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 25.

gorato la capacità espressiva, a ben guardare mi sono convinta della sua erroneità: l'ordinanza di *référé* non è più provvisoria in diritto di quanto non lo sia una sentenza italiana regolarmente passata in giudicato.

Tornerò più approfonditamente sull'argomento in uno dei capitoli successivi, ma qui vorrei ricordare intanto che, se l'ordinanza di *référé* non può essere modificata se non in presenza di nuove circostanze (o della sentenza di merito, che pur non viene praticamente mai pronunciata), e dunque ha una sua stabilità, essa assomiglia molto sotto questo profilo ad una sentenza passata in giudicato, la quale copre il dedotto e il deducibile, ma non ciò che non era ancora deducibile; tant'è che l'accertamento in essa contenuto è suscettibile di essere rimesso in discussione in presenza di nuove circostanze o nuovi fatti⁽⁵⁵⁾. Le parti della *procédure en référé* si accontentano dell'accertamento che da quel giudizio è emerso e della sua attuazione pratica, punto e basta; le distinzioni fra ciò che esiste in fatto ma non in diritto, e viceversa, lasciano il tempo che trovano, e mi pare che esso sia sempre meno. Anche perché, a ben guardare, non sono poi così convinta neppure che le ordinanze di *référé* possano definirsi provvisorie in diritto; e non solo perché il fatto che non abbiano, come dice espressamente la norma, autorità di giudicato, debba essere riferito soltanto "*au principal*" nel senso sopra chiarito, ma anche perché il francese *autorité de chose jugée* pare essere qualcosa di diverso dall'italiana autorità di cosa giudicata. Certo, le espressioni sono identiche, tanto da essere l'una la traduzione letterale dell'altra; nell'equivoco si fa poi presto a cadere: da una parte ci si mette la lingua, dall'altra il fatto che, ormai meccanicamente, siamo abituati a pensare che il nostro ordinamento deriva gran parte della sua impostazione da quello francese, ed il gioco è fatto. Ma a me sembra che questa ipotesi costituisca un esempio emblematico del fenomeno sottolineato dalla migliore dottrina, che ha notato come, benché Francia ed Italia appartengano storicamente allo stesso ramo della famiglia continentale, i due ordinamenti presentino ora più differenze che somiglian-

(55) Come confermano le parole di C. SILVESTRI, *Il référé*, cit., p. 73, ove l'a. parla di relativa stabilità del provvedimento reso in *référé*, accentuata dalla circostanza che la giurisprudenza ormai consolidata tende ad attribuire un significato restrittivo all'espressione "circostanze nuove".

(56) V. efficacemente e diffusamente TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1047 ss., spec. p. 1052.

ze⁽⁵⁶⁾. Andando alla ricerca, infatti, di una definizione della *autorité de chose jugée*, mi pare di aver trovato conferma al dubbio sorto, ovvero che tra i due istituti apparentemente gemelli, quello italiano e quello francese, non vi sia poi sostanzialmente corrispondenza. Si legge, infatti, che nell'ordinamento francese le sentenze hanno, dal momento della loro pronuncia, l'*autorité de chose jugée*; si dice poi che una sentenza è passata in giudicato quando la pronuncia non è o non è più impugnabile con un mezzo di impugnazione che ne sospenda l'esecuzione (per esempio, l'appello)⁽⁵⁷⁾; ancora diversa da questa nozione è quella per cui la sentenza non è più impugnabile con i mezzi di impugnazione ordinari (espressione che suona al nostro orecchio più familiare) e che, in francese, si rende dicendo che la sentenza è "*passée en force de chose jugée*"⁽⁵⁸⁾. La più ampia nozione di *autorité de chose jugée*, infatti, è la caratteristica principale del provvedimento giurisdizionale rispetto agli atti emanati da altri poteri dello Stato, ed appartiene "*à tout acte juridictionnel, quelle que soit la juridiction dont il émane*"⁽⁵⁹⁾.

Raccordando a queste definizioni la disciplina in materia di *référé*, poiché l'impugnazione dell'ordinanza *en référé* non ne sospende l'esecutorietà⁽⁶⁰⁾, parrebbe di poter dire che essa ha autorità di cosa giudicata, anzi di più, che essa nasce dotata della *autorité de chose jugée*, in quanto esecutiva *ex lege* indipendentemente dal fatto che vengano proposti contro di essa mezzi di impugnazione. Il che non vuol dire che noi si possa tradurre, e dedurre, che essa ha autorità di giudicato per come noi intendiamo l'espressione, considerato che mi pare sia emerso che si stanno raffrontando entità in fondo differenti⁽⁶¹⁾.

(57) V. NORMAND, voce *Processo civile (Francia)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, p. 100 ss., spec. pp. 124-125. Anche LIEBMAN, voce *Giudicato, dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, p. 1 ss., spec. p. 2, verifica che in Francia la *autorité de chose jugée* è riconosciuta ad ogni sentenza che definisce il processo, anche se soggetta alle impugnazioni ordinarie.

(58) V. SOLUS-PERROT, *op. cit.*, p. 1143.

(59) Così VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*, p. 214.

(60) V. C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 9; JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, cit., pp. 149-151.

(61) Se ne trova conferma in VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*, p. 215, ove gli aa. chiariscono, a proposito di una serie di provvedimenti, fra cui quelli *en référé*, che occorre "*distinguer l'efficacité substantielle du jugement (cas du référé) de son autorité. Cela ne signifie nullement d'ailleurs que ces jugements [...] n'ont aucune autorité de chose jugée; ils n'en ont pas sur le principal, c'est tout*".

8. *Le azioni comme en référé*

Una conferma della circostanza che il procedimento *en référé* ed il procedimento ordinario, o forse meglio gli effetti che da questi possono scaturire, non sono poi così divergenti, se non per statuizioni più di principio e di tradizione che per un fondamento reale, si potrebbe trovare nella disciplina che caratterizza le azioni c.d. *comme en référé*, diffuse tanto nel diritto francese quanto in quello belga. Esse, più precisamente, costituirebbero lo sviluppo di uno dei due corni cui ha dato luogo la *procédure en référé*, che da un lato si è evoluta ampliando le ipotesi di applicabilità del *référé* quale procedimento sommario, e dall'altro si è andata progressivamente configurando quale vero e proprio rito speciale di cognizione destinato a sfociare in una pronuncia suscettibile di assumere l'autorità di cosa giudicata ⁽⁶²⁾.

Nell'esercizio di questo tipo di azioni, la legge ha attribuito al giudice del *référé* il potere di agire come giudice del merito ⁽⁶³⁾. In queste ipotesi il giudice può concedere provvedimenti il cui contenuto è amplissimo (ordini di cessazione, ingiunzione, prevenzione, pubblicità, *astreinte*, e altri ancora), in un ambito di operatività anch'esso assai vasto (le materie nelle quali vi si fa ricorso più frequentemente sono quella ambientale, urbanistica, di protezione del consumatore, nel diritto finanziario, della proprietà intellettuale, della concorrenza, dei diritti reali) ⁽⁶⁴⁾.

È possibile la concorrenza fra un'azione *comme en référé* e la *procédure en référé*, nel senso che il fatto che l'ordinamento contempli un'azione *comme en référé* non obbliga il titolare del diritto a servirsene, potendo egli ricorrere, a sua scelta, alla *procédure en référé*.

Le due procedure non divergono in punti significativi, tanto che è stato detto che la procedura *comme en référé*, pur non essendo no-

(62) V. C. SILVESTRI, *Il référé*, cit., p. 18.

(63) V. diffusamente sull'argomento DALCO, *Les actions "comme en référé"*, in AA.VV., *Le référé judiciaire*, a cura di ENGLEBERT-BOULARBAH, cit., p. 145 ss.

(64) Nota FORIERS, *Le référé en droit des sociétés et des offres publiques*, in AA.VV., *Le référé judiciaire*, a cura di ENGLEBERT-BOULARBAH, cit., p. 231 ss., spec. p. 232, che nel settore del diritto societario la procedura *comme en référé* è molto utilizzata, in quanto l'urgenza è presunta, quindi non occorre darne la prova e, come dirò poi oltre nel testo, la decisione è rivestita dell'autorità di cosa giudicata.

minimalmente un *référé*, di questo ha il gusto, il colore e l'odore⁽⁶⁵⁾. Si tratterebbe, ancora una volta, di una differenza di etichettatura.

L'aspetto più significativo di divergenza fra le due procedure⁽⁶⁶⁾ è che il provvedimento finale gode dell'autorità di cosa giudicata. Il che avvicina la procedura *comme en référé* al giudizio di merito, tanto che qualcuno l'ha definita, correttamente, "*faux cas de référé*"⁽⁶⁷⁾, perché di fatto si tratta di un vero e proprio procedimento di merito, il cui snodarsi peraltro, come prima sottolineavo, non diverge significativamente da quello della *procédure en référé*.

Un'osservazione conclusiva su questo argomento. Discipline così simili che conducono ad esiti così divergenti (provvedimento provvisorio in un caso, anche se solo in diritto e non poi in fatto, per continuare ad usare la terminologia della dottrina prevalente, provvedimento dotato dell'efficacia di cosa giudicata dall'altro) pone evidenti problemi di coordinamento e difficoltà di ricostruzione sistematica⁽⁶⁸⁾. L'aspetto relativo alla applicabilità o meno dell'autorità di cosa giudicata ai provvedimenti in discorso dimostra che l'istituto in questione pare iniziare a divenire difficilmente digeribile in diversi sistemi. Certo è tuttavia che, fra gli ordinamenti finora considerati, vista la non uniformità di idee riscontrata nelle dottrine dei paesi d'origine sulle procedure esaminate ed in particolare sulla procedura *comme en référé*, si può dire sì che il legislatore italiano avrà senza dubbio da compiere probabilmente ampie opere di risistemazione, se lo vorrà, nei prossimi decenni, ma si può affermare con altrettanta tranquillità che il legislatore d'oltralpe, al quale si sta guardando con aria quasi di bonaria invidia, come se avesse a disposizione lo strumento più efficace del mondo al modello del quale attingere a piene mani, non avrebbe meno da lavorare. Il *référé*, e quel suo clo-

(65) Così PANIER, *Conclusions. Les référé dans tous ses états*, in AA.VV., *Le référé judiciaire*, a cura di ENLEBERT-BOULARBAH, cit., p. 423 ss., spec. p. 429.

(66) Sulle regole di procedura rimando a DALCO, *op. cit.*, p. 172 ss.

(67) Così GUINCHARD-BANDRAC-DOUCHY-FERRAND-LAGARDE-MAGNIER-RUIZ FABRI-SINOPOLI-SOREL, *op. cit.*, p. 105.

(68) Lo rilevano anche VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*, pp. 278-279. V. ivi anche diversi esempi di utilizzazione dell'istituto in materia societaria (nomina di un esperto per la valutazione dei beni sociali, azione di cessazione di contraffazione in materia di marchi e brevetti, e via di séguito).

ne ordinario che è il *comme en référé*, presentano certamente aspetti apprezzabili e da considerare e ai quali ispirarsi; ma forse si può fare anche di meglio (e, chissà mai, nel mondo del diritto come in quello della moda, magari un giorno potrebbe essere il nostro legislatore ad essere imitato e a dettare le tendenze, e non il contrario) ⁽⁶⁹⁾.

9. Alcune considerazioni conclusive sulla *procédure en référé*

Al termine di questo sintetico *excursus* sull'esperienza francese, vorrei tentare di fare il punto sulla situazione attuale dell'istituto e sulle sue prospettive di sviluppo.

Nato sotto la spinta dell'esigenza di assicurare una tutela in ipotesi di controversie che presentassero un certo tasso di urgenza di risoluzione, la *procédure en référé* ha per lungo tempo rappresentato la via d'uscita non solo per la decisione della singola lite ma anche per l'ormai nota lentezza della giustizia ordinaria in tutti i casi in cui, all'urgenza appunto, si sommasse anche l'apparente non seria contestazione del diritto sostanziale oggetto della controversia; quest'ultimo requisito, dati i caratteri di sommarietà, rapidità e superficialità della decisione resa *en référé*, era ritenuto necessario onde contenere l'ambito espansivo dell'istituto entro i confini dell'assicurazione del diritto di difesa e di un congruo accertamento del diritto, che poteva poi e comunque essere rimesso in discussione in sede ordinaria.

Il successo concretamente riscosso ⁽⁷⁰⁾ è stato forse di gran lunga superiore alle aspettative, tanto che la migliore dottrina ha da tempo sottolineato (e continua a farlo) come progressivamente si stiano abbandonando i presupposti originariamente ritenuti necessari per accedere alla procedura in discorso, e ad essa si faccia ricorso anche al-

(69) Cambiano le metafore con i tempi; per CARNELUTTI, *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, p. 5 ss., spec. p. 16, all'epoca dell'a. si pensava che "l'Italia non potesse esportare altro che dei fiori e delle canzoni".

(70) Nota E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 216, che in Francia il 90% del contenzioso è risolto attraverso la *procédure en référé*. Anche C. SILVESTRI, *Il référé*, cit., p. 17, sottolinea come il sistema dei *référés* sia idoneo a coprire pressoché tutte le posizioni sostanziali di vantaggio, di diritto ma anche, come dimostra l'esperienza in tema di tutela possessoria, di fatto.

lorché manchi l'urgenza e si sia in presenza di una seria contestazione di merito ⁽⁷¹⁾. Ciò che pone al giurista il problema di trovare un punto d'equilibrio fra la necessità di rispondere rapidamente e il dovere di tutelare i valori che sono in gioco nel processo, se è vero che la rapidità non può, e non deve, essere la prima ed unica preoccupazione della giustizia, che si dovrebbe curare soprattutto (ma ci si potrebbe accontentare qui di un "anche") della qualità delle decisioni rese ⁽⁷²⁾.

Mi pare inoltre che si possa affermare, considerato quanto scritto nelle pagine precedenti, che la *procédure en référé* non può considerarsi, nella maggior parte dei casi, né una misura cautelare (a questa affermazione fanno eccezione le ipotesi pur rare in cui, in presenza dell'urgenza e della concessione di una misura non totalmente soddisfattiva, la parte instaura un processo principale il cui risultato caducherà gli effetti del provvedimento reso *en référé*, come pure le ipotesi, anche queste rarissime, come sottolineato dalla dottrina, in cui il giudice del *référé* fissa al ricorrente un termine perentorio per l'inizio del giudizio di merito a pena di inefficacia della misura concessa ⁽⁷³⁾) né una misura provvisoria, se con questo attributo intendiamo indicare un provvedimento che è

(71) V. per tutti, su questo punto, CADIET, *Civil justice reform: access, cost, delay. The French perspective*, in AA.Vv., *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di ZUCKERMAN, cit., p. 302. Sulla circostanza che, ad oggi, sia pressoché pacifico che alla procedura *en référé* possa farsi ricorso indipendentemente dall'urgenza, v. VINCENT-GUINCHARD-MONTAGNIER-VARINARD, *Institutions judiciaires*, Parigi, 2003, p. 363 ss.; SOLUS-PERROT, *op. cit.*, spec. pp. 1060-1086-1101; PERROT, *Les mesures provisoires*, cit., p. 158; COUCHEZ-LANGLADE-LEBEAU, *op. cit.*, pp. 33-35; E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 214; MENCHINI, *op. cit.*, p. 1101; RONCO, *op. cit.*, p. 621; C. SILVESTRI, *Il sistema francese*, cit., c. 22; ID., *Il référé*, cit., p. 56 ss. Per questa ragione sarebbero forse da rivedersi certe affermazioni eccessivamente *tranchant*, come per esempio quella di TISCINI, *op. cit.*, p. 282, ove l'a. afferma che "il *référé* pone in primo piano l'urgenza", o ancora la ricostruzione di VESCOVI, *Dai processi straordinari alla tutela sommaria differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 770 ss., spec. p. 772, laddove l'a. indica nell'urgenza il carattere differenziale della giurisdizione *des référés* esistente in Francia e in Belgio.

(72) Diffusamente NORMAND, *Le traitement de l'urgence: exception ou principe?*, in AA.Vv., *Réform de la justice, réform de l'Etat*, a cura di CADIET-RICHER, Parigi, 2003, p. 159 ss, spec. p. 165.

(73) L'ipotesi ora ricordata, quella in cui il giudice del *référé* fissa un termine per l'instaurazione del processo principale a pena di inefficacia della misura è assai infrequente, e di regola vi si fa ricorso in casi particolarmente delicati, quale quello, ad esempio, in cui il giudice del *référé* fu adito, nei giorni immediatamente seguenti alla morte del presidente Mitterand, per proibire la diffusione di un'opera

“a termine”, “a tempo determinato”; possiamo intendere “provvisorio”, in questo ambito, come sinonimo di “modificabile”, ma allora è evidente che le categorie consuete mostrano qualche crepa, visto che nessuno può negare che anche una sentenza di merito di primo o secondo grado sia, nei modi previsti, modificabile, di regola, e per giunta indipendentemente dall'allegazione di fatti e circostanze nuovi, limite invece pacifico per la modificabilità del provvedimento reso in *référé*. Il quale, dunque, vede pressoché unanimemente riconosciuto dalla dottrina il suo carattere di completa autonomia rispetto ad un giudizio principale che, nella stragrande maggioranza delle ipotesi, non verrà mai iniziato ⁽⁷⁴⁾.

In attesa di tornare sul tema in sede di conclusioni di questo lavoro, soltanto una considerazione a chiusura parziale dell'argomento. Il sistema che emerge dal codice francese evidenzia, nel suo complesso, qualche aporia. Al di là delle singole norme che sono sparse qua e là e non facilitano, così, operazioni di raccordo, trovo che contribuisca ad aumentare l'incertezza il fatto che in una stessa norma, solo per fare un esempio, siano contestualmente disciplinati un istituto più spiccatamente cautelare (mi riferisco all'art. 809, comma 1, *n.c.p.c.*) e un altro istituto che potrà godere di varie qualificazioni a seconda dei punti di vista, ma certamente cautelare non è (e cioè il *référé provision* di cui all'art. 809, comma 2, *n.c.p.c.*). Un'eventuale risistemazione delle norme del codice francese potrebbe forse passare attraverso uno sfoltimento della disciplina di cui agli artt. 808 ss. *n.c.p.c.*, conservandone solamente la previsione di cui all'art. 808, come clausola generale ed atipica in materia cautelare, e quella di cui all'art. 809, comma 2 (che così diventerebbe art. 809 *tout court*), come norma anch'essa generale in materia di tutela non cautelare ed anticipatoria.

letteraria in cui il medico personale del defunto rivelava particolari sull'evoluzione della malattia; la decisione è annotata da NORMAND, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 499 ss., e l'a. nota, a p. 503, che probabilmente si è fatto ricorso a questa procedura “straordinaria”, quanto alla fissazione del termine per il giudizio di merito, anche in virtù del fatto che fossero coinvolti nel caso in questione due valori costituzionali, cioè la libertà di espressione da una parte e il diritto fondamentale alla riservatezza dall'altra.

(74) Autonomia del provvedimento *en référé* rispetto al processo di merito che è riconosciuta pacificamente anche dalla dottrina italiana, per tutti v. E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 214; CECHELLA, *op. cit.*, pp. 1136-1137; SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, cit., p. 483.

10. *Il Regno Unito: la svolta delle Civil procedure rules e lo scheletro del processo ordinario*

Tra i sistemi che ritengo opportuno sondare in questa parte a più marcato intento comparatistico, se pareva d'obbligo iniziare con alcune considerazioni sull'ordinamento francese in quanto presunto padre di quel procedimento *en référé* che si pone come modello ispiratore della tutela anticipatoria e satisfattiva (posto che queste definizioni richiederanno una rimeditazione in un capitolo successivo *ad hoc*), non meno interessanti mi paiono alcuni spunti che possono derivare da un'analisi degli ordinamenti d'oltremarica.

Preliminarmente, si impone una premessa di ordine giuridico-geografico: come da tempo è risultato acquisito, ad oggi non è più possibile parlare *tout court* di un sistema processuale di *common law* ⁽⁷⁵⁾. Il riferimento al Regno Unito compiuto in intitolazione del paragrafo può tuttavia considerarsi non approssimativo una volta specificato che, posto che tale paese comprende, al suo interno, la Gran Bretagna (articolata in tre distinte regioni, notoriamente Inghilterra, Galles e Scozia) e l'Irlanda del Nord, e che ciascuno di questi enti territoriali conosce peculiarità proprie nella disciplina del singolo e medesimo istituto, è comunque possibile tentare un approccio di ordine generale, e spero non generico, prendendo come paradigma l'ordinamento inglese.

Altra osservazione da farsi preliminarmente sul sistema ora in esame concerne la codificazione intervenuta pochi anni orsono e a tutti nota, ovvero l'entrata in vigore delle *Civil procedure rules* ⁽⁷⁶⁾; non è evidentemente possibile soffermarsi ora in modo particolareggiato sugli antecedenti, sulle esigenze che hanno condotto alla riforma e su ciò che da essa si attende ⁽⁷⁷⁾. Qui vorrei limitarmi a ricordare semplicemente

(75) V. sul punto per tutti TARUFFO, *Dimensioni transculturali*, cit., p. 1050.

(76) Ha parlato espressamente del corpo normativo in discorso come di "a new procedural code" ANDREWS, *English civil procedure*, Oxford, 2003, p. 4. V. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 51, per una valutazione positiva dell'approccio culturale britannico, improntato all'esigenza non di dettare interessanti norme generali, ma di governare bene il singolo processo.

(77) Per tutti v. ANDREWS, *A new civil procedural code for England: party-control "Going, going, gone"*, in *Civ. just. quart.*, 2000, p. 19 ss.; ID., *English civil procedure*, cit., p. 4.

che esse si pongono con carattere di sistematicità e non necessariamente di profonda innovazione rispetto al passato ⁽⁷⁸⁾, pur costituendo una svolta epocale, in quanto si cerca una positivizzazione a livello di diritto scritto dell'elaborazione secolare opera del raffinato *judge made law* ⁽⁷⁹⁾. Le nuove *rules*, che originano dal recepimento a livello normativo dei *reports* elaborati negli anni 1995-1996 sotto la direzione di Lord Woolf, sono diritto vigente dal 26 aprile 1999.

Per affrontare più da vicino il tema delle misure provvisorie (con attitudine a divenire definitive) nel processo civile inglese, è opportuno prendere le mosse dalla struttura scheletrica di quest'ultimo. Il tipico processo civile inglese prevede molti e diversi passaggi, appartenenti a tre fasi fondamentali: il *pre-trial*, il *trial*, il *post-trial* ⁽⁸⁰⁾. Di queste, la più ricca di attività ed interessante è la fase c.d. del *pre-trial*: in essa, infatti, si ha la presentazione e lo scambio degli atti introduttivi, la *disclosure* (relativa alle prove documentali), la presentazione delle eventuali istanze per gli *interlocutory remedies*, lo scambio delle dichiarazioni dei testimoni (il c.d. *exchange of witness statements*, che pare dunque una sorta di *disclosure* applicata alle prove orali), fino ad arrivare al *setting down*, a quando cioè l'attore può chiedere che si proceda al *trial* ⁽⁸¹⁾.

Come si vede, le *interlocutory applications* costituirebbero, diciamo così, il terzo possibile passaggio della fase del *pre-trial*, ma questo schema non è così rigido; infatti, esse possono essere richieste ed ottenute anche in un momento anteriore. Tuttavia, nelle ipotesi di non particolare urgenza, l'istanza viene presentata dopo la *disclosure*, quando "*the evidence is known and the case is taking its final shape*" ⁽⁸²⁾. Alla fase delle *interlocutory applications* appar-

(78) V. JOLOWICZ, *On civil procedure*, Cambridge, 2000, nelle pagine introduttive, laddove l'a. spiega bene come le *rules* siano uno sviluppo, e non un rigetto o un disconoscimento, del sistema precedente.

(79) Nota PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1353 ss., spec. p. 1353, che si è trattato del più importante intervento riformatore dal tempo dei *Judicature Acts*, risalenti agli anni 1873-1875.

(80) V. in questi termini MICHALIK, *Justice in crisis: England and Wales*, in AA.VV., *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di ZUCKERMAN, cit., p. 117 ss., spec. p. 120.

(81) V. MICHALIK, *op. loc. ult. cit.*

(82) *Ibidem.*

tengono i c.d. *interim remedies*, espressione la quale, se proprio vogliamo trasporre il concetto nella nostra lingua comune e giuridica e nelle categorie di diritto interno, potrebbe essere idonea a ricomprendere le misure cautelari, ma che ha in realtà un significato più ampio, perché capace di contenere una vasta gamma di provvedimenti nei quali rientrano, naturalmente, l'*injunction*, nella sua forma cautelare ed in quella non cautelare, nonché l'*interim payment* ⁽⁸³⁾, assimilabile ad un provvedimento anticipatorio (e tendenzialmente definitivo) avente contenuto di condanna al pagamento di una somma di denaro ⁽⁸⁴⁾ che, non prevedendo l'urgenza fra i requisiti per la concessione, escluderei fin d'ora dalla categoria dei provvedimenti cautelari in senso stretto ⁽⁸⁵⁾.

Ora, è opportuno soffermarsi in modo più particolare sulle *interlocutory applications* poiché, insieme alla fase della *disclosure*, esse rivestono un ruolo centrale nel processo; esso infatti procederà, su istanza di parte e se il giudice lo riterrà opportuno, verso la fase "*at full trial*" soltanto ove vi siano prove idonee a costituire una difesa efficace nella fase successiva e questa, pertanto, sia potenzialmente idonea a mettere in crisi l'esito della fase interlocutoria, della quale peraltro almeno l'attore potrebbe essere già soddisfatto, decidendo così di non proseguire oltre il processo ⁽⁸⁶⁾; l'*interim deci-*

(83) V. SIME, *A practical approach to civil procedure*, New York, 2003, p. 414 ss. sull'*interim payment*, spec. p. 415 per i requisiti richiesti dalla *rule 25.7.(1)* per la concessione.

(84) V., diffusamente, MICHALIK, *op. cit.*, p. 129 ss.; ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 420.

(85) Esclude la natura cautelare dell'istituto anche CAVALLINI, *op. cit.*, p. 449; non concordo, peraltro, con l'a. quando afferma, rispetto alla misura in discorso, che "permane una chiara strumentalità rispetto alla sentenza definitiva di merito"; a mio avviso, infatti, la strumentalità è chiara con riguardo al *giudizio di merito*, nel senso che, come chiarisce ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 466, la misura può essere concessa solo dopo l'inizio del procedimento, non invece rispetto alla *sentenza definitiva di merito*, che potrebbe anche non essere pronunciata. V. in proposito subito oltre nel testo.

(86) Per la dottrina italiana sul tema, v., per tutti, TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, p. 324 ss., spec. p. 394, ove l'a. nota che, data l'efficacia di questi provvedimenti nell'incidere sulla situazione di fatto, essi costituiscono una delle ragioni per cui la causa non procede fino alla fase del *trial*.

sion, pertanto, e questo sia nell'ipotesi che neghi sia in quella in cui conceda la misura, diviene spesso l'unica decisione "on the substance of the claim" (87).

11. L'injunction

È pressoché unanimemente riconosciuto che il posto d'onore nella tribuna delle misure provvisorie inglesi spetta all'*injunction* (88).

Il termine utilizzato nella lingua originale è sostanzialmente in traducibile nella nostra ed in altre lingue più o meno a noi vicine (francese, spagnolo, tedesco), semplicemente perché non esiste il corrispondente ontologico negli ordinamenti di riferimento; certo, in alcune ipotesi l'*injunction* ha una somiglianza, anche spiccata, con la misura cautelare in senso stretto, in altre ricorda i provvedimenti anticipatori di condanna, in altre poi l'istituto dell'inibitoria, e proseguendo in questo modo e analizzandone singole manifestazioni potremmo trovare ancora altre somiglianze. Sta di fatto che l'*injunction* si presenta come il trasformista della situazione, che è sempre una stessa persona ma è sempre diversa; un istituto unitario dalle mille facce, e quindi dalle mille potenzialità applicative, che non trova altrove un omologo né, conseguentemente, un termine letterale di traduzione. Se volessimo fare un paragone gastronomico, potremmo dire che l'*injunction* è un po' come la pasta; che, infatti, si chiama così, e solo così, in tutto il mondo.

Come accennavo nel paragrafo precedente, l'*injunction* può avere ora natura cautelare ed ora no. Ha natura cautelare l'*interlocutory injunction*, misura provvisoria concessa nella fase iniziale del processo e la cui efficacia è in linea di principio destinata a protrarsi sino alla pronuncia finale del giudice; non ha invece natura caute-

(87) Così ANDREWS, *op. ult. cit.*, p. 463. V. anche TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss., spec. c. 351, ove l'a. nota che in Inghilterra da decenni una percentuale bassissima di controversie civili (circa il 2-3% delle cause iniziate) giunge al *trial* per poi concludersi con una sentenza.

(88) V. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 394.

lare la *final injunction*, che è una vera e propria condanna nel merito con efficacia preventiva o inibitoria, concessa di norma dopo il *trial*, quindi dopo il pieno accertamento del merito, e che diventa parte integrante della sentenza che definisce il giudizio ⁽⁸⁹⁾. A questa *summa divisio* che ha riguardo, essenzialmente, al momento in cui l'*injunction* viene pronunciata, se ne sovrappone trasversalmente un'altra, che prende a parametro di distinzione il contenuto dell'*injunction*, qualificandola come *prohibitory* quando vieta di tenere un certo comportamento, *mandatory* se invece impone di compiere una determinata azione ⁽⁹⁰⁾. D'ora innanzi, quando parlerò di *injunction*, intendo riferirmi a quella di tipo *interlocutory*, cioè a quella con più marcata connotazione cautelare e provvisoria e, in ogni caso, antecedente alla pronuncia finale sulla controversia.

Venendo alle condizioni per la concessione della misura, occorre dire che, nonostante la discrezionalità del giudice quanto alla decisione sul provvedimento sia alquanto ampia, i presupposti in base ai quali l'*injunction* cautelare può essere concessa sono stati abbastanza chiaramente definiti dalla giurisprudenza: per lungo tempo la sentenza di riferimento sul tema è stata senza dubbio costituita principalmente, come è da molti riconosciuto, dalla decisione resa nel caso *American Cyanamid* ⁽⁹¹⁾. Sinteticamente, vorrei qui ricordare

(89) Su queste distinzioni v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 394; VARANO, voce *Injunction*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 1995, p. 487 ss., spec. p. 488; ID., *Tendenze evolutive in materia di tutela provvisoria nell'ordinamento inglese, con particolare riferimento all' "interlocutory injunction"*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 39 ss., spec. p. 40; BEAN, *Injunctions*, Londra, 2004, p. 4 ss.; VIANELLO, *Appunti sulle recenti riforme processuali in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 895 ss.; FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 62. A quest'opera, spec. p. 12 ss., rinvio per un'approfondita ricostruzione delle origini storiche dell'istituto, cui per i medesimi aspetti si può aggiungere DENNING, *The due process of law*, Londra, 1980, p. 13 ss.

(90) V. gli autori citati alla nota precedente, *opp. locc. ultt. citt.*

(91) V. *House of Lords*, 5 febbraio 1975, *American Cyanamid v. Ethicon Ltd.*, in *All Engl. rep.*, 1975, p. 504 ss. Sulla pronuncia v. ZUCKERMAN, *Civil procedure*, Londra, 2003, p. 272 ss.; ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 475 ss.; SIME, *op. cit.*, p. 427 ss.; AA.VV., *Civil procedure*, a cura di LORD JUSTICE MAY, Londra, 1999, p. 282 ss.; BEAN, *op. cit.*, p. 27 ss.; VARANO, *Tendenze evolutive in materia di tutela provvisoria nell'ordinamento inglese*, cit., p. 45 ss.; ID., voce *Injunction*, cit., p. 494 ss.

che i giudici individuaronο nel *prima facie case*, nell'*harm of irreparable injury* e nella *balance of convenience* i requisiti di cui il giudice deve accertare l'esistenza per concedere il provvedimento richiesto. Quanto al primo, bisogna precisare che, mentre inizialmente si chiedeva all'istante di dimostrare al giudice di avere un *good arguable case on the merit*, cioè consistenti probabilità di uscire vittorioso dal *trial* se a questo si fosse arrivati, successivamente l'accertamento di questo requisito è andato sfumandosi, per prendere i toni meno ardui della *serious question to be tried*; l'istante, in altre parole, deve convincere il giudice "*that the claim is not frivolous or vexatious; in other words, that there is a serious question to be tried*" ⁽⁹²⁾. L'*harm of irreparable injury*, invece, consiste nell'allegazione da parte dell'istante del pericolo del verificarsi di un danno che, in assenza della misura richiesta, non potrebbe essere riparato al termine del *trial*, né in forma specifica né attraverso un adeguato equivalente monetario ⁽⁹³⁾. Ultimo e più importante requisito da valutarsi da parte del giudice per accordare o negare la misura, è la c.d. *balance of convenience* (o *balance of justice*), che consiste nel ponderare la posizione dell'attore e quella del convenuto, tenendo conto dei rispettivi *advantages and disadvantages*; il giudice deve soppesare "*one need against the other and determine where the balance of convenience lies*" ⁽⁹⁴⁾; la dottrina anglosassone riconosce a quest'ultimo criterio di essere quello in base al quale si decide sulla maggior parte delle *injunctions*, rappresentando esso la sede nella quale meglio è possibile considerare gli *special factors* del caso di specie ⁽⁹⁵⁾.

(92) V. *House of Lords*, 5 febbraio 1975, *American Cyanamid v. Ethicon Ltd.*, cit., p. 510; BEAN, *op. cit.*, p. 28.

(93) Diffusamente sul punto v. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 168 ss.; VARANO, *Tendenze evolutive in materia di tutela provvisoria nell'ordinamento inglese*, cit., p. 45 ss.; ID., voce *Injunction*, cit., p. 489; ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 474 ss.; MICHALIK, *op. cit.*, p. 129 ss.; ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 282 ss.

(94) V. *House of Lords*, 5 febbraio 1975, *American Cyanamid v. Ethicon Ltd.*, cit., p. 509. In dottrina, v. BEAN, *op. cit.*, p. 30 ss.; MICHALIK, *op. ult. cit.*, p. 129 ss.; ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 474 ss.; FRIGNANI, *op. ult. cit.*, p. 169 ss.; VARANO, *Tendenze evolutive in materia di tutela provvisoria nell'ordinamento inglese*, cit., p. 45 ss.; ID., voce *Injunction*, cit., p. 492.

(95) Così SIME, *op. cit.*, p. 431 ss.

Come è a tutti noto, il metodo anglosassone procede per elaborazioni compiute su casi concreti, il che ha dato luogo all'espressione *case law* (incidentalmente vorrei qui dire che la trovo non felice, perché parrebbe dare l'idea di un diritto che, in quanto basato sulla decisione raggiunta sul caso singolo, è frammentario e poco sistematico, laddove nella prassi concreta mi pare che sia esattamente il contrario, essendo invece i sistemi fondati sulle norme generali ed astratte ad apparire più deboli da questo punto di vista, ma l'affermazione richiederebbe ben altri studi e spazi); così è avvenuto anche per l'elaborazione in tema di *interim remedies*, tanto che, prima che intervenissero le *Civil procedure rules* a ridenominare gli istituti, i provvedimenti prendevano nome dalla pronuncia che li aveva introdotti nell'ordinamento. I casi più noti sono senza dubbio quello della *Mareva injunction* e dell'*Anton Piller order* ⁽⁹⁶⁾; menzionarli in questa sede era d'obbligo, considerata la loro importanza, tuttavia vorrei dire subito che non vi ho fatto né vi farò particolare riferimento perché, nonostante abbiano contribuito notevolmente alla costruzione e all'evoluzione degli istituti in discorso, concernono, il primo, un provvedimento in larga parte omologo al sequestro conservativo di beni di diritto interno, il secondo una sorta di sequestro a fine probatorio; pertanto, sono le fattispecie che meno, per non dire affatto, rilevano ai fini dell'oggetto complessivo di questo lavoro. Infatti, presentando un alto tasso di strumentalità e finalizzazione all'oggetto del successivo giudizio principale, di esecuzione nel primo caso, di cognizione nel secondo, hanno scarsissime possibilità di poter essere configurati con una qualche utilità indipendentemente dall'esito finale di un giudizio di merito ⁽⁹⁷⁾.

(96) V. *Court of Appeal*, 23 giugno 1975, *Mareva Compania Naviera v. International Bulkcarriers*, in *All Engl. rep.*, 1975, p. 213 ss.; e *Court of Appeal*, 8 dicembre 1975, *Anton Piller v. Manufacturing Processes Ltd.*, in *All Engl. rep.*, 1976, p. 779 ss.

(97) Considerato quanto premesso ora nel testo, non mi soffermerò più di tanto su questo punto, ma mi sembra opportuno ricordare, per ragioni di completezza, che i singoli requisiti per la concessione delle misure in discorso si colorano di sfumature particolari in ragione dello specifico tipo di provvedimento richiesto; solo per fare un esempio, è intuitivo che, rispetto ad un'istanza per ottenere una *Mareva injunction*, l'*harm of irreparable injury* assume i toni particolari del "*danger that the debtor may dispose of his assets so as to defeat it before judgement*"

12. *Le condizioni per la concessione della misura nell'evoluzione più recente*

Tornando dunque alle condizioni per la concessione dell'*injunction* da un punto di vista più generale, è stato notato come l'entrata in vigore delle *Civil procedure rules*, e soprattutto dei principi ispiratori (che coincidono con gli obiettivi) di cui esse sono espressione, non è senza conseguenze sull'argomento in questione. L'importanza di ottenere, infatti, una risoluzione delle liti che sia al contempo congrua, poco costosa, efficiente e rapida, ha portato la *House of Lords* a formulare una serie di principi che tendono a ridurre, oggi, l'importanza pratica di *American Cyanamid* ⁽⁹⁸⁾.

Come si può leggere, infatti, direttamente dalle parole dello *speech* del giudice Laddie J (che riporto testualmente per ragioni che poi spiegherò in conclusione di questo capitolo), “*the grant of an interlocutory injunction is a matter for discretion and depends on all the facts of the case [...] there are no fixed rules as to when an injunction should or not be granted. The relief must be kept flexible [...] because of the practice adopted, the court should rarely attempt to resolve complex issues of disputed fact or law [...] the major factors the court can bear in mind are: (a) the extent to which damages are likely to be an adequate remedy for each party and the ability of the other party to pay; (b) the balance of convenience; (c) the maintenance of the status quo; (d) any clear view the court may reach as to the relative strength of the parties' case [...]*” ⁽⁹⁹⁾. Prosegue an-

(v. *Court of Appeal*, 23 giugno 1975, *Mareva Compania Naviera v. International Bulkcarriers*, cit., p. 215), mentre nell'ipotesi dell'*Anton Piller order* si teme che la controparte, in possesso di documenti importanti, “*may destroy such material before any application inter partes can be made*” (v. *Court of Appeal*, 8 dicembre 1975, *Anton Piller v. Manufacturing Processes Ltd.*, cit., p. 784). Tuttavia ritengo più opportuno procedere con un'analisi di tipo generale.

(98) Il caso deciso è *House of Lords, Series 5 software v. Clerke*, in *All Engl. rep.*, 1996, p. 853 ss.

(99) V. diffusamente a commento della pronuncia ANDREWS, *English civil procedure*, cit., pp. 478-484. Nella dottrina italiana, TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 395, aveva già notato come, a ben vedere, tra tutti i presupposti per la concessione o il diniego della misura, a prevalere fosse la *balance of convenience*, ovvero la valutazione comparativa dei danni potenziali in capo alle parti e della loro irreparabilità.

còra il supremo giudice, affermando che “[...] *the court should not attempt to resolve difficult issues of fact or law on an application for interlocutory relief. If, on the other hand, the court is able to come to a view as to the strength of the parties’ cases on the credible evidence, then it can do so. In fact [...] it is frequently the case that it is easy to determine who is more likely to win the trial on the basis of the documentary evidence*”.

A queste osservazioni vorrei aggiungere quanto emerge in tema di *interim remedies* dalla disciplina che per essi è stata approntata dalle *Civil procedure rules*, per cercare poi di trarre, da una considerazione complessiva, alcuni spunti di riflessione.

La *rule 25.1* delle *Civil procedure rules* elenca ben quattordici tipi di *interim remedies* che potrebbero essere richiesti al giudice⁽¹⁰⁰⁾. L’elencazione mera sarebbe certamente sterile; mi pare sufficiente notare che, tra essi, sono compresi la c.d. *freezing injunction* (nome corrente della summenzionata *Mareva injunction*), il *search order* (come è stato ridenominato l’*Anton Piller order*) e il c.d. *interim payment*, rispettivamente alle lettere f), h) e k) della norma indicata. La quale, nel prosieguo, chiarisce poi che non si tratta di una elencazione tassativa, poiché il fatto che una misura non sia ricompresa in quel novero “*does not affect the power that the court may have to grant that remedy*” (*rule 25.1*, par. 3). Il che mi pare possa leggersi, senza eccessivi ostacoli, come riconoscimento dell’eventualità che il giudice possa trovarsi, nella necessità di risolvere il caso concreto, anche a potere/dovere pensare ad un nuovo rimedio, più efficace di quelli esistenti per il caso di specie.

Quanto al momento in cui può essere presentata l’istanza per un *interim remedy*, la *rule 25.2* dispone che ciò sia possibile “*at any time, including before proceedings are started and after judgment has been given*”; quindi, l’*interim remedy* può essere richiesto sia *ante causam* che *lite pendente*, ma l’istanza *ante causam* può essere presentata solo quando “*the matter is urgent or it is otherwise desirable to do so in the interest of justice*” (*rule 25.2.2.b.*). Dalla formulazio-

(100) V. ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 303 ss.; AA.Vv., *Civil procedure*, a cura di LORD JUSTICE MAY, cit., p. 278 ss.

ne di quest'ultimo periodo della norma mi pare si possa rilevare, *a contrario*, che se l'istanza per un *interim remedy* può proporsi *ante causam* solo quando *the matter is urgent*, allora ciò significa che l'urgenza può esserci come non esserci, e dunque non è tratto essenziale delle fattispecie che legittimano la parte ad un'istanza per le misure in discorso. Se l'urgenza c'è, la parte potrà scegliere tra l'istanza *ante causam* o quella da proporsi dopo l'inizio del giudizio principale; se non c'è, allora è preclusa questa possibilità. Secondariamente, il fatto che la norma precisi che l'istanza per un *interim remedy* possa essere presentata anche "*after judgment has been given*", mi pare confermi che non necessariamente l'*interim remedy* ha natura di provvedimento cautelare in senso stretto.

La circostanza che il requisito dell'urgenza stesse perdendo terreno, rispetto alle altre condizioni per la concessione di misure provvisorie, mi sembrava emergere dalle parole dello *speech* sopra ricordato di Laddie J; in quell'occasione la *House of Lords* è stata molto chiara non solo nell'affermare che "[...] *there are no fixed rules as to when an injunction should or not be granted. The relief must be kept flexible [...]*", ma anche nel non ricomprendere il c.d. *harm of irreparable injury* in quella sorta di decalogo delle condizioni per la concessione delle misure in discorso che è stato dettato; è presente, bisogna ricordarlo, un accenno alla *maintenance of the status quo*, ma esso non mi pare così pregnante e carico di significati necessariamente da correlarsi all'urgenza. Quest'ultima, poi, non risulta fra i requisiti specificamente e tassativamente elencati dalla *rule 25.7.1* per ottenere la concessione di un *interim payment* ⁽¹⁰¹⁾.

Quanto al profilo della strumentalità degli *interim remedies*, sono da fare principalmente due notazioni. La prima riguarda solo il c.d. *interim payment*, l'istanza e la concessione del quale sembrano necessariamente subordinate alla pendenza di un giudizio principale, come potrebbe dedursi dalla *rule 25.6.1* che fa riferimento a "*the claimant*" e non a "*the applicant*", e quindi a colui che ha già proposto il *claim*, ovvero la domanda introduttiva del

(101) V. SIME, *op. cit.*, p. 415.

giudizio principale ⁽¹⁰²⁾. La seconda notazione invece, più generale, riguarda tutti i tipi di *interim remedies*: la *rule 25.10* prevede che se il giudice ha concesso una *interim injunction* e il procedimento principale è sospeso per un motivo diverso dall'accordo delle parti, allora anche l'*injunction* "shall be set aside unless the court orders that it should continue to have effect even though the claim is stayed"; anche in questa ipotesi, applicando il ragionamento fatto poc'anzi riguardo all'urgenza, mi verrebbe da concludere che quando il procedimento è sospeso, per esempio su accordo delle parti (che magari hanno raggiunto una transazione extraprocessuale), il provvedimento provvisorio non perde i suoi effetti; e comunque rimane sempre possibile, anche nel caso in cui la sospensione dipenda da una causa diversa dall'accordo delle parti, che il provvedimento continui a produrre effetti quando sia il giudice a disporlo espressamente, come prevede letteralmente la norma.

Cercando di tirare alcune fila, che non vogliono porsi come conclusioni in quanto, come dirò meglio oltre, sono giunta a pensare che quando si parla di ordinamenti stranieri nella migliore delle ipotesi possono cogliersi meri umori e tendenze, mi pare si possa dire che la regolamentazione delle misure provvisorie che emerge dalla recente codificazione è apprezzabile più per quello che non dice che per ciò che dice; le regole individuate sono anzitutto poche, per lo più recepiscono i principi generali e consolidati emersi dall'elaborazione giurisprudenziale nel corso del tempo, il procedimento resta in gran parte destrutturato (basti pensare che non si dispone nulla in relazione all'individuazione del giudice competente né, e questo è forse ancor più significativo, in ordine alla fase istruttoria), raggiungendo nel complesso una estrema *flexibility*, per citare la *House of Lords*. Flessibilità ed elasticità che, nel rispetto naturalmente delle garanzie fondamentali della difesa, sono armi molto potenti per il

(102) Diffusamente sull'*interim payment*, v. ZUCKERMAN, *Civil procedure*, cit., p. 344 ss.; AA.VV., *Civil procedure*, a cura di LORD JUSTICE MAY, cit., p. 295 ss.; MICHALIK, *op. cit.*, p. 131 ss.; ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 464 ss., spec. p. 466, ove l'a. precisa che esso può essere concesso solo dopo l'inizio del procedimento; SIME, *op. cit.*, p. 414 ss.

processo in generale e per le misure provvisorie in particolare e che, fin dalle origini dell'istituto, hanno determinato il successo su ogni altro tipo di misura dell'*injunction*, facendone uno strumento dalle potenzialità applicative praticamente illimitate ⁽¹⁰³⁾.

13. *L'idoneità dell'injunction a definire la controversia (e l'assenza del problema della stabilità degli effetti?)*

Benché l'attributo *interlocutory* faccia pensare all'*injunction* come ad un provvedimento per natura provvisorio, è pacificamente riconosciuto dalla dottrina che tale attributo, corretto da un punto di vista di puro diritto, non corrisponda invece alla realtà di fatto del fenomeno. Come è stato detto icasticamente, non si deve pensare che l'*injunction* sia "[...] in any way a secondary or temporary remedy in practice. Quite the reverse is truth." ⁽¹⁰⁴⁾. La stessa giurisprudenza riconosce ed ammette pacificamente il fenomeno, avendo verificato che, quando viene concessa una *interlocutory injunction*, "nearly always these cases do not go to trial. The parties accept the prima facie view of the court or settle the case. At any rate, in 99 cases out of 100, it goes no further" ⁽¹⁰⁵⁾. E la logica perseguita dalle *Civil procedure rules* è proprio questa, incoraggiare le parti a chiudere la lite evitando di arrivare fino al *trial* ⁽¹⁰⁶⁾.

La misura provvisoria, del resto, oltre ad essere appellabile, è anche ricorribile, sussistendone i presupposti, davanti alla *House of Lords* ⁽¹⁰⁷⁾, quindi consente di saggiare abbondantemente l'idoneità della domanda (non solo quella provvisoria, ma anche, quantomeno

(103) V. FRIGNANI, *op. ult. cit.*, p. 179; VARANO, *Tendenze evolutive in materia di tutela provvisoria nell'ordinamento inglese*, cit., p. 41.

(104) V. BEAN, *op. cit.*, p. 24.

(105) Sono le parole di Lord Denning nel suo *speech* in *Court of appeal, Felowes v. Fisher*, in *All Engl. rep.*, 1975, p. 829 ss.

(106) Nella dottrina più recente v. SIME, *op. cit.*, p. 492, ove l'a. conferma la tendenza già evidente oramai da qualche decennio sostenendo che "only a tiny fraction of the claims commenced reach trial".

(107) Ampiamente su questi profili CORSINI, *op. cit.*, p. 49 ss.

presuntivamente, quella principale) a fare breccia nel convincimento del giudice.

La dottrina non si è interrogata particolarmente, anzi praticamente affatto, sul regime di stabilità (o non stabilità) che possa riguardare questo provvedimento il quale, concepito in via di principio come provvisorio, è tuttavia suscettibile, nella quasi totalità dei casi, di essere il solo ed unico provvedimento che viene pronunciato fra le parti sulla controversia che le occupa. E ciò è probabilmente dovuto alla circostanza che, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, dove la cosa giudicata è istituto centrale dello studio del processo e quindi il legislatore, quando interviene introducendo un nuovo tipo di provvedimento, si preoccupa immediatamente di spendere qualche parola sui rapporti di quest'ultimo con il giudicato (basti pensare ai provvedimenti che scaturiscono dai procedimenti *ex artt.* 19 e 23 del d.lgs. n. 5 del 2003, solo per fare un esempio), nell'ordinamento inglese e in quelli ad esso assimilabili del Regno Unito la cosa giudicata è piuttosto fragile: essa è riconosciuta al provvedimento del giudice non appena questo viene emesso, senza ricollegarlo a mezzi di impugnazione quali che siano e senza fare distinzioni fra i diversi tipi di provvedimenti del giudice, nel senso che nella dottrina anglosassone sul giudicato per *final decision* si intende anche quella resa su una *interim application* ⁽¹⁰⁸⁾; non solo, ma gli effetti della cosa giudicata soggiacciono alla libera disponibilità delle parti, che ne possono disporre, anche rinunciando ad essi ⁽¹⁰⁹⁾.

La scarsa importanza riconnessa dai sistemi di *common law* al giudicato è poi probabilmente testimoniata anche dal fatto che le *Civil procedure rules* la ignorano totalmente, non facendone neppure menzione ⁽¹¹⁰⁾. Riterrei pertanto ozioso intrattenermi su questo

(108) V. la giurisprudenza citata da ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 944, spec. nota 19. Lo stesso a., v. p. 941, definisce la *res iudicata* inglese come l'istituto in virtù del quale si può dire che la lite è stata decisa, e che dunque la decisione finale vincola le parti ed i loro eredi, salvo che venga modificata nel giudizio di appello; il che fa emergere, mi pare in modo evidente, come la concezione anglosassone del giudicato diverga alquanto, per esempio, da quella di diritto interno.

(109) V. DE FRANCHIS, *Law dictionary*, Milano, 1994, diffusamente nell'introduzione e poi specc. pp. 708 e 1284.

(110) V. ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 942.

aspetto, perché si tratterebbe in sostanza di parlare di qualcosa che, nell'ordinamento ora considerato, concretamente non trova cittadinanza.

14. *Le misure provvisorie nella ZPO germanica. Le einstweilige Verfügungen di cui al § 935 ZPO*

Nel diritto tedesco viene usata l'espressione *vorsoglicher Rechtsschutz* per indicare globalmente una tutela giurisdizionale, in via di principio provvisoria e preventiva, nel cui ambito rientra, fra le altre, la tutela cautelare ⁽¹¹¹⁾. Benché in Germania un processo civile, che si sviluppi in un primo ed in un secondo grado di giustizia, duri mediamente circa due anni (la sentenza di appello di regola chiude il processo, perché l'accesso alla Corte suprema è subordinato ad un filtro piuttosto severo), è comunque registrabile anche in questo paese un aumento dell'importanza pratica della tutela provvisoria e cautelare ⁽¹¹²⁾.

Nel codice di procedura civile tedesco, in particolare, è possibile individuare tre grandi nuclei di misure che, globalmente considerate, vanno a comporre il novero delle misure cautelari. Di questi, lascerei in ombra il primo, ovvero i § 916 ss. *ZPO*, in quanto contengono la disciplina del sequestro (*Arrest*) la quale, benché importantissima perché è su di essa che viene poi costruita la disciplina di tutte le altre misure cautelari (e quindi vi sarà occasione per farvi riferimento) ⁽¹¹³⁾, è forse la meno interessante dal punto di vista specifico dell'oggetto di

(111) V. HABSCHIED, *Les mesures provisoires en procédure civile: droits allemand et suisse*, in AA.VV., *Les mesures provisoires en procédure civile*, cit., p. 33 ss., spec. p. 33.

(112) Per questi rilievi v. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in *Foro it.*, 1998, c. 26 ss., spec. cc. 26-27; WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tubinga, 1993, p. 41 ss. Per un'approfondita disamina della successione delle fonti nel processo civile tedesco, v. WALTER, *The German civil procedure reform Act 2002: much ado about nothing?*, in AA.VV., *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, a cura di TROCKER-VARANO, Torino, 2005, p. 67 ss., spec. pp. 67-72.

(113) È di qualche interesse sottolineare come la disciplina di cui ai § 916 ss. *ZPO* abbia subito pochissime modifiche ad oggi dai tempi della sua entrata in vigore, avvenuta nel lontano 1 ottobre 1879; v. in proposito CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 28.

questo lavoro (per le medesime ragioni che spiegai quando, a proposito dell'ordinamento inglese, precisai che avrei trascurato la disciplina della *freezing injunction* e del *search order*)⁽¹¹⁴⁾.

Concentrerei invece l'attenzione sulle misure provvisorie (le c.d. *einstweilige Verfügungen*) di cui al § 935 ZPO (che contempla le *Sicherungsverfügungen*), e su quel sottogruppo di queste ultime che è rappresentato dalle misure di cui al § 940 ZPO, ovvero le misure provvisorie a tutela della pace giuridica (*die einstweilige Verfügungen zur Sicherung des Rechtsfriedens* o, più sinteticamente, *Regelungsverfügungen*)⁽¹¹⁵⁾.

Il § 935 ZPO presenta una spiccata analogia con l'art. 700 c.p.c. di diritto interno; esso prevede, infatti, che la parte che vi abbia interesse possa chiedere al giudice provvedimenti provvisori a tutela del diritto oggetto della pretesa sostanziale quando sia necessario evitare che un mutamento delle circostanze presenti renda impossibile o gravemente difficile la realizzazione del diritto medesimo (letteralmente, il testo tedesco afferma "*einstweilige Verfügungen in bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig wenn zu besorgen ist dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte*")⁽¹¹⁶⁾.

Le condizioni che il giudice deve verificare esistenti per concedere la tutela ora menzionata sono l'affermazione di un diritto sog-

(114) Sull'*Arrest*, v. HABSCHIED, *op. cit.*, p. 35 ss.; CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 28 ss.

(115) Per un quadro più completo delle misure provvisorie nell'ordinamento tedesco, rinvio a STÜRNER, *Der einstweilige Rechtsschutz in Europa*, in *Festschrift für K. Geiß*, Colonia, 2000, p. 206 ss.; MUSIELAK, *Kommentar ZPO*, Monaco, 1999, p. 2048 ss.; ID., *Grundkurs ZPO*, Monaco, 2002, p. 429 ss.; LÜKE, *Zivilprozessrecht*, Monaco, 2003, p. 584 ss.; ROSENBERG-GAULSCHILKEN, *Zwangsvollstreckung*, Monaco, 1997, p. 1010 ss.; HABSCHIED, *op. cit.*, p. 34 ss.; LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Monaco, 1971, spec. p. 130 ss. per le misure provvisorie in materia di concorrenza e p. 145 ss. per quelle in materia di famiglia; BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tubinga, 1967, p. 3 ss. (ivi anche riferimenti alle misure provvisorie in materia di lavoro e di previdenza sociale); KELLNER, *Zivilprozessrecht*, Berlino, 1980, p. 198 ss.

(116) In generale sulle misure di cui al § 935 ZPO, v. HABSCHIED, *op. cit.*, p. 42 ss.; LEIPOLD, *op. cit.*, p. 99 ss.; BAUR, *op. cit.*, p. 26 ss.; MUSIELAK, *Kommentar ZPO*, cit., p. 2076 ss.

gettivo bisognoso di tutela (la c.d. *Verfügungsanspruch*) e l'affermazione di motivi di urgenza (l'onomatopeica *Dringlichkeit* o *Verfügungsgrund*), che giustificano il ricorso alla via cautelare ⁽¹¹⁷⁾.

L'ambito concreto in cui le misure *ex* § 935 ZPO hanno trovato pratica applicazione è assai vasto; solo per fare alcuni esempi, si pensi alla materia della tutela del diritto di proprietà, a quella delle obbligazioni contrattuali, alle successioni, ai diritti della personalità, alla consegna di beni mobili o al rilascio di immobili, all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, e via dicendo ⁽¹¹⁸⁾; le ragioni di urgenza, evidentemente, variano a seconda della natura del diritto sostanziale di volta in volta in oggetto, per cui sono state ravvisate ora nel pericolo di deterioramento, distruzione o trasformazione del bene, ora nella necessità di tutelare l'istante dalla diffusione di immagini lesive della personalità del ricorrente (sotto i diversi profili dell'onore, della dignità, del diritto alla riservatezza, e così via), ora nella necessità di evitare la violazione di un diritto di prelazione, ed in molti altri modi ancora in dipendenza, appunto, della posizione soggettiva di cui si chiedeva la tutela in via provvisoria ⁽¹¹⁹⁾.

Gli esempi riportati confermano il parallelismo sopra evidenziato tra i provvedimenti d'urgenza di diritto interno e le misure di cui al § 935 ZPO, norma che si pone nel saldo impianto sistematico della codificazione germanica con ambizioni di clausola generale che trova il solo limite di non poter essere utilizzata nelle ipotesi in cui vi sia una misura provvisoria tipica per tutelare *ad hoc* un certo tipo di diritto soggettivo e/o contro un certo tipo di pericolo ⁽¹²⁰⁾. La possibile ampiezza del contenuto di queste misure è poi confermata dalla norma di cui al § 938, comma 1, ZPO, che attribuisce testualmente al giudice il potere di decidere discrezionalmente quali misure sia necessario concedere in relazione al raggiungimento dello scopo, ovvero “[...] *welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind*”; il giudice,

(117) V. CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 32.

(118) Per questi ed altri esempi, v. MUSIELAK, *Kommentar ZPO*, cit., p. 2078 ss.

(119) V. HABSCHEID, *op. cit.*, p. 44; MUSIELAK, *op. ult. cit.*, p. 2078.

(120) V. HABSCHEID, *op. cit.*, p. 44.

pertanto, non è vincolato dalla domanda della parte istante nella scelta del contenuto del provvedimento che ritiene più idoneo a rispondere alle esigenze sollevate dalla fattispecie concreta sottopostagli ⁽¹²¹⁾.

15. *Le einstweilige Verfügungen di cui al § 940 ZPO*

Altra norma a carattere generale, con cui quella che abbiamo ora ricordato deve essere raccordata, è la disposizione di cui al § 940 *ZPO*, che consente alla parte di ottenere la pronuncia di un provvedimento provvisorio ove sia necessario regolare un rapporto giuridico controverso al fine di evitare gravi impedimenti alla realizzazione del diritto dell'istante o il ricorso alla violenza (letteralmente la norma prevede che le misure in discorso possano essere concesse “ [...] *zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint*”).

Analizzando i presupposti per la concessione delle misure in esame, *Verfügungsanspruch* è, in questo caso, l'affermazione dell'esistenza di un rapporto giuridico controverso ⁽¹²²⁾, principalmente un rapporto giuridico continuato, di durata (si pensi ad un contratto di locazione, di lavoro subordinato, di società, per la gestione di affari, e a tutti gli altri casi simili che si possono immaginare); il *Verfügungsgrund* deve essere invece ravvisato nell'esigenza di approntare una disciplina provvisoria ad un rapporto giuridico controverso per evitare i *pericula* menzionati dalla norma, ovvero la mancata realizzazione del diritto dell'istante o il ricorso alla violenza.

Il contenuto delle misure di cui al § 940 *ZPO* può essere tanto conservativo quanto anticipatorio (per quest'ultima ipotesi, si

(121) V. HABSCHIED, *op. cit.*, p. 50; CAPONI, *op. ult. cit.*, cc. 31-32.

(122) V. MUSIELAK, *op. ult. cit.*, p. 2084.

pensi al caso in cui il giudice adotti l'atto che il gestore di affari altrui rifiuta di compiere ed il difetto del quale potrebbe pregiudicare una buona gestione; o, ancora, all'ipotesi in cui il giudice ordini al locatario di compiere certi lavori di manutenzione dell'immobile in mancanza dei quali questo si deteriorerebbe; e via dicendo) ⁽¹²³⁾.

A ben riflettere, non è chiaramente individuabile la linea di confine, e quindi la differenza, tra le misure di cui al § 935 e quelle di cui al § 940 *ZPO* ⁽¹²⁴⁾. In dottrina, qualcuno ha affermato che la differenza emergerebbe in modo evidente dalla stessa formulazione delle due norme; per altri, il confine non è netto e le due norme dipingerebbero fattispecie appartenenti ad un più ampio *genus* comune; per altri ancora, solo il § 935 *ZPO* sarebbe base per la concessione delle *einstweilige Verfügungen*, mentre il § 940 sarebbe norma di chiusura del sistema ⁽¹²⁵⁾. Forse la norma di cui al § 940 *ZPO* potrebbe essere eliminata, rappresentando null'altro che una *species* del più ampio genere suscettibile di trovare tutela provvisoria già presso l'istituto di cui al § 935 *ZPO*, rispetto al quale dunque si presenta come norma analoga a spettro d'applicazione per giunta ridotto ⁽¹²⁶⁾; come altra dottrina ha sottolineato, quindi, si può ben dire che sono due le grandi categorie di provvedimenti cautelari previsti nell'ordinamento tedesco, ovvero l'*Arrest* (§ 916 ss. *ZPO*) e le *einstweilige Verfügungen* (§ 935 ss. *ZPO*) ⁽¹²⁷⁾.

(123) Per questi ed altri esempi, v. HABSCHIED, *op. cit.*, p. 46; MUSIELAK, *op. ult. cit.*, pp. 2085-2086; ROSENBERG-GAUL-SCHILKEN, *op. cit.*, p. 1013 ss.

(124) Anche LEIPOLD, *op. cit.*, p. 101, rileva che le misure *ex* § 935 ben potrebbero essere richieste *ex* § 940 *ZPO*, e viceversa.

(125) V. la rassegna di queste opinioni in MUSIELAK, *op. ult. cit.*, p. 2076.

(126) Conferma di ciò pare essere il fatto che l'istante non abbia l'onere di specificare nella domanda se chiede la pronuncia di un provvedimento *ex* § 935 ovvero *ex* § 940 *ZPO*, e comunque, anche laddove indichi una norma precisa, il giudice può accogliere l'istanza sulla base dell'altra, onde si presenta alquanto attenuato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato; su questo aspetto v., diffusamente, CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 31. Sul contenuto della domanda cautelare, v. in generale BAUR, *op. cit.*, p. 71 ss.

(127) V. la bipartizione in CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 28 ss.

16. *Le einstweilige Verfügungen e il principio di strumentalità*

Dalla lettera della norma di cui al § 935 ZPO mi pare emerga in modo evidente, se non altro a livello di statuizione di principio, come le misure in discorso siano strumentali rispetto all'oggetto della controversia principale (*in bezug auf den Streitgegenstand*), l'effettività della cui tutela mirano ad assicurare.

Il principio di strumentalità è riconosciuto anche da certa dottrina che, specie con riferimento alle misure *ex* §§ 935 e 940 ZPO che abbiano più spiccato contenuto anticipatorio, tende a chiarire che il contenuto del provvedimento provvisorio non può e non deve anticipare quello del provvedimento di merito, perché è compito della decisione finale sul merito attribuire alla parte esattamente ciò a cui essa ha diritto ⁽¹²⁸⁾ (incidentalmente ricordo qui che il § 937 ZPO attribuisce la competenza a conoscere della domanda provvisoria allo stesso giudice che ha competenza per materia e territorio a conoscere del merito).

Tuttavia, nell'ordinamento tedesco il principio di strumentalità appare piuttosto debole e fragile; infatti, la causa di merito deve essere iniziata entro un termine perentorio fissato dal giudice solo se vi sia un'apposita istanza di parte in tal senso, come prevede il § 926, comma 1, ZPO ⁽¹²⁹⁾. Ed in effetti ciò si riverbera, in giurisprudenza, nella tendenza rinvenibile in una serie di pronunce ad accordare all'istante una misura dagli effetti identici a quelli che egli otterrebbe dal provvedimento pronunciato in via principale ⁽¹³⁰⁾, tanto che si è rilevato come, in alcuni settori (per esempio in quello del diritto alla concorrenza), la tutela provvisoria e cautelare abbia praticamente soppiantato il processo ordinario di cognizione ⁽¹³¹⁾.

Sull'onda di questo fenomeno, ormai da tempo, in dottrina si sottolinea da più parti come si stia sviluppando in modo evidente la tendenza verso la c.d. *Befriedigungsverfügung*, ovvero verso una

(128) Efficacemente MUSIELAK, *op. ult. cit.*, p. 2082, ove l'a. afferma che "[...] *Die einstweilige Verfügung darf die Hauptsache nicht vorwegnehmen, sondern muss gegenüber dem Hauptsachenanspruch stets ein Minus und Aliud zugleich sein*"; v. anche BAUR, *op. cit.*, p. 49.

(129) V. CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 33.

(130) Critico rispetto a questa tendenza è HABSCHIED, *op. cit.*, p. 47.

(131) Così CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 27.

forma di tutela che accorda al richiedente ciò che dovrebbe essergli attribuito solo a séguito della pronuncia del giudice del merito; la tutela provvisoria, in sostanza, chiude la lite ⁽¹³²⁾. Anzi, la prassi conosce una vera e propria dichiarazione scritta delle parti (la c.d. *Abschlussklärung*) in cui esse si accordano espressamente per accettare la decisione provvisoria come definitiva ⁽¹³³⁾.

Se dovessi valutare la tendenza in espansione, per cui la misura provvisoria, appunto, chiude il processo e la lite, basandomi sulle garanzie offerte dalle norme in materia, mi parrebbe di poter affermare che, globalmente considerato, il sistema previsto dalla *ZPO* è sufficientemente bilanciato ⁽¹³⁴⁾: il giudice del provvedimento provvisorio, infatti, verifica la *Glaubhaftmachung* (verosimiglianza o credibilità) della pretesa sostanziale avanzata dall'istante, come previsto dal § 920, comma 2, *ZPO*; l'istruttoria, poi, potrebbe essere anche particolarmente ricca, essendo ammissibile ogni elemento di prova (compresi l'interrogatorio della parte e la dichiarazione giurata, anche scritta, della parte, di un terzo o del difensore), con l'unico limite che la prova deve poter essere assunta subito ⁽¹³⁵⁾; ove il giudice ritenga poi di concedere il provvedimento pur non avendo la parte esaurientemente soddisfatto al principio dell'onere della prova, la legge impone comunque al beneficiario della misura di prestare garanzie idonee a tutela della controparte, al fine di controbilanciare l'eventuale pregiudizio derivante dall'esecuzione della misura che dovesse rivelarsi successivamente infondata (così *ex* § 921, comma 2, *ZPO*); inoltre, la parte soccombente nella prima fase provvisoria, a seconda che vi sia stato oppure no contraddittorio nel corso di essa, ha a disposizione lo strumento del reclamo o

(132) Così GOTTWALD, *Civil justice reform: access, cost, delay. The German perspective*, in AA.Vv., *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, a cura di ZUCKERMAN, cit., p. 207 ss., spec. p. 209.

(133) V. GOTTWALD, *op. loc. ult. cit.*

(134) Non lo pensa invece CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 33, ove l'a. afferma che l'intrinseca pericolosità di questi provvedimenti e l'incertezza di ottenere il risarcimento del danno, nell'ipotesi in cui si accerti la loro infondatezza, con un'azione *ex* § 945 *ZPO*, rendono opportuno un particolare rigore nell'accertamento dei loro presupposti.

(135) V. sull'istruttoria CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 39.

altrimenti quello dell'opposizione (di cui rispettivamente ai §§ 567 e 924 ZPO) per dare corso ad un'ulteriore fase, di natura impugnatoria, avente ad oggetto il provvedimento emesso ⁽¹³⁶⁾.

La dottrina analizzata sull'argomento non ha considerato in particolare il problema della stabilità degli effetti dei provvedimenti provvisori che divengono, in fatto, definitivi, per porsi quindi la questione (che ad ora, quindi, pare risultare di prevalente interesse della dottrina italiana) dei rapporti fra questi ultimi e la cosa giudicata. Anche nell'ordinamento tedesco questa, già e seppure ad una considerazione non approfondita, presenta caratteristiche differenti rispetto alla corrispondente nozione nota al diritto interno. In via di prima approssimazione, infatti, si può dire che l'ordinamento tedesco, se ricollega il giudicato formale, analogamente all'ordinamento italiano, alla preclusione dei mezzi di impugnazione ordinari (ex § 705 ZPO), riconnette la nozione di giudicato sostanziale all'obbligo di considerare come "giusta" la sentenza in ogni ulteriore processo tra le medesime parti ⁽¹³⁷⁾, anche se poi la cosa giudicata sostanziale, ex § 322, comma 1, ZPO, non si estenderebbe ai fatti accertati dal giudice né all'accertamento dei diritti da cui dipende la pretesa fatta valere, bensì coprirebbe la sola mera pretesa fatta valere dall'attore con la domanda; il che giustifica l'affermazione secondo cui il concetto tedesco di cosa giudicata è molto più ristretto rispetto a quello diffuso nella maggior parte degli ordinamenti giuridici ⁽¹³⁸⁾. A livello di mera riflessione si potrebbe forse dire che, se la cosa giudicata gode di spazi ed effetti così limitati quando riguarda provvedimenti emessi all'esito di un processo a cognizione piena, *a fortiori*, anche ammettendo che essa potesse applicarsi concettualmente ai provvedimenti emessi al termine di un procedimento provvisorio non seguito da un giudizio di merito, certamente non avrebbe uno spettro

(136) V. diffusamente su questo aspetto CORSINI, *op. cit.*, p. 65 ss. Il profilo non può essere considerato qui in modo particolare perché, come nota CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 40, il quadro dei rimedi contro il provvedimento provvisorio è complesso, poiché essi sono diversi ed in molte ipotesi si sovrappongono.

(137) V. GRUNSKY, voce *Processo civile (Germania)*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., XV, Torino, 1997, p. 142 ss., spec. p. 154.

(138) Così GRUNSKY, *op. loc. ult. cit.*

più ampio, potendo al più avere la medesima estensione e portata riconosciuta al giudicato relativo alle sentenze.

17. *La tutela cautelare spagnola nella Ley de enjuiciamiento civil*

Anche il processo civile spagnolo, similmente a quanto si è visto accadere nell'ordinamento inglese, è stato oggetto in tempi relativamente recenti di una riforma globale. La *Ley de enjuiciamiento civil*, infatti, contenuta nella l. n. 1 del 2000 ed entrata in vigore l'8 gennaio 2001, ha abrogato il codice previgente, che disciplinava il processo civile dal lontano 1881, e costituiva, a sua volta, una rivisitazione del *solemnis ordo iudicarius* del III secolo ⁽¹³⁹⁾.

L'art. 5 della *Ley de enjuiciamiento civil* è assai chiaro nell'affermare che tre sono i tipi di tutela giurisdizionale ottenibile nell'ordinamento spagnolo, e precisamente essi consistono nella tutela dichiarativa, in quella esecutiva e nella tutela cautelare.

Per ciò che riguarda, in particolare, la disciplina della tutela cautelare, essa è contenuta nel titolo sesto del terzo libro della *Ley de enjuiciamiento civil*; peraltro, tale disciplina non è esaustiva poiché, analogamente a quanto accade nel nostro ordinamento, il titolo summenzionato contiene solo alcune norme dedicate ai principi generali in materia ed al procedimento, lasciando poi ad altri luoghi del codice o a leggi speciali la disciplina di diverse misure cautelari relative a specifiche materie.

Le analogie con l'ordinamento italiano, tuttavia, se pur sono numerose, non esauriscono la disciplina nel suo complesso. Solo per fare un esempio, tra l'altro particolarmente significativo rispetto all'oggetto di questo studio e quindi riguardante, in particolare, il profilo della strumentalità, basti pensare che la proponibilità della domanda cautelare è, nel processo civile spagnolo, necessariamente dipenden-

(139) V. diffusamente sulla successione delle fonti normative del rito civile spagnolo DíEZ-PICAZO GIMENÉZ, *The principal innovations of Spain's recent civil procedure reform*, in AA.VV., *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, cit., p. 32 ss., spec. p. 34 ss.; MONTERO AROCA-GÓMEZ COLOMER-MONTÓN REDONDO-BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000, p. 41 ss.

te dall'aver l'istante già instaurato un processo principale, a garantire l'effettività del cui risultato la tutela cautelare domandata è appunto volta ⁽¹⁴⁰⁾. Ma su questo aspetto tornerò più diffusamente oltre.

L'effettività della tutela giurisdizionale, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, nel quale non è menzionata espressamente nelle fonti normative benché sia principio acquisito in virtù di giurisprudenza (anche di rango costituzionale) e dottrina consolidate, nel processo spagnolo recentemente restaurato ha trovato esplicita considerazione anche nelle norme del codice di rito. Essa viene infatti menzionata in più di una norma (si vedano, per esempio, gli artt. 721, comma 1, 727, comma 7 e 728, comma 1, della nuova *Ley*), il principio ispiratore delle quali è costantemente la preoccupazione di assicurare ed approntare per l'attore che dovesse rivelarsi infine vittorioso nel giudizio di merito, per dirla con parole a noi italiani familiari, tutto quello e proprio quello che aveva diritto di conseguire.

Venendo più da vicino alla disciplina specifica, si può notare come, in evidente simmetria alla scelta compiuta dal legislatore interno del 1990, anche il legislatore spagnolo abbia effettuato la scelta di un procedimento cautelare uniforme, regolato agli artt. 721 ss. della *Ley de enjuiciamiento civil*. Una differenza interessante è peraltro ravvisabile nella circostanza che vi sia una norma *ad hoc* relativa alle condizioni per la concessione della tutela in discorso ed essa è, precisamente, l'art. 728.

La prima condizione dell'azione cautelare ad essere presa in considerazione è il c.d. *perigo para la mora procesal*, che consiste, evidentemente, nel pericolo insito nello stesso trascorrere del tempo necessario per ottenere tutela giurisdizionale in via ordinaria ⁽¹⁴¹⁾.

(140) Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, v. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, Navarra, 2004, p. 40 ss.

(141) In generale sul *periculum in mora* nella dottrina spagnola, v. FAIRÉN GUILLEN, *La reforma del proceso cautelar español*, in *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, II, pp. 901-903; SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general de las medidas cautelares*, in *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcellona, 1974, pp. 39-40; DE LA OLIVA SANTOS- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ- VEGAS TORRES, *Derecho procesal civil*, Madrid, 2002, p. 390; ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, p. 150 ss.

Prima della riforma, il *periculum in mora* era predeterminato per le misure tipiche, non invece per i provvedimenti urgenti; l'innovazione è stata salutata positivamente dalla dottrina, in ragione del fatto che, ora, il *periculum* si configura in termini oggettivi, in quanto coincidente con la probabilità che possano verificarsi situazioni che impediscano o rendano più difficile l'effettività della tutela di merito conseguibile in via ordinaria, ed essendo inoltre previsto attraverso una formula generale, consente una maggiore adattabilità ed attenzione alle circostanze del singolo caso concreto ⁽¹⁴²⁾; anche se non si è mancato di notare, d'altra parte, che la previsione di presupposti tipizzati rispetto ad alcune singole misure poteva presentare l'indubbio vantaggio di ridurre la discrezionalità del giudice ⁽¹⁴³⁾ (aspetto, quest'ultimo, che può costituire, a mio avviso, tanto una nota positiva quanto una negativa, dipendendo dalle capacità e dalla personalità del singolo giudice persona fisica, quindi probabilmente non suscettibile di una valutazione generale in un senso oppure nell'altro).

L'art. 728, comma 2, disciplina, com'era prevedibile, la seconda valutazione che il giudice adito con una domanda cautelare deve verificare, ovvero la *apariencia de buen derecho*, di cui l'istante può dare prova allegando “ [...] *los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar [...], sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretension.*” ⁽¹⁴⁴⁾. La norma prosegue affermando che l'istante, in difetto di prove documentali, potrà avvalersi di “*otros medios*”.

La norma appena citata, come si può vedere senza ardue operazioni ermeneutiche, è particolarmente significativa anche sotto il profilo del principio di strumentalità della misura cautelare; affermando, infatti, che il giudizio compiuto dal giudice della cautela è meramente “*provisional e indiciario*” e che esso viene compiuto “*sin prejuzgar el fondo del asunto*”, essa esalta la funzionalità neces-

(142) V. diffusamente per questi rilievi ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 154 ss.

(143) V. ORTELLS RAMOS, *op. loc. ult. cit.*

(144) V. sulla *apariencia de buen derecho*, DE LA OLIVA SANTOS- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ- VEGAS TORRES, *op. cit.*, p. 391 ss.; ORTELLS RAMOS, *op. ult. cit.*, p. 166 ss.

saria del provvedimento cautelare spagnolo ad una tutela principale, aspetto su cui mi soffermerò nelle righe che seguono.

18. *Il principio di strumentalità necessaria del provvedimento cautelare spagnolo*

Ho accennato prima alla circostanza che, nel processo civile spagnolo, la domanda cautelare può essere proposta solo quando sia già stata presentata una domanda principale. Ciò si evince chiaramente dall'art. 721 della *Ley*, che sotto la rubrica “*necesaria instancia de parte*” chiarisce che la domanda cautelare può essere presentata da “*todo actor*”, intendendosi con quest'ultimo termine colui che si sia fatto istante su una *pretension principal*. Ulteriore conferma di ciò emerge dall'art. 730 della *Ley*, che prevede la regola generale in base alla quale le misure cautelari vengono richieste “*de ordinario, junto con la demanda principal*” (145).

Si può ben affermare, dunque, che vige nel processo civile spagnolo un principio “rafforzato” di necessaria strumentalità del provvedimento cautelare rispetto a quello principale (146); là dove l'attributo “rafforzato” vuole, nelle intenzioni, sottolineare la circostanza, alquanto peculiare anche in un panorama comparatistico, che la domanda cautelare non sia proponibile *ante causam* (147). Per esattezza, a questa affermazione dovrebbe fare séguito una precisazione: la domanda cautelare, infatti, è proponibile prima della domanda sul

(145) Il principio di strumentalità delle misure cautelari pare acquisito anche nella dottrina di lingua spagnola d'oltreoceano, come afferma MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, 2002, p. 12 ss.

(146) Per dirla con DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES, *op. cit.*, p. 384, la *instrumentalidad* implica “*la existencia de un nexo necesario entre éstas y el proceso principal*”; nello stesso senso, si legga ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 917, ove l'a. scrive “*La característica esencial que define la tutela cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a la misma es la instrumentalidad, entendida en el específico sentido de que la tutela cautelar [...] no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica [...]*”.

(147) V. DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *Comentario a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001, p. 1235 ss.

merito quando l'istante alleghi “*razones de urgencia o necesidad*”, come dispone l'art. 730, comma 2, della *Ley* ⁽¹⁴⁸⁾. La norma pone così il problema di distinguere l'urgenza che legittima alla proposizione della domanda cautelare *ante causam* dall'urgenza che è presupposto generale per la concessione della tutela cautelare. In dottrina si è sostenuto che si potrebbe fare ricorso a questa possibilità, per esempio, nel caso in cui sia opportuno procedere all'esecuzione della misura richiesta senza che ne sia a conoscenza la controparte ⁽¹⁴⁹⁾; anche se non condivido questa ipotesi, alle cui necessità si potrebbe ovviare attraverso la pronuncia della misura cautelare *inaudita altera parte* con instaurazione successiva del contraddittorio, analogamente a quanto è previsto nell'ordinamento italiano e come pure contempla l'ordinamento spagnolo (all'art. 733, commi 1 e 2 della *Ley*) ⁽¹⁵⁰⁾. In ogni caso, quando la parte abbia ottenuto la misura cautelare prima dell'instaurazione del giudizio di merito, se questa non segue entro il termine perentorio previsto, il provvedimento perde efficacia (così l'art. 730, comma 2, della *Ley*) ⁽¹⁵¹⁾.

La strumentalità, sempre per ciò che concerne la domanda cautelare, emerge anche dalle regole in tema di competenza; l'art. 723 della *Ley*, infatti, fa coincidere la competenza in materia cautelare con quella per conoscere della domanda principale ⁽¹⁵²⁾.

Quanto al contenuto delle misure accordabili, l'art. 727, con una scelta che ritengo discutibile per le ragioni che spiegherò oltre, contiene una lunga elencazione (i primi dieci commi della norma) di misure cautelari tipiche (come il sequestro conservativo, l'ammi-

(148) Laddove si verifichi questa ipotesi, alla domanda cautelare presentata *ante causam* deve seguire l'instaurazione del giudizio di merito in un termine perentorio (art. 730).

(149) Così ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 280 ss.

(150) Sulle modalità di attuazione del contraddittorio, anticipato o posticipato rispetto all'emanazione del provvedimento, v. ORTELLS RAMOS, *op. ult. cit.*, p. 286 ss.

(151) V. ORTELLS RAMOS, *op. ult. cit.*, p. 393 ss., e DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1240 ss., per ampie considerazioni sui riflessi che le vicende del processo principale producono sulla vita della misura cautelare.

(152) Sui temi della giurisdizione e della competenza in materia cautelare, v. ampiamente ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 213 ss.; DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1212 ss.

nistrazione giudiziale di beni, la sospensione delle delibere sociali, e via dicendo), accomunate dalla caratteristica di presentare tutte un contenuto che il legislatore ritiene conservativo ⁽¹⁵³⁾, elencazione che termina con la previsione, al comma 11, di una clausola generale di chiusura/apertura del sistema, poiché si consente al giudice di pronunciare “*aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos [...] se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio*”. La facoltà, pertanto, per le parti di ottenere e per il giudice di concedere misure cautelari a contenuto anticipatorio, trova il suo esclusivo fondamento a livello di previsione generale in questo art. 727, comma 11, della *Ley* ⁽¹⁵⁴⁾.

Un *vulnus* a tale principio di strumentalità necessaria potrebbe derivare dalla circostanza che, come ha rilevato certa dottrina, in applicazione specialmente della clausola generale atipica di cui all’art. 727, comma 11, della *Ley*, il giudice potrebbe concedere alla parte una misura che, ferma restando la sua intrinseca provvisorietà, abbia carattere sostanzialmente satisfattivo, nel senso di accordare alla parte una tutela praticamente equivalente a quella che deriverebbe dalla sentenza principale sul merito; è stato comunque sottolineato che, nel sistema spagnolo, questa equivalenza si arresta ad un livello meramente fattuale ed appunto provvisorio, perché se la misura cautelare fosse tale da creare uno stato di fatto materialmente irreversibile, allora non corrisponderebbe alle caratteristiche previste e ricordate proprie della cautela in questo ordinamento, e sarebbe come tale inammissibile ⁽¹⁵⁵⁾.

La strumentalità della cautela rispetto alla tutela ordinaria emerge anche dall’aspetto, sopra menzionato, relativo agli effetti dell’acertamento compiuto in sede di istruttoria cautelare. Tale giudizio,

(153) Attribuisco la valutazione al legislatore spagnolo perché, come forse si ricorderà, nel primo capitolo propendevo per la qualificazione della misura cautelare della sospensione della delibera sociale quale provvedimento a contenuto anticipatorio. Sull’art. 727, v. ampiamente DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1221 ss.

(154) V. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 146.

(155) Ampiamente su questi rilievi, v. ORTELLS RAMOS, *op. ult. cit.*, p. 148; ID., *Derecho procesal civil*, cit., pp. 917-918.

infatti, mirando a verificare la sola *apariencia de buen derecho*, è meramente *provisional e indiciario*, non potendo in alcun modo pregiudicare il giudizio sul merito del diritto sostanziale in contesa ⁽¹⁵⁶⁾. Ricordavo sopra come il legislatore, quanto ai mezzi di prova utilizzabili, abbia espresso apertamente un *favor* per le prove documentali; tuttavia, l'apertura della norma sopra citata, che ammette il ricorso anche ad altri mezzi, non altrimenti individuati, parrebbe far ritenere che sia esperibile il ricorso anche a mezzi di prova atipici. La dottrina sul tema sembra sostenere l'ipotesi; avendo infatti sottolineato la difficoltà di offrire sempre una prova scritta a sostegno dell'istanza cautelare, si è affermata la necessità di un'applicazione non rigorosa della disposizione, per sostenere anzi che sarebbe sempre ammessa una prova diversa da quella scritta, purché la parte dia giustificazione delle circostanze per le quali manca, nel caso concreto, una prova siffatta ⁽¹⁵⁷⁾. Il tema della prova è, evidentemente, delicatissimo, in sede di tutela cautelare non meno che in quella di processo ordinario; tuttavia, senza approfondire ora l'argomento, mi sembra comunque opportuno accennare qui alla circostanza che la dottrina spagnola più autorevole ha sottolineato come, scandagliando i principi del nuovo processo civile, si possa affermare come la verità sull'accertamento dei fatti sia fuori della portata processuale, che può giungere al più all'accertamento di un buon livello di probabilità ⁽¹⁵⁸⁾; considerata la necessaria strumentalità del provvedimento cautelare spagnolo, che pare non sia mai suscettibile di sopravvivere indipendentemente dall'attesa di un provvedimento principale, i pericoli che dall'affermazione ora ricordata possono derivare paiono, pertanto, assai inferiori a quelli che, invece, potrebbero manifestarsi in un ordinamento nel quale la tutela cautelare fosse suscettibile di

(156) Come nota GARCIA DE ENTERRIA, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1995, p. 169 ss., spec. p. 187, “[...] una apariencia de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio destruya esa apariencia [...]”.

(157) V. diffusamente su questi punti, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 180 ss.

(158) V. i più ampi rilievi di MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, 2002, spec. pp. 103-107.

divenire la tutela definitiva. Ma su questi aspetti tornerò più diffusamente in un capitolo successivo.

Infine, e com'era prevedibile, applicazioni del principio di strumentalità della misura cautelare rispetto al processo principale sono le disposizioni contenute nella norma di cui all'art. 731 della *Ley*, là dove si prevede che al sopravvenire della pronuncia principale, abbia essa contenuto positivo (cioè confermi la fondatezza della tutela accordata in via cautelare) ovvero negativo (cioè la neghi), la misura cautelare viene caducata dalla sentenza che definisce il giudizio di merito ⁽¹⁵⁹⁾.

19. *Altri aspetti significativi del procedimento cautelare uniforme nella Ley de enjuiciamiento civil*

Vorrei qui ricordare alcuni aspetti del procedimento cautelare spagnolo che, pur non rivestendo un'importanza centrale ai fini dello specifico tema della strumentalità della misura, possono avere un qualche momento in alcune considerazioni successive. Come si vedrà, al modello italiano si è attinto a piene mani; e ciò non solo se si considerano le norme di diritto positivo, ma anche se si legge la dottrina iberica in argomento ⁽¹⁶⁰⁾.

Anteriormente alla *Ley de enjuiciamiento civil* non esisteva, come ricordavo, una disciplina unitaria del procedimento in materia di misure cautelari; attualmente, invece, vi è un procedimento cautelare uniforme, al quale si aggiungono alcuni procedimenti speciali relativi a specifiche misure cautelari proprie di determinate materie ⁽¹⁶¹⁾.

Vige anche per la domanda cautelare il principio della domanda, come prevede l'art. 721, comma 1, della *Ley*, con i suoi co-

(159) V. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 917.

(160) Solo per citare un esempio emblematico, v. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., spec. pp. 37 ss., 133 ss., 151 ss., per verificare come le riflessioni cui l'a. dà spazio partano spesso addirittura dalla citazione letterale dell' *Introducción al estudio sistemático de los procedimientos cautelares* di CALAMANDREI.

(161) V. MONTERO AROCA-GÓMEZ COLOMER-MONTÓN REDONDO-BARONA VILAR, *op. cit.*, p. 755 ss.; ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 265 ss. In generale, sul procedimento, v. DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES, *op. cit.*, p. 401 ss.

rollari ⁽¹⁶²⁾; quindi anche nel senso del rispetto del principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, essendo espressamente stabilito che il giudice non possa accordare “*medidas más gravosas que la solicitadas*”. Ai sensi dell’art. 732 della *Ley*, la domanda deve proporsi in forma scritta, ed altresì essere formulata con “*claridad y precisión*”, dando ragione dell’esistenza dei presupposti che giustificano la concessione della misura, naturalmente anche attraverso l’allegazione dei documenti che la parte offre a sostegno della propria pretesa, allegazione che è necessaria, e non meramente eventuale ⁽¹⁶³⁾.

La necessaria strumentalità della misura cautelare ha come conseguente ricaduta la provvisorietà della stessa, potendo il giudice emettere soltanto provvedimenti che abbiano “*carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación*” ⁽¹⁶⁴⁾.

Quando il giudice pronuncerà sull’istanza cautelare previa audizione delle parti, come è per regola generale, stabilirà “*con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidas*”, come dispone l’art. 735, commi 1 e 2. Contro questo provvedimento potrà essere proposto ricorso in appello, che non ha tuttavia effetto sospensivo (art. 735, comma 2, ultimo periodo); tale mezzo è pure proponibile contro il provvedimento di diniego della misura ⁽¹⁶⁵⁾.

Laddove il giudice, invece, ritenga di rigettare l’istanza cautelare, la parte potrà comunque riproporla ove si siano verificati mutamenti delle circostanze, come consente l’art. 736, comma 2, della *Ley*. I mutamenti delle circostanze o la sopravvenienza di fatti nuovi, che si verificano in séguito alla concessione della misura, sono

(162) Così DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1210.

(163) V. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 265 ss.

(164) In generale, sulle caratteristiche dei provvedimenti cautelari spagnoli (*instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, variabilidad, proporcionalidad*), v. MONTERO AROCA-GÓMEZ COLOMER-MONTÓN REDONDO-BARONA VILAR, *op. cit.*, p. 740 ss.

(165) V. diffusamente, sui mezzi di revisione della pronuncia cautelare, ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 354 ss.; DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1250 ss.

motivo che legittima la parte alla proposizione dell'istanza di modifica del provvedimento cautelare emesso ⁽¹⁶⁶⁾.

Come ho ripetuto più volte, non si conosce ad ora nell'esperienza spagnola un provvedimento cautelare che sia idoneo a sopravvivere indipendentemente dall'instaurazione di un giudizio sul merito del diritto sostanziale e dalla sua conclusione; non si ritrova, pertanto, alcuna analisi relativa al problema degli effetti (di che natura siano, con quale estensione si propaghino, e via dicendo) e della stabilità di una misura cautelare sganciata dal merito ⁽¹⁶⁷⁾.

Volendo concludere con alcuni rilievi di carattere generale sulla risistemazione compiuta dal legislatore spagnolo, mi pare che la valutazione finale potrebbe essere globalmente positiva, pur non mancando, almeno a mio avviso, diversi punti deboli che incidono sulla sistematicità organica della rimeditazione della materia. Mi limito ad alcuni esempi: se l'intenzione era chiaramente quella di introdurre una disciplina unitaria del procedimento e della tutela, trovo criticabile che permanga una dislocazione della stessa in più fonti normative ed in più luoghi all'interno della stessa *Ley*; e se ciò potrebbe ampiamente giustificarsi per alcune materie per vocazione altamente specialistiche, non si comprende perché, allora, la disciplina di esse non si esaurisca nella fonte speciale ma si dipani in modo non necessariamente ordinato nella *Ley* generale. Si pensi al caso, emblematico in proposito, della materia della proprietà intellettuale; essa trova in una specifica *Ley de propiedad intelectual*, giustamente, una sistemazione onnicomprensiva, che contempla anche la tutela in sede cautelare delle posizioni soggettive delle parti in materia,

(166) V. ORTELLS RAMOS, *op. ult. cit.*, p. 373 ss.

(167) Non si pone, pertanto, il problema dell'applicabilità, a questi provvedimenti, dell'istituto della *cosa juzgada*; qui vorrei solo ricordare, avendo fatto un brevissimo *excursus* sul tema anche per gli ordinamenti considerati in precedenza, che la cosa giudicata ha in Spagna caratteristiche abbastanza simili a quella dell'ordinamento italiano, distinguendosi una *cosa juzgada formal* (art. 207 della *Ley*), che si produce all'esaurimento dei mezzi di ricorso contro la pronuncia previsti dalla legge, da una *cosa juzgada material* (di cui all'art. 222 della *Ley*), che si sostanzia nella irretrattabilità di quanto statuito dal giudice nella sentenza passata in giudicato formale. Sul tema v. ampi rilievi in ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, cit., p. 555 ss.; DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, spec. pp. 369 ss. e 392 ss.

rendendo così francamente poco comprensibile come mai, poi, nella generale *Ley de enjuiciamiento civil* trovi spazio una norma come l'art. 727, comma 9, che disciplina i provvedimenti cautelari emanabili in presenza di violazione delle norme in tema di “*propriedad intelectual e industrial*”.

Ciò conferma, peraltro, il rilievo compiuto sopra, quando criticavo l'elencazione inutilmente sovrabbondante, perché non esaustiva (168), dei provvedimenti cautelari disponibili, di cui all'art. 727, tra i quali, fra l'altro, sono ricomprese misure che, almeno in diritto interno, non sono considerate propriamente cautelari (si pensi, per esempio, alla formazione dell'inventario dei beni o alla trascrizione della domanda giudiziale).

Se quindi, per concludere, deve senz'altro riconoscersi che la nuova disciplina introdotta dalla riforma è stata giudicata complessivamente in termini positivi, ciò non toglie che, come vale quasi per tutte le cose, ciò che pure è positivo si presenta come migliorabile, e probabilmente una riforma che sopravveniva a distanza di oltre un secolo dalla disciplina previgente, e che si muoveva nelle intenzioni (ed in pratica) a livello di nuova codificazione generale, avrebbe potuto rimanere in gestazione ancora un poco ed intervenire in modo più efficace senza quegli aspetti di disomogeneità che mi sono parsi criticabili.

La sintetica disamina compiuta in riferimento ad alcuni ordinamenti vicini a quello italiano induce ad un paragrafo conclusivo nel quale tirare alcune fila in chiave di raffronto comparatistico tra gli stessi; prima, tuttavia, vorrei tentare qualche considerazione più generale sull'approccio e sul metodo comparatistico.

20. *Le affascinanti insidie della comparazione giuridica: alcuni pensieri sul tema*

Il sintetico tentativo di indagine svolto nelle pagine precedenti ha lo scopo di osservare quanto accade, o sembra accadere, negli ordinamenti

(168) Chiaramente sul fatto che si tratti di un'elencazione meramente esemplificativa o illustrativa, v. DE LA OLIVA SANTOS-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ-VEGAS TORRES-BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, pp. 1222-1223.

giuridici a noi più vicini geograficamente (e ad alcuno dei quali il legislatore appare essersi ispirato), per offrire spunti a considerazioni che troveranno spazio nelle pagine conclusive in via più generale ed uno spazio più immediato nel paragrafo successivo, ove cercherò di delineare qualche linea di tendenza che paia emergere dagli ordinamenti considerati.

Qui vorrei, tuttavia e preliminarmente, dedicare alcune righe alla comparazione, dalla quale, come da tutto ciò che si presenta misterioso ed al contempo apparentemente accessibile, è facile rimanere affascinati. La comparazione, più esattamente, spartisce un che in comune con il fascino dell'esotico che attrae il viaggiatore: nuovi e diversi orizzonti e paesaggi, calati (di solito per lo più apparentemente) entro le medesime coordinate universali (cielo, terra, acque). L'esplorazione non può che incuriosire; e non fa in tempo ad incominciarsi che già insidie, pericoli e tranelli appaiono in abbondanza. Se si volesse parlare per immagini, quando si prova a raffigurarsi colui che si accinge ad un'attività di comparazione, viene in mente la rappresentazione, di sapore un po' coloniale, del cacciatore o del safarista europeo, molto raffinato nei suoi abiti (con tanto di elmetto) color sabbia, che si avventura armato di cartucce e fucili nella savana, sicuro che si aggirerà senza troppe incertezze in quel mondo così diverso ma tanto più semplice e primitivo rispetto al suo, e che saprà fare fronte alle evenienze che si presenteranno; finché non si imbatte in un simpatico branco di leoni o nel classico pentolone a misura d'uomo, circondato da indigeni danzanti che, quasi presaghi del suo arrivo, lo aspettavano per dargli un caloroso benvenuto.

Innanzitutto, occorrerebbe intendersi su cosa si intenda per "comparare". È stato autorevolmente affermato che "comparare", nel campo del diritto, significa un'attività di conoscenza di due o più fenomeni giuridici per vedere che cosa essi abbiano di diverso ed in comune, tant'è che, da un lato, si definisce comparativo quel metodo che indaga un fenomeno raffrontandolo con fenomeni dello stesso tipo e, dall'altro, la comparazione non ha alcun senso se quei fenomeni si pongono già come del tutto eterogenei ⁽¹⁶⁹⁾. Sennonché, se da una parte

(169) Così GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 928 ss., spec. p. 928. Più recentemente, su alcune questioni metodologiche della comparazione, v. le nitide pagine di PEGORARO-RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato, metodologie di ricerca*, Padova, 2002, introduzione e spec. p. 3 ss.

non si può non concordare con la definizione appena data, occorre anche rilevare che, per scoprire se due fenomeni si pongono come già del tutto eterogenei, bisogna averli già comparati, a meno che non ci si arresti all'apparenza del fenomeno, perché potrebbe essere dato di scoprire che due entità, a prima vista inconferenti l'una rispetto all'altra, rivelino ad una più profonda indagine tratti di analogia se non di identità; ed ecco che allora è vera la conclusione cui giunge la stessa dottrina, ovvero che la comparazione è un mare sconfinato⁽¹⁷⁰⁾, perché probabilmente non ammette aprioristica esclusione di alcun oggetto. Trasportato al mare sconfinato degli istituti giuridici, ciò implica che valutare l'eterogeneità di un fenomeno rispetto ad un altro significa averli già comparati e, corrispondentemente, che non ci si può arrestare davanti a due istituti, dichiarando di ritenerne non utile la comparazione in quanto eterogenei, perché sarebbe una mera affermazione di principio non motivata⁽¹⁷¹⁾. Quello comparato, pertanto, mi pare più di ogni altro uno studio ed un diritto che non può non svolgersi per fasi, per cicli, se si vuole per corsi e ricorsi, per tappe di avanzamento e arretramento insieme continue e successive, onde consentire una costante verifica della supposta omogeneità o diversità fra gli oggetti messi a confronto.

Secondariamente, occorre tenere conto di supposte certezze che, più o meno consapevolmente, il giurista che si accinga a fare comparazione si porta dietro, considerando come dati di fatto (per quanto parziali pur sempre) piccole verità che, se tali erano un tempo, oggi occupano nella migliore delle ipotesi il rango del luogo comune, eppure difficili a morire per chi si sia formato nell'ultimo mezzo secolo (difficoltà, questa, che forse non si presenterà ai giuristi che iniziano a formarsi attualmente). Questo aspetto è stato messo in evidenza, emblematicamente, dalla migliore dottrina comparatistica⁽¹⁷²⁾; e ancora

(170) V. GORLA, *op. ult. cit.*, p. 946.

(171) In questo senso mi pare assai efficace MOCCIA, *Comparazione e studio del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 973 ss., spec. p. 975, quando scrive che "comparazione significa anzitutto definire gli oggetti messi a confronto per stabilirne la equiparabilità ai fini della comparazione stessa".

(172) Così TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, cit., spec. p. 1050 ss.; la suddivisione dei vari sistemi in famiglie giuridiche dà luogo a confusione, specie per quanto riguarda le zone grigie tra una categoria e l'altra

una volta pare che il diritto risenta dei medesimi fenomeni che riguardano la società civile, se è vero che, come è stato scritto, non si può più parlare di “famiglia giuridica”, visto che vanno emergendo potentemente differenze significative fra sistemi processuali che, tradizionalmente, vengono considerati come appartenenti ad una stessa famiglia giuridica: così che occorre usare una qualche prudenza quando si parla di sistemi di *common law* e di *civil law*, constatato che, solo per fare alcuni esempi, l’attuale processo civile tedesco presenta differenze di momento rispetto a quello francese o italiano, come pure il fatto che l’ordinamento processuale spagnolo in alcuni suoi punti si discosta dai modelli fondamentali del processo francese e tedesco, pur tuttavia appartenendo tutti alla famiglia del c.d. *civil law* ⁽¹⁷³⁾.

Altra trappola, questa più subdola delle altre, è costituita dalla lingua. Il rilievo non si distingue certo per originalità; e tuttavia, benché il problema sia ben noto ai comparatisti, forse altrettanto non può affermarsi in riferimento a considerazioni di ordine comparatistico compiute da studiosi di altre discipline giuridiche ⁽¹⁷⁴⁾. A questo pro-

anche per MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Milano, 2004, p. 15. L’affermazione contenuta nel testo e che qui si annota non deve tuttavia, a mio avviso, essere spinta troppo oltre; in altre parole, si può ancora dire con SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da SACCO, Torino, 1992, p. 188, che “le differenze fra il sistema inglese e quelli americani erano (e sono) meno profonde e durevoli di quelle che passavano (e passano) fra i sistemi europei continentali e quelli angloamericani”.

(173) V. questi rilievi in TARUFFO, *op. ult. cit.*, pp. 1050-1052; tenendo comunque e tuttavia presente che, come nota GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, cit., p. 43, la tradizione di *common law* e quella di *civil law* non sono due entità distinte e perfettamente separate perché appartengono alla medesima tradizione giuridica, quella europea. Per un’acuta e recente lettura delle differenze fra diritto inglese e diritto continentale, nel senso per cui relazioni e affinità fra i due sistemi non sono così semplici e così nette come in generale si ritiene, v. MARKESINIS, *Quattro secoli di convergenze e divergenze fra diritto inglese e diritto francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 835 ss.

(174) Per una recente eccezione a quanto appena affermato, v. CAPONI, *Interpretazione, traduzione e comparazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 131 ss., spec. pp. 135-136, ove l’a., a proposito della traduzione di un testo giuridico, sottolinea la circostanza che l’operazione comporti una duplice e parallela opera di interpretazione; poiché quest’ultima “non può mai rinunciare ad essere sistematica e nessun ordinamento giuridico è identico all’altro, la ricerca del significato giuridicamente equivalente è destinata sempre a conseguire, anche quando è condotta a regola d’arte, un risultato approssimativo e talvolta è destinata all’insuccesso”.

posito, è indicativo quanto emerge in tema di istituto della cosa giudicata (che avrebbe meritato ben altro spazio nelle pagine precedenti in ciascun singolo ordinamento); le pur brevi note in proposito hanno confermato un'osservazione risalente ed attualissima, ovvero che, nonostante se ne parli con più o meno convinzione in ciascuno degli ordinamenti considerati, si tratta di uno dei tanti casi di mero “*acoustic agreement among legal systems*”⁽¹⁷⁵⁾: alla parola non corrisponde la sostanza del fenomeno, trattandosi così di (ora più ed ora meno) *false friends*⁽¹⁷⁶⁾. Circostanza che costituisce la ragione per cui, nelle pagine precedenti, ho citato spessissimo fonti normative e dottrina nella loro lingua originale, per essere più fedele al significato che una certa espressione, appartenente ad un certo sistema di riferimento ed ingannevolmente somigliante ad altra espressione del nostro sistema di riferimento, poteva assumere in quel contesto, e quindi in sostanza per renderla più verificabile a chi legge.

Dietro a questa trappola, poi, si nasconde l'insidia a mio avviso più grande e pericolosa, ovvero quella di trasferire i concetti ed i modi del proprio diritto nel diritto di un altro paese, per inquadrarlo o intenderlo⁽¹⁷⁷⁾. “La comparazione presuppone la conoscenza della regola giuridica straniera”⁽¹⁷⁸⁾; il problema più arduo della comparazione, dunque ed infatti, è già annidato nell'elemento essenziale che essa presuppone e senza il quale non si può procedere oltre, ovvero la conoscenza della regola giuridica straniera. Non tenendo presente questo, si rischia di leggere oltre le righe dei rilievi comparatistici della dottrina che si occupa di diritto straniero⁽¹⁷⁹⁾. D'altra parte, questo pericolo mi pare il più insidioso

(175) V. SCHLESINGER, *Comparative law*, New York, 1970, p. 326.

(176) Circostanza che fa dire a DE FRANCHIS, *op. cit.*, p. 1284, che si tratta di concetti talmente privi di equivalenza da rendere impossibile qualsiasi sforzo di traduzione. Sul tema v. efficacemente CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 146, nota 25, là dove l'a. sottolinea l'impossibilità di attingere ad una definizione europea unitaria di definitività degli effetti, in quanto essa si orienta all'ordinamento nazionale di volta in volta in considerazione.

(177) Così anche GORLA, *op. cit.*, p. 932.

(178) Così SACCO, *op. cit.*, p. 5.

(179) Per fare un esempio, quando CAPONI, *op. ult. cit.*, c. 147, scrive giustamente, osservando il diritto inglese, che il *summary judgment* quale emerge

perché è il più difficilmente eliminabile: la vera conquista, per chi volesse comparare proficuamente, sarebbe quella di essere in grado di avvicinarsi al diritto che non è il proprio senza *pre-giudizi*, senza *nozioni* (perché la nozione è, per definizione, qualcosa che si conosce) in quanto, anche partendo con le migliori intenzioni, ciò che già appartiene al bagaglio acquisito e più o meno sedimentato di ciascuno, emerge, molte volte inconsciamente, condizionando lettura e riflessioni⁽¹⁸⁰⁾. L'interprete dovrebbe cioè essere in grado di applicare un metodo "metalinguistico"⁽¹⁸¹⁾ e, quando si muove con intento comparatistico, leggere senza intendere, cercare di comprendere senza etichettare, che può apparire operazione schizofrenica, ma che vuol significare soltanto muoversi conservando dubbi e domande più avanti si progredisce nel cammino (avanzamento che, di per sé, avvalendosi anche inconsapevolmente dei pre-giudizi di cui sopra, porterebbe a liberarsi del fardello di incertezze senza troppe esitazioni e dopo pochi passi). E qui si potrebbe obiettare che lo studio dovrebbe servire a risolvere i problemi e che un cammino di ricerca che non è risolutivo di problemi è infecondo; rilievo con cui non concorderei, aderendo all'impostazione di chi ritiene che compito della scienza sia l'aumento delle conoscenze in senso ampio, quindi anche delle problematiche, e spetti poi

dalle *Civil procedure rules* consegue la *res iudicata*, bisogna leggere attentamente l'affermazione per ciò che significa, appunto che quel provvedimento è idoneo alla cosa giudicata per ciò che essa vuol dire nel diritto anglosassone, che è cosa diversissima da ciò che essa invece rappresenta, per esempio, nel nostro ordinamento. Attingo ancora da CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1379, per rilevare lo stesso a proposito delle affermazioni dell'a. quando contrappone quel particolare aspetto del *summary judgment* alla circostanza che, invece, in Francia la pronuncia d'appello sull'ordinanza di *référé* non è idonea al giudicato, come prevede l'art. 488 *n.c.p.c.*

(180) Non credo che vi sia chi possa negare, tanto per fare un esempio, che, aprendo la *Ley de enjuiciamiento civil*, e leggendo l'espressione *medidas cautelares*, è automatica la traduzione letterale con l'italiano *misure cautelari*, ma il problema è che a questa traduzione letterale segue pressoché istantaneamente, ed è questo il meccanismo da controllare, la trasposizione alle *medidas cautelares* di tutto ciò che si è immagazzinato leggendo in tema di misure cautelari italiane, senza porsi il dubbio, all'inizio della ricerca, che potesse trattarsi di qualcos'altro.

(181) L'espressione è di TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 321 ss., spec. p. 323.

alla tecnica, non necessariamente collegata alla prima, di approntare gli strumenti ⁽¹⁸²⁾.

I rilievi che precedono potrebbero portare alla conclusione di porre in dubbio che il diritto sia, nel profondo, una scienza, non trovandosi un punto di raccordo ed incontro già a livello terminologico, per non parlare poi del profilo sostanziale che a quelle parole è sotteso, e senza considerare, infine, le ombre che inevitabilmente si stendono sul metodo di approccio ⁽¹⁸³⁾. Se quindi una qualche certezza di base non può riposare troppo tranquillamente sulla lettera delle parole, né sulle famiglie giuridiche, un qualche dato certo, di partenza, su cui poi tentare l'elaborazione, bisognerà trovarlo. Ed in proposito concordo con l'autorevolissima dottrina che afferma essere la norma il luogo di partenza dell'indagine del giurista, per esserne insieme, poi, il punto di arrivo; il materiale della scienza giuridica, il terreno da cui i concetti di essa vanno ricavati e sono tenuti a misurarsi, è offerto dal diritto positivo ⁽¹⁸⁴⁾. Ogni scienza parte da un dato: oggetto ed orizzonte della scienza giuridica è la norma ⁽¹⁸⁵⁾. Tuttavia, l'argomento non è risolutivo, specie poi quando si pensi in prospettiva di comparazione (e, quindi, si tornerebbe al punto di partenza); infatti, per dirla con uno dei grandi maestri, "chi s'illude che le norme, come sono scritte, bastino all'ufficio loro?" ⁽¹⁸⁶⁾. La norma risulta infatti da un collegamento fra concetti, talvolta definiti in altre norme, talaltra invece no ⁽¹⁸⁷⁾. Nel primo caso i proble-

(182) V. G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1 ss., spec. p. 4, anche per una bella metafora sull'assunzione di consapevolezza del problema, che precede ogni possibile successiva scoperta; nelle parole dell'a., molte pere sono cadute sulla testa di tanta gente, ma solo quando una cadde sulla testa di Newton iniziò il processo conoscitivo della legge di gravità.

(183) Il tema è ben più grande delle limitate ambizioni di questo libro; sul punto, per tutti, v. BOBBIO, voce *Metodo*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, p. 602 ss.

(184) V. IRTI, *La polemica sui concetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 9 ss., spec. pp. 11-13.

(185) V. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 11.

(186) Così CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 201 ss., spec. p. 208.

(187) Efficace GAMBARO, *A proposito del plurilinguismo legislativo europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 287 ss., spec. p. 297, quando scrive che il lessico del diritto si compone necessariamente di concetti assai astratti, frutto di una elaborazione dottrinale, i quali, usati come categorie, devono ricomprendere in sé la multiforme varietà delle relazioni sociali di base.

mi ermeneutici non sono meno importanti che nel secondo, ma hanno tuttavia l'opportunità di avere minori possibilità interpretative, perché magari alcune sono precluse dalla norma definitoria.

E se l'interpretazione, inoltre, già si presenta complessa quando è intraordinamentale, è presto compreso quanto la complessità si elevi al cubo in un contesto extraordinamentale, per non dire del contesto globalizzato che, a ben vedere, è un *non-contesto* ⁽¹⁸⁸⁾.

A questo punto, tenuto conto delle difficoltà ricordate (e di altre che pur vi saranno ma non ho intravisto), delle due l'una: o gettare la spugna, ritenendo il luogo della comparazione come quello più insidioso per definizione, oppure lavorare perché il concetto giuridico riacquisti la sua densità speculativa ⁽¹⁸⁹⁾, studiare e ricercare soluzioni per orientarsi in un contesto, che talvolta è addirittura *non-contesto*, la cui poliedricità di facce rende non agevolmente recuperabile alcune coordinate di riferimento. Perché mi pare che sia di queste ultime, di semplici coordinate appunto, che ci si deve accontentare quando ci si muove con intento comparatistico in ambiti propri di altri ordinamenti; e se detto così sembra poca cosa, a meglio rifletterci invece pare tantissimo visto che, in fondo, con in mano le coordinate non ci si perde mai. L'alternativa, ovvero gettare la spugna scoraggiati di fronte alle evidenti difficoltà che paiono alla fine insormontabili al giurista che tenti di guardarsi intorno, è da respingersi, non solo perché meramente disfattista, ma anche perché la realtà politica ed economica di inizio XXI secolo (l'integrazione europea, il commercio mondiale, la globalizzazione a livello non solo economico ma anche in tema di diritti umani) ha mutato profondamente lo scenario e creato condizioni favorevoli alla sopravvivenza del diritto comparato ⁽¹⁹⁰⁾.

(188) Sui rapporti fra globalizzazione e diritto, v. fra gli altri, IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 625 ss.; TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, cit., spec. p. 1058 ss.; GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 151 ss.

(189) La seconda alternativa caratterizza i tempi di crisi, di svolta o di transizione, secondo IRTI, *op. ult. cit.*, p. 625.

(190) È il pensiero, con cui non si può dissentire, di MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, cit., p. 93, che mi permetterei di modificare solo in senso amplificativo di quanto afferma, ritenendo che si debba parlare non solo di condizioni per la sopravvivenza, ma addirittura per la necessità dell'implementazione degli studi di carattere comparatistico.

Concretamente, questo significa considerare non solo la norma specifica ma il modello processuale di riferimento nella sua globalità, evitando di perdersi nella massa infinita di dettagli e del raffronto fra tecniche particolari ⁽¹⁹¹⁾; se ciò è facile a dirsi, diviene difficile a farsi quando si provi a pensare come possa un giurista usare la sua cultura, fondata essenzialmente sulla conoscenza del suo sistema giuridico, per comprendere un sistema giuridico diverso fondato su una diversa cultura e su diversi concetti ed istituti giuridici ⁽¹⁹²⁾. Il problema, che parrebbe praticamente insolubile se ci si arrestasse a questa considerazione ⁽¹⁹³⁾, si presenta per il diritto processuale (e quindi per il processualista) probabilmente più attenuato rispetto ad altre discipline, visto che il tecnicismo relativamente elevato del diritto processuale e la limitatezza della fantasia creativa della maggior parte degli studiosi e dei legislatori processuali producono l'effetto per cui il raggio dei possibili problemi e concetti finisce col non essere troppo ampio ⁽¹⁹⁴⁾.

(191) Il che, come aggiunge TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, cit., spec. c. 346, "fa diventare la comparazione processuale non solo terribilmente noiosa ma anche sostanzialmente inutile".

(192) Si pone la domanda TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, cit., spec. p. 1073. Sulla necessità, per la comparazione, di possedere il quadro complessivo di ciascuno dei diritti oggetto di comparazione, anche sotto l'aspetto economico, sociale, di costume, e via dicendo, v. GORLA, *op. cit.*, pp. 940-941. Ancorà sulla comparazione giuridica come "scienza di contesto", che si preoccupa cioè di guardare oltre, sopra, sotto ed intorno al dato normativo, testuale o fattuale, v. MOCCIA, *op. cit.*, p. 981. Non concorda sul fatto che non si possa fare comparazione senza una conoscenza adeguata dei fattori politici, economici, sociali (in una parola, culturali) che stanno dietro l'evoluzione degli ordinamenti, GAMBARO, *Alcune novità in tema di comparazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 297 ss., spec., p. 299, e ciò perché ciascuna scienza sociale, ad avviso dell'a., è nata da un processo di dissociazione dei dati e di individuazione dei segmenti di propria competenza e, rinnegando questo processo, tutte le scienze sociali dovrebbero rifluire in una sola indistinta disciplina. Non posso qui approfondire il punto, ma è evidente che questa affermazione, che potrebbe ritenersi corretta, postula che sia pacifico il presupposto di partenza, ossia che il diritto sia una scienza sociale, il che potrebbe essere non così pacifico; se lo si ritenesse, come pare fare CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, cit., p. 207, una scienza politica, mi pare che ne deriverebbero corollari che lo renderebbero ora idoneo ed ora no ad essere ricompreso fra le scienze sociali e quindi a trasporre ad esso i relativi concetti.

(193) A prenderla alla lettera, dice GORLA, *op. cit.*, p. 941, è questa "un'impresa veramente disperata o assurda".

(194) Così letteralmente TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 1077.

Nel tentativo, quindi, di affrontare in modo il più possibile corretto lo studio del diritto processuale (e anche delle altre discipline giuridiche) da un punto di vista comparatistico, mi pare che le parole d'ordine potrebbero essere due: semplicità e semplificazione; la prima che riguardi essenzialmente il momento iniziale, quello dell'indagine; la seconda, invece, per il momento finale, quello della sistemazione, del riordino dei dati. "Semplicità" starebbe ad indicare l'indole dello sguardo, per lo più scevro da *pre-giudizi*, che dovrebbe animare l'aspirante comparatista; per ricorrere ad un paragone universalmente comprensibile, si potrebbe dire che chi guardi ad uno o a più ordinamenti diversi dal proprio a fini di comparazione dovrebbe guardare ad essi con la stessa ingenuità e fiducia con cui Cappuccetto Rosso guardava al lupo, ponendogli mille domande su cosa fosse questo o quello, e a cosa servisse; il finale di questo episodio centrale della favola è a tutti noto e in fondo non così peregrino nelle considerazioni che si stanno facendo, se si ritiene che il rischio che l'aspirante comparatista venga fagocitato dal sistema a lui ignoto dell'ordinamento estraneo che considera non sia poi così raro. Perché il paragone tenga fino in fondo, bisognerebbe capire a chi o a cosa far interpretare il ruolo liberatore del cacciatore: potrebbe essere un legislatore brillante o un'altra voce della dottrina ovvero una giurisprudenza particolarmente accorta che, partendo dall'analisi comparata, parzialmente corretta, compiuta dal personaggio principale, trovi l'aporia, la integri, la colleghi ad altri dati, o semplicemente sistemi in modo diverso quelli raccolti, elaborando un'ulteriore e più approfondita teoria. Perché è vero che qualcosa dovette cadere in testa a Newton per elaborare la teoria fisica della gravità, ma è anche vero che, da lì, molti decenni e molti studi sono trascorsi perché dal frutto che si staccò da un albero si arrivasse a portare un grave in orbita (e possibilmente a farlo rientrare). "Semplificazione", invece, lungi dall'essere un invito alla approssimazione o alla pressappocaggine, starebbe ad indicare la capacità di cogliere, nel magma di difformità (di cui occorre accertare la profondità o, all'opposto, la marginalità) e più o meno apparenti incongruenze, la filosofia di quella determinata politica del diritto, l'architettura del sistema, lo scheletro di quell'ordinamento; nell'intento, a seconda delle opinioni, di cercare linee di armonizzazione ovvero di mantenere, laddove sia opportuno, sane soluzioni divergenti.

La comparazione proficua appare dunque come forse la più ardua delle scienze; ma l'impresa va almeno tentata, se si crede che "la scienza in generale e la scienza del diritto in particolare non è un bene fatto per essere consumato a casa propria" (195).

21. *Similitudini, differenze e linee di tendenza rinvenibili negli ordinamenti considerati*

Le riflessioni svolte a volo d'uccello sugli ordinamenti giuridici presi in esame nelle pagine precedenti hanno confermato la perdurante attualità del rilievo di Tarzia il quale, un ventennio orsono, ebbe a notare come nelle esperienze straniere relative al sistema delle misure provvisorie siano rintracciabili tratti comuni, elementi unificatori, specie se gli ordinamenti vengono esaminati non staticamente ma nel loro sviluppo dinamico, nelle loro linee di tendenza (196).

Intanto, assunta come premessa l'attribuzione della qualifica di "cautelare" al solo provvedimento che presenti cumulativamente le caratteristiche della strumentalità necessaria rispetto ad un procedimento principale e la conseguente provvisorietà in dipendenza delle vicende di quest'ultimo (197), si può affermare che, fatta eccezione per l'ordinamento spagnolo, gli altri ordinamenti considerati non concepiscano la categoria "tutela cautelare" così delineata; essi, piuttosto, affrontano il problema della risoluzione di controversie che possano presentare un certo tasso di urgenza attraverso un altro sistema di provvedimenti, che possiamo chiamare idealmente "provvisori", i quali rivelano la loro utilità anche in una serie di ipotesi in cui è consentito raggiungere una decisione in tempi più rapidi della via ordinaria pur non essendovi la presenza di particolare urgenza nella fattispecie concreta.

(195) Cito da CARNELUTTI, *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, cit., spec. p. 16.

(196) V. TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 240 ss., spec. p. 241.

(197) Nello stesso senso v. COMOGLIO-FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 963 ss., spec. pp. 965 e 973.

La progressiva perdita di importanza del requisito dell'urgenza per accedere alle misure provvisorie è fenomeno diffuso ed in via di espansione, come ho già avuto modo di sottolineare con riguardo ai singoli ordinamenti verificati; ciò, evidentemente, contribuisce alla scoloritura di quel vago sapore cautelare che, comunque, era ravvisabile in alcune ipotesi, per lasciare invece spazio ad una intensificazione del loro carattere satisfattivo ed anticipatorio, intendendo per ora con questo termine l'idoneità di queste misure a dettare una disciplina indipendentemente dalla successiva pronuncia di un provvedimento a cognizione piena sul merito. Considerando infatti lo specifico aspetto del rapporto tra provvedimento provvisorio e giudizio di merito o principale, nel quadro dei modelli europei esaminati è possibile ravvisare un *trend* uniforme, sia pure in una certa varietà di sfumature, che si muove nel senso di una decisa attenuazione, per non parlare più realisticamente a livello pratico di vera e propria scomparsa, del legame tra i due momenti ⁽¹⁹⁸⁾.

Nell'ordinamento francese l'instaurazione del processo a cognizione piena non è necessaria né in punto di fatto, perché il ricorrente ottiene sovente una tutela satisfattiva già in sede di *procédure en référé*, né tantomeno in punto di diritto, perché non vi è alcuna norma del codice di rito francese che subordini l'efficacia e l'esecutività del provvedimento provvisorio alla promozione del processo principale entro un termine perentorio fissato dalla legge o dal giudice. Certamente le parti hanno sempre la possibilità di instaurare un processo a cognizione piena con tutte le garanzie in esso previste ed il cui giudice non è in alcun modo vincolato dalle statuizioni rese da chi abbia deciso la fase *en référé*. Tuttavia, se ciò è vero da un punto di vista teorico, nella prassi accade che nell'ottanta per cento dei casi alla procedura provvisoria non sia fatto seguire il giudizio principale ⁽¹⁹⁹⁾.

Considerando poi l'atteggiarsi del profilo della strumentalità nell'ordinamento tedesco, mi pare che si possa affermare che, nonostante siano rintracciabili alcune differenze particolari, l'impressio-

(198) In toni analoghi CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1380.

(199) V. per tutti C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., pp. 65-72; JOMMI, *Il référé provision*, cit., pp. 98-100.

ne che emerge da un'osservazione globale e a distanza sia analoga a quella evidenziata a proposito dell'ordinamento francese. La norma di cui al § 926, comma 1, ZPO, infatti, prevede che il processo principale debba essere iniziato entro un termine perentorio fissato dal giudice *ad hoc* solo se vi sia un'espressa istanza di parte in tal senso. A questa previsione generale ed astratta del legislatore fa eco, nella prassi, la tendenza dei giudici della fase provvisoria ad emettere provvedimenti che concedono al ricorrente una misura produttiva di effetti sostanzialmente identici a quelli che conseguono all'emanazione del provvedimento principale, così che, divenuto quest'ultimo superfluo, di regola neppure si avvia il processo che conduce alla sua pronuncia ⁽²⁰⁰⁾.

Se nell'ordinamento francese ed in quello tedesco il "provvisorio" ed il "principale" sono due procedimenti distinti, che appunto possono o meno seguire l'uno all'altro, nell'ordinamento inglese una particolarità più spiccata è rappresentata dal fatto che il "provvisorio" è un momento interno ad un unitario procedimento dalla struttura complessa, cui appartiene la stessa fase del c.d. *trial*. Se da un punto di vista strutturale può valere la pena di segnalare questa diversa sfumatura, dall'angolo visuale tanto teorico quanto pratico accade che non vi sia alcuna norma che imponga un passaggio obbligato dalla fase del *pre-trial* a quella del *trial* e che, anzi, la decisione sull'istanza per la pronuncia di un *interlocutory remedy* chiuda il processo in quanto, ritenendosi l'attore soddisfatto, reputa di non procedere oltre verso il *trial*, al quale peraltro potrebbe darsi luogo per volontà della controparte ⁽²⁰¹⁾. Mi sembra pertanto che si possa concludere nel senso per cui il rapporto di strumentalità tra provvedimento provvisorio e provvedimento principale non solo non è un rapporto necessario a livello di previsioni normative nei singoli paesi considerati, ma va rivelandosi sempre più evanescente anche dal punto di vista della concreta prassi fattuale.

(200) V. per tutti GOTTWALD, *op. cit.*, p. 207 ss.; CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 27 ss.

(201) Sul punto v. ANDREWS, *English civil procedure*, cit., p. 463 ss.; SIME, *op. cit.*, p. 492; TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, cit., p. 351.

Dalla caratteristica ora sottolineata deriva uno degli aspetti che, comparatisticamente parlando, mi paiono più interessanti in tema di misure provvisorie: ovvero la loro capacità, in diversi paesi ⁽²⁰²⁾, di definire la lite ⁽²⁰³⁾. La qual circostanza fa di essi provvedimenti sempre meno provvisori e sempre più decisori sommari. Tale prevalente stabilità, tuttavia, non si identifica con la cosa giudicata (che, in via di principio, si riconnette di regola ad una pienezza della cognizione che, invece, non è propria dei modelli stranieri esaminati); in alcuni ordinamenti (per esempio, nella *common law*), ciò accade perché il problema nella sostanza non si pone, in quanto l'istituto del giudicato non riveste un'importanza assimilabile a quella che ha, tradizionalmente, negli ordinamenti continentali; in altri paesi, invece, il problema viene risolto sovente già in via legislativa, lasciando aperti comunque spiragli per discordanti valutazioni dottrinali.

(202) V. in questo capitolo spec. §§ 6 e 7 per l'ordinamento francese, § 13 per il Regno Unito e § 16 per la corrispondente situazione nel sistema tedesco.

(203) Per questa ragione, sarebbe forse da ritoccare l'affermazione di MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo: criteri di giurisdizione e limiti alla circolazione*, in *Le discipline comunitarie relative al processo civile*, Atti del XXIII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Perugia, 28-29 settembre 2001, Milano, 2002, p. 223 ss., spec. p. 224, ove l'a., posto che in prospettiva comparatistica e comunitaria conviene parlare di "misure provvisorie" in quanto comprensive delle misure cautelari, facendo rientrare nella categoria tutte le misure che, a prescindere dalla presenza dell'urgenza, tutelano i diritti controversi, afferma che esse non forniscono "[...] nemmeno potenzialmente una soluzione definitiva della lite".

PARTE SECONDA

**QUALCHE NECESSARIA PREMESSA
FUNZIONALE AI RILIEVI CONCLUSIVI**

CAPITOLO III

ALCUNI SIGNIFICATIVI TASSELLI NEL PUZZLE DELLA TUTELA CAUTELARE ED ANTICIPATORIA

*La gente sottovaluta l'ampiezza
con cui il gioco entra
in ogni serio sforzo intellettuale.*

John Allen Paulos, *Penso, dunque rido*,
Milano, 2000, p. 33

1. *Il modello di provvedimento di cui agli artt. 23, d. lgs. n. 5 del 2003, e 669 octies c.p.c., rende necessario un ripensamento delle categorie generali?*

All'entrata in vigore delle disposizioni sul rito commerciale, riprese pressoché letteralmente in sede di nuova disciplina della cautela nel codice di rito, molti si sono chiesti se l'aver previsto un provvedimento *ab origine* cautelare, ma idoneo a sopravvivere indipendentemente dall'instaurazione di un giudizio principale o dalle vicende che dovessero colpire quest'ultimo, renda necessario ripensare alle categorie dogmatiche e generali del processo ⁽¹⁾: se il provvedimento cautelare non si contraddistingue più, come parrebbe dalle nuove norme in vigore, per i connotati della strumentalità e della provvisorietà, allora forse occorre rivedere l'impostazione tradizionale e approntare nuovi e diversi parametri distintivi della categoria "tutela cautelare", così che sia in grado di accogliere al suo

(1) V. per esempio CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1139.

interno anche le nuove realtà (oltre che a continuare a contemplare le precedenti) (2). Non solo, ma le riforme in esame codificano anche la categoria “provvedimento anticipatorio”, che fino ad allora aveva trovato usbergo soltanto a livello dottrinale e giurisprudenziale, rendendo così opportuna, per non dire necessaria, una disamina anche di quest’ultima.

Il tema, evidentemente, è ampio e richiede che siano prese in considerazione criticamente, anche da un punto di vista storico-dottrinario, le posizioni della letteratura più significativa in argomento; tuttavia, è forse utile anticipare sinteticamente alcune conclusioni parziali, che saranno poi definitivamente completate nelle pagine finali. A mio avviso, il provvedimento enucleato dal legislatore all’art. 23 del decreto sul processo commerciale e al nuovo art. 669 *octies* c.p.c. non è qualificabile, nemmeno *ab origine*, come “provvedimento cautelare”, trattandosi piuttosto di un provvedimento di cognizione, tipicamente sommaria, la cui natura definirei “mista”, per così dire, tra i provvedimenti di cui al secondo libro e quelli di cui al quarto libro del codice di rito, a contenuto e a funzione anticipatoria, potenzialmente idoneo (in presenza di certe caratteristiche) anche ad acquisire la definitività propria della cosa giudicata in senso sostanziale, diversamente da come peraltro prevedono allo stato attuale le norme di riferimento. Quasi ogni singola parola del periodo verbale precedente richiede di essere giustificata; questo sarà l’oggetto delle pagine e dei capitoli che seguono.

2. *Le posizioni della dottrina in tema di tutela cautelare*

Nella letteratura giuridica in argomento sono rintracciabili numerosi scritti e definizioni di quel particolare e fondamentale settore della tutela giurisdizionale che viene indicato comunemente come “tutela cautelare”. Essa, peraltro, non è identificabile in modo univoco in base alla funzione svolta perché, se si ritiene che essa consista nel tentativo di ridurre lo scarto tra utilità assicurate dal diritto

(2) V. *ex multis*, MENCHINI, *Il giudizio sommario*, cit., p. 1097 ss.; LUPOLI, *op. cit.*, p. 2452; CECHELLA, *op. cit.*, p. 1139 ss.

sostanziale e utilità che saranno conseguibili attraverso il processo, si deve riconoscere che tale funzione non è ad essa esclusiva, essendo assolta da diversi altri istituti del diritto, sia sostanziale che processuale ⁽³⁾. È pertanto necessario individuarne altri tratti idonei ad isolarla nel mare giuridico in modo netto ⁽⁴⁾.

Intanto, è opportuno ricordare che la configurabilità della tutela cautelare come categoria autonoma rispetto alla cognizione e all'esecuzione non è sempre stata così pacifica, come verrebbe fatto di pensare essendo stata acquisita, anche a livello normativo, la ormai classica tripartizione chiovendiana. È nota la posizione di Allorio e di Liebman che, riconosciuti nell'accertamento e nell'esecuzione gli scopi fondamentali del processo, ritenevano fuorviante l'enucleazione di un *tertium genus* il cui contenuto, sostanzialmente, poteva ricondursi e ridursi agevolmente alle prime due attività ⁽⁵⁾.

Volendo anticipare in modo sintetico posizioni che saranno esaminate poi più da vicino, si potrebbe dire subito che in dottrina si ravvisano essenzialmente due opinioni in tema di tutela cautelare ⁽⁶⁾. Secondo una prima impostazione, maggioritaria, è decisiva per qualificare una misura come cautelare la circostanza che essa presenti una struttura caratterizzata dalla provvisorietà del provvedimento e, soprattutto, dalla sua strumentalità rispetto al merito ⁽⁷⁾;

(3) Lo nota PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., pp. 2-3.

(4) V. l'approfondita ricostruzione compiuta in argomento da RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di CHIARLONI-CONSOLO, Torino, 2005, p. 28 ss.

(5) V. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, p. 18 ss., spec. p. 18; e LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1954, p. 248 ss., spec. p. 248 e p. 254, ove l'a. afferma che, se guardando al contenuto dell'attività del giudice cautelare è debole l'enucleazione di essa come *tertium genus*, così non sarebbe guardando allo scopo perseguito dall'atto finale cui il processo è diretto, onde la terzietà della cautela rispetto alla cognizione e all'esecuzione sarebbe ravvisabile nella sua funzione ausiliaria e strumentale rispetto ad un processo principale.

(6) Riporto l'efficace ricostruzione di SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA.VV., a cura di TARZIA, *Il processo cautelare*, cit., pp. 535-536.

(7) Fra gli esponenti di questo schieramento, v. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 33, ove l'a. definisce cautelari i provvedimenti che sono, al

un'altra e minoritaria impostazione ritiene invece decisiva la destinazione del provvedimento a prevenire il pericolo da tardività, onde un provvedimento sarebbe cautelare quando possieda due requisiti, la provvisorietà e la funzione conservativa o anticipatoria della soddisfazione del diritto controverso ⁽⁸⁾.

La prima impostazione, ancora attualmente dominante, è quella che ritiene a tutt'oggi applicabile l'elaborazione risalente a Piero Calamandrei, che inquadrò nella strumentalità, e in quel suo necessario corollario che è la provvisorietà, i tratti distintivi del provvedimento cautelare ⁽⁹⁾. Tali provvedimenti, infatti, scriveva il maestro fiorentino, “[...] non sono mai fine a sé stessi, ma sono *immancabilmente* preordinati all'emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definiti-

contempo, sommari, funzionali all'effettività della tutela giurisdizionale principale, provvisori e rigidamente strumentali rispetto al merito; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 688 ss., spec. p. 732.

(8) Il richiamo in prima battuta alla provvisorietà è decisivo per MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 428.

(9) CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., 1998, p. 11, ritiene “la griglia concettuale elaborata da Calamandrei nel 1936 ancora perfettamente aderente allo spirito che informa il nuovo procedimento cautelare uniforme e l'idea di cautela ad esso sottesa”. Di diverso avviso è GASPARINI CASARI, *Introduzione allo studio della tutela cautelare nei confronti della P.A.*, Modena, 1982, spec. pp. 7-40, ove l'a. smantella, a suo avviso, la costruzione di Calamandrei, il quale, nonostante incorra in varie aporie messe in luce dall'a., “tuttavia aveva esattamente intuito come il vero tratto distintivo e comune dei provvedimenti cautelari stesse nella loro funzione di neutralizzare gli effetti negativi che possono derivare dal tempo occorrente per l'espletamento della funzione giurisdizionale [...]”. Lascerei al tempo le considerazioni del caso, visto che la migliore dottrina processualcivilistica riconosce la perdurante attualità, dopo settant'anni, del testo del maestro fiorentino, mentre l'opera ora ricordata, dopo appena un ventennio, è divenuta totalmente superata, v. per esempio p. 185 ss., quando l'a. passa a trattare la tutela cautelare nei confronti della p.a.; non si dia la colpa alle riforme legislative intervenute nel settore della giustizia amministrativa, perché non inferiori (anzi!) per numero e qualità sono le riforme che hanno interessato il codice di rito civile dal 1936 ad oggi. È solo merito della teoria generale del diritto, che Calamandrei era in grado di fare e che, forse troppo ingenuamente, si è creduto di poter soppiantare.

vo [...]”⁽¹⁰⁾. Da questa loro caratteristica, la strumentalità appunto ad un provvedimento principale, discende (e non viceversa), la loro intrinseca provvisorietà, cioè la loro idoneità a produrre effetti limitatamente a quel periodo di tempo che dovrà trascorrere tra l’emanazione del provvedimento cautelare e la pronuncia del provvedimento ulteriore che, comunemente, chiamiamo provvedimento definitivo, idoneità cui corrisponde, dunque, la loro inidoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso ⁽¹¹⁾.

Nel brano riportato da Calamandrei ho sottolineato l’avverbio “immancabilmente” che aggettiva la preordinazione del provvedimento cautelare al provvedimento principale perché, come accennai nel primo capitolo di questo lavoro, caratteristica indefettibile del provvedimento cautelare è, a mio avviso, appunto la necessaria, l’immancabile preordinazione del provvedimento cautelare all’emanazione di un provvedimento principale cui il primo è strumentale ⁽¹²⁾; preordinazione necessaria che quindi si traduce, in ipotesi di misura cautelare richiesta *ante causam*, nell’onere di instaurazione entro un termine perentorio del relativo giudizio principale e nell’inevitabile

(10) V. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., p. 21. La strumentalità è caratteristica distintiva delle misure cautelari anche per PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 5; per ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 65 ss., spec. c. 67 per la qualificazione della strumentalità come “comun denominatore”, eccezion fatta per i provvedimenti di istruzione preventiva, dei provvedimenti in discorso; e per RECCHIONI, *op. cit.*, p. 9, che definisce la “natura servente” della cautela come una delle sue principali ed insopprimibili caratteristiche.

(11) V. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, pp. 10-11; PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, p. 5. Quest’ultimo a. fa poi una precisazione, sulla quale non mi trovo d’accordo; afferma, infatti, che la provvisorietà è propria del provvedimento cautelare e non dei suoi effetti perché, se l’esito del giudizio di merito conferma la misura cautelare, gli effetti di questa si acquisiscono definitivamente. Mi pare, tuttavia, che in un’ipotesi siffatta, non siano gli effetti della misura cautelare a divenire definitivi quanto, piuttosto, quelli del provvedimento di merito, il cui contenuto conferma in senso positivo quanto delibato provvisoriamente dal giudice cautelare.

(12) Concordo quindi con TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, 1983, p. 42, quando l’a. afferma che “se viene meno un qualsiasi vincolo di preordinazione e quindi di strumentalità con la tutela definitiva, il provvedimento cessa di essere cautelare”.

assoggettamento alle vicende di quest'ultimo del provvedimento cautelare, come prevedeva la disciplina del rito cautelare uniforme quale risultante dalla riforma operata nel 1990 ed in via esclusiva fino alle modifiche recentemente introdotte dalla l. n. 80 del 2005 ⁽¹³⁾. Laddove tale strumentalità non sia necessaria ma meramente eventuale, ipotetica, e dunque il provvedimento possa produrre effetti indipendentemente dall'instaurazione o dall'estinzione di un giudizio principale, esso si colloca teoricamente e tecnicamente al di fuori della categoria "provvedimento cautelare" ⁽¹⁴⁾.

Certa dottrina ha sostenuto che, al fine di fissare una nozione univoca e salda di provvedimento cautelare ⁽¹⁵⁾, occorrerebbe avere riguardo, oltre che alla provvisorietà del provvedimento, alla circostanza che esso sia chiaramente sorretto dalla funzione di assicurare, rispetto ai pregiudizi cui sono esposti, i diritti soggettivi o i rapporti giuridici nelle more del tempo occorrente per il dispiegarsi della loro

(13) V. per tutti PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, pp. 22-23, sulla disciplina introdotta dalla l. n. 353 del 1990 agli artt. 669 *octies* e 669 *novies* c.p.c., i quali ribadiscono (*rectius*, ribadivano) "la rigida strumentalità cui da sempre è improntata la disciplina dei provvedimenti cautelari"; analogamente, parla di "stretta strumentalità", MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 406. Considerando questo profilo a proposito di provvedimenti ai sensi dell'art. 2409 c.c. (prima della riforma sostanziale del diritto societario), GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, spec. pp. 124-128, escludeva la natura cautelare di tali provvedimenti sulla base della considerazione che, per essi, è del tutto assente quel nesso di strumentalità che impone, pena l'inefficacia dei provvedimenti emessi dal tribunale, l'instaurazione del giudizio di merito entro un termine perentorio.

(14) Più recentemente rispetto a molta dottrina classica richiamata alle note precedenti, ritiene oggi che strumentalità e provvisorietà siano "connotati essenziali della tutela cautelare" anche RUFFINI, *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante "modifiche urgenti al codice di procedura civile" e nella legge delega per la riforma del diritto societario*, cit., p. 205. Del medesimo avviso pare anche RECCHIONI, *op. ult. cit.*, p. 38, ove l'a. afferma che nonostante la funzione strumentale della cautela sia stata oggetto di critiche, e i recenti sviluppi normativi paiano mettere in discussione questa caratteristica, "non è possibile superare questo ineliminabile tratto identificativo della tutela cautelare".

(15) Nozione che per VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 432 ss., spec. c. 440, è stata normativamente fissata dal procedimento uniforme quale risultante dalla disciplina introdotta dalla l. n. 353 del 1990, che tra l'altro avrebbe accentuato il profilo della strumentalità.

tutela giurisdizionale ordinaria; soltanto questa nozione, fortemente venata anche dall'elemento funzionale e dalla svalutazione dell'elemento strutturale dato dalla c.d. strumentalità rispetto al merito, consentirebbe di evitare formalistiche ed arbitrarie discriminazioni nell'individuare ciò che sia o non sia provvedimento cautelare⁽¹⁶⁾. Questa dottrina, pur autorevole, non mi trova d'accordo. Innanzitutto, è stato ampiamente notato come la funzione sopra evidenziata non sia in grado di isolare in modo esclusivo il provvedimento cautelare da altri istituti del diritto, sostanziale e processuale, che hanno la medesima funzione⁽¹⁷⁾; secondariamente, l'elemento strutturale della c.d. strumentalità rispetto al merito non può essere "svalutato", almeno finché è previsto dalle norme di diritto positivo per la disciplina cautelare generale⁽¹⁸⁾. L'intervento del legislatore, che ha portato all'eliminazione del nesso di strumentalità necessaria tra provvedimento

(16) Così MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 428. Concorde con Merlin, VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, pp. 106 e 126 ss.

(17) Il tema "struttura/funzione" del provvedimento a fini classificatori e di inquadramento è assai vasto. Sulla necessità, per enucleare classi omogenee, di guardare non solo all'elemento strutturale del processo ma anche a quello funzionale, cioè allo scopo che esso è chiamato ad assolvere all'interno del sistema di tutela dei diritti, v. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 1097; sottolinea l'importanza dell'elemento della struttura, PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., pp. 3-5; CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, pp. 60-63, afferma che "è un dato acquisito che nello studio degli istituti non sia possibile arrestarsi alla funzione, perché spesso la stessa funzione è assolta da istituti diversi, ma sia necessario riferirsi anche al loro modello strutturale [...] per non correre il rischio di sostituire arbitrariamente le considerazioni funzionali dell'interprete a quelle che sono state obiettivamente trasfuse dal legislatore nelle norme".

(18) Osserva SALETTI, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA.Vv., a cura di TARZIA, *Il processo cautelare*, cit., p. 538, che alla luce delle nuove norme del rito societario che allentano il vincolo di strumentalità, argomentare che una misura, per essere cautelare, debba essere strutturalmente subordinata al merito, appare un dato non più particolarmente probante. L'affermazione non mi pare condivisibile, perché non ritengo che lo studioso possa basarsi su una riforma posta in essere dal legislatore, benché complessivamente accolta in modo positivo ma non certo esente da critiche anche per ciò che riguarda questo specifico ambito, per mettere in discussione categorie teoriche e dogmatiche su cui si studia da secoli.

provvisorio e decisione di merito, pur essendo per molti aspetti degno di apprezzamento dal punto di vista pratico, ha portato il modello di provvedimento così strutturato, dal punto di vista teorico, al di fuori della categoria “provvedimento cautelare” (19).

Altra caratteristica indefettibile della tutela cautelare, mancando la quale siamo ancora una volta, a mio avviso, al di fuori del relativo ambito, è l’urgenza, intesa nelle sue variamente colorate, ma complementari sfumature, di urgenza nel provvedere e di urgenza di riparare a o prevenire un pregiudizio imminente (20). Questo ele-

(19) PROSEGUE MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 430, affermando che la strumentalità è connotato essenziale della tutela cautelare solo se intesa in senso “funzionale”, quale preordinazione all’emanazione di un successivo provvedimento definitivo di cui si assicurano o si anticipano i prevedibili effetti, mentre la “strumentalità strutturale”, che si concreta nella indefettibile concatenazione temporale della vitalità della misura con la imminente o contemporanea pendenza del giudizio in cui è destinato ad essere emesso il provvedimento principale, è invece una caratteristica riflessa nella disciplina positiva ma che non appare essenziale alla nozione teorica di provvedimento cautelare. Questi rilievi non mi trovano d’accordo, oltre che per le ragioni già espresse sopra nel testo anche per il fatto che, concependo il provvedimento come non necessariamente vincolato, anche temporalmente, ad un altro provvedimento definitivo, oltre all’elemento caratteristico della strumentalità propriamente e rigidamente intesa, verrebbe anche meno quello della provvisorietà, trattandosi di un provvedimento suscettibile, se non caducato o sostituito da un provvedimento definitivo, di produrre effetti *sine die*. Con ciò, dunque, negando le due caratteristiche che, da Calamandrei alla maggioritaria dottrina contemporanea, costituiscono il *proprium* della cautela. Fra gli altri v., efficacemente, VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, cit., c. 440, ove l’a. collega il profilo della strumentalità a quello della destinazione del provvedimento ad esaurire la sua efficacia, affermando che, se fosse altrimenti, non ci si troverebbe più di fronte a cautele ma a forme di tutela di tipo sommario.

(20) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., p. 15 ss. e p. 53 ss. sul *periculum* proprio della cautela, spec. p. 15, afferma che, dopo la strumentalità, il pericolo è “la chiave per raggiungere una definizione esauriente dei provvedimenti cautelari”. Ancora CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 249, qualifica i provvedimenti cautelari come “misure speciali determinate da pericolo od urgenza [...]”. Sulla nozione del *periculum in mora* come “variabile dipendente” del *fumus boni iuris*, nel senso che il *periculum* non può mai esistere una volta che si sia negata l’esistenza del *fumus* (“variabile indipendente”), la valutazione della cui esistenza è logicamente anteriore rispetto a quella sul *periculum*, v. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 29 ss., spec. p. 36.

mento assume anzi, ai fini delle conclusioni che vorrei poi trarre, una importanza spiccata. Già Proto Pisani, infatti, aveva notato come sia proprio l'urgenza a costituire il limite, la soglia, tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria non cautelare⁽²¹⁾. Soglia che, a mio avviso inopportuno, il legislatore interno ha deciso di non varcare nella riforma varata ad inizio 2003 e poi estesa al codice di rito due anni dopo, coniando un provvedimento che affonda le sue radici nella formula "provvedimenti d'urgenza ed altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito", così limitando l'ambito della nuova disciplina soltanto a provvedimenti che contemplino l'urgenza fra le condizioni per la concessione, in palese difformità, fra l'altro, rispetto a quanto accade più frequentemente nel panorama comparatistico a corto raggio⁽²²⁾. Ma su questo aspetto tornerò in sede di conclusioni.

Essendo la tutela cautelare ancillare rispetto al risultato di un diverso ed ulteriore provvedimento c.d. principale, la dottrina si è trovata divisa sull'ammissibilità della cautela, specie quando questa avesse contenuto non meramente conservativo, in ordine a qualsivoglia tipo di provvedimento principale, che, quando abbia natura di cognizione, può tradursi tanto in una tutela di tipo dichiarativo, quanto costitutiva, come pure di condanna. Nella dottrina maggioritaria e nella prassi è diffusa la convinzione che il giudice possa pronunciare misure cautelari volte ad anticipare gli effetti di qualunque tipo di sentenza di cognizione⁽²³⁾, ma il tema richiede che vi si soffermi brevemente. Se praticamente nessuno ha dubbi sul fatto che si possano anticipare cautelatamente gli effetti della tutela di condanna⁽²⁴⁾, molti ed autorevoli sono invece i

(21) V. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 9.

(22) V. in particolare al cap. II, par. 21.

(23) V. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 19.

(24) Anzi, la tutela urgente troverebbe nelle azioni di condanna il suo terreno d'applicazione più congeniale, v. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 248. Sulla funzione della tutela di condanna, volta non solo a eliminare repressivamente gli effetti della violazione già compiuta, ma anche ad impedire preventivamente la violazione o la continuazione della violazione della posizione soggettiva, v. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss., spec. p. 1161.

dubbi e le voci di dissenso quando si parli di tutela di mero accertamento o costitutiva ⁽²⁵⁾.

Riguardo alla tutela dichiarativa, parte della dottrina ha rilevato come vi siano in giurisprudenza molti casi di provvedimenti urgenti che non anticipano l'effetto dichiarativo della sentenza di merito, bensì la condanna a non fare quanto l'accoglimento della domanda di mero accertamento mostrerà essere illegittimo fare. Ad avviso di questa dottrina, il carattere strutturalmente provvisorio della tutela urgente non sarebbe di per sé ostacolo alla anticipazione dell'effetto dichiarativo ⁽²⁶⁾.

Quanto alla tutela costitutiva, parte della dottrina ritiene che la cautela sia ammissibile rispetto ad essa, in quanto tutela cautelare dell'aspettativa del verificarsi di quel mutamento che ha il proprio titolo nella sentenza, onde la tutela urgente sarebbe data contro il pericolo del verificarsi o del ripetersi di fatti che ostacolano il soddisfacimento dell'interesse pratico alla cui realizzazione è preordinata l'azione costitutiva ⁽²⁷⁾. Altri, invece, ritengono che una tutela cautelare anticipatoria rispetto ad una sentenza di merito costitutiva sia possibile solo quando la sentenza sia retroattiva, dunque idonea a produrre il mutamento della realtà esistente con efficacia *ex tunc* ⁽²⁸⁾. Considerato che in materia di diritti disponibili le sentenze costitutive sono sempre retroattive, per esse è quindi sempre possibile una tutela cautelare anticipatoria; diverso sarebbe, invece, in mate-

(25) V. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 19 ss., spec. p. 27, ove l'a. conclude che, al di là dei profili teorici, di fatto la tutela di mero accertamento e quella costitutiva sono cumulate spesso con domande di condanna alle quali la cautela è funzionale più che all'anticipazione dell'effetto costitutivo o di mero accertamento.

(26) Questa la posizione di TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 256 ss., spec. p. 257.

(27) V. TOMMASEO, *op. ult. cit.*, p. 260 ss., spec. p. 263; PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1991, XXV, p. 1 ss., spec. pp. 15-16, ove l'a. sottolinea che di solito in queste ipotesi il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto l'anticipazione del provvedimento costitutivo quanto della soddisfazione degli obblighi consequenziali e la giurisprudenza risponde affermativamente a queste domande.

(28) Così LUIO, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 289.

ria di diritti indisponibili, perché in essa le sentenze costitutive possono essere irretroattive, pertanto in tal caso una tutela anticipatoria non sarebbe possibile ⁽²⁹⁾. Altri ancora, infine, propendono per la tendenziale non anticipabilità cautelare della modificazione sostanziale che solo può essere prodotta dal giudicato costitutivo ⁽³⁰⁾. A mio avviso, sul tema si potrebbe affermare che altro è l'anticipazione della modificazione che sarà attuata dal provvedimento costitutivo ed altro è l'anticipazione degli (o di alcuni degli) effetti che da quella modificazione potranno (e in via anticipatoria possono già) scaturire; per dirla con un esempio, la servitù di passaggio sul fondo sarà costituita solo attraverso la sentenza costitutiva che l'avrà ad oggetto, ma la facoltà del titolare del fondo intercluso di transitare sul fondo confinante potrà essere anticipata fin da subito.

3. *Tutela cautelare conservativa e tutela cautelare anticipatoria: talvolta come Caino e Abele e talaltra come due sorelle siamesi?*

Fra le varie distinzioni proposte in tema di tutela cautelare, senza dubbio una delle più significative dal punto di vista teorico e dogmatico e, attualmente, anche dal punto di vista pratico, è quella che opera la *summa divisio* delle misure cautelari in provvedimenti aventi contenuto conservativo, da una parte, e provvedimenti aventi contenuto anticipatorio, dall'altra ⁽³¹⁾.

La migliore e più risalente dottrina affermava che il provvedimento cautelare è "conservativo" quando si ha di fronte uno stato di fatto che potrebbe mutare e rendere infruttuosa l'efficacia pratica del provvedimento principale, onde il provvedimento cautelare mira a conservare quello stato; mentre è "innovativo" il provvedimento cautelare

(29) V. LUISO, *op. ult. cit.*, p. 290.

(30) È la posizione di CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 302.

(31) Nota ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, p. 9, che nel c.p.c. del 1865 trovava spazio soltanto la figura dei c.d. "provvedimenti conservatori" (ovvero, sequestro giudiziario e sequestro conservativo, denuncia di nuova opera e denuncia di danno temuto).

che tende ad operare, in via provvisoria e anticipata, quegli effetti costitutivi che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili⁽³²⁾. Il termine innovativo, a differenza dell'attributo anticipatorio, non è a mio avviso sempre idoneo ad identificare correttamente questo tipo di provvedimenti, perché può accadere che, concretamente, un provvedimento abbia contenuto e funzione anticipatori, ma non innovi materialmente la realtà sostanziale. Pensiamo, per esempio, al ricorrente che venga a conoscenza del fatto che altri sta per mettere in circolazione prodotti contrassegnati con un marchio contraffatto o immagini lesive di un suo diritto personalissimo o ad altre ipotesi assimilabili; la parte si rivolgerà al giudice chiedendogli di emettere un provvedimento che ingiunga alla controparte di non immettere sul mercato quel materiale potenzialmente idoneo a danneggiare l'istante. In sé il contenuto del provvedimento, se eseguito, non è atto a modificare materialmente la realtà sostanziale, quindi, pur anticipando il contenuto di un successivo provvedimento principale, non è materialmente innovativo.

A prescindere dai dissensi terminologici, tuttavia, ciò che importa è che proprio il nesso di strumentalità si connoterebbe in modo differente a seconda che il provvedimento cautelare abbia natura conservativa o anticipatoria; nel primo caso, infatti, la misura cautelare non regola in alcun modo il merito del rapporto sostanziale controverso, limitandosi a cristallizzare la situazione di fatto e ad approntare mezzi per agevolare la formazione o l'esecuzione della decisione di merito (concretamente, in queste ipotesi l'istante cautelare è disposto ad attendere, ma vuole solo assicurarsi, attraverso il provvedimento, che la sua attesa non sarà vana, così che si dice che la misura cautelare mira ad arginare il c.d. pericolo da infruttuosità); nel secondo caso, invece, la misura cautelare consisterebbe proprio in una decisione anticipata

(32) V. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., pp. 26-27; PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 6. Concorro, come avrò modo di spiegare meglio oltre, con VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 7, il quale ritiene che la distinzione fatta da Calamandrei tra provvedimenti conservativi e provvedimenti innovativi, che poi la dottrina successiva avrebbe detto anticipatori, mantenga ancora oggi la sua validità. Recentemente, sulla natura innovativa della conservazione, v. le interessanti riflessioni di RECCHIONI, *op. cit.*, p. 11.

e provvisoria del merito ⁽³³⁾, destinata a durare finché a questo regolamento provvisorio non si sovrapporrà, sostituendolo, il regolamento stabile conseguibile attraverso il processo ordinario (in queste fattispecie, invece, ciò che l'istante cautelare vuole evitare è proprio l'attesa, al termine della quale il provvedimento cautelare, anche se favorevole, potrebbe non essere di alcun giovamento; la misura, si dice, mira a rispondere al c.d. pericolo da tardività) ⁽³⁴⁾.

La qual circostanza comporta, da un lato, che il rapporto di collegamento strumentale tra cautela e decisione di merito sia indispensabile in ipotesi di cautela conservativa, a nulla servendo quest'ultima *ex se* al ricorrente; laddove invece, dall'altro lato, la tutela cautelare anticipatoria, non limitandosi a congelare la situazione di fatto bensì approntando un regolamento, ancorché provvisorio, del rapporto giuridico controverso, presenta un nesso strumentale meno rigido con la corrispondente tutela di merito, al contenuto della cui decisione finale la soluzione fornita in sede cautelare anticipatoria presumibilmente molto si avvicina ⁽³⁵⁾. E ciò spiega, evidentemente, perché solo per i provvedimenti cautelari c.d. anticipatori il legislatore abbia previsto che possano non essere seguiti dal processo principale.

Se, senza dubbio, sono ravvisabili in modo pressoché certo alcune ipotesi nelle quali un dato tipo di provvedimento è o anticipatorio o con-

(33) Sulla cautela anticipatoria come "la forma più perfetta di cautela", in quanto anticipa provvisoriamente la decisione nel merito, v. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1020 ss., spec. p. 1043.

(34) Così CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., pp. 38-39 e p. 58. L'a. conclude constatando l'evidente "vicinanza concettuale di questo gruppo di provvedimenti cautelari ai c.d. accertamenti con prevalente funzione esecutiva", specificando subito tuttavia che rispetto a questi sussiste un carattere distintivo fondamentale. Su questo punto tornerò criticamente in un paragrafo *ad hoc* più oltre.

(35) V. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 41. Per l'a. rientrerebbe in questa categoria, dunque, anche il sequestro liberatorio, in quanto mira ad anticipare gli effetti sostanziali della liberazione del debitore. Sulla funzione anticipatoria del provvedimento cautelare che miri ad un assetto della situazione di fatto che in tutto o in parte anticipi quella che una delle parti pretende dover essere la situazione definitiva, v. anche VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in AA.Vv., *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bari, 4-5 ottobre 1985, Rimini, 1986, p. 81 ss., spec. p. 84.

servativo *tout court* (si pensi, per esempio e rispettivamente, alla finalità essenzialmente conservativa dei sequestri e, di contro, alla natura squisitamente anticipatoria delle misure che dispongono un pagamento in via provvisoria, come accade sovente in materia di prestazioni pecuniarie alimentari), vi sono tuttavia una serie di ipotesi nelle quali la natura anticipatoria e quella conservativa della misura si fondono, non rendendo semplice (e forse neppure necessaria) la distinzione tra i due momenti ⁽⁵⁶⁾. Così è stato affermato, tanto per fare un esempio, a proposito dell'istruzione preventiva ⁽⁵⁷⁾; che, tuttavia, possiamo lasciare qui da parte perché non è indispensabile funzionale agli specifici profili di questo studio in quanto, anticipatoria o conservativa che sia ritenuta, non è misura idonea a definire *ex se* il rapporto giuridico in ordine al quale può essere utilizzata e quindi ad acquisire aspetti di indipendenza rispetto al giudizio di merito e di stabilizzazione, concernendone in fondo l'aspetto "meramente" probatorio.

Di ben altra importanza sono invece le considerazioni che possono farsi pensando ad altri provvedimenti cautelari onde indagarne la natura conservativa od anticipatoria; mi riferisco ora, evidentemente, alla tutela urgente. Il punto è tanto più interessante in quanto sia l'art. 23, d. lgs. n. 5 del 2003, che l'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c., eliminano il rapporto di strumentalità necessaria riferendosi fra l'altro, generalmente, ai "provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700". Ciò costituisce argomento del paragrafo che segue.

4. *I "provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c." che possono dichiarare l'indipendenza rispetto al giudizio principale*

Con riferimento all'istituto dei provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., la dottrina ha espresso diverse e talvolta inconci-

(36) Lo notano, fra gli altri, specie con riferimento ai provvedimenti d'urgenza, CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 680 ss., spec. p. 711; VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 9; MONTESANO, *Problemi attuali e riforme opportune dei procedimenti cautelari e in specie d'urgenza nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 217 ss., spec. p. 221.

(37) V. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 7.

liabili opinioni. Da parte di alcuni autori, se ne è affermata l' idoneità ad incidere sul rapporto dedotto sia in senso innovativo che di mera conservazione, e ciò perché i provvedimenti d'urgenza non perseguirebbero la finalità di necessaria e strutturale anticipazione della tutela cognitiva principale, bensì la diversa funzione di assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione di merito, funzione che ben può essere assolta tanto attraverso una misura a contenuto anticipatorio quanto attraverso una misura di natura conservativa⁽³⁸⁾. Si pensi, tanto per citare un caso di provvedimento d'urgenza a contenuto e a funzione genuinamente conservativi, alla classica ipotesi del sequestro disposto ex art. 700 c.p.c. in tutti i casi in cui non possano essere utilizzati i sequestri tipici (per esempio, il sequestro di materiale lesivo di diritti personalissimi e messo in circolazione, il sequestro a tutela di invenzioni non brevettate o di marchi non ancora ottenuti, e via dicendo)⁽³⁹⁾. Ad avviso di questa dottrina, infatti, funzione della tutela urgente sarebbe quella di assicurare, e non di soddisfare, la pretesa sostanziale del ricorrente, introducendo un regolamento provvisorio del rapporto, senza così risolvere in via sommaria ed anticipata la controversia⁽⁴⁰⁾. Corollario di ciò è che, mentre la tecnica dell'anticipazione ha come punto di riferimento e limite necessario il contenu-

(38) V. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 49; ID., *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 585 ss., spec. p. 587 ss.; VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 10, per cui dottrina maggioritaria e giurisprudenza concordano sul fatto che i provvedimenti d'urgenza possano avere sia un contenuto conservativo che anticipatorio; FAZZALARI, *Profili della cautela*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1 ss., spec. p. 8, ove per l'a. il provvedimento d'urgenza è anticipatorio solo quando l'unica misura che si presenti atta a salvaguardare il diritto sia quella stessa che dovrebbe essere largita dal provvedimento di merito.

(39) V. questi ed altri esempi in VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 12, ove l'a. afferma che alle misure ex art. 700 c.p.c. pronunciate in questi ed in altri casi analoghi si deve riconoscere contenuto e funzione genuinamente conservativi. Anche per MONTESANO, *Problemi attuali e riforme opportune dei procedimenti cautelari e in specie d'urgenza nel processo civile italiano*, cit., p. 221, il provvedimento d'urgenza può avere un contenuto meramente conservativo (come accade, per esempio, nell'ipotesi del provvedimento che ordini il blocco della circolazione di un prodotto a garanzia di un patto di non concorrenza).

(40) V. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 58.

to del provvedimento anticipato, la diversa tecnica dell'assicurazione può svilupparsi ed operare in spazi ben più ampi rispetto alla prima, perché mira ad approntare i rimedi idonei ad evitare il pregiudizio che minaccia la posizione giuridica da assicurare ⁽⁴¹⁾.

Tuttavia, è importante notare che la cautela atipica a funzione conservativa non si presenta come un fenomeno omogeneo se si guarda alla struttura dei provvedimenti riconducibili ad essa, perché in questa categoria sarebbero ravvisabili due tipi di pronunce: da una parte, le misure che tendono a mantenere immutato lo stato di fatto per tutta la durata del procedimento ordinario, avvalendosi della tecnica dell'anticipazione; dall'altra, misure che perseguono la medesima finalità, ma attraverso mezzi puramente conservativi ⁽⁴²⁾. Sarebbe questo il caso del provvedimento inibitorio provvisorio che miri a conservare uno stato di fatto: in questa ipotesi, la misura anticipa, attraverso l'ordine di astenersi dal compimento di atti pregiudizievoli, gli effetti di una futura sentenza di condanna ad un'inibitoria finale, così che in tutte le ipotesi siffatte l'inibitoria provvisoria, pur rispondendo ad una funzione genericamente conservativa, è strutturata con la tecnica dell'anticipazione ⁽⁴³⁾. È importante soffermarsi su questo punto; come ha osservato compiutamente la dottrina che ora ricordavo, il provvedimento inibitorio provvisorio che abbia conte-

(41) V. ARIETA, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 591-592.

(42) Così VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 15 e, precedentemente, p. 10, ove l'a. afferma che, per dottrina maggioritaria e giurisprudenza, i provvedimenti d'urgenza possono assumere un contenuto che può essere sia conservativo che anticipatorio.

(43) TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 197, propone questo come esempio di provvedimento d'urgenza a contenuto conservativo. V. ivi p. 199 ss. per altri esempi di provvedimenti urgenti che dispongono misure conservative (fra cui, la nomina di un amministratore giudiziario). Anche RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, pp. 147-148, afferma che la tutela urgente presenta contenuto anticipatorio solo ove ciò sia richiesto dal tipo di *periculum* che l'istante tende a scongiurare mentre, ove questo non si verifichi, anche i provvedimenti urgenti possono svolgere una funzione tipicamente conservativa; a questa funzione si rivelerebbe particolarmente idonea, ad avviso dell'a., l'inibitoria provvisoria ex art. 700 c.p.c., rispetto a provvedimenti finali sia di condanna che costitutivi che dichiarativi.

nuto condannatorio all'astensione da un certo comportamento, se ad un'osservazione superficiale potrebbe essere ritenuto provvedimento a contenuto ed a funzione conservativi, perché non sembra intervenire concretamente, modificandolo, sull'assetto dei rapporti materiali fra le parti, in realtà ad una considerazione più attenta esso sembra configurarsi come provvedimento a contenuto ed a funzione anticipatori, in quanto mira a porre in essere uno stato di fatto che, se l'inibitoria finale confermerà l'indagine svolta in sede urgente, si configura come quello determinato dal corrispondente provvedimento provvisorio che lo anticipa ⁽⁴⁴⁾. Non si può negare che, guardando per esempio alle ipotesi concrete prospettate nella nota precedente, in questi casi il contenuto del provvedimento provvisorio coincida con quello che sarà oggetto del corrispondente provvedimento definitivo e dunque, fermandosi a questo aspetto, si possa considerarlo anticipatorio, se con questo termine si intende identità di contenuto; ma è altresì vero che, almeno mi sembra, non si possa fare dell'identità di contenuto tra domanda (e quindi provvedimento) cautelare e domanda (e quindi provvedimento) di merito, la chiave di volta della nozione di provvedimento anticipatorio; e ciò tuttavia, si badi, solo per come la situazione si presenta ad oggi. In altri termini, allo stato attuale, se si prende l'identità di contenuto come parametro, nessun provvedimento cautelare può definirsi anticipatorio, perché la domanda ha un diverso oggetto rispetto a quella principale e, tendenzialmente, la domanda di tutela provvisoria urgente non è mai autosufficiente (per esempio, la condanna alla cessazione di un certo comportamento richiede la successiva condanna al risarcimento del danno, la sospensione della produzione degli effetti di un certo atto richiede la successiva declaratoria di validità/invalidità del medesimo, e via dicendo).

(44) Per questo non concordo con RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p.148 ss., quando l'a. mostra di considerare conservativa la funzione svolta, per esempio, da un'inibitoria provvisoria che disponga l'astensione da un certo comportamento la cui illegittimità sarà da valutarsi nel giudizio di mero accertamento da promuoversi in via ordinaria, o ancora l'inibitoria provvisoria che imponga ad una emittente televisiva la cessazione di trasmissioni produttive di interferenze nella diffusione di un'altra rete rispetto alla causa di merito nella quale venga richiesto il risarcimento dei danni causati dalle interferenze e consistenti nella mancata stipulazione di contratti pubblicitari.

Ora, se questa è la situazione allo stato di fatto e di diritto attuale, ben diverso potrebbe essere ove si congegnasse in modo congruo, come cercherò di fare in sede di conclusioni, un provvedimento *ab origine* provvisorio che contiene in sé, compiutamente, gli elementi che ne caratterizzerebbero altrettanto compiutamente la corrispondente versione definitiva.

Raccordando, pertanto, quanto ora osservato con le innovazioni legislative introdotte nell'ambito del processo societario e del processo civile in generale, se ne dovrebbe dedurre che non qualsivoglia provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* può fruire della disciplina conseguente al riconoscimento della sua indipendenza rispetto al giudizio di merito, come parrebbe ad una prima e statica lettura delle norme, perché ne risultano invece esclusi i provvedimenti cautelari atipici che perseguono una funzione meramente conservativa avvalendosi della tecnica della conservazione (riprendendo l'esempio suaccennato, si pensi a tutte le ipotesi di sequestro disposto *ex art. 700 c.p.c.* nei casi in cui non sia possibile avvalersi di un sequestro tipico) ⁽⁴⁵⁾.

5. *I principi a fronte dell'evoluzione del costume giuridico avvenuto nella prassi: la previsione di rendere l'instaurazione del giudizio di merito meramente eventuale*

Se tutto ciò che si è detto finora è, pur nella diversità di impostazioni ricordate, del tutto vero e valido ragionando in termini di principi generali, ovvero che la tutela cautelare è strumentale e provviso-

(45) Parte della dottrina, muovendo dalla prospettiva europea, ha criticato il fatto che il legislatore di diritto interno abbia limitato l'allentamento del nesso di strumentalità ai soli provvedimenti cautelari anticipatori, v. così CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 146, e ID., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1380; ma ciò può forse spiegarsi, oltre che pensando alla tendenziale inidoneità del provvedimento conservativo a non soddisfare le esigenze di tutela della parte, anche riflettendo sul fatto che la dicotomia provvedimento conservativo/provvedimento anticipatorio è addirittura sconosciuta negli altri ordinamenti. Propende per la previsione dell'eventualità del giudizio di merito per i soli provvedimenti cautelari anticipatori, CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 24.

ria, finalizzata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale ottenibile in un diverso e principale processo, dall'esito del quale è destinata ad essere caducata ed assorbita, è altresì vero che le norme e le elaborazioni che su di esse vengono compiute non vivono nella penna, per quanto spesso autorevole, della dottrina, bensì vivono nella e nella prassi che concretamente e quotidianamente anima le aule giudiziarie e gli studi professionali. E questo è sovente un dato molto positivo, non solo perché la prassi evidenzia pregi e lacune dell'istituto, potendo così contribuire al suo miglioramento, ma anche perché è innegabile che un istituto si animi solo nelle reali vicende della sua concreta applicazione. Per dirla con una metafora, nessuno dubita che la Primavera botticelliana o la Monna Lisa leonardesca o perfino l'ossessivamente ripetuta Monroe warholiana siano splendide icone da guardare, là, fisse sulla parete (attraverso il filtro, peraltro, delle decine di teste di turisti che occorre magicamente fingere che non ci siano per illudersi di essere riusciti veramente ad osservare il quadro); nessuno può tuttavia negare che, se potessero rocambolescamente uscire dal quadro e muoversi e parlare e mangiare e piangere e ridere e cambiarsi d'abito e via dicendo, sarebbe tutta un'altra cosa, per molti profili in positivo, forse per altri no. La metafora rimane nel regno dell'impossibilità, tuttavia, perché i provvedimenti cautelari, diversamente dalle signore delle opere di cui sopra, escono sempre dal quadro, molte volte sortendo risultati positivi, che sorpassano di gran lunga persino l'aspettativa del legislatore che aveva pensato e introdotto quell'istituto; qualche volta, invece, l'uscita dell'istituto giuridico dal quadro è meno felice, stile Dorian Gray per intendersi, ma ciò non può che essere di stimolo per ridisegnarne i tratti cercandone una più felice applicazione.

Lasciando da parte l'arte e tornando al diritto, il processo e lo stato in cui esso si muove (o si agita, a seconda delle epoche) sono la spia più veritiera della salute di quell'ordinamento giuridico nel suo complesso ⁽⁴⁶⁾. Muovendo da questa considerazione, il fenomeno che ha

(46) Con parole più efficaci, CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 3 ss., spec. p. 4, ove l'a. definisce il processo come "organismo vivente della vita stessa del diritto".

interessato l'ambito della tutela provvisoria e urgente è belvedere di osservazione privilegiato per valutare la situazione della giustizia civile. Per ciò che riguarda i provvedimenti cautelari, e particolarmente i provvedimenti d'urgenza, da alcuni decenni ormai si è assistito ad una spiccata evoluzione dei medesimi, in aperta divergenza con le statuizioni codicistiche ed i princìpi affermati dall'elaborazione dottrinale su di essi. La tutela cautelare è diventata sovente, da mezzo strumentale e provvisorio, una alternativa rispetto alla tutela ordinaria ⁽⁴⁷⁾, della quale ha invaso il campo con aspirazioni soddisfattive o, comunque, sommarie e non più cautelari ⁽⁴⁸⁾. Come è stato autorevolmente notato, la vasta fortuna applicativa della tutela urgente è dovuta alla possibilità di imprimere a tali provvedimenti un contenuto idoneo ad attribuire alla parte, attraverso l'anticipazione degli effetti della sentenza di merito, quelle utilità che essa potrebbe conseguire solo al termine di un lungo processo di cognizione ⁽⁴⁹⁾. Sta comunque di fatto che, già vent'anni orsono, autorevole dottrina notò come, forse solo per il pudore di non rinunciare a una tradizione giuridica consacrata o per l'inutilità di inerpicarsi in ardue questioni sistematiche, laddove è preferibile adottare uno spirito pragmatico per affrontare realisticamente i problemi, si faticasse a proclamare che la nozione di strumentalità delle misure cautelari era sulla via del tramonto ⁽⁵⁰⁾.

Il progressivo scolorimento della natura cautelare, per ciò che riguarda in specie il provvedimento d'urgenza, sarebbe in particola-

(47) V. DENTI, voce *Azione, dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, IV, p. 1 ss., spec. p. 10, ove l'a., osservando l'evoluzione del diritto vivente, commenta la sensibile attenuazione della strumentalità dei provvedimenti cautelari rispetto al merito, strumentalità che l'a. definisce loro principale carattere.

(48) V. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, cit., p. 682.

(49) V. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 2-3; CARPI, *Intervento*, in AA.VV., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Roma, 27 maggio 1995, Milano, 1996, p. 98 ss., spec. p. 99, ove l'a. afferma che il nuovo modello cautelare finisce per essere conclusivo dell'interesse delle parti, a fronte della tragica inutilità del processo di cognizione.

(50) Così BIAVATI, *Intervento*, in AA.VV., *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, cit., p. 140 ss., spec. pp. 142-143.

re il risultato di due tendenze: da una parte, il lento avvicinamento, fino alla confusione, della funzione cautelare dell'istituto con una funzione genericamente anticipatoria della tutela finale e soddisfacente⁽⁵¹⁾; dall'altra, la crisi del processo civile avrebbe imboccato il *commodus discessus* dell'alternatività fattuale di questo tipo di tutela così concepita per non affannarsi, forse per lungo tempo, alla ricerca di mezzi e strumenti idonei a riparare alla situazione generale del processo in modo organico⁽⁵²⁾. È stato così possibile constatare che, sovente, al provvedimento urgente non segue l'instaurazione del giudizio di merito; l'inattività delle parti, quindi, si potrebbe leggere come manifestazione di totale appagamento o di acquiescenza più o meno rassegnata all'irreversibile incidenza degli effetti che l'avvenuta esecuzione del provvedimento urgente ha prodotto nell'ambito del rapporto sostanziale⁽⁵³⁾.

Da un punto di vista di storia del diritto processuale, quanto alla previsione di rendere l'instaurazione del giudizio di merito meramente eventuale, è forse opportuno ricordare che il meccanismo ora divenuto diritto positivo era già presente in alcuni disegni di legge dell'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, ma fu poi abbandonata in sede di riforma del 1990⁽⁵⁴⁾. La dottrina più autorevole affermava che la riforma, ambiziosa, meritasse di essere coltivata in tutte le ipotesi di avvenuta concessione di un provvedimento urgente anticipatorio⁽⁵⁵⁾, perché il particolare vantaggio della disciplina consisterebbe nel fatto di appron-

(51) V. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 5.

(52) V. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 62 ss.

(53) V. TOMMASEO, *op. ult. cit.*, p. 6.

(54) Sull'opportunità di prendere in considerazione la novità ad oggi introdotta, si erano levate le voci autorevoli di CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 657 ss., spec. p. 673, ove l'a. imputa al legislatore della riforma del 1990 di aver perso l'occasione di sciogliere il nodo di correlazione necessaria tra provvedimento anticipatorio e processo di merito, sulla scorta di quanto avviene invece in diversi ordinamenti a noi vicini (l'a. cita Francia e Germania); e di CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 9.

(55) V. CONSOLO, *op. ult. cit.*, pp. 23-24, il quale aggiunge che l'attenuazione del profilo strumentale non snaturerebbe in radice il carattere cautelare di questi provvedimenti, che consisterebbe eminentemente nella funzione che essi hanno di neutralizzare il pericolo da tardività. È doveroso ricordare che la dottrina non era

tare una tutela interinale ed istituzionalmente reversibile, e tuttavia alquanto stabile, in tutte le ipotesi in cui l'obbligato, in base ad un calcolo di costi e benefici che egli meglio di chiunque altro è in grado di svolgere, anche instaurando il relativo giudizio di merito, ritenga di non conseguirne praticamente alcun vantaggio, nell'impossibilità di sovvertire o modificare l'esito del procedimento svoltosi in via sommaria ⁽⁵⁶⁾.

Parte della dottrina, pur consapevole dei rischi che potevano celarsi dietro una scelta siffatta, ha sostenuto con fervore questa innovazione, affermando che questa nuova forma di tutela, lungi dall'essere avversata, avrebbe dovuto essere invece pensata nel migliore dei modi possibili, con tutti gli accorgimenti necessari per renderla al massimo grado attendibile, in particolare valorizzando al meglio il contraddittorio ed esaltando l'elasticità del procedimento ⁽⁵⁷⁾.

Un grande maestro scrisse che "le riforme migliori sono quelle che avvengono all'insaputa del legislatore" ⁽⁵⁸⁾. Senza dubbio i germi della riforma della disciplina della cautela si erano sparsi abbondantemen-

unanimemente schierata in favore dell'opportunità della modifica del sistema attualmente vigente; per esempio, MONTESANO, *Problemi attuali e riforme opportune dei procedimenti cautelari e in specie d'urgenza nel processo civile italiano*, cit., p. 233, ritiene che non convenga modificare il sistema rendendo irremovibile la misura cautelare o trasformandola in soluzione più o meno stabilmente definitiva della controversia se chi l'abbia subita non instauri o prosegua in contraddizione ad essa il processo ordinario di merito e ciò perché il non lieve costo processuale della necessaria successiva fase di merito ed il possibile esito negativo di quel giudizio sarebbero efficaci deterrenti per la parte che miri, con una cautela rapidamente ottenuta, a sopraffare l'avversario "inducendolo ad ingiusta capitolazione".

(56) V. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., pp. 9-10.

(57) V. E.F. RICCI, *Intervento*, in AA.Vv., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Roma, 27 maggio 1995, cit., p. 103 ss., spec. p. 105 ss. Anche CONTE, *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 213 ss., spec. pp. 247-248, notava come, in particolare con riguardo alla tutela del creditore, potesse meglio rispondere un provvedimento a carattere sommario, che mantenga la propria efficacia esecutiva anche in ipotesi di estinzione del processo e che sottragga al giudice ogni valutazione in ordine all'irreparabilità o al *periculum* nella singola fattispecie, una volta accertata l'esistenza del diritto, piuttosto che un provvedimento cautelare vero e proprio.

(58) SATTÀ, *Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile*, in *Jus*, 1940, p. 93 ss., spec. p. 97.

te nella prassi, tanto da indurre il legislatore ad inserire innovazioni di spessore ⁽⁵⁹⁾. Resta da vedere se, così com'è, sia davvero la riforma migliore o possa per qualche aspetto essere resa ancora più efficace. Mi pare, infatti, assolutamente condivisibile il rilievo dell'autorevole dottrina che, verificata l'evoluzione del sistema delle misure provvisorie verso la definitività e quindi la loro alternatività rispetto alla giurisdizione ordinaria, suggerisce un atteggiamento di prudenza che, lungi dal negare aprioristicamente ed in via di principio qualunque legittimità al fenomeno, ritenga invece opportuno lavorare nel senso di assicurare che questa giurisdizione alternativa rispetti il diritto di difesa e non violi le garanzie fondamentali della giustizia civile ⁽⁶⁰⁾.

6. *Il problema dell'intervento dei terzi nel processo cautelare*

La dottrina più attenta si è posta a più riprese il problema dell'intervento del terzo nel procedimento cautelare, specie in considerazione dei profili di tutela che potrebbe essere necessario ricostruire in capo a quest'ultimo, nel silenzio delle norme, a fronte di un provvedimento cautelare emesso tra altre parti e che potrebbe essergli pregiudizievole ⁽⁶¹⁾; onde si comprende come mai si sia molto di-

(59) L'intervento del legislatore dovrebbe essere più pregnante, sottolinea CAPPONI, in nota a Corte cost., sent. n. 197 del 26 maggio 1995, in *Corr. giur.*, 1995, p. 810 ss., spec. p. 811, ove l'a. invocava una riforma chiarificatrice che dettasse le norme processuali conseguenti alla riscrittura che, ad avviso dell'a., la Consulta ha operato del procedimento cautelare uniforme, rendendolo quanto più possibile autonomo ed autoreferente e vera alternativa al giudizio di cognizione ordinaria.

(60) Così TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., p. 254.

(61) Afferma BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 998 ss., spec. p. 1002, che attraverso lo strumento cautelare si perviene talvolta ad una regolamentazione dei rapporti sostanziali di fatto che spesso può presentare carattere di irreversibilità; e se ciò pone problemi di tutela per il convenuto, a maggior ragione si pone il tema della tutela del terzo che non è concretamente presente nel processo. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 336, constatato il silenzio dell'art. 669 *sexies* c.p.c. in tema di intervento del terzo, propende per la sua generale ammissibilità, salvo vagliarne discrezionalmente, da parte del giudice, l'opportunità, in quanto potrebbe ritardare la definizione dell'istanza cautelare.

scusso circa l'ammissibilità dell'intervento dei terzi nella disciplina del processo cautelare uniforme. Il profilo merita, almeno mi sembra, di essere considerato, specie se si riflette sulla circostanza che il modello di provvedimento "cautelare" introdotto dalle riforme contempla una perpetuazione degli effetti della misura che potrebbe essere alquanto significativa e comunque slegata da un processo principale ⁽⁶²⁾. Riservandomi di tornare su questo specifico profilo in sede di considerazioni conclusive, mi sembra opportuno verificare qui, seppur sinteticamente, come si sia sviluppato finora il dibattito.

Con riferimento alla tutela cautelare propriamente intesa, è stato affermato come sia indubbio che la migliore tutela per il terzo consisterebbe proprio nel consentirgli la partecipazione attiva al procedimento cautelare da cui scaturisce la misura pregiudizievole; benché ciò in pratica sia alquanto difficile, considerata la natura stessa della tutela urgente, che richiede per definizione una decisione rapida, talvolta senza contraddittorio immediato, e che può notevolmente giovare del c.d. effetto sorpresa ⁽⁶³⁾.

Secondo parte della dottrina ⁽⁶⁴⁾, sarebbe senza dubbio da escludersi la piana trasposizione degli istituti tipici del processo ordinario di cognizione, trattandosi semmai di procedere ad un cauto adattamento che tenga conto dell'assenza, nel processo cautelare, della funzione di "accertamento" dei diritti e della celerità che ne deve connotare lo svolgimento. L'intervento, pertanto, potrebbe essere ristretto a quei terzi che possano subire in linea di fatto un pregiudizio dagli effetti materiali-esecutivi del provvedimento cautelare richiesto, non invece esteso a quei terzi il cui interesse derivi soltanto dall'esigenza di partecipare all'accertamento della situazione cautelanda ⁽⁶⁵⁾. Questa impostazione mi pare alquanto restrittiva e sem-

(62) Nota BIAVATI, *Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari (spunti di diritto comparato, con particolare riferimento al processo francese e tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 37 ss., spec. p. 66, che la maggiore autonomia della fase provvisoria impone maggiore tutela per il terzo.

(63) Così BIAVATI, *op. ult. cit.*, pp. 42-43.

(64) V. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, *cit.*, p. 405 ss.

(65) V. MERLIN, *op. ult. cit.*, p. 405.

bra preferibile concordare con quella dottrina che ritiene che il terzo possa far valere in sede cautelare tutte le posizioni giuridiche soggettive che siano suscettibili di tutela davanti all'autorità giurisdizionale ordinaria, con esclusione quindi dei meri interessi semplici e di quelle situazioni rispetto alle quali si ravvisi il difetto assoluto di giurisdizione ⁽⁶⁶⁾.

Collocando la riflessione in un momento antecedente all'emissione del provvedimento, è stato anche ipotizzato che un efficace rimedio potrebbe consistere nella previsione del dovere di provocare il contraddittorio dei terzi che potrebbero essere eventualmente coinvolti, anche di riflesso, dal provvedimento, quantomeno in sede di sommarie informazioni ⁽⁶⁷⁾.

Certo è che, ponendosi da un punto di vista più generale, qual è quello assunto dalla dottrina che più approfonditamente si è occupata del tema, si possono individuare tre livelli di tutela del terzo: uno anteriore all'emanazione del provvedimento, uno successivo all'emanazione del provvedimento ma anteriore alla sua esecuzione, infine uno (quello meno soddisfacente) successivo all'esecuzione stessa ⁽⁶⁸⁾.

Al primo livello, la soluzione più efficace potrebbe essere quella che fa perno sul ruolo attivo del giudice cautelare nell'individuazione dei diritti dei terzi dei quali prospetta la chiamata in causa ⁽⁶⁹⁾. Al secondo livello, si può pensare ad ipotesi di reazione del terzo avverso il provvedimento cautelare emesso ed a lui pregiudizievole; già nel regime vigente prima della riforma del 1990, la dottrina qui ricordata sostenne che il terzo che abbia fondato timore di subire un pregiudizio imminente ed irreparabile a causa della concessione (e anche dell'esecuzione) di un provvedimento cautelare fra altri soggetti, potrebbe utilizzare il rimedio dell'art. 700 c.p.c., via questa seguita anche dalla giuri-

(66) Così BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, cit., p. 1003.

(67) Così CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, cit., p. 712.

(68) Così BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 1007.

(69) V. diffusamente BIAVATI, *op. ult. cit.*, p. 1011.

sprudenza (70). Compiuta l'esecuzione rimane ormai al terzo, sostanzialmente, solo la tutela indiretta e risarcitoria (71).

Anche a voler prescindere per un momento, tuttavia, dalle opinioni delle dottrine, si deve riconoscere che, nonostante il legislatore abbia perso, dopo quello del 1990, anche il treno della più recente riforma del 2005 (per non citare altri interventi pur operati sul codice di rito nel periodo intermedio tra queste date), la giurisprudenza si mostra sempre più favorevole a riconoscere l'astratta ammissibilità dell'intervento del terzo nell'ambito della cautela (72). Questa impostazione pare trovare conforto anche volgendo uno sguardo altrove; da un punto di vista comparatistico, infatti, si deve riscontrare come, specie in Francia e nel Regno Unito, vada facendosi strada ormai da tempo l'idea che il terzo vada tutelato durante la procedura (73).

7. *Alcune considerazioni critiche sulla nozione di provvedimento anticipatorio: alla ricerca di una definizione teorica potenzialmente onnicomprensiva rispetto alle sue più varie manifestazioni*

Analogamente a quanto si può dire in ordine al profilo della cognizione sommaria, ovvero che l'espressione è idonea a ricomprendere fattispecie fra loro anche profondamente diverse, altrettanto si può dire a proposito della definizione della natura "anticipatoria" del provvedimento giurisdizionale. È stato infatti da tempo notato che il termine "anticipatorio" viene utilizzato con riferimento a

(70) V. BIAVATI, *Intervento*, in AA.VV., *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, cit., p. 147; ID., *Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari (spunti di diritto comparato, con particolare riferimento al processo francese e tedesco)*, cit., pp. 49-53, per un'analisi del problema anche dal punto di vista comparatistico.

(71) V. BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, cit., p. 1007.

(72) V. i riferimenti giurisprudenziali in discorso in SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, cit., p. 318.

(73) V. BIAVATI, *Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari (spunti di diritto comparato, con particolare riferimento al processo francese e tedesco)*, cit., p. 47.

diverse categorie di provvedimenti, che rientrano ora nella tutela cautelare propriamente detta, ora in quella interinale alla cognizione ordinaria, ora in quella sommaria non cautelare ⁽⁷⁴⁾. Si impone, pertanto, una ricognizione sull'argomento, premettendo che anche su questo tema, com'era intuibile, le opinioni sono numerose e talvolta divergenti.

Da un punto di vista generale, è stato affermato che l'anticipazione consiste in un fenomeno interno ad un determinato procedimento, di cui modifica la disciplina temporale, attraverso lo spostamento della collocazione di uno specifico atto all'interno del procedimento stesso; pertanto, seguendo questa impostazione, l'anticipazione si può verificare solo quando l'atto anticipante si identifichi sotto ogni profilo in quello che si assume essere stato anticipato e cioè, detto altrimenti, quando essi presentino un'identica struttura ⁽⁷⁵⁾. L'affermazione mi pare abbia confini troppo ristretti per poter essere condivisa pacificamente. L'appartenenza allo stesso procedimento e l'identità di struttura, se accolti come criteri in base ai quali definire l'anticipatorietà di un provvedimento rispetto ad un altro, restringono a tal punto l'ambito della definizione di provvedimen-

(74) Sulla difficoltà di ricostruire in modo unitario la categoria delle misure anticipatorie, v. GHIRGA, *L'application aux mesures provisoires du principe dispositif et du principe de la contradiction en droit italien*, in AA.VV., a cura di VAN COMPERNOLLE-TARZIA, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, cit., p. 115 ss., spec. pp. 124-125; v. anche l'approfondito lavoro di FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 364 ss., spec. p. 368; e quello più risalente di MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, p. 551 ss., spec. p. 555, ove l'a. chiarisce che sarebbe errato considerare la categoria dei provvedimenti anticipatori come una categoria concepibile solo con riferimento al più ampio genere dei provvedimenti cautelari, perché la funzione di anticipazione può ben andare disgiunta dalla funzione cautelare. V. anche SASSANI-TISCINI, voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, agg., Milano, 2002, p. 872 ss., spec. p. 873, ove gli aa., affermando con riguardo alle ordinanze di cui agli artt. 186 bis, 186 ter e 186 quater che, nonostante la presenza di tratti comuni, non è tuttavia possibile stabilire una disciplina unitaria delle tre ordinanze in quanto meritano analisi separate per tempi, disciplina dell'esecutività, modalità di funzionamento, regime di stabilità e rapporti con la sentenza finale, concludono per il "valore empirico" della nozione di "anticipazione".

(75) Così TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 16.

to anticipatorio da non consentire di farvi rientrare praticamente alcunché, soprattutto larga parte dei provvedimenti che, nella prassi, sovente costituiscono anticipazione di un risultato analogo, ma ulteriore, ottenibile in un procedimento diverso e non avente identica struttura (per fare solo un esempio, oltre ai provvedimenti cautelari c.d. anticipatori, il decreto ingiuntivo).

Come pur non concordo, perché mi pare un'indicazione eccessivamente restrittiva, con la dottrina che avrebbe individuato l'elemento caratteristico della tecnica anticipatoria nella caducazione del provvedimento al termine del giudizio di primo grado ⁽⁷⁶⁾; intanto, perché la caducazione è tipica di una serie di ipotesi, per esempio quella ricorrente nel rapporto provvedimento cautelare-sentenza di merito, anche quando la misura provvisoria non possa dirsi anticipatoria, se non in quel senso latissimo per cui tutti i provvedimenti cautelari lo sarebbero, in quanto funzionali ad una misura successiva; e poi, perché l'elemento caratteristico dell'anticipazione, a ben vedere, potrebbe ravvisarsi nell'esatto opposto, ovvero non solo nel non essere il provvedimento caducato da uno successivo, ma preferibilmente nel non essere neppure seguito da un provvedimento successivo che il provvedimento anticipatorio mira, almeno nelle intenzioni, appunto ad anticipare.

Continuando a considerare il problema dal punto di vista della tutela cautelare propriamente intesa, secondo parte della dottrina, quando anche essa abbia effetti anticipatori della futura decisione di merito, tale anticipatorietà andrebbe distinta da quella propria di altri provvedimenti pur sempre a contenuto anticipatorio ⁽⁷⁷⁾. Infatti, mentre il provvedimento strutturalmente anticipatorio si pone come obiettivo l'anticipata produzione degli effetti della tutela ordinaria, la misura cautelare di assicurazione (se si vuole, di anticipazione) degli effetti ha il fine di salvaguardare la situazione cautelanda da un evento pregiudizievole che pregiudichi l'effettività della futura tutela ordinaria; pertanto, mentre per i provvedimenti sommari non cautelari, ad esempio, l'antici-

(76) Così MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, cit., p. 578.

(77) V. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 66 ss.

zione è effetto naturale e fisiologico della tutela, tant'è che il giudice si limita a controllare l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge e la sua discrezionalità non si estende a determinare il contenuto anticipatorio del provvedimento, nei provvedimenti cautelari l'anticipazione è effetto meramente eventuale (a differenza dell'assicurazione, che sarebbe sempre presente) ed il loro contenuto è rimesso alla più ampia discrezionalità del giudice, il cui provvedimento deve tendere esclusivamente ad evitare che sia pregiudicata la posizione giuridica soggettiva dell'istante, che verrà valutata in sede di decisione di merito ⁽⁷⁸⁾. Ancora ed in altri termini: l'elemento distintivo fondamentale sta nel fatto che, mentre il provvedimento cautelare anticipatorio ha sempre come finalità quella di assicurare gli effetti della decisione di merito, il provvedimento anticipatorio non cautelare non ha questa finalità, brilla di luce propria, perché i suoi effetti non sono finalizzati alla realizzazione pratica degli effetti del provvedimento finale, ma determinano di per sé stessi il soddisfacimento, sia pure provvisorio, delle pretese della parte che allo stato pare avere ragione ⁽⁷⁹⁾.

La dottrina che si è interrogata sulla nozione di provvedimento idoneo ad anticipare gli effetti della decisione di merito con riferimento al nuovo rito societario, ha ritenuto che, per provvedimento cautelare anticipatorio ai sensi dell'art. 23 del d. lgs. n. 5 del 2003 (ragionamento estendibile, evidentemente, alla medesima nozione ove ripresa dall'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c.), debbano intendersi quelli idonei a produrre, in via anticipata, uno, alcuni o tutti gli effetti della sentenza di merito, e ad introdurre una regolamentazione provvisoria, anche parziale, del rapporto litigioso, cioè un nuovo assetto di interessi comunque ottenibile all'esito della tutela di merito;

(78) Ricostruisco da ARIETA, *op. ult. cit.*, pp. 68-70. Corollario di ciò, prosegue l'a., è che l'assicurazione provvisoria degli effetti può svilupparsi in spazi ben più ampi rispetto all'anticipazione in senso tecnico e il giudice cautelare può disporre forme assicurative che si concretano anche in modalità e contenuti diversi rispetto a quelli della futura decisione di merito, con il limite rigoroso della quantità, per cui non è possibile ottenere in via d'urgenza più di quanto il titolare del diritto potrà vedersi riconosciuto in sede di tutela ordinaria; non vi sarebbe, invece, alcun limite qualitativo.

(79) V. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 128.

tale nuovo regolamento di interessi non deve necessariamente avere contenuto positivo, potendo limitarsi ad inibire una certa condotta ritenuta illegittima o a produrre effetti di mero accertamento ⁽⁸⁰⁾.

Esulando dall'ambito dei provvedimenti cautelari, sono poi in certo modo anticipatori alcuni provvedimenti decisori sommari, idonei anche a definire la lite quando si verificano determinate circostanze previste dalla legge, ed al contempo idonei a consentire lo svolgimento eventuale e successivo di una fase di merito a cognizione piena (per esempio, il decreto ingiuntivo). Particolari sono poi, per il semplice fatto di situarsi necessariamente all'interno di un processo di cognizione già instaurato, quelle ordinanze, comunemente definite dalla dottrina "anticipatorie di condanna", che il legislatore ha introdotto al duplice scopo di far ottenere alla parte, che apparisse già avere (almeno una certa misura di) ragione ad un dato momento del processo ordinario, un pronto titolo esecutivo, nonché di abbreviare la durata del processo (per esempio, le ordinanze di cui agli artt. 186 *bis*, 186 *ter* e 186 *quater* oltre a quelle di cui all'art. 423 c.p.c.) ⁽⁸¹⁾. Introdotti con la speranza che potessero costituire la panacea di diversi mali che affliggono l'ormai spessato processo ordinario, queste ordinanze non solo paiono non aver sortito gli effetti sperati dal punto di vista pratico ⁽⁸²⁾, ma hanno fin da subito suscitato diverse perplessità anche dal punto di vista teorico ⁽⁸³⁾.

(80) Così ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 386, ove gli aa. poi concludono nel senso che, a prescindere dai contenuti, ciò che conta è che la cautela sia in grado di introdurre in via anticipata un nuovo regolamento del rapporto litigioso che corrisponda ad uno dei possibili esiti della tutela di merito.

(81) Anzi, secondo CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 138 ss., solo questi provvedimenti adotterebbero lo schema che l'a. ritiene dell'anticipazione in senso proprio, come si vede subito oltre nel testo.

(82) Lo aveva previsto E.F. RICCI, *Per una efficace tutela provvisoria ingiuntionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1021 ss., spec. p. 1025.

(83) V. CONSOLO, *Attese e problemi sul nuovo art. 186 quater (fra condanna interinale e sentenza abbreviata)*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1406 ss. Per BASILICO-CIRULLI, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano, 1998, p. 5 ss., spec. pp. 5 e 19, i provvedimenti ora considerati resterebbero esclusi dal campo della tutela anticipatoria per rientrare in quello dei chiovendiani accertamenti con prevalente funzione esecutiva. Sul tema v. anche VALITUTTI, *Le ordinanze provvisoriamente esecutive*, Padova, 1999, p. 28 ss.

La dottrina che più in profondità ha studiato il tema dell'anticipatorietà del provvedimento giurisdizionale parte da un rilievo di fondo, ovvero dalla circostanza che l'estrema eterogeneità dei provvedimenti anticipatori come individuati in letteratura sia dovuta all'assunzione di un concetto di anticipazione che, oltre ad essere atecnico, lascerebbe irrisolti una serie di problemi pratici⁽⁸⁴⁾. Secondo la dottrina ora all'attenzione, di provvedimento anticipatorio in senso proprio potrebbe parlarsi solo in riferimento ad un provvedimento che presenti, cumulativamente, due caratteristiche: l'essere pronunciato nel corso di un processo di cognizione e l'anticipare gli effetti della sentenza definitiva per finalità di natura non cautelare⁽⁸⁵⁾.

Come emerge dalla sintetica rassegna compiuta, il problema di fornire una definizione nella materia in discorso deriva dal fatto che l'aggettivo "anticipatorio" indica solo la funzione svolta dalla tutela cui l'attributo si riferisce (viene infatti utilizzato sia con riferimento agli accertamenti con prevalente funzione esecutiva che con riguardo alle c.d. ordinanze anticipatorie di condanna, come pure per una certa specie di provvedimenti cautelari), ma non ne specifica i contenuti, i limiti ed il campo di applicazione⁽⁸⁶⁾. Tentando di percorrere questa direzione, pertanto, è stato affermato che il termine "anticipare", anche nel linguaggio comune, significa fare una cosa prima del tempo stabilito. Riferito al provvedimento del giudice, "anticipatorio" indica il contenuto che esso ha e che va messo in relazione al contenuto del provvedimento anticipato; pertanto, quando non vi è coincidenza tra ciò che si fa prima del tempo stabilito e ciò che si fa nel tempo fissato, non si può parlare di vera e propria "anticipazione", ma di qualcos'altro⁽⁸⁷⁾. Corollario di

(84) V. CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 18; interessante, anche a fini conclusivi per cui rimando oltre, il rilievo dell'a., *ivi*, p. 33, secondo cui l'espressione "provvedimento anticipatorio" non troverebbe riferimenti corrispondenti nel panorama comparatistico.

(85) Così CARRATA, *op. ult. cit.*, p. 36.

(86) V. CARRATA, *op. ult. cit.*, pp. 59-60.

(87) Così efficacemente CARRATA, *op. ult. cit.*, pp. 69-70; come pure FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, cit., pp. 376-377, ove l'a. afferma, con riferimento ai provvedimenti cautelari, che per apprezzarne il carattere anticipatorio non si deve guardare a singoli effetti prodromici o preliminari, ma al contenuto ed agli effetti scaturenti dal provvedimento conclusivo del giudizio a

tale ricostruzione è che, propriamente, per “provvedimento anticipatorio” dovrebbe intendersi un provvedimento che presentasse, congiuntamente, le seguenti caratteristiche: essere pronunciato dal giudice in anticipo rispetto alla pronuncia di un provvedimento definitivo, avere presupposti omologhi a quelli che il legislatore prevede per il provvedimento anticipato, produrre effetti qualitativamente identici a quelli anticipati⁽⁸⁸⁾.

Aderendo a questa impostazione, come mi sembra che si possa fare visto il rigore del ragionamento, si potrebbe affermare, allora, che il termine “anticipatorio” è incongruo quando riferito *tout court* ai provvedimenti di urgenza, perché questi possono avere meri effetti assicurativi che non siano necessariamente anticipatori, anche qualitativamente, degli effetti che saranno prodotti dal provvedimento definitivo; come pure si potrebbe affermare che non solo il termine anticipatorio è incongruo tutte le volte in cui manchi una coincidenza tra provvedimento anticipante e provvedimento anticipato, ma che, *a fortiori*, esso è addirittura fuori luogo quando un provvedimento venga emesso nella speranza che non sopraggiunga mai un provvedimento anticipato e,

cognizione piena; e MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, cit., p. 556, ove l'a. definisce anticipatorio un fenomeno non solo quando esso ne anticipa un altro, ma anche quando quello “arriva prima alla stessa meta dell'altro”.

(88) V. CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 72. Prosegue l'a., ivi, p. 123, affermando che o il provvedimento anticipatorio si fonda sugli stessi elementi che saranno in grado di giustificare il provvedimento definitivo o che comunque sarebbero in grado di porre in essere un provvedimento definitivo se il giudizio si chiudesse sulla base del solo provvedimento anticipatorio, così che il provvedimento anticipatorio è idoneo a sostituire il definitivo se quest'ultimo non interviene, oppure si riconosce il provvedimento anticipatorio inidoneo a tal fine e allora l'anticipazione sarà giustificata da funzioni cautelari. Date queste premesse, l'a. conclude, ivi, pp. 376-385, che quando il termine “anticipatorio” è riferito ai provvedimenti d'urgenza, esso è inteso in senso atecnico, perché, come ricordato, ad avviso di questa dottrina il rapporto di anticipazione presuppone l'identità qualitativa tra effetti anticipati ed effetti definitivi, cosa che non accade con riferimento ai provvedimenti d'urgenza, e poi perché la qualità dell'accertamento alla base della pronuncia dei provvedimenti cautelari non è identica a quella dell'accertamento pieno che precede il provvedimento finale, onde ai provvedimenti cautelari non potrebbe riconoscersi alcun effetto dichiarativo.

ove tale speranza si realizzi, allorché si riscontri che concretamente alcun provvedimento è seguito a quello “anticipatorio”. Da ciò deriva un ulteriore corollario; se fino ad ora si poteva affermare che, date queste premesse, non possono dirsi anticipatori in senso proprio i provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio perché, quand’anche anticipino gli effetti del provvedimento finale, non ne rispecchiano la struttura, in quanto strumentali rispetto al provvedimento definitivo che li rende idonei a diventare essi stessi definitivi ⁽⁸⁹⁾, oggi si potrebbe affermare che, potendo perdere il requisito della strumentalità nonché la capacità a produrre effetti limitatamente nel tempo perché potenzialmente idonei a produrre effetti *sine die*, allora l’attributo “anticipatorio” riferito ai provvedimenti “cautelari” di tale specie sarebbe corretto. Anche se, come dicevo nel periodo precedente, la mancata sopravvenienza del provvedimento anticipato implicherà la coincidenza sostanziale fra provvedimento “anticipatorio” e provvedimento “anticipato”.

Un dato che pare emergere è senza dubbio questo: la nozione di provvedimento anticipatorio postula una relazione tra questo provvedimento ed un provvedimento successivo, che può essere necessario o meramente eventuale; detto altrimenti, l’anticipatorietà postulerebbe sempre la strumentalità, intesa in senso ampio come rapporto, relazione, tra un provvedimento (anticipatorio) ed un altro (anticipato), non valendo invece il reciproco, perché ben può esserci strumentalità tra un provvedimento ed un altro senza che vi sia anticipatorietà. Come è stato efficacemente notato, il rapporto di strumentalità o di subordinazione tra provvedimento anticipato e provvedimento anticipatorio non è *in rerum natura*, in quanto esso esiste nei limiti, e quindi nei modi, in cui la legge lo ammette ⁽⁹⁰⁾.

(89) Così CARRATTA, *op. ult. cit.*, pp. 73-74.

(90) V. CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 128, ove l’a. nota che, se tale rapporto è molto forte nel caso dei provvedimenti cautelari anticipatori, scompare invece del tutto nell’ipotesi dei provvedimenti decisori sommari (come il decreto ingiuntivo o l’ordinanza per convalida di sfratto). L’a. conclude, *ivi*, p. 129, nel senso per cui la categoria provvedimento anticipatorio deve essere intesa nel senso di limitarla a quei provvedimenti pronunciati nel corso del processo ordinario di cognizione che anticipano il contenuto della sentenza e destinati ad essere assorbiti da questa se viene pronunciata.

Altra caratteristica comune ai provvedimenti anticipatori in generale, poi, sarebbe quella dell'esecutorietà: è stato infatti efficacemente notato che la tecnica dell'anticipazione comporta, quale suo elemento "naturale", il carattere dell'esecutorietà, senza la quale avrebbe ben poco senso l'anticipazione medesima ⁽⁹¹⁾.

Nonostante alcune dissonanti opinioni in dottrina, a mio avviso sarebbe opportuno enucleare una nozione di provvedimento anticipatorio che fosse idonea a ricomprendere tutte le possibili manifestazioni che il fenomeno può concretamente assumere ⁽⁹²⁾. La definizione dovrebbe altresì prescindere dalla natura delle diverse fasi processuali in cui provvedimento anticipatorio e provvedimento anticipato possono trovare collocazione. Si potrebbe allora definire anticipatorio quel provvedimento i cui risultati ed effetti potrebbero (e potranno, anche se non auspicabilmente) essere conseguiti e prodotti anche attraverso l'emanazione di un diverso provvedimento, di regola pronunciato per tramite dell'instaurazione e della conclusione di un processo a cognizione ordinaria; tali effetti sono tuttavia conseguibili, preferibilmente e talvolta opportunamente, attraverso un *iter* processuale più snello ed economico, ma non privo delle garanzie fondamentali, la principale delle quali rimane pur sempre la possibilità di ottenere l'esame del rapporto giuridico controverso in sede ordinaria di cognizione piena ⁽⁹³⁾. Il provvedimento anticipatorio, dunque, non è mai l'unica via percorribile, anzi è di regola una alternativa e talvolta una premessa alla via or-

(91) Così CARPI, voce *Esecutorietà*, *dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1995, p. 1 ss., spec. p. 9.

(92) Il medesimo obiettivo era alla base del lavoro di FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, cit., p. 365, spec. p. 383, ove l'a. conclude nel senso per cui il termine "tutela anticipatoria" identificherebbe una gamma diversificata di provvedimenti, onde un'autonoma configurabilità della categoria "provvedimento anticipatorio" deve ritenersi limitata al solo profilo funzionale, mentre non sarebbe possibile una ricostruzione unitaria guardando al profilo strutturale.

(93) A ben vedere, il provvedimento anticipatorio veramente tale, e quindi davvero utile in un'ottica di deflazione del contenzioso, è quello che sortisce gli effetti sperati dal provvedimento che anticipa, del quale pertanto non si avverte più la necessità; in pratica, si ottiene subito quello che si potrebbe ottenere successivamente, ma non necessariamente con minore soddisfazione (per una parte) o maggiore insoddisfazione (per la controparte) rispetto a quanto accadrebbe in seguito alla pronuncia del provvedimento anticipato.

dinaria. Nell'alveo della definizione così approntata, mi pare siano idonei a trovare accoglimento tutti i provvedimenti anticipatori, cautelari, decisorii sommari o decisorii a cognizione piena, che conosciamo.

8. *La nozione di tutela cautelare in prospettiva europea*

L'elaborazione in discorso è stata compiuta, più che a livello normativo o dottrinario, come è a tutti noto, prevalentemente (per non dire esclusivamente) a livello giurisprudenziale.

La Corte di giustizia ha affermato chiaramente che la tutela cautelare è una componente essenziale nella effettività della tutela giurisdizionale ed ha elaborato una nozione tendenzialmente unitaria di misura cautelare ai sensi dell'art. 24, convenzione di Bruxelles, oggi art. 31 reg. Ce n. 44 del 2001; lo stesso procedimento cautelare pare poter usufruire di una base comune europea, sostanzialmente concentrata sul rispetto del principio del contraddittorio e della possibilità di riesame del provvedimento⁽⁹⁴⁾. L'evoluzione della giurisprudenza del supremo organo giurisdizionale dell'Unione, resa in via di interpretazione pregiudiziale dell'art. 24 conv. Brux., è per lo più nota⁽⁹⁵⁾.

Ai fini del tema oggetto di questo studio, tuttavia, è registrabile specificamente una pronuncia del supremo organo giurisdizionale comunitario da cui può forse trarsi qualche spunto⁽⁹⁶⁾. Senza en-

(94) V. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., pp. 147-148; v. ivi anche p. 149 ss., ove l'a. prospetta una serie di problemi che comunque, al di là dei risultati ottenuti a livello di elaborazione comunitaria, rimangono.

(95) Non appesantirei il tema in questa sede dove, peraltro, mi limiterei a riproporre alcune considerazioni già svolte in altri lavori cui mi permetto di rimandare, v. QUERZOLA, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 805 ss.; e *La Corte di giustizia ancora come il Benvenuto Cellini dei diritti processuali nazionali: tutela cautelare e processo amministrativo spagnolo (o europeo?)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 266 ss., spec. p. 276 ss.

(96) Il provvedimento in discorso è Corte giust., sent. 6 giugno 2002, c. 80/00, *Italian Leather s.p.a. c. Weco Postermöbel GmbH*, in *Racc.*, 2002, I, p. 4995 ss. La pronuncia è criticata da CONSOLO-MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 110 ss.

trare nelle pieghe del caso concreto e limitandosi al punto cruciale in tema di procedura, la Corte di giustizia, a fronte di un diniego di *exequatur* da parte di un giudice tedesco, in base all'art. 27 n. 3 conv. Bruxelles (oggi art. 34, n. 3, reg. 44/2001), riguardante un provvedimento cautelare del giudice italiano ex art. 700 c.p.c., motivato sulla base dell'esistenza di una precedente pronuncia del giudice tedesco che aveva negato, ex § 935 ZPO, il medesimo provvedimento (inibitoria alla commercializzazione di prodotti aventi un certo marchio) poi concesso dal giudice italiano, afferma (dopo aver ricordato che presupposto della norma comunitaria invocata è che le decisioni producano effetti che si escludono reciprocamente) che la regola si applica indipendentemente dalla natura della decisione riconoscibile, quindi anche alle decisioni meramente provvisorie ⁽⁹⁷⁾. Aggiungendo, poi, una considerazione alquanto interessante, ovvero che è ininfluenza ai fini considerati che le regole che disciplinano i procedimenti sommari nazionali possano variare, a seconda degli Stati contraenti, in misura maggiore rispetto a quelle che disciplinano il procedimento di merito ⁽⁹⁸⁾.

Ora, trarre dalla pronuncia considerazioni più ampie di quelle che in realtà si leggono nero su bianco, potrebbe essere azzardato. Tuttavia, poiché è ormai diffusa l'abitudine a posizioni anche piuttosto coraggiose dei giudici comunitari, si potrebbe forse intravedere tra le righe una sorta di equiparazione nella *ratio*, da parte della Corte di giustizia, tra il provvedimento interno di cui all'art. 700 c.p.c. e il diverso provvedimento di cui al § 935 ZPO, come si ricorderà dalla digressione comparatistica di cui al capitolo precedente. Nelle parole della Corte di giustizia, forse, già si adombrava una lettura del provvedimento urgente di diritto interno quale esso ad oggi risulta a seguito delle riforme attuate dal legislatore nostrano, ma certo quale esso non era al momento in cui la sentenza qui ricordata fu resa.

(97) V. Corte giust., sent. 6 giugno 2002, c. 80/00, *Italian Leather s.p.a. c. Weco Postermöbel GmbH*, cit., punto 41 della motivazione.

(98) V. *ivi*, punto 42 della motivazione. Nello stesso senso le conclusioni dell'avvocato generale Léger, *ivi*, p. 4997 ss., spec. punto 28 ss.

Questo parrebbe confermato anche riflettendo sui rilievi compiuti dall'autorevole dottrina che ha criticato il provvedimento; sulla base del rilievo che la decisione cautelare di rigetto ha un effetto meramente negativo, è stato notato che il principio di cui all'art. 27 n. 3 conv. Brux. non andava applicato in questo caso, in cui l'incompatibilità fra decisioni non riguardava due pronunce aventi idoneità a costituire un accertamento, bensì due istanze cautelari⁽⁹⁹⁾. Ora, se nel momento in cui la pronuncia fu resa poteva dirsi che, per l'allora vigente disciplina di diritto interno, il provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c. aveva natura cautelare in senso proprio e stretto (affermazione questa oggi da rivedere, evidentemente, alla luce delle novità introdotte dalla l. n. 80 del 2005), mi sembra invece che troppo rapidamente la dottrina qui ricordata abbia esteso la medesima etichetta al provvedimento di cui al § 935 ZPO. Non solo ma, come sottolinea la Corte, consentire che venga riconosciuto ed eseguito in uno Stato membro un provvedimento di segno contrario, sulla stessa materia e fra le stesse parti, emesso da un giudice di un altro Stato membro, significa non rispettare il principio di certezza del diritto⁽¹⁰⁰⁾; nonché, si potrebbe forse aggiungere, il principio di equivalenza delle giurisdizioni nazionali, con un evidente incentivo al fenomeno del *forum shopping* in tutte le ipotesi in cui la normativa lo consenta (e la norma in materia di provvedimenti provvisori e cautelari, come questa sentenza dimostra, è forse il campo in cui questo rischio è più presente, in quanto permette sostanzialmente ovunque sul territorio dell'Unione la presentazione di un'istanza provvisoria indipendentemente dalla competenza giurisdizionale a conoscere del merito).

(99) V. CONSOLO-MERLIN, *op. cit.*, pp. 111-112.

(100) V. Corte giust., sent. 6 giugno 2002, c. 80/00, *Italian Leather s.p.a. c. Weco Postermöbel GmbH*, cit., punto 51 della motivazione.

CAPITOLO IV

ALCUNE RIFLESSIONI IN TEMA DI ACCERTAMENTO

*Conoscerete la verità
e la verità vi farà liberi.*

Giovanni, *Vangelo*, VIII-32

1. L'accertamento compiuto in sede di cognizione cautelare

La qualità dell'accertamento che presiede all'emanazione di un provvedimento giurisdizionale condiziona sovente, insieme ad altri indici (fra i quali spicca l'intensità del contraddittorio fra le parti), l'idoneità del provvedimento medesimo ad acquisire oppure no un dato grado di stabilità. Per questa ragione, ritengo ora opportuno soffermarmi in questo capitolo su alcuni profili relativi all'attività di accertamento, e quindi di cognizione, compiuta dal giudice.

È un dato di fatto evidente che la cognizione necessaria alla pronuncia di un certo provvedimento dipenda dalla funzione del medesimo. La cognizione che precede la pronuncia di un provvedimento cautelare propriamente inteso, dunque, ha suoi specifici tratti e caratteri che le derivano dall'essere un'istruzione funzionale all'emanazione di un provvedimento provvisorio e strumentale, di cui si conosce in una situazione, sostanziale e processuale, scandita dai ritmi dell'urgenza.

Anche su questo tema, evidentemente, voci e posizioni sono alquanto diverse. Tradizionalmente si dice che il giudice della cautela deve contentarsi, anziché dell'accertamento che potrebbe essere

raggiunto solo attraverso lunghe indagini, dell'apparenza del diritto, che può cogliersi anche attraverso una cognizione più sbrigativa e superficiale di quella ordinaria, in sostanza attraverso una cognizione sommaria; il giudice della cautela si limiterebbe, in pratica, ad un giudizio di probabilità e di verosimiglianza intorno ai fatti di causa, lasciando al giudice del processo principale l'accertamento dell'esistenza del diritto, accertamento rispetto al quale quello compiuto in sede cautelare ha solo valore di ipotesi ⁽¹⁾.

L'opinione ora ricordata non è del tutto pacifica. Non concorda, infatti, sulla circostanza che il provvedimento cautelare presupponga l'acquisizione di una mera verosimiglianza del diritto la dottrina che, sottolineando la lettera dell'art. 669 *sexies*, comma 1, c.p.c., ritiene che la pronuncia del provvedimento cautelare presupponga invece il raggiungimento di un grado minimo di certezza ⁽²⁾. Secondo un'altra opinione, poi, l'accertamento proprio della sede cautelare

(1) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., p. 62 ss. V. anche tuttavia, dello stesso a., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1972, V, p. 615 ss., spec. p. 616, ove il maestro sostiene che in realtà tutto il sistema probatorio civile è preordinato ad imporre al giudice di accontentarsi, nel giudicare sui fatti, di quel surrogato di verità che è la verosimiglianza, in quanto la valutazione delle prove, per quanto libera, porta in ogni caso ad un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, non di verità assoluta.

Ancora sul tema della natura dell'accertamento cautelare, v. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 12 ss. Non concorda sul profilo della verosimiglianza PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 19, ad avviso del quale, anche nell'ipotesi in cui proceda *inaudita altera parte* a norma dell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c., l'assunzione delle sommarie informazioni implica che il provvedimento di accoglimento presupponga sempre l'accertamento, sia pure sommario e superficiale, della probabile esistenza del diritto e non la mera verosimiglianza. Certo è, prosegue l'a., che il grado della sommarietà dell'istruzione di cui all'art. 669 *sexies*, comma 2, è superiore a quello dell'istruzione di cui al comma precedente della stessa norma, perché sarà un accertamento non solo superficiale ma, a causa dell'assenza di contraddittorio, anche parziale. In ordine a questa distinzione, MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 403, ritiene che gli atti di istruzione di cui all'art. 669 *sexies*, comma 1, abbiano come modello sostanziale i mezzi istruttori tipici del processo di cognizione, mentre le sommarie informazioni di cui al comma 2 della norma non potrebbero assurgere a dignità di vero e proprio atto di istruzione, mancando il contraddittorio.

(2) V. CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., pp. 308-309.

si connoterebbe per il fatto di essere un accertamento sommario in senso tecnico, cioè effettuato dal giudice secondo modalità rimesse quasi totalmente al suo potere organizzativo e discrezionale, all'insegna della deformalizzazione, nell'assenza di predeterminazione legale di forme e termini in punto di allegazione di domande, fatti, eccezioni, nonché anche per ciò che concerne le modalità relative all'acquisizione degli elementi probatori, elasticità nella quale sarebbe ravvisabile una piena apertura alle prove atipiche ⁽³⁾.

A dire il vero, il tema dell'ammissibilità delle prove atipiche nel processo cautelare non è così pacifico; vi è, infatti, anche chi sostiene che l'uso dell'espressione "atti di istruzione" (art. 669 *sexies*, comma 1, c.p.c.) porrebbe sullo stesso piano "qualitativo" l'attività di ammissione e assunzione delle prove, svolta nel procedimento cautelare, con quella espletata nel giudizio a cognizione piena, con esclusione dunque delle prove atipiche ⁽⁴⁾. In proposito vorrei fare due sintetiche notazioni. L'espressione "atti di istruzione" mi sembra sufficientemente elastica da consentire di ricomprendere al suo interno anche le prove atipiche, piuttosto che da escluderle; e comunque ciò non può che andare a vantaggio del piano "qualitativo" di cui si tratta, nel senso che pare plausibile che un'istruzione non imbrigliata negli schemi delle forme ordinarie ma libera di muoversi, nel rispetto delle opportune garanzie, anche nell'arcipelago delle prove atipiche, non possa che raggiun-

(3) Così PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., pp. 9-10, 19; aggiunge l'a. che, a suo avviso, tale accertamento non si differenzerebbe in nulla da quello compiuto in sede di provvedimento sommario non cautelare giustificato da ragioni di urgenza, la differenza fra i provvedimenti consistendo invece nella loro idoneità o meno a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso. Sul punto dell'istruzione in sede cautelare, v. pure ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit., c. 73, ove l'a. individua nella sommarietà, nell'officiosità e nella libertà delle forme i connotati del procedimento, in cui gli atti di istruzione potrebbero decampare dal novero dei mezzi probatori tipici; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 403 ss., spec. p. 404 per l'ammissibilità delle prove atipiche nel processo cautelare, alla cognizione della cui verosimiglianza esse ben si attagliano in quanto fonte di processi di inferenza indiziaria e probabilistica; LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 464 ss., spec. p. 492 ss.

(4) È il pensiero di OLIVIERI, *op. cit.*, p. 688 ss., spec. p. 703.

gere esiti qualitativamente e sovente ben più attendibili di quelli propri del processo ordinario.

Al di là di questo aspetto, tuttavia, la dottrina che più si è occupata dello specifico tema delle prove atipiche, ha messo in luce un profilo generale che, in quanto tale, può ben essere traslato anche in ordine ai ragionamenti che possono farsi in tema di istruzione cautelare; la questione dell'ammissibilità delle prove atipiche, infatti, sarebbe ad avviso di questa dottrina del tutto superata perché, riconosciutane espressamente l'ammissibilità nel processo penale attraverso l'art. 189 c.p.p., non si vedrebbe perché, in assenza di uno specifico divieto, lo stesso principio non dovrebbe valere anche nel processo civile nel quale, in base al riconoscimento del diritto alla prova come momento essenziale del diritto di difesa, dovrebbe ritenersi consentito l'impiego di ogni strumento probatorio rilevante purché non espressamente vietato dalla legge ⁽⁵⁾. A ben vedere l'argomento richiamato, cioè l'espressa previsione nel codice di rito penale, potrebbe più danneggiare che sostenere questa ipotesi (perché, si potrebbe dire, il legislatore *ubi voluit dixit ubi noluit tacuit*); più efficace mi sembrerebbe richiamare, a proposito dell'istruzione cautelare e delle possibili e fondate obiezioni di coloro che intravedessero pericoli di violazione della difesa nell'apertura alle prove atipiche, la circostanza che, nel processo cautelare propriamente inteso, all'istruzione sommaria e deformalizzata che potrebbe colorarsi anche di venature atipiche, seguirà sempre e comunque la cognizione ordinaria con tutte le garanzie in essa previste, onde sarà comunque possibile alle parti muoversi su un piano istruttorio ordinario e nient'affatto deformalizzato, tanto nella sostanza quanto nell'acquisizione dello strumento probatorio.

Efficacemente è stato poi notato che il grado di approfondimento che il giudice della cautela deve compiere sul merito del rapporto litigioso va modulato relativisticamente; in altri termini, lo sforzo

(5) V. G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409 ss. Dello stesso a., v. anche l'ampio studio monografico *Le prove atipiche*, Milano, 1999, spec. pp. 20 ss., 459 ss., 524 ss. Sul tema in generale v. anche TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389 ss.

istruttorio dovrà essere diversamente esigente a seconda del tipo di provvedimento cautelare richiesto, della incisività dei suoi effetti e del suo rapporto con la decisione di merito, ed in particolare dovrà trattarsi di una valutazione più accurata ed approfondita per i provvedimenti cautelari anticipatori, specie laddove l'anticipazione degli effetti della tutela di merito possa comportare un serio e non totalmente riparabile pregiudizio degli interessi della controparte (6). Pertanto occorrerebbe, specie nell'ipotesi di provvedimenti cautelari anticipatori, non contentarsi della "supposizione" del diritto del ricorrente e di una cognizione del giudice solo sommaria e congetturale, bensì aspirare ad una cognizione quanto più penetrante e completa nei limiti di ciò che lo stato degli atti, il contraddittorio cautelare e l'urgenza nel provvedere permettono (7).

Ad ogni buon conto, occorre poi ricordare che, a fronte delle caratteristiche (e della possibile invasività) del provvedimento cautelare emesso in séguito ad una cognizione sommaria, la controparte più debole e soccombente rispetto alla misura provvisoria troverebbe una garanzia nell'onere non lieve, gravante sull'avversario nel giudizio ordinario a cognizione piena successivo alla cautela, di dimostrare con gli strumenti dell'istruttoria "normale" l'esistenza del diritto cautelato ma inesistente (8). Questo argomento è interessante ai fini di alcune considerazioni che potrebbero farsi sull'ipotesi dell'indipendenza del provvedimento "cautelare" dal giudizio di merito e sulle quali tornerò oltre.

Combinando le osservazioni della dottrina che succintamente ho ripercorso, pare che dell'istruttoria cautelare possa darsi senz'altro una valutazione positiva: la flessibilità e la discrezionalità del giudice nell'assunzione dei mezzi di prova, anche atipici, unitamente alla circostanza che non sia esigibile uno *standard* minimo probatorio in materia, dipendendo questo dal complesso di variabili sopra

(6) V. diffusamente su questi aspetti CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., pp. 13-15; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 288.

(7) V. CONSOLO, *op. ult. cit.*, I, pp. 303-304.

(8) Così MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309 ss., spec. p. 315.

evidenziate e dall'esito raggiunto nell'istruttoria del singolo caso, rendono la cognizione cautelare, in molti casi e probabilmente, se non più almeno del pari meritevole di affidamento rispetto alla cognizione svolta in sede di processo ordinario ⁽⁹⁾. Circostanza questa che, evidentemente, influisce sulla bontà del provvedimento cautelare ⁽¹⁰⁾.

È infatti importante sottolineare che la circostanza che per svariati tipi di provvedimenti giurisdizionali possa parlarsi di cognizione sommaria non deve condurre a fraintendimenti, nel senso che, potremmo dire, *ogni cognizione è sommaria a modo suo, in dipendenza della funzione che il provvedimento è chiamato a svolgere*. Se, per esempio, si può dire che la cognizione del procedimento monitorio nella sua prima fase è sommaria perché incompleta (cosa che pure può dirsi nell'ipotesi di ordinanza pronunciata *ex art. 186 ter* quando il convenuto è contumace), di altre cognizioni si può dire che sono sommarie perché superficiali (come nell'ordinanza *ex art. 423*, comma 2, c.p.c. o in quella *ex art. 186 bis* c.p.c.). Confrontandole con quelle che precedono, della cognizione cautelare è stato affermato che essa è ben diversa, perché finalizzata all'emanazione di un provvedimento non destinato a scopi immediatamente satisfattivi

(9) Nota LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 88 ss., spec. p. 101, che l'inidoneità alla stabilità dei provvedimenti cautelari discende non tanto dal tipo di cognizione compiuta nella fase sommaria, che può essere anche identico a quello espresso in sede di tutela decisoria sommaria, ritenuta idonea alla stabilità, quanto dal diverso rapporto con il giudizio a cognizione piena o comunque non sommaria, la cui instaurazione non è eventuale e lasciata, come nella tutela decisoria sommaria, alla volontà delle parti, ma è resa obbligatoria in virtù della strumentalità necessaria. V. anche, sul tema, l'interessante ricostruzione di DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, Torino, 2003, p. 219 ss., spec. p. 239 ove l'a., analizzando l'art. 669 *sexies* c.p.c., nota che dalla locuzione "atti di istruzione" discendono due regole: la prima è che il giudice della cautela non possa contentarsi della mera credibilità dei fatti rilevanti; la seconda consiste nel fatto che la cognizione cautelare deve svolgersi non nei modi scarni e rudimentali cui sovente si riducono le sommarie informazioni, ma con strumenti ampi e soddisfacenti che nulla invidino in punto di risultato ai mezzi utilizzabili in sede piena.

(10) Nota CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 126, che le pronunce rese in sede cautelare dimostrano nel complesso un livello di accuratezza argomentativa e talora anche di finezza ricostruttiva non comuni.

o idoneo a consolidarsi; ma di essa non può dirsi pacificamente che sia una cognizione incompleta, perché di norma c'è il contraddittorio, e neppure superficiale, perché la cognizione cautelare andrebbe valutata in base alla direzione perseguita dal provvedimento ⁽¹¹⁾.

Considerando il tema anche da un punto di vista comparatistico, altra autorevole dottrina trova difficile negare la vicinanza strutturale tra le forme di accertamento dei provvedimenti cautelari anticipatori e i provvedimenti anticipatori *tout court*, come confermerebbe l'accertamento necessario richiesto, per esempio, nel processo civile tedesco, per le *einstweilige Verfügungen* ⁽¹²⁾, il che accadrebbe in tutte le ipotesi in cui il legislatore non preveda condizioni speciali per il provvedimento (come fa, per esempio, nel caso dell'ordinanza *ex art. 186 ter c.p.c.* o del decreto ingiuntivo). Questo argomento, ovvero quello della sostanziale equivalenza tra accertamento proprio della tutela cognitiva anticipatoria e accertamento proprio della tutela cautelare, è particolarmente utile al fine di trarre alcune considerazioni conclusive che, tuttavia, ritengo opportuno svolgere successivamente all'analisi che sarà oggetto del capitolo successivo, dedicato alla stabilità del provvedimento giurisdizionale.

Ritornando quindi al tema specifico oggetto del paragrafo, si può affermare che sia un dato di fatto come, almeno a me sembra, non sia possibile, se non in modo aprioristico, ritenere l'inferiorità della cognizione (e quindi della bontà del suo risultato) del processo cautelare rispetto ad altri tipi di cognizione propri di altri procedimenti giurisdizionali ⁽¹³⁾. Anche perché, come è stato rilevato, guardando esclusivamente al sistema normativo non emerge il consenso prestato al giudice dalla legge ad emettere una misura caute-

(11) V. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 50-52.

(12) L'osservazione è di CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., pp. 250-251.

(13) Anche CARRATA, *op. ult. cit.*, p. 259, afferma che, per avventura, il tipo di accertamento su cui è fondato il provvedimento cautelare potrebbe essere identico a quello su cui è fondato il provvedimento ordinario; e conclude che, tuttavia, il provvedimento cautelare non svolgerà una funzione dichiarativa perché la legge non gli riconosce un simile scopo e sarà quindi, comunque, un provvedimento provvisorio.

lare basandosi sulla sola verosimiglianza delle affermazioni fattuali della parte istante, che anzi è tenuta a fornire le prove necessarie alla verifica della sussistenza dei presupposti della misura, la quale può essere concessa solo quando il giudice abbia acquisito la prova dell'esistenza dei presupposti (*fumus e periculum*) richiesti dalla legge per l'esercizio positivo della potestà cautelare⁽¹⁴⁾. Onde potrebbe essere rivista la concezione dominante per cui l'accertamento fattuale compiuto dal giudice in sede cautelare è un *quid minus* rispetto a quello del processo ordinario di merito; l'affermazione, infatti, viene espressa senza tenere in adeguato conto qual è la caratteristica che connota il *thema probandum* del processo cautelare, che non ha ad oggetto l'esistenza delle circostanze fattuali ma la probabilità della loro esistenza, per cui può dirsi che, posto che il *thema probandum* del processo cautelare è un tema di probabilità, tale accertamento è pieno, avuto riguardo ai presupposti e al *thema probandum* della cautela⁽¹⁵⁾.

L'aspetto ora in discussione è importante perché condiziona, fra l'altro, l'attitudine del provvedimento cautelare, specie quando a contenuto anticipatorio e dunque idoneo a modificare la realtà materiale, ad essere considerato titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, n. 1, c.p.c.; in proposito, la tendenza maggioritaria in dottrina e giurisprudenza considera titoli esecutivi non solo i provvedimenti cui la legge attribuisca tale efficacia, ma anche quelli cui il riconoscimento di tale qualità derivi pure in modo indiretto dalla disciplina legislativa⁽¹⁶⁾. La domanda più insidiosa al riguardo è quella che conduce a chiedersi se il giudizio ipotetico proprio della cautela impedisca, oppure no, di ritenere "certo" il diritto da azionarsi nelle forme dell'esecuzione forzata. Nel panorama di risposte al quesito, pare emergere un punto fermo: la certezza di cui al-

(14) In questo senso LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, cit., p. 498.

(15) V. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, pp. 500-503. Prosegue l'a., ivi, p. 505, sulla sommarietà, invece, della fase istruttoria di cui all'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c., determinata dal fatto che il contraddittorio sia parziale e sia quindi tale anche la cognizione del giudice.

(16) Così VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 96.

l'art 474 c.p.c. non significa incontestabilità o incontrovertibilità del diritto (17).

2. *Il possibile equivoco intorno al concetto di verosimiglianza*

Attraverso una succinta serie di considerazioni, si potrebbe giungere a ritenere che il legame, che pare quasi necessario per non dire inscindibile, tra accertamento cautelare e verosimiglianza, si risolva in nulla di più che un *topos* giuridico; che peraltro ed evidentemente, come tutti i luoghi comuni, ha un qualche fondamento, forse però sopravvalutato.

Intanto, il giudizio di verosimiglianza riguarda il primo momento del processo, quello delle allegazioni, quando ancora il procedimento probatorio non è iniziato; il giudizio finale di verità, anche se in ultima analisi si riduce ad un giudizio di verosimiglianza, verte sui risultati delle prove e può intervenire soltanto a chiusura del procedimento probatorio (18). Infatti, il giudizio di verosimiglianza non attende le rappresentazioni probatorie del fatto da provare, perché esso si basa, prima dell'indagine in concreto, su una massima di esperienza che riguarda la frequenza con cui nella realtà si producono fatti del tipo di quello allegato (19).

(17) V. VULLO, *op. ult. cit.*, p. 98 ss., spec. pp. 99 e 102, ove l'a. afferma che il requisito della certezza del diritto azionato con il titolo esecutivo giudiziale non dipende necessariamente dalla qualità della cognizione che ha portato a formare il provvedimento. Già ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 475 ss., spec. p. 479, aveva sottolineato che il requisito della certezza non è necessario perché si possa procedere ad esecuzione forzata.

(18) V. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 622.

(19) In questo senso, CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 75 ss., spec. p. 91; CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 623; e in parziale dissenso TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, pp. 161-162, ove l'a. definisce la verosimiglianza come il grado di capacità rappresentativa di una descrizione rispetto alla realtà, pur chiarendo che ciò non ha nulla a che vedere con la veridicità dell'asserzione né con la sua probabilità, perché queste qualificazioni non attengono al rapporto di vicinanza o di rappresentatività di un'asserzione rispetto alla realtà, ma all'esistenza di ragioni per ritenere che l'asserzione sia vera, onde può accadere che un'asserzione verosimile non sia affatto probabile o non sia vera del tutto, come pure può darsi che un'asserzione non verosimile sia vera o probabilmente vera, il che accade quando si acquisiscono elementi di giudizio tali da far ritenere attendibile quell'affermazione.

Partendo da questi presupposti, laddove li si assumano evidentemente come corretti, si potrebbe affermare che anche il giudizio sui fatti oggetto della cognizione sommaria, cautelare o non cautelare, se avvenga dopo il procedimento probatorio e quindi dopo che le prove sono state assunte, è qualificabile come giudizio di verità (in senso positivo o negativo a seconda dell'esito della prova) e non come giudizio di verosimiglianza. In fondo, come ha sottolineato autorevole dottrina a proposito della funzione di accertamento della realtà materiale dei fatti, considerato il mezzo di prova come il solo strumento che può raccordare il noto e l'ignoto fra ciò che le parti affermano essere avvenuto nel passato e ciò che il giudice stabilisce nel presente essere avvenuto, anche quando si ragiona in termini di cognizione piena, ci si muove tuttavia pur sempre nella zona grigia del possibile, perché non esiste giudizio nel quale l'impegno ricostruttivo sia illimitato; in qualsiasi processo, infatti, si avverte l'esigenza di escludere una fascia più o meno ampia di fatti dalla necessità del controllo probatorio, onde si può affermare che non vi sia cognizione del giudice che non si presenti ad un tempo parziale e superficiale ⁽²⁰⁾.

A considerare poi quel che dispongono le norme in punto di diritto positivo, benché la dottrina riferisca il giudizio di verosimiglianza ad un esperimento istruttorio di tipo sommario, diversamente il codice di rito, quando fa riferimento a nozioni come verosimiglianza e probabilità, lo fa istituendo una sorta di *relevatio ab onere probandi*, fondata appunto sul carattere verosimile o probabile dei fatti allegati, prescindendo del tutto dalla prova che di essi possa essere fornita dalle parti o autonomamente ricercata dal giudice ⁽²¹⁾.

(20) Così VERDE, voce *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, 1988, XXXVII, p. 579 ss., spec. pp. 589-609. Nello stesso senso, sull'attività conoscitiva del giudice, che non è diretta al raggiungimento di una verità assoluta ma più semplicemente a conseguire un grado di accertamento sufficiente a fondare in fatto la decisione, v. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss., spec. c. 96.

(21) V. CAPPONI, *Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 911 ss., spec. p. 927. Sulla necessità di non utilizzare come sinonimi i termini "verosimiglianza" e "probabilità", in quanto indicano fenomeni differenti, v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 163.

E questo approccio del codice potrebbe ritenersi non del tutto corretto, se si considera che la dottrina che più ha approfondito l'argomento ha dimostrato come la verosimiglianza non abbia nulla a che vedere in via di principio né con la probabilità né con la verità, perché essi sono concetti che si muovono su piani differenti (22).

Non solo, ma con riferimento alla cognizione propria del processo di cognizione ordinaria, la dottrina più recente ha sottolineato come sia ormai pacifico che nel processo la verità acquisibile si riduca al raggiungimento di un certo grado di probabilità logica, non quantitativa, tra *factum probandum* e *factum probans* (23), con evidente ridimensionamento, quindi, del grado di "verità" conseguibile dal giudice.

3. *Contestazione e non contestazione, accertamento dei fatti, cosa giudicata*

Il profilo della possibile contestazione proveniente dal convenuto e, più in generale, dal soggetto passivo di un provvedimento giurisdizionale, potrebbe fornire elementi rilevanti ai fini di alcune conclusioni che trarrò. Pertanto, ritengo opportuno esaminare alcune delle principali voci sull'argomento.

La dottrina che più specificamente ha esaminato il tema ha messo in luce il *proprium* della contestazione, che consisterebbe nell'opporre all'avversario questioni *in facto* e *in iure* sulle quali si appunta il contrasto sottoposto a giudizio, contrasto relativo all'esistenza di determinati fatti ed ai loro effetti giuridici, palesato mediante il contributo prestato tanto dal convenuto quanto, e prima ancora, dall'attore (24). Molto si è discusso sulla natura e sugli

(22) V. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p.159 ss. e p. 477 ss. per le conclusioni.

(23) V. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, cit., pp. 102-103.

(24) Così CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, Milano, 1992, I, p. XV. Ai due volumi di cui si compone l'opera rimando qui in via generale sul tema.

effetti dell'attività di contestazione e, specularmente, di non contestazione ⁽²⁵⁾.

Prescindendo qui dalle diverse opinioni sull'istituto quando affrontano il tema da un pregevolissimo punto di vista teorico e dogmatico, e adottando invece un angolo visuale forse più semplicistico ma certamente più pragmatico, si può agevolmente constatare che diversi procedimenti basano larga parte della giustificazione dei propri effetti sul comportamento del soggetto passivo del provvedimento. Si pensi, per fare un esempio ricorrente, al procedimento monitorio. La circostanza che il decreto ingiuntivo non opposto addivenga ad un regime di stabilità assimilabile a quello della cosa giudicata, con le differenze di impostazione in dottrina che sono note ⁽²⁶⁾, è in buona misura fondata sul contegno passivo del convenuto che, ricevuta la notificazione del decreto ingiuntivo, decida di non opporsi, così non avvalendosi della facoltà riconosciutagli di instaurare un ordinario processo di cognizione nel quale toccherebbe nuovamente al creditore convenuto opposto di fornire la prova del proprio diritto di credito ⁽²⁷⁾. Efficacemente si è affermato che, alla base della struttura del procedimento monitorio, presiede un elemento consensualistico, perché la formazione dell'accertamento implica necessariamente la manifestazione di un atteggiamento omissivo da par-

(25) V. per tutti CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, spec. pp. 133 ss. e 174 ss.; e CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, cit., II, p. 6 ss.

(26) V. *ex multis* ed ampiamente RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 571 ss.; CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 503 ss.; GARBAGNATI, *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 302 ss., spec. p. 317; LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Torino, 2004, p. 220 ss.; ID., *Profili sistematici dei provvedimenti decisori sommarî*, cit., p. 94 ss.

(27) Notano CARRATTA-CHIZZINI-CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Risposte al Libro Verde sul procedimento ingiuntivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2003, p. 145 ss., spec. p. 145, che nel nostro ordinamento si è accentuato, sulla base di una considerazione privilegiata degli interessi dei creditori, il significato dell'accertamento svolto dal giudice in ordine alla prova scritta dedotta a fondamento del ricorso monitorio, ritenendolo idoneo a dispiegare gli effetti di cosa giudicata, e tuttavia, benché si tratti certamente di una sopravvalutazione, si deve riconoscere che il modello del decreto ingiuntivo, a livello interno, ha dato risultati pratici più che buoni.

te dell'ingiunto ⁽²⁸⁾; tale atteggiamento omissivo dell'ingiunto, che si traduce nella mancata proposizione dell'opposizione o nella sua mancata coltivazione fino alla sentenza di merito, è sufficiente ad accertare in modo vincolante che il diritto azionato esiste ⁽²⁹⁾. E ciò perché, in sostanza, quando l'opposizione è ormai preclusa, l'inerzia dell'ingiunto è valutata dall'ordinamento come equivalente al riconoscimento dell'infondatezza delle sue ragioni difensive ⁽³⁰⁾.

Similmente si è detto a proposito del procedimento per convalida di sfratto, ove la mancata opposizione del conduttore comparso o addirittura la sua mancata comparizione producono l'effetto di far operare il principio di non contestazione e attribuiscono un valore di *ficta confessio* all'inerzia del convenuto ⁽³¹⁾. La "non contestazione", poi, è oggetto specifico della norma di cui all'art. 186 *bis* c.p.c., che la ritiene rilevante solo quando provenga dalle parti costituite; tuttavia, non sarebbe corretto ritenere la qualità dell'accertamento che da essa deriva un *quid minus* rispetto all'ipotesi della contestazione, perché, come è stato notato, la non contestazione in sé non degrada la cognizione del giudice da ordinaria a sommaria, ma semplicemente permette che essa si formi senza assunzione di prove ⁽³²⁾.

In sostanza, dunque, sono numerose le ipotesi in cui la mancata contestazione di un provvedimento, tipicamente a contenuto condannatorio, da parte del soggetto passivo, è ritenuta indice della pretestuosità dell'inadempimento dell'obbligato ⁽³³⁾.

(28) Così RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 57.

(29) V. RONCO, *op. ult. cit.*, p. 259.

(30) V. RONCO, *op. ult. cit.*, pp. 345-346. Diffusamente, sul fenomeno dell'uguaglianza dei termini "assenza di contestazione = riconoscimento della pretesa", v. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, cit., II, spec. p. 33 ss.

(31) V. PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, v. c. 17 ss., spec. cc. 20-21. Per l'evoluzione storica del principio *absens pro confesso habetur*, le cui radici già affondano nel diritto longobardo, v. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1925, spec. p. 310 ss.

(32) V. CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna*, *dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1995, p. 1 ss., spec. p. 9.

(33) Così E.F. RICCI, *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, cit., p. 1025. Per una più ampia panoramica delle principali ipotesi in cui il principio di non contestazione è espressamente contemplato da norme di diritto positivo del nostro ordinamento, v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., p. 5 ss.

Quanto al punto di vista europeo, poi, si riconosce che la nozione di “non contestazione” comprende l’ipotesi di mancata comparizione del debitore; nel processo comunitario in senso stretto, in modo ancora più pregnante, la non contestazione apre la strada al riconoscimento della verità delle asserzioni della controparte e costituisce in pratica una *relevatio ab onere probandi* ⁽³⁴⁾. Recentemente, poi, la non contestazione viene ampiamente in rilievo nel regolamento Ce n. 805 del 2004, relativo al c.d. titolo esecutivo europeo, il quale mira a rendere possibile l’esecuzione immediata del titolo nello spazio giudiziario europeo senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento *di exequatur* ⁽³⁵⁾. Ciò sarebbe possibile, appunto, in presenza di un credito non contestato, laddove con questo attributo, ai sensi dell’art. 3 del regolamento, è da intendersi tanto il credito che il debitore abbia espressamente riconosciuto nei modi previsti (v. art. 3, lett. a, d), quanto il credito che il debitore non abbia contestato nel corso del procedimento giudiziario in conformità delle norme procedurali vigenti nello Stato membro di origine, ovvero i crediti oggetto di procedimenti nei quali il debitore, pur avendo in un primo momento sollevato una contestazione, successivamente non sia comparso o non si sia fatto rappresentare in udienza, sempre che tale comportamento equivalga ad un’ammissione tacita del credito o dei fatti allegati dal creditore secondo la legislazione processuale dello Stato *a quo* (v. art. 3, lett. b, c). Ora, è certamente da osservare sul punto che il regolamento non detta né fa presagire che si suggerisca una nozione comunitaria di “non contestazione”, ma è altresì vero che il funzionamento dell’istituto introdotto presuppone una certa uniformità della nozione sul territorio europeo, in molti paesi del quale la mancata comparizione o la mancata difesa,

(34) V. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., pp. 123-124.

(35) Sul regolamento Ce n. 805 del 2004, v. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 138 ss.; CARPI, *L’ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 688 ss.; DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell’imperium all’esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int’l Lis*, 2004, p. 141 ss., spec. p. 145 ss.; CAMPEIS-DE PAULI, *Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (regolamento n. 805/2004/CE)*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 529 ss.; CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 647 ss.

in altre parole la non contestazione nell'esercizio di un ruolo attivo da parte del convenuto all'interno del processo, vale come ammissione e riconoscimento del diritto fatto valere dalla controparte ⁽³⁶⁾.

4. *Premessa per l'affermazione della inidoneità ex lege, ma non in rerum natura, del nuovo modello di tutela giurisdizionale sommaria alla cosa giudicata*

Poste le premesse di cui al paragrafo precedente, vorrei ora svolgere una serie di considerazioni che, risalenti in parte alla dottrina ed in parte qui elaborate, potrebbero condurre, come anticipavo, a valutazioni di qualche rilievo ai fini delle conclusioni che vorrò trarre e che, ora più oltre, saranno in qualche modo anticipate.

Intanto, vorrei ricordare come la dottrina che più recentemente ed approfonditamente si è occupata del tema abbia messo in luce la similitudine esistente tra il procedimento monitorio ed il giudizio contumaciale, in quanto caratterizzati sostanzialmente dal medesimo elemento, ovvero l'atteggiamento di silenzio di fronte alla domanda giudiziale altrui ⁽³⁷⁾.

(36) Come nota BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., pp. 123-124, la divergenza tra la nozione europea di non contestazione e la corrispondente nozione italiana è significativa, perché nell'ottica interna la non contestazione presuppone una parte costituita, mentre l'approccio comunitario include nella nozione di non contestazione perfino la mancata comparizione del debitore; in questo senso, prosegue l'a., l'art. 13, comma 2, del d. lgs. n. 5 del 2003 sul processo societario, che prevede che qualora il convenuto non replichi tempestivamente all'attore, i fatti affermati da quest'ultimo si intendono non contestati, può considerarsi un importante elemento di allineamento al trend europeo. Ancora sui profili comparatistici dell'argomento, v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., p. 3 ss., spec. p. 3, ove l'a. nota come in diversi dei moderni ordinamenti processuali europei, specialmente nei sistemi tedesco e austriaco, il comportamento, attivo o meno, della parte in ordine a questi profili, sia espediente utilizzato al fine di rendere più spedito lo svolgimento del giudizio.

(37) V. RONCO, *op. cit.*, p. 47. Con riferimento alla non contestazione nel procedimento di cui all'art. 186 bis c.p.c., SASSANI-TISCINI, voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, cit., p. 874, ammettono che essa possa configurarsi anche in ipotesi di semplice silenzio, benché la giurisprudenza sul punto sembri dare valore ad una contestazione in qualche modo "partecipata" del convenuto.

Secondariamente, ad un livello ancora più generale ed in altri termini, se, come è stato autorevolmente affermato, l'incertezza è insita nell'attività di contestazione ⁽³⁸⁾, se ne potrebbe dedurre *a contrario* che la certezza sia insita nell'attività di non contestazione. Questo approccio, a mio avviso da prediligere perché più pragmatico e più fruttuoso da un punto di vista concreto, è tuttavia suscettibile di essere vulnerato; correttamente è stato notato, da un punto di vista dogmatico, che è alquanto recente nel nostro ordinamento una norma come l'art. 13, comma 2, del d. lgs. n. 5 del 2003, che fa discendere dalla contumacia del convenuto una *ficta confessio* relativa ai fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda, mentre la disciplina generale del codice di rito di cui agli artt. 290 ss. c.p.c. considera la contumacia come comportamento neutro cui continua a corrispondere l'onere per la parte costituita di provare i fatti ⁽³⁹⁾.

In terzo luogo, occorre forse intendersi sul termine "contestazione" ponendosi da uno specifico punto di vista; infatti, intendendo il termine "contestazione", o la sua assenza, *in senso ampio*, si potrebbe dare spazio ad ulteriori considerazioni, che tuttavia postulano alcune riflessioni preliminari ⁽⁴⁰⁾.

(38) Così FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, I, p. 205 ss., spec. p. 208. Ampiamente, sui rapporti fra contestazione, esplicita o implicita, ed accertamento, v. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 620 ss., spec. p. 650 ss.

(39) V. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1364. Sulla disciplina interna della contumacia e sulle sue conseguenze, v. anche CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., p. 8 ss.

(40) Per contestazione o, *rectius*, non contestazione "in senso stretto" intendo, per dirla con parole di CARRATTA, *op. ult. cit.*, p. 1, il principio processuale in virtù del quale, nel processo che abbia ad oggetto diritti disponibili, non hanno bisogno di essere provati i fatti che, allegati da una parte, non sono stati espressamente contestati dall'altra. Come dirò oltre nel testo, facendo riferimento all'attività di contestazione "in senso ampio", invece, prediligo un approccio che, non limitandosi al solo profilo probatorio, consideri ogni attività di reazione di una parte a fronte di un'attività della controparte o del giudice. Del resto, già CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, cit., II, p. 2, aveva messo in luce l'emergere di una indeterminata categoria derivata dal c.d. principio della non contestazione, elaborata dalla giurisprudenza ma sostanzialmente recepita dalla dottrina, che individua una tipologia di inazione di portata pressoché onnicomprensiva, riferibile ad ogni forma di assenza di dichiarazioni contrarie alle precedenti deduzioni dell'avversario.

A me sembra che non si possa dubitare del fatto che, pensando allo schema tipico del processo ordinario di cognizione nelle sue varie fasi, l'impugnazione della sentenza costituisca una sorta di "contestazione"; se si vuole, anzi, la massima contestazione esprimibile ed esperibile contro la sentenza. Altrettanto pacifico e normativamente sancito è che l'acquiescenza, intesa come accettazione della sentenza da parte del soccombente che rinunci ad impugnarla, dia luogo alla formazione della cosa giudicata sul provvedimento ⁽⁴¹⁾. Da questo punto vorrei partire, non solo per concordare con quanto già ricordato sopra a proposito degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva o della possibilità di considerare per veri i fatti non contestati dalla parte regolarmente citata contro la quale essi sono affermati, ma anche per ribadire l'analogia di considerazioni che, sotto un duplice profilo, possono farsi tra i principi ora ricordati e il modello di provvedimento che è oggetto di questo lavoro. Mi pare infatti che, in sede di procedimento "cautelare" sganciato dal merito, si possa fare un duplice passo, per non dire salto, che consenta, da una parte, di considerare per veri e quindi per accertati i fatti non contestati dalla controparte, ma non attraverso una mera *fictionis iuris* che, per così dire, lasci il tempo che trova, bensì attraverso un accertamento che possa essere considerato pieno fintantoché la controparte non solo non contesti genericamente ma non dia (o cerchi di dare) prova concreta delle affermazioni *ad infringendum* che solleva avverso il ricorrente attivo ⁽⁴²⁾. Da altra parte, la non contestazione,

(41) V. per tutti su questo specifico punto LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 3 ss. Più in generale sull'istituto, v. PATTI, voce *Acquiescenza, dir. civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, I, p. 1 ss., spec. p. 1, ove l'a. riconnette l'acquiescenza non solo ad una sopportazione e ad una non opposizione rispetto alla volontà/attività altrui, ma anche all'accettazione e al tacito consenso, se non addirittura ad una rinuncia ad un diritto da parte di chi la manifesta. Può essere interessante notare in proposito che anche la giurisprudenza amministrativa in tema di acquiescenza si è evoluta significativamente passando, da una concezione dell'acquiescenza come mera rinuncia all'impugnazione, ad una dal più profondo contenuto psicologico di adesione o accettazione del provvedimento di cui si riconosce la "giustizia"; v. C. FERRARI, voce *Acquiescenza, dir. amm.*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, I, p. 1 ss., spec. p. 4.

(42) Con termini diversi mi pare della stessa opinione CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna*, cit., p. 11.

questa volta considerata non con riguardo ai fatti affermati ma in riferimento al provvedimento “provvisorio” emesso all’esito del processo sommario, potrebbe essere ritenuta una sorta di acquiescenza al provvedimento che, invece, ben potrebbe “impugnarsi” e “contestarsi” attraverso la proposizione dell’azione ordinaria di merito di primo grado; se ciò non accade, e se si concorda con i singoli passaggi del ragionamento proposto, si deve riconoscere che, in via astratta di puro principio, *il nuovo modello di tutela giurisdizionale* introdotto dal legislatore, che è intervenuto, snaturandola, sulla cautela, nelle ipotesi in cui ha previsto l’eventualità del nesso di strumentalità rispetto al merito, *non è*, in sé ed astrattamente, *ontologicamente e strutturalmente inidoneo alla configurabilità del passaggio in giudicato* del provvedimento che chiuda il relativo procedimento. Tale inidoneità, evidentemente, è sancita nero su bianco dal legislatore, che ha operato una precisa scelta di politica del diritto. Ma su questo aspetto, soprattutto al fine di indagarne le conseguenze, tornerò nell’ultimo capitolo di questo lavoro ⁽⁴³⁾.

Conclusivamente su questo punto. Posto che debba rimanere fermo il principio dell’onere della prova, e dunque la necessità che l’istante fornisca per primo la prova del diritto di cui chiede tutela, mi pare che si debba adeguatamente sottolineare il principio di non contestazione in senso ampio per cui, a fronte dell’inerzia del convenuto che si traduca in una mancata replica a livello istruttorio già nella prima fase sommaria del procedimento o, in un momento successivo, in una mancata replica, con gli strumenti che l’ordinamento mette a disposizione, avverso il provvedimento del giudice a lui sfa-

(43) Poste queste premesse, discende naturalmente l’impossibilità di concordare con la dottrina che, interpretando la locuzione di cui all’art. 669 *octies*, ultimo comma, c.p.c., per cui “l’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”, afferma che “ad ogni buon conto, l’inidoneità al giudicato materiale del provvedimento cautelare è confortata da altri dati”, v. RECCHIONI, *op. cit.*, p. 51. Tradizionalmente infatti, e come avrò modo di dire più diffusamente oltre, l’inidoneità al giudicato materiale del provvedimento cautelare è *in re ipsa*, per la stessa struttura e funzione della cautela; la norma introdotta dalle riforme induce ad una riflessione perché pone il problema dell’autorità, e quindi fra le righe del giudicato, con riguardo ad un modello provvedimentale che cautelare non è, nonostante così lo qualifichi il legislatore.

vorevole, l'accertamento quale formatosi sui fatti oggetto della controversia debba considerarsi, allo stato (cioè in assenza di sopravvenienza di nuovi elementi), pacifico. Al di là delle motivazioni di ordine giuridico provenienti anche dal livello comunitario e comparatistico, il senso comune sa bene che è nella natura umana replicare anche quando si ha torto; immaginiamo quando si sappia di avere (e poter dimostrare di avere) ragione.

5. *Il problema dell'accertamento dei fatti e la più irrisolta delle domande senza risposta: quid est veritas?*

L'accertamento costituisce il punto nevralgico di qualsivoglia processo ispirato a principi di civiltà giuridica e pregiuridica. Il giudice, adito in sede di cognizione, piena o sommaria, in sede di cautela e persino in sede di esecuzione, ha sempre e costantemente il potere-dovere, per lo più su iniziativa della parte privata, di conoscere della sostanza della vicenda, dal punto di vista materiale e, conseguentemente, processuale.

L'accertamento è, per definizione, problematico; figura generale del diritto e, più ampiamente, di qualunque procedimento scientifico, comporta una congerie di difficoltà dovute prevalentemente al fatto che, anche laddove ci si accontenti di gradi di accertamento inferiori, obiettivo massimo del processo di conoscenza è il raggiungimento della certezza intorno al fenomeno che ne è oggetto⁽⁴⁴⁾. Ora, appare evidente come la certezza intesa nel senso più rigoroso del termine, ossia come grado di conoscenza di qualcosa che si presenta in un certo modo e non può essere altrimenti, se è raggiungibile astrattamente in una serie anche svariata di ipotesi, più difficilmente può raggiungersi nel processo, specie per la circostanza che l'oggetto dell'accertamento riguarda elementi che non pertengono all'individuo deputato alla conoscenza, cioè il giudice, il quale ha nella sua terzietà ed estraneità rispetto ai fatti oggetto della controversia, e quindi rispetto alle parti, una sua ineliminabile caratteri-

(44) V. diffusamente FALZEA, voce *Accertamento*, cit., spec. pp. 205-206.

stica ⁽⁴⁵⁾. Ciò trascina con sé, evidentemente, il tema spinoso della giustizia della decisione, nel senso che una pronuncia basata su un accertamento che non possa dirsi assolutamente certo, e possa conseguentemente essere sovvertito in altro tempo o in altra sede, ha fondato una decisione che non può considerarsi e qualificarsi “giusta”. D’altra parte la decisione è necessaria e, ad un certo punto di qualsivoglia *iter* conoscitivo, s’impone; la decisione scioglie il dubbio, fa riprendere il cammino che, nel dubitante, era stato interrotto, appunto, per riflettere, al fine di scegliere una tra le tante vie percorribili ⁽⁴⁶⁾. Ma la ripresa del cammino, quindi l’aver deciso, non scioglie un’altra delle tante domande senza risposta del processo, ovvero quando possa definirsi giusta la decisione presa.

L’autorevole dottrina che si è cimentata sul quesito pare condivisibile laddove sostiene che una decisione possa dirsi giusta quando riunisce in sé tre caratteri: il rispetto delle garanzie processuali nel corso del procedimento; il fondarsi su un accertamento veritiero dei fatti controversi; l’essere il risultato di una corretta interpretazione applicativa delle norme rilevanti nel caso concreto ⁽⁴⁷⁾.

L’affermazione, a perfetta tenuta in punto di teoria, ha però il suo cuore ed insieme il suo tallone d’Achille nel secondo punto, che è in realtà quello che sta a monte e da cui sopra ho creduto di partire: l’accertamento veritiero dei fatti controversi. Quando l’accertamento dei fatti può dirsi veritiero, e può quindi ritenersi che essi si presentino in quel modo e non altrimenti? La domanda non è suscettibile di addivenire ad una risposta appagante ad avviso di quella

(45) CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 387, considera uno dei “miti” della disciplina processuale l’affermazione per cui il processo debba tendere all’accertamento della verità “materiale”. Ampiamente, sulla relatività della conoscenza dei fatti acquisibile dal giudice nel processo, v. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 105 ss., spec. pp. 113 e 119.

(46) Da leggere le mirabili pagine di IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 64 ss., da cui cito spec. p. 65.

(47) Così TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss., spec. p. 20. Precedentemente, v. ancora TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 315 ss., spec. p. 319.

dottrina che ritiene che il giudizio sulla veridicità dei fatti di causa non sia mai esprimibile in termini assoluti di vero/falso, ma solo in termini di maggiore o minore “grado di conferma” che le prove acquisite attribuiscono ad ogni ipotesi di fatto; così che le asserzioni sui fatti sono più o meno attendibili a seconda del supporto probatorio riferibile ad ognuna di essa ⁽⁴⁸⁾.

Interrogarsi qui sull'accertamento, come anticipai sopra brevemente, è funzionale ad alcune considerazioni che vorrò fare in seguito e che, essenzialmente, si riconducono alla circostanza che, di regola, l'efficacia e la stabilità di un dato provvedimento sono concepite dal legislatore, prima ancora che dalla dottrina, in dipendenza del livello di profondità dell'istruzione e della cognizione che precedono l'emanazione del provvedimento. In altre parole, la stessa efficacia di giudicato dipenderebbe dalla pienezza (o dalla non sommarietà) della cognizione, per cui, posponendo automaticamente queste considerazioni al modello di provvedimento allo studio, se ne potrebbe affermare, senza troppe remore, l'inidoneità alla stabilità in virtù del sillogismo che vorrebbe la cognizione sommaria necessariamente e legittimamente foriera solo di un accertamento claudicante ⁽⁴⁹⁾. Ma su questo punto tornerò più diffusamente oltre.

Ora, a mio avviso si potrebbe e dovrebbe invece concentrare l'attenzione su un altro profilo: non necessariamente la cognizione che promana da un procedimento che, ora per taluni ora per talaltri suoi aspetti, definiamo sommario, è sommaria anch'essa ⁽⁵⁰⁾. Se è vero che la veridicità del convincimento del giudice è una funzione di diversi fattori, tra cui principalmente la quantità e la natura de-

(48) V. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 323.

(49) Mi permetterei qui di dissentire da ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, cit., p. 37, ove l'a. afferma che nel procedimento cautelare non c'è neppure l'ombra dell'accertamento, mancando il sintomo distintivo, ovvero la cosa giudicata; il dissenso dipenderebbe dal fatto che l'a. capovolge i termini della questione: al più è la cosa giudicata che non c'è se manca l'accertamento, non l'accertamento che non c'è se manca la cosa giudicata.

(50) Lo nota, sulla scia di Chiovena, anche LOMBARDO, *op. cit.*, pp. 479 e 485, ove l'a. sottolinea che il modello processuale del rito cautelare implica la piena instaurazione del contraddittorio e che la nozione di cognizione sommaria non è affatto presupposta dalla natura della tutela cautelare.

gli *inputs* probatori acquisiti, unitamente alla correttezza e all'attendibilità delle valutazioni e delle inferenze formulate dal giudice del fatto ⁽⁵¹⁾, allora se ne può dedurre che questi elementi, in sé e per sé considerati, non possono essere ritenuti più o meno convincenti per definizione a seconda che lo scenario sia quello della cognizione piena o quello della cognizione sommaria, dipendendo invece la valutazione della congruità degli stessi a fondare una decisione più o meno "buona" dal concreto svolgimento di quel singolo giudizio, sia esso astrattamente ed aprioristicamente qualificabile come sommario od ordinario.

A questo proposito, se la dottrina si è impegnata opportunamente nell'individuazione dei caratteri che consentono di parlare ora di cognizione sommaria ed ora di cognizione piena, mi pare tuttavia che, attualmente, si debba propendere verso un altro tipo di approccio e considerare che, se vi sono dei casi in cui, senza dubbio, la cognizione può definirsi sommaria in presenza di indici inequivocabili (penso, per esempio, alla circostanza che vi sia una sola parte che contribuisca all'istruzione, come accade nel procedimento monitorio, o ancora all'ipotesi dell'istruzione nei procedimenti in camera di consiglio, come delineata *ex art.* 738, ult. comma, c.p.c.), dall'altra parte vi sono una serie di ipotesi in cui *la deformalizzazione del procedimento*, come accade per esempio nel rito cautelare, *non è indice incontrovertibile della qualità dell'accertamento*.

6. *Cognizione sommaria e cognizione piena: a quale lo scettro del futuro?*

È forse opportuno approfondire il tema oggetto del paragrafo precedente con alcune considerazioni, che consentano altresì di individuare quale potrebbe rivelarsi l'approccio preferibile in prospettiva futura.

Autorevole dottrina ha affermato che, laddove si parli di cognizione sommaria, occorre distinguere la sommarietà che si traduce in

(51) Così TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 785 ss., spec. p. 816.

mere differenze procedurali rispetto all'*iter* proprio del processo ordinario di cognizione, dalla sommarietà che si traduce anche in una diversa intensità dell'accertamento; solo nel secondo caso, infatti, si sarebbe in presenza di una vera e propria cognizione sommaria, perché nel primo si tratterebbe, più propriamente, di un mero procedimento semplificato⁽⁵²⁾. Corollario di questa impostazione è che non si possa ritenere sufficiente la semplificazione delle forme processuali ad incidere sull'intensità dell'accertamento, perché un procedimento può essere semplificato ma condurre ad un provvedimento che produca effetti identici a quelli prodotti dal provvedimento definitivo del processo ordinario⁽⁵³⁾; come pure se ne può conseguentemente dedurre che quando il procedimento, oltre che semplificato, poggia su una cognizione sommaria perché incompleta, parziale e superficiale dei fatti, il provvedimento non potrà conseguire l'efficacia dichiarativa definitiva ed incontrovertibile del diritto sostanziale ed i suoi effetti sono passibili di essere ridiscussi o revocati nell'ambito di un processo ordinario⁽⁵⁴⁾.

Concordo con la dottrina che ha rilevato come, di per sé, la sommarietà della cognizione non sia in contrasto con l'aspirazione, caratteristica degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, a

(52) È la posizione di CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 236. V. anche MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 1097, ove l'a. si sofferma sull'equivocità del concetto di "rito sommario", in quanto richiama figure eterogenee molto diverse fra loro che avrebbero in comune solo la "sommarietà" della cognizione, quindi un elemento strutturale, consistente nella deformalizzazione e semplificazione del procedimento, che non presenterebbe i caratteri e le garanzie della cognizione piena ed esauriente.

(53) Nota FAZZALARI, voce *Processo civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, p. 118 ss., spec. p. 137, che il regime della cognizione sommaria nei processi speciali non è scevro di garanzie per i litiganti, perché il destinatario della pronuncia può ottenere che il procedimento prosegua nella via ordinaria (come per la convalida di sfratto), oppure può impugnare la pronuncia (come nell'ipotesi di cui all'art. 28 st. lav.) o ancora proporre opposizione (come, ad esempio, nel caso del decreto ingiuntivo). Nel senso per cui la tutela sommaria non implichi un'inferiorità che concerna "necessariamente anche la qualità della cognizione", v. PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., spec. c. 17.

(54) V. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 237.

divenire essi stessi definitivi ⁽⁵⁵⁾. Ciò che dovrebbe più rilevare, infatti, non è l'assioma "svolgimento della cognizione piena-definitività" (o giudicato, che dir si voglia), perché affinché la garanzia della cognizione piena sia rispettata, non è necessario che il processo si sia effettivamente svolto nelle forme della cognizione piena, essendo invece sufficiente che la struttura procedimentale sia tale da consentire alle parti, specie a quella risultata soccombente nella prima eventuale fase sommaria, la possibilità dello svolgimento del processo a cognizione piena ⁽⁵⁶⁾.

Non concordo, invece, con la dottrina che, considerando la sommarizzazione del procedimento che permea vari aspetti dei nuovi riti introdotti dalla nuova disciplina del processo societario, ritiene che essa non si riveli una risposta idonea a soddisfare indistintamente tutte le esigenze e a garantire stabilità ai rapporti societari, perché quest'ultima presupporrebbe diverse tecniche processuali ⁽⁵⁷⁾. Infatti, mi pare che lo strumento processuale più adatto non possa essere scel-

(55) V. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 38.

(56) V. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 393 ss., spec. pp. 399-400, ove l'a. conclude nel senso per cui riconoscere attitudine al giudicato formale e sostanziale al decreto ingiuntivo e ad altri provvedimenti analoghi (decreto *ex art.* 148 c.c., decreto *ex art.* 28 st. lav.) non intacca il valore riconosciuto alla regola cognizione piena-giudicato, perché si è alla presenza di processi sommari trasformabili in processi a cognizione piena su iniziativa della parte nel cui interesse sono previste le garanzie della cognizione piena. Così pure LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, cit., p. 97 ss., spec. p. 99, ove l'a. sottolinea diverse ipotesi in cui l'ordinamento appronta procedimenti decisorii sommari, caratterizzati da una cognizione incompleta, superficiale, talora priva di contraddittorio e di istruzione, elementi ben lungi dall'accertamento *ex art.* 2909 c.c., e tuttavia prevede l'attitudine di questi provvedimenti al giudicato in senso proprio perché tali procedimenti e provvedimenti sono fasi endoprocedimentali di una più vasta e sostanzialmente unica vicenda di tutela cognitiva e decisoria, caratterizzata dalla accertabilità posticipata ed eventuale, lasciata alla disponibilità degli interessati.

(57) Così COSTANTINO, *La riforma del diritto societario: note sugli aspetti processuali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 273 ss., spec. c. 282, ove l'a. riflette sulle figure dell'impugnazione di delibera assembleare per contrarietà alla legge o allo statuto, su una controversia sull'uso di segni distintivi o in materia di concorrenza sleale, e sul giudizio di responsabilità di amministratori o sindaci, notando rispettivamente che la prima è controversia di mero diritto, suscettibile di decisione immediata ma richiede

to aprioristicamente per categorie di controversie; l'esemplificazione tripartita fatta dalla dottrina in commento (e riportata alla nota precedente) non impedisce che una controversia del primo tipo sia complessa ed un'altra del terzo tipo sia alquanto semplice; la soluzione più opportuna, pertanto, non mi pare quella della diversità di tecniche processuali per tipo di controversie quanto, piuttosto, quella di un rito unitario, dominato da congrui elementi di elasticità, sotto la direzione del giudice e con un'attiva collaborazione delle parti. Ma su questi profili tornerò più diffusamente in sede di conclusioni.

A monte, tuttavia, di ogni possibile considerazione su argomenti afferenti in qualche modo al tema della cognizione, starebbe la definizione di ciò che si possa intendere per cognizione piena in contrapposizione, evidentemente, alla nozione di cognizione sommaria ⁽⁵⁸⁾. La dottrina che si è posta il problema ha offerto diverse risposte.

Ad avviso di una parte di essa, il valore della cognizione piena risiederebbe nel fatto che le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio non sono rimesse alla determinazione discrezionale del giudice, bensì predeterminate nella loro massima parte dalla legge, quanto a forme, termini e corrispondenti attribuzioni di poteri, doveri e facoltà in capo alle parti ed in capo al giudice, sia per ciò che concerne l'allegazione di fatti, domande ed eccezioni, sia per quanto riguarda i meccanismi di conoscenza del fatto, quindi l'istruzione vera e propria ⁽⁵⁹⁾. Per contro, l'essenza della cognizione sommaria (perché superficiale e

una pronuncia idonea ad acquistare stabilità, laddove la seconda presuppone accertamenti di fatto e si può esaurire con la pronuncia di provvedimenti anticipatori perché il merito sarebbe necessario solo per conservare gli effetti della cautela, mentre la terza implica complessi accertamenti di fatto ed una istruzione a cognizione piena.

(58) Per PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 ss. c.p.c.*, cit., p. 411, la distinzione è estremamente labile, essendo impossibile coglierla alla stregua di criteri di logica formale. V. anche CAPPONI, *Le "informazioni" del giudice civile (appunti per una ricerca)*, cit., spec. pp. 915-916, ove l'a. nota come l'espressione "cognizione sommaria" rimandi a fenomeni ben lungi dall'essere unitari e che trovano il loro comune denominatore soltanto nella contrapposizione alla "cognizione ordinaria".

(59) Così PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 ss. c.p.c.*, cit., pp. 412-413. Conclude l'a., ivi, p. 414, che solo attraverso questa struttura procedimentale è possibile la controllabilità *in iure* del provvedimento ex art. 360 n. 4, c.p.c.

non perché parziale) consisterebbe non in un minor grado di razionalità dell'accertamento logico compiuto dal giudice, ma nel fatto che l'accertamento è il frutto di un processo svoltosi secondo forme e termini rimessi per la massima parte alla discrezionalità del giudice; è quindi ben possibile che la cognizione sommaria, proprio perché non vincolata da lacci predeterminati, possa risultare in concreto più razionale della cognizione piena ⁽⁶⁰⁾. Il semplice fatto che la legge, in talune ipotesi, autorizzi il giudice a provvedere sulla base di un'istruzione sommaria o di una sommaria cognizione del fatto, non significa che i procedimenti probatori all'uopo posti in essere abbiano una natura diversa da quella utilizzata nel processo di cognizione ordinario ⁽⁶¹⁾, né che quella sommarietà equivalga necessariamente alla sommarietà dell'accertamento dei fatti ⁽⁶²⁾. Anzi, se si aderisce alla tesi della dottrina che sostiene, parlando specificamente di cognizione cautelare, che la formula "atti di istruzione" di cui all'art. 669 *sexies*, comma 1, c.p.c., non può non rinviare a quelli che sono i normali atti istruttori previsti dagli artt. 202 ss. c.p.c., benché semplificati secondo le esigenze del caso e purché non ne risulti mai alterato il contraddittorio ⁽⁶³⁾, allora se ne potrebbe dedurre che l'accertamento compiuto in sede cautelare non necessariamente coincide con un accertamento meno nobile rispetto a quello proprio della cognizione che anima il processo ordinario.

Ancora, pare doversi nettamente distinguere l'ipotesi in cui la cognizione è sommaria e non potrebbe essere diversa (penso, essenzialmente, ai procedimenti che si svolgono nelle forme della camera di consiglio *ex art. 737 ss. c.p.c.*), dalle ipotesi in cui, invece, la cognizione è sommaria ma potrebbe avere altri sviluppi, nel medesimo o in un altro procedimento (ricorre la prima ipotesi in tutti i casi di ordinanze anticipatorie di condanna del secondo libro del c.p.c., ricorre la seconda negli accertamenti con prevalente funzione esecutiva o nei pro-

(60) Ancora PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, pp. 414-415. Più recentemente Id., *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., c. 22 ss.

(61) Così VERDE, voce *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., p. 609.

(62) V. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 469.

(63) V. G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, cit., p. 442.

cedimenti cautelari, propriamente intesi o meno). Infatti, si potrebbe concordare con chi ha osservato che la sommarietà della cognizione va di pari passo con la volontà della parte, che ha subito il provvedimento, di continuare ad interloquire sui fatti su cui il provvedimento emesso a séguito di cognizione sommaria incide ⁽⁶⁴⁾. Se la parte soccombente rispetto al provvedimento sommario non interloquisce, per esempio lasciando estinguere il processo ordinario nel caso delle ordinanze anticipatorie di condanna o non dando corso al giudizio di merito nell'ipotesi degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, allora si potrebbe ritenere che il grado di sommarietà di quella cognizione si abbassa ed il suo risultato potrebbe con qualche fondamento ritenersi non troppo divergente da quello cui si sarebbe potuti pervenire attraverso una cognizione piena sui medesimi fatti.

Altro aspetto rilevante ai fini del tema qui considerato, e correlato alla dicotomia cognizione piena-cognizione sommaria, è quello che concerne la forma del provvedimento: alla cognizione piena farebbe séguito la pronuncia di una sentenza, atto decisionale per eccellenza, ornato dalla motivazione compiuta e ragionata della decisione del giudice; mentre alla cognizione sommaria farebbe di regola séguito un provvedimento più succinto, avente la forma dell'ordinanza o del decreto a seconda dei casi, poco o per nulla motivato, dunque meno controllabile e quindi meno garantista. A ben vedere, forse, questa ricostruzione, consolidata per tradizione, rispecchia più una serie di luoghi o credenze comuni che non la effettiva realtà della prassi. La dottrina che ha approfondito l'argomento, infatti, ha dimostrato come, in Italia, il modello prevalentemente diffuso di sentenza contenga una motivazione sovrabbondante in diritto ed invece spesso assai carente in fatto, quindi proprio nella parte in cui sarebbe più necessario ed opportuno fornire una giustificazione razionale della decisione, dal che deriva che sovente le stesse prove vengono indicate in modo assai generico e formale, senza una compiuta argomentazione del perché il giudice abbia ritenuto attendibile o meno quel mezzo istruttorio, con il risultato pratico che spesso è impossibile controllare l'attendibilità dell'accertamento dei fatti cui si è dato corso nella pur piena cognizio-

(64) V. CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna*, cit., p. 9.

ne ⁽⁶⁵⁾. Da queste considerazioni mi pare emerga con chiarezza come la sentenza del processo ordinario, e quindi in fondo il processo ordinario stesso che in quella si conclude, non sia in via di principio ed in modo assolutamente incontestabile provvedimento più idoneo di altri a rendere conto di un accertamento dei fatti (e quindi del diritto sostanziale che su essi poggia) più fondato, affidabile e garantista dell'accertamento (e quindi del procedimento) proprio di un processo appartenente alla cognizione c.d. sommaria.

Considerando l'argomento di queste righe e tentando un pronostico per il futuro, mi pare si debba riconoscere che, se nella concezione del modello di processo ideale che ispirò il legislatore del 1940 la cognizione piena faceva la parte del leone a fronte di una cognizione sommaria che rappresentava l'eccezionalità dell'ipotesi, la giustizia del futuro (sulla scorta dell'esperienza del nostro passato prossimo) vede un ribaltamento delle posizioni, probabilmente sintomo di un certo svilimento contemporaneo della tensione ideale verso nobili obiettivi, ma non solo. Le esigenze che, storicamente, sono alla base dell'introduzione di tecniche di tutela, e quindi di cognizione, sommaria (individuate, prevalentemente, nell'esigenza di economia dei giudizi, di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto in mala fede e che abbia torto, di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale) ⁽⁶⁶⁾, oggi non solo sono ancora presenti ma, se possibile, straordinariamente accentuate; e la dottrina più autorevole ha affermato come la tutela (e quindi la cognizione) sommaria sia una componente essenziale ed ineliminabile di un sistema di tutela giurisdizionale dei diritti che voglia essere efficiente ed effettivo ⁽⁶⁷⁾.

Riconoscere che il futuro della giustizia civile appartiene sempre più alla cognizione sommaria rispetto a quella piena non è un dramma in sé ⁽⁶⁸⁾. Forse è, piuttosto, l'avveramento di un risalente

(65) V. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 435 ss., spec. pp. 455-466.

(66) V. PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., c. 18.

(67) V. ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 165 ss., spec. c. 172.

(68) Sul valore "utopico" della maggior ponderatezza della decisione resa dal giudice in sede di cognizione piena, se si considera sovente la sua scarsa preparazione nel momento dell'interrogatorio dei testi che quindi risulta poco fruttuoso, nonché la distanza logica e psicologica tra il momento dell'assunzione e quello della

presagio sattiano, quando il maestro si chiedeva “[...] se veramente la nostra età vuole il giudizio, con tutta la serietà e con tutte le implicazioni che esso comporta. E noi dobbiamo arrivare alla triste conclusione che la nostra età non vuole il giudizio. [...] La crisi del giudizio, la crisi del processo non è che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell’arte, nella filosofia, nella politica, perché è la crisi dell’uomo, di ciascuno di noi. L’umanità ha smarrito la fede, che è il senso augusto del proprio destino; e poiché il giudizio è la via obbligata di questo destino, ha smarrito il senso del giudizio” (69). Se i toni del maestro erano così lugubri allora, è spontaneo chiedersi quanto potrebbero esserlo oggi, se è vero che, come almeno sembra, le piaghe sociali già allora denunciate ora sono diventate certo più profonde. Ma qui si vuole far prevalere, a dispetto di ogni realtà, una visione ottimistica, della società e quindi del processo che ne regola le liti; per questo, l’atteggiamento da coltivare non deve essere il senso di sconfitta del sognatore che insegue ideali di verità e giustizia assolute che, verificati nella concretezza della quotidianità della prassi forense e delle riforme allo studio, facciano avvertire lo scollamento tra la fretta che scandisce le esigenze dei tempi moderni e la congrua lentezza propria di ciò che viene ben fatto; quanto, piuttosto, uno stimolo a riflettere sugli interventi più idonei per conciliare le opposte esigenze nel rispetto, evidentemente, dei principi fondamentali di civiltà giuridica del processo. Costantemente memori, tuttavia, del monito di un autorevole maestro che invitava a liberarsi di un ultimo peso nella giustizia del futuro: il pregiudizio che l’accertamento non fornito dell’immutabilità sia privo di qualsiasi utilità (70).

valutazione delle prove, v. TARUFFO, voce *Liberio convincimento del giudice*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1990, XVIII, p. 1 ss., spec. p. 6.

(69) SATTÀ, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, ristampa, pp. 69 e 79.

(70) Sono queste ultime parole di LIEBMAN, *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 1 ss., spec. p. 3. Nello stesso senso, SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, cit., p. 478, ove l’a. ritiene pregevole un’innovazione del sistema in tutte le ipotesi in cui sia superfluo un accertamento definitivo ed immutabile della situazione giuridica quando la parte sia interessata soltanto ad ottenere un titolo esecutivo.

CAPITOLO V

PROFILI DELLA STABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO
GIURISDIZIONALE

Il tempo non rispetta ciò che si fa senza di lui.

Proverbio africano,
cit. da Paolo Biavati,
Europa e processo civile,
Torino, 2003, p. 10

1. *Il regime di stabilità e l'affinità al giudicato di alcuni provvedimenti diversi dalla sentenza di cognizione ordinaria*

Come è noto, benché dalle norme vigenti e limitandosi ad un'osservazione superficiale, l'istituto della cosa giudicata sia riferibile in via di principio alle sole sentenze pronunciate all'esito di un processo a cognizione piena, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul tema ha portato a riconoscere, pur nella diversità di impostazioni e di vedute, una certa stabilità, più o meno assimilabile a quella che caratterizzerebbe il giudicato in senso proprio, ad una serie di provvedimenti che promanano da procedimenti qualificabili come speciali. Ora è ad alcuni di essi che si vorrebbe dedicare qualche spazio, naturalmente sempre muovendosi dal punto di vista che riguarda l'oggetto di questo lavoro, ovvero il modello di provvedimento "cautelare" che può fruire della separazione rispetto al giudizio di merito. Le conclusioni che vorrei trarre richiedono, tuttavia, un esame pur sintetico delle principali opinioni sul punto a monte ed evidenziato in intitolazione di paragrafo.

Incominciando dalla nutrita schiera degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, di cui il più volte menzionato procedimento per decreto ingiuntivo è esempio emblematico, è stato evidenziato che, in essi, l'apparente menomazione del diritto di difesa del convenuto trova la sua giustificazione nel fatto che, nella maggior parte dei casi, la cognizione ordinaria con pienezza di contraddittorio non avrebbe dato risultati diversi da quelli che l'attore ha potuto raggiungere attraverso il procedimento a cognizione sommaria; tuttavia, poiché ciò potrebbe essere non sempre vero, si ammette che gli effetti del provvedimento possano venire meno in ragione di un'ulteriore fase processuale, in cui il contraddittorio si instaura in modo pieno su iniziativa del convenuto, aprendosi così un regolare processo ordinario a cognizione piena ⁽¹⁾. Se la parte interessata a provocare la cognizione ordinaria non si attiva, invece, gli effetti del provvedimento nato in origine come provvisorio si consolidano ed esso diventa il provvedimento definitivo sulla controversia ⁽²⁾.

(1) Per dirla con GARBAGNATI, *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, cit., spec. pp. 310-317, non è il contraddittorio effettivo, ma la provocazione a contraddire ad una domanda giudiziale che si presenta come necessaria e sufficiente perché il provvedimento del giudice che ha deciso in merito alla domanda possa acquistare autorità di cosa giudicata; onde il processo d'ingiunzione, pur caratterizzato da una cognizione sommaria a causa della mancanza di contraddittorio fra le parti, sbocca ugualmente in un provvedimento idoneo ad acquistare, al pari di un'ordinaria sentenza di condanna, efficacia di cosa giudicata sostanziale, avendo per scopo di condurre, più celermente rispetto al processo ordinario di cognizione, all'accertamento giurisdizionale del diritto del ricorrente; pertanto, nonostante la speciale struttura, deve classificarsi, ad avviso dell'a., senza dubbio fra i processi di cognizione.

(2) Così CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., pp. 13-15; nota è poi l'efficace sintesi dell'a. secondo cui, mentre il provvedimento con prevalente funzione esecutiva sorge provvisorio ma nella speranza di perdere ad un certo punto questo suo carattere per diventare così il provvedimento che definisce irrevocabilmente il merito, come se fosse stato creato nel processo ordinario, il provvedimento cautelare nasce invece in vista ed in attesa del provvedimento principale e successivo fino al sopraggiungere del quale è destinato a perdurare. Sugli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, v. anche CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 196 ss. Rimando a PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 33 ss., per un'efficace rassegna a scopo critico delle differenze intercorrenti tra le misure cautelari ed altre misure affini che, quand'anche avessero in comune con quelle alcune caratteristiche, non appartengono alla categoria.

Ad avviso di autorevole dottrina, in sostanza, la tutela decisoria sommaria avrebbe concretamente non solo la finalità di approntare alla parte una tutela anticipatoria rispetto a quella conseguibile attraverso il processo ordinario, ma avrebbe anche lo scopo di fornire alla parte, sotto il profilo della decisorietà del provvedimento, una pronuncia stabile, immodificabile ed incontrovertibile, vale a dire garantita dal giudicato formale e sostanziale ⁽³⁾; e ciò in quanto il *proprium* funzionale della tutela decisoria sommaria starebbe non tanto nell'anticipazione a fini di esecutorietà e di effettività, quanto nella tendenziale stabilità di questa anticipazione, a fini di economia dei giudizi a cognizione ordinaria o comunque non sommaria ⁽⁴⁾. Non solo, ma ad avviso di altra autorevole dottrina non sarebbe da accogliere la distinzione fra la sentenza, da un lato, ed i provvedimenti di merito previa cognizione sommaria, dall'altro, nel senso che unicamente la prima, e non anche i secondi, svolgerebbero un'efficacia di accertamento esterna, vasta e pregnante, in quanto la dizione dell'art. 2909 c.c., che nel constatare l'incontrovertibilità del contenuto della sentenza lo contrassegna come "accertamento", discende da vecchie vedute ⁽⁵⁾.

Con particolare riguardo al procedimento monitorio, poi, è importante sottolineare che l'ordinamento, da un lato, consente la pro-

(3) V. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, cit., p. 89; per MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, cit., p. 569, nel decreto ingiuntivo il carattere dell'anticipazione e la coincidenza tra il suo oggetto e quello della successiva sentenza sarebbero tanto accentuati da consentire al provvedimento di assumere la definitività propria del giudicato in luogo ed in sostituzione della sentenza. Quella del passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo non opposto è la soluzione prevalente anche negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea, v. CARRATTA-CHIZZINI-CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Risposte al Libro Verde sul procedimento ingiuntivo europeo*, cit., p. 151.

(4) Così LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., pp. 220-221; ID., *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, cit., p. 94.

(5) Così FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della "cosa giudicata"*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 589 ss., spec. pp. 592-595; ID., voce *Processo civile (diritto vigente)*, cit., p. 193, ove l'a. spiega che la cosa giudicata vale anche per quei provvedimenti che, pur non avendo forma di sentenza, hanno il contenuto di "comandi" di merito civili, quando ed in quanto per essi si verifichi il medesimo meccanismo che implica il passaggio in giudicato delle sentenze, cioè la consumazione delle possibilità di riesame.

nuncia del decreto ingiuntivo sulla base di documenti che non possono essere considerati prove secondo la disciplina ordinaria e, dall'altro, fa presumere (pur non affermandolo espressamente) che la mancata opposizione entro il termine previsto attribuisca alla condanna monitoria un valore di accertamento che impedisce all'ingiunto di sollevare in altre sedi quelle difese che avrebbero potuto essere adottate con l'opposizione e che siano tese a negare il bene della vita riconosciuto all'attore dalla condanna monitoria ⁽⁶⁾.

È evidente che l'obiezione principale ai discorsi che precedono risiede nella consueta e peraltro fondamentale domanda, ovvero se la cognizione spesa dal giudice nella fase monitoria si estenda alla fattispecie sostanziale per cui la tutela è richiesta o sia invece limitata alla constatazione della sussistenza dei requisiti che l'ordinamento indica per l'accesso a tale tutela. A mio avviso merita di essere condivisa la dottrina che ritiene che, anche nella fase *inaudita altera parte*, l'oggetto del processo e del giudizio ricomprenda il rapporto giuridico sostanziale intercorrente tra le parti; il giudice, in altre parole, non si limiterebbe a valutare se sussistono i presupposti per l'accesso al procedimento e per la condanna, pertanto la sua pronuncia non avrebbe un contenuto meramente processuale, ma arriverebbe comunque ad attingere la fattispecie dedotta in giudizio dall'attore ⁽⁷⁾. Del resto, parrà forse un ragionamento semplicistico, ma si può presumere che il debitore ingiunto, il quale potesse far valere una qualsivoglia vicenda del rapporto sostanziale in grado di paralizzare il titolo esecutivo ottenuto dal creditore, si affrette-

(6) Così RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 49. Specularmente, v. le riflessioni di PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 ss. c.p.c.*, cit., p. 419, sul fatto che l'assenza di giudicato sostanziale per i provvedimenti emessi in camera di consiglio consegua sia all'assenza di giudicato formale in virtù della loro revocabilità e modificabilità in ogni tempo, sia alla mancata previsione della possibilità di svolgimento in via di opposizione eventuale di un processo a cognizione piena.

(7) V. RONCO, *op. ult. cit.*, pp. 54-56. Prosegue l'a., *ivi*, pp. 82-83, affermando che, nell'alternativa tra considerare la condanna monitoria non opposta come priva di qualsiasi valenza di accertamento ed il ritenerla gravida di un accertamento del rapporto identico a quello della sentenza passata in giudicato, sembra doversi imporre una lettura mediana, per cui essa è sì latrice di un accertamento, ma di quel solo accertamento che basta a sorreggere la condanna.

rebbe a promuovere il giudizio ordinario di opposizione che, tra l'altro, vedrebbe ancora una volta la controparte onerata in prima battuta dell'onere di provare il rapporto fondamentale.

Per quanto concerne l'estensione dell'ambito oggettivo dell'accertamento contenuto nel decreto monitorio ⁽⁸⁾, parte della dottrina afferma che solo eventualmente i confini dell'accertamento contenuto nel decreto non opposto sono meno estesi rispetto a quelli che caratterizzano la sentenza; la ragione di ciò risiederebbe nel fatto che, decorso inutilmente il termine per l'opposizione, il debitore ingiunto ha rivelato di non avere ragioni di contestazione contro quella cognizione che, al momento della pronuncia del decreto, è alla base della condanna monitoria; conclusione del percorso accennato è che l'accertamento derivante dall'ingiunzione non opposta in tanto si estenda oggettivamente in quanto ciò sia necessario per proteggere il risultato di condanna ottenuto dal creditore e per impedire che un successivo giudizio di cognizione porti ad una decisione che si ponga in pratica contraddizione con tale risultato ⁽⁹⁾.

Il panorama fin qui sinteticamente ricostruito non è condiviso in modo così pacifico in dottrina. Sulla scia di obiezioni prima accennate, vi è, infatti, chi ritiene che gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva siano stati concepiti come strutture puramente processuali ed autonome dalla tutela cognitiva, quindi destinate a realizzare immediatamente un *risultato pratico*, al di fuori dello schema della cognizione;

(8) Benché sia a tutti noto, non si può affrontare l'argomento del giudicato relativamente al decreto ingiuntivo e agli altri accertamenti con prevalente funzione esecutiva senza ricordare la nozione, per essi coniata, di preclusione *pro iudicato* elaborata da REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1965, IV, spec. pp. 107, 129 ss., 214 ss.

(9) V. diffusamente RONCO, *op. ult. cit.*, pp. 571-581; nonché LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, cit., p. 126, per il rilievo che non vi è alcuna sostanziale differenza, anche per il tipo di attività cognitiva effettivamente espletata dal giudice, tra un decreto ingiuntivo non opposto ed una sentenza in contumacia non appellata, cui pacificamente è riconosciuta ed attribuita dall'ordinamento l'idoneità al giudicato sostanziale. A fronte dell'opinione maggioritaria in dottrina, v. tuttavia, per un ammonimento a non ricondurre con troppa fiducia il giudicato sostanziale al provvedimento per decreto ingiuntivo, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, p. 113 ss.

in altri termini ed esemplificativamente, il ricorso per decreto ingiuntivo non dedurrebbe in cognizione il rapporto controverso causale o fondamentale per provarlo ed accertarlo nel contraddittorio e nel giudizio, onde non potrebbe mai concretarsi in un accertamento di merito, come dimostrerebbe fra l'altro la norma di cui all'art. 640, comma 3, c.p.c., che non impedisce la riproposizione della domanda quando (ad avviso di questa dottrina) questa è già stata precedentemente giudicata e respinta ⁽¹⁰⁾. Non mi pare si possa concordare con questa impostazione; intanto, perché sarebbe alquanto pittoresco e senza dubbio da rivedere un ordinamento che consentisse il raggiungimento di un risultato pratico in difformità ed a prescindere dal *risultato giuridico* che a quello dovrebbe accompagnarsi; secondariamente, il richiamo all'art. 640, comma 3, c.p.c., non mi pare così probante, perché esso a ben vedere non disciplina l'ipotesi di una domanda già giudicata e respinta nel merito, ma fa riferimento semplicemente all'ipotesi ben più ampia e generica in cui il decreto rigetti la domanda nel caso in cui il ricorrente, invitato a provvedere all'integrazione della prova, non vi dia corso, il che non mi pare sia proprio la stessa cosa; ed inoltre, in termini ancora più generali, non si vede come potrebbe formare giudicato, e quindi essere impedita la riproposizione della domanda, quando un processo ancora non c'è stato, quando i protagonisti del processo sono solo due, giudice e ricorrente, ed in questa fase non è previsto né c'è possibilità che il convenuto monitorio entri nel procedimento.

Quanto poi alle ordinanze anticipatorie di condanna, ad avviso della migliore dottrina esse presentano, all'interno della loro struttura, indici tali da renderle idonee a sopravvivere all'estinzione del giudizio e ad acquistare la forza di giudicato ⁽¹¹⁾. Tali provvedimenti

(10) Così TOMEL, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 827 ss., spec. p. 841-844.

(11) V. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 126 ss.; SASSANI-TISCINI, voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, cit., spec. pp. 877, 883 e 891 ss. *Contra* BASILICO-CIRULLI, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, cit., p. 22, per cui il legislatore avrebbe introdotto provvedimenti ai quali mancano stabilità, definitività e certezza, e quindi l'idoneità al giudicato; e MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 331 ss., con la significativa eccezione dell'ordinanza di cui all'art. 186 *quater*, per cui v. ivi p. 346 ss.

ti, infatti, sono la manifestazione dell'esercizio non di una autonoma azione, cautelare o sommaria, bensì della medesima azione che ha dato vita al processo ordinario; essi, inoltre, scaturiscono da una cognizione che è sì definita come non piena ed esauriente ma, se il processo terminasse con il provvedimento anticipatorio, tale cognizione sarebbe idonea a fondare una vera e propria sentenza di merito⁽¹²⁾. Ciò parrebbe vero soprattutto con riferimento al provvedimento emesso ai sensi dell'art. 186 *quater* c.p.c., in quanto preceduto comunque da una cognizione piena ordinaria; non è mancato tuttavia chi, facendo leva sulla suscettibilità di tale ordinanza di venire assorbita per effetto della pronuncia della successiva sentenza, ne abbia negato l'idoneità ad essere espressione della funzione di accertamento e quindi al giudicato⁽¹³⁾. Nell'ipotesi delle ordinanze anticipatorie di condanna del secondo libro del c.p.c., la sopravvivenza di queste e la conservazione della loro efficacia indipendentemente dall'estinzione del processo nel cui corso sono state emesse, si giustificerebbe per il fatto che esse, producendo effetti identici, in tutto o in parte, rispetto al provvedimento anticipato, possono far sì che le parti ritengano conforme ai loro interessi la situazione determinata dal provvedimento anticipatorio e magari decidano esse stesse di far estinguere il processo⁽¹⁴⁾. Tale *ratio*, a mio avviso, potrebbe essere applicata anche ai provvedimenti anticipatori non interinali, quelli cioè che non vengono emessi nel corso di un processo già instaurato bensì prima che questo cominci, e

(12) Così CARRATA, *op. ult. cit.*, pp. 126-127.

(13) V. CONSOLO, *Attese e problemi sul nuovo art. 186 quater*, cit. p. 1410. V. anche E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, cit., p. 217, ove l'a. afferma che, benché nell'ipotesi dell'ordinanza di cui all'art. 186 *quater* c.p.c. l'idoneità del provvedimento al giudicato sia alquanto pacifica in presenza di date condizioni, ciò si va acquisendo anche nei riguardi delle ordinanze ex artt. 186 *bis*, 186 *ter* e 423 c.p.c.

(14) V. CARRATA, *op. ult. cit.*, pp. 503-505. L'a. conclude, *ivi*, pp. 536-557, che per tali provvedimenti non vi sarebbe dubbio sul fatto che essi, quando il giudizio di merito si estingua, non solo siano idonei a sopravvivere ma addirittura su di essi si formi il giudicato sostanziale, con conseguente possibilità di esperire avverso di essi le impugnazioni straordinarie. Invece per CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1140, la stabilità di effetti riconosciuta a questi provvedimenti non può essere confusa con il giudicato, potendo sempre essere caducata in ogni momento dal sopravvenire di una sentenza di merito sullo stesso oggetto.

quanto detto per quelli in ordine all'estinzione del giudizio in cui sono stati pronunciati, potrebbe ben valere per la mancata instaurazione del giudizio principale, laddove le caratteristiche siano le medesime, ovvero idoneità a produrre effetti identici, in tutto o in parte, a quelli che produrrebbe il provvedimento conclusivo del processo principale. Ma su questo punto avrò occasione di tornare in prosieguo.

Conclusivamente per ora, mi pare si possa affermare che stia di fatto che, quando successivamente all'emanazione di un provvedimento a cognizione non ordinaria, per l'instaurazione o la prosecuzione (a seconda dei casi) del processo di cognizione è previsto un termine o il compimento di una determinata attività processuale, e questo adempimento non viene rispettato, il provvedimento sommario è considerato, a seconda della funzione a cui risponde, o inefficace (come avviene, per esempio, per i provvedimenti cautelari propriamente intesi) o definitivo ed incontrovertibile (come è nel caso dei provvedimenti sommari *tout court* o decisori) ⁽¹⁵⁾.

2. *Il provvedimento "cautelare" sganciato dal merito e la cosa giudicata*

Stando alla lettera delle norme di diritto positivo che, allo stato attuale delle cose, contemplano una figura di provvedimento che, nel *modus vedendi* del legislatore, nasce come cautelare ma è idoneo a sopravvivere indipendentemente da un rigido nesso di strumentalità col giudizio principale, si deve constatare che, per esso, non è prevista alcuna efficacia assimilabile a quella propria della cosa giudicata.

La norma del rito commerciale non parla espressamente di cosa giudicata, ma ad essa parrebbe riferirsi allorché, all'art. 23, comma 6, d. lgs. n. 5 del 2003, si legge che "in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo". Infatti, la

(15) V. CARRATA, *op. ult. cit.*, p. 238. Sull'idoneità del decreto ingiuntivo non opposto a diventare definitivo e ad acquistare autorità di cosa giudicata, v. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 1101.

lettura per cui il provvedimento cautelare in questione non condizionerebbe la valutazione del giudice dell'eventuale giudizio di merito sarebbe scontata, in virtù dei principi generali acquisiti in tema di tutela cautelare; ed è poi forse più evidente l'intenzione del legislatore che, avendo provveduto a modificare il regime consolidato, in virtù del quale il provvedimento cautelare veniva meno in dipendenza delle vicende relative al processo principale, si sia posto il problema di "dire qualcosa" intorno al tema dell'efficacia di questo provvedimento nel tempo e nello spazio. Analogamente recita la nuova formulazione dell'art. 669 *octies*, ult. comma, c.p.c., quando dispone, eliminato l'inciso "in nessun caso", che "l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo".

La soluzione adottata è senza dubbio la più semplice. Prevedere l'opposto sarebbe equivalso a scatenare dubbi certamente legittimi dal punto di vista pratico e discussioni teoriche infinite in dottrina. Tale soluzione, inoltre, sembra essere quella più auspicabile da parte della dottrina che, forse più di ogni altra, si è occupata dell'argomento ⁽¹⁶⁾. La norma, tuttavia ed evidentemente, offre spazio per una serie di considerazioni.

Infatti, se si aderisse alla celebre impostazione alloriana per cui l'attività giurisdizionale che non è contraddistinta dal passaggio in giudicato del provvedimento cui essa conduce non è vera e propria giurisdizione bensì mera attività amministrativa ⁽¹⁷⁾, se ne dovrebbe dedurre che nel caso in questione avremmo a che fare con qualcosa di simile. Ferma l'altezza delle pagine del maestro ora ricordato, mi

(16) V. E.F. RICCI, *Intervento*, in AA.VV., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Roma, 27 maggio 1995, cit., p. 106, ove l'a. ritiene opportuna la creazione di un titolo anticipatorio, veramente alternativo alla tutela di merito, idoneo a propiziare una soddisfazione coattiva e senza il formarsi di un accertamento o di una cosa giudicata.

(17) V. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, II, pp. 16-17, ove l'a. dichiara di vedere "l'idea della giurisdizione inseparabile dalla presenza dell'effetto dichiarativo, che identifico con la cosa giudicata". V. anche ID., *Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487 ss.

pare non si possa mettere in dubbio che il modello di provvedimento oggetto di questo studio, indipendentemente dalla sua normativamente sancita inidoneità al giudicato, costituisca esercizio della funzione giurisdizionale vera e propria. Prima di passare ad affrontare le conseguenze e gli interrogativi che l'affermata inidoneità al giudicato del modello di tutela in discorso comporta, vale la pena di chiudere il cerchio già in parte delineato nelle pagine precedenti, affermando conclusivamente sul punto l'idoneità, dal punto di vista teorico, di un provvedimento così congegnato al passaggio in giudicato. Un sintetico approfondimento di questa considerazione è l'oggetto del paragrafo che segue.

3. *È ipotizzabile una stabilità affine alla cosa giudicata per il provvedimento "cautelare" sganciato dal merito?*

A proposito di tutela cautelare propriamente intesa, nessuno ha mai nutrito dubbi sul fatto che il provvedimento cautelare, qualsivoglia contenuto esso abbia, è inidoneo ad acquisire la stabilità propria della cosa giudicata⁽¹⁸⁾.

Vale la pena di porsi la domanda ora evidenziata perché è stato notato che, dopo la pronuncia di un provvedimento anticipatorio, scopo della continuazione o dell'instaurazione del processo non è tan-

(18) V. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., p. 253; MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, p. 404 ss., spec. p. 421, ove l'a. definisce "intuitiva" l'insanabilità del contrasto tra provvedimenti cautelari e cosa giudicata, in ragione della strumentalità e della provvisorietà dei primi, che li rende del tutto incompatibili con la immutabilità e con l'irrevocabilità dell'atto giurisdizionale proprie del giudicato; *Id.*, *Il giudicato civile*, cit., p. 329; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 153, ove l'a. afferma che dalla disciplina normativa emerge come dato incontestabile che i provvedimenti d'urgenza sono privi dell'attitudine a divenire immutabili e quindi della condizione necessaria per riconoscere ad essi carattere decisorio (concordo solo con la prima parte dell'affermazione, perché non ritengo che un provvedimento abbia carattere decisorio solo quando presenti l'attitudine a divenire immutabile; attitudine che, in aggiunta, per le stesse sentenze di merito, per le quali non si dubita che abbiano carattere decisorio, non è definitiva, ma solo tendenziale).

to quello di verificare la fondatezza del provvedimento emesso, bensì di consentire all'istante di ottenere un provvedimento che abbia i crismi per acquisire la forza del giudicato ⁽¹⁹⁾. Se, quindi, questo rilievo dovesse ritenersi imprescindibile, riconoscere al provvedimento provvisorio l'idoneità, in seguito alla mancata instaurazione del giudizio di merito, al passaggio in giudicato, potrebbe avere una sua utilità.

L'inidoneità alla cosa giudicata dei provvedimenti diversi dalla sentenza, emessa in un processo ordinario di cognizione, viene principalmente collegata alla circostanza che soltanto le decisioni rese in un giudizio a contraddittorio e cognizione pieni presenterebbero quelle garanzie che legittimano l'irretrattabilità dell'accertamento contenuto in quella pronuncia. Ora, se è pacifico che il provvedimento cautelare propriamente detto, ovvero quello che presenta le caratteristiche della strumentalità rispetto ad un provvedimento principale e quindi della provvisorietà fino al sopraggiungere di esso, è ontologicamente inidoneo al passaggio in giudicato, tanto formale quanto sostanziale, perché destinato per sua natura a spirare ad un certo punto, più o meno lontano nel tempo ⁽²⁰⁾, qualche considerazione di diverso tenore potrebbe farsi per un provvedimento modellato sullo schema di quello di cui all'art. 23, d.lgs. n. 5 del 2003, e all'art. 669 *octies* c.p.c., come novellato.

Come già fu notato nel secolo scorso, la provvisorietà del provvedimento cautelare, infatti, discende dalla nota caratteristica della strumentalità, e non dal fatto che "[...] la cognizione su cui si basa sia meno piena di quella ordinaria e debba quindi essere bilanciata da una minore stabilità degli effetti [...]" ⁽²¹⁾; in altri termini, se gli effet-

(19) Così CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 452.

(20) Sull'incompatibilità ontologica tra provvedimento cautelare e cosa giudicata, v. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 54, spec. nota 64. Per TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 153, il carattere provvisorio di una misura dovrebbe intendersi con esclusivo riferimento alla sua autorità e non alla durata degli effetti, onde la temporaneità dei provvedimenti d'urgenza si riferirebbe alla loro inidoneità ad acquistare una stabilità, un'immutabilità formale, prescindendo da considerazioni fondate sulla reversibilità degli effetti.

(21) Così CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., pp. 14-15; l'a. conclude poi nel senso già chiarito per cui, a differenza della provvisorietà degli accertamenti sommari, che attiene al modo di formazione del provvedimento, la provvisorietà dei provvedimenti cautelari attiene all'oggetto e allo scopo del provvedimento.

ti della misura cautelare sono destinati a venire meno con l'emanazione del provvedimento successivo, ciò non dipende dalla mutabilità o dall'instabilità dell'accertamento, ma dalla funzione, temporanea perché strumentale, del rapporto costituito dalla misura cautelare che in sé, come accertamento delle condizioni necessarie per la costituzione di tale rapporto, è stabile al pari di ogni altro accertamento c.d. definitivo (22). Mi pare quindi che se ne possa dedurre che, se la provvisorietà della misura cautelare discende dal suo carattere di provvedimento necessariamente strumentale ad un provvedimento principale, una volta che questo suo tratto distintivo sia venuto meno, allora anche la necessaria provvisorietà del provvedimento, che della strumentalità è corollario, possa seguire la stessa sorte.

Un altro argomento, a favore della configurazione di un certo grado di stabilità al provvedimento in esame, potrebbe poi derivare da altre considerazioni: se, come si è ricordato sopra, allo stesso decreto ingiuntivo non opposto, che pur si basa su allegazioni istruttorie non idonee ad essere tali in un eventuale giudizio ordinario, viene riconosciuta l'idoneità al passaggio in giudicato (pur con la varietà di sfumature sopra indicate), non si vedrebbe perché negare una stabilità siffatta al provvedimento "cautelare" in grado di fornire *ex se* al rapporto una disciplina, specie se si considera che, sovente, l'istruttoria che sta alla base di quest'ultimo è ben più articolata rispetto a quella essenziale del rito monitorio. L'idoneità al giudicato di un provvedimento sommario, ancora ed infatti, deriverebbe dalla possibilità riconosciuta al soggetto passivo del provvedimento di instaurare, in via di opposizione al provvedimento, un processo a cognizione piena (23). La dottrina che più a fondo si è occupata del tema ha sot-

(22) Così ancora CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, pp. 24-25. V. anche ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 44, ove l'a. afferma che la provvisorietà dell'efficacia dei provvedimenti cautelari discende dalla circostanza che il provvedimento cautelare non ha alcuna vocazione ad avere effetti definitivi o comunque assoggettati ad un regime di stabilità poiché realizza per intero la sua funzione proprio nella provvisorietà della sua durata, che è collegata con l'instaurazione ed il successivo definirsi della tutela ordinaria.

(23) V. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, 1997, p. 404 ss. spec. p. 424; BASILICO-CIRULLI, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, cit., p. 305.

tolineato efficacemente come, nel sistema ordinario e costituzionale vigente, la ragionevole predicabilità di procedimenti cognitivi sommari in termini di decisorietà e di giudicato si risolve sempre nell'individuabilità esegetico-sistemica di questa relazione condizionante, mentre l'impossibilità della medesima individuazione si risolve sempre nella sostanziale smentita dell'ipotesi suddetta ⁽²⁴⁾.

A ben vedere, poi, privilegiando un punto di analisi pragmatico più che strettamente dogmatico, si potrebbe considerare un aspetto ulteriore, ovvero la circostanza che, in fondo, tra il provvedimento "cautelare" cui non segue l'instaurazione del merito ed una sentenza di cognizione ordinaria di primo grado provvisoriamente esecutiva, da un certo angolo visuale le differenze non paiono poi così abissali. Già la dottrina più risalente, infatti, aveva notato come la sentenza di primo grado ancora soggetta ad impugnazione (e questo, si noti, vale anche per la sentenza contumaciale, dunque necessariamente a contraddittorio e a cognizione parziali, a causa dell'assenza di una parte), benché esecutiva in punto di fatto, non esista come accertamento del diritto, in quanto appunto soggetta all'impugnazione che potrebbe sovvertirne la decisione ⁽²⁵⁾. Non solo; altra dottrina più audace ha affermato che, anche quando la sentenza è passata in giudicato, non si può avere la certezza assoluta che davvero quel diritto esista, per più ragioni, tra cui quella che il giudice abbia interpretato male la norma o mal ricostruito i fatti, la cui allegazione, per esempio, potrebbe essere stata incompleta, e via dicendo ⁽²⁶⁾. Applicando a questo punto di vista, dicevo, un approccio pragmatico, nessuno può negare che il passaggio in giudicato di una sentenza

(24) Così LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, cit., p. 100.

(25) Così CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 951; CARNELUTTI, *Sulla responsabilità per esecuzione del sequestro*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1928, II, p. 317 ss., spec. p. 339, ove l'a. evidenzia l'analogia tra il provvedimento cautelare poi revocato e la sentenza provvisoriamente esecutiva poi riformata, l'esecuzione dei quali entrambi sarebbe stata posta in essere sulla base di due accertamenti caduchi e caduti, benché la loro caducità sia disciplinata con diversi meccanismi processuali.

(26) Così CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, pp. 181-182. Da queste affermazioni, tuttavia, non si devono trarre conclusioni sul pensiero

siffatta (emessa con una sola parte costituita nel processo, attraverso un accertamento ed una cognizione sommari perché parziali, dopo un solo grado di giudizio) si acquisisca naturalmente se essa non viene impugnata, così come credo non si possa negare che, a livello di spessore della cognizione e dell'istruzione, di garanzie e di contraddittorio, il provvedimento "cautelare" sganciato dal merito non abbia nulla da invidiare alla sentenza prefigurata, anzi in molti casi possa essere stato molto più compiutamente formato (27).

Un problema, tuttavia, potrebbe essere rappresentato dalla circostanza che, mentre per molti provvedimenti è stabilito un termine perentorio entro il quale instaurare il relativo giudizio di merito che possa portare, eventualmente, a modificare o a sovvertire il contenuto del provvedimento provvisoriamente emesso, così non è per il provvedimento "cautelare" cui possa non seguire il giudizio di merito, nel senso che questo potrebbe essere instaurato anche a molta distanza dal provvedimento provvisorio, non essendovi più un termine perentorio entro il quale attivarsi a pena di consumazione del potere; anche a questo problema occorre, a mio avviso, trovare risposta con osservazioni di natura pragmatica. Intanto è ben difficile che la parte che si trovi soccombente, rispetto ad un provvedimento che nel frattempo viene anche portato ad esecuzione, e che sappia di poter ottenere una

dell'a. che potrebbero essere errate, perché lo stesso afferma, in *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1510, che sarebbe assai discutibile emarginare la figura del giudicato da questo campo del diritto, in quanto solo le tutele di condanna sono largibili senza il giudicato e non è da condividere il percorso che tende ad enfatizzare il ruolo della giustizia sommaria semplicemente lasciando una virtuale possibilità di ottenere il giudicato attraverso un percorso ordinario lungo ed ambiguo; pertanto, conclude l'a., se si depotenzia il processo ordinario che porta al giudicato, il minimo che occorre garantire è che le altre vie siano effettivamente molto ben strutturate ed organizzate.

(27) Sottolinea l'importanza di guardare non tanto alla forma in cui un'attività viene svolta, quanto alla natura dell'attività concretamente espletata, anche LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, cit., pp. 129-130, ove l'a. afferma che occorre guardare alla sostanza del provvedimento che conclude il procedimento, potendo il procedimento (e il relativo provvedimento) speciale avere contenuto identico a quello della sentenza, al di là delle differenze di forma, che non impediscono aprioristicamente che entrambi possano *transire in vim iudicati*.

pronuncia a sé favorevole in un giudizio a cognizione piena, non lo instauri immediatamente o nel più breve tempo possibile ma invece attenda, mentre intanto subisce (e si può immaginare pazientemente?) l'esecuzione. Secondariamente, anche da un punto di vista di teoria del diritto, è bene ricordare che, quand'anche non esistano norme che impongano un onere di contestazione immediata, i principi generali di solidarietà, di correttezza e di buona fede impongono al (presunto) titolare del diritto un onere di pronta reazione, mancando il quale potrebbe insorgere nella controparte un affidamento che potrebbe essere ritenuto meritevole di tutela ⁽²⁸⁾. Quand'anche ed infine, tuttavia, il giudizio di merito non venisse proposto in tempi congrui, lo scorrere di questi porterebbe comunque alla consumazione del potere di far valere il diritto, per il sopravvenuto maturarsi della prescrizione. Onde non vedrei perché, in questa ipotesi, e laddove ve ne fosse bisogno, non riconoscere al diritto contenuto nel provvedimento provvisorio, divenuto nel frattempo definitivo, una stabilità assimilabile a quella del passaggio in giudicato sostanziale; tanto più se si considera che non necessariamente la cognizione che ha portato alla pronuncia di quel provvedimento deve essere stata di grado o qualità inferiore rispetto a quella propria del processo ordinario (che, comunque, poteva sempre essere instaurato).

Si potrebbe quindi affermare per il modello di provvedimento in discorso, ricordato (se mai ve ne fosse bisogno) che ci si muove in via di pura teoria perché il legislatore ha scelto di percorrere un'altra strada, quanto sembra pacifico per i provvedimenti decisorii sommari ⁽²⁹⁾, la cui idoneità al passaggio in giudicato è riconosciuta sulla base della loro intima connessione con la struttura non sommaria, bensì ordinaria,

(28) Così PATTI, voce *Acquiescenza*, cit., p. 1.

(29) V. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., pp. 227-228. Anche CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, cit., p. 701, ritiene che a provvedimenti emessi all'esito di procedimenti a cognizione sommaria, cui possa seguire il giudizio ordinario su impulso della parte soccombente che proponga opposizione (l'a. fa l'esempio dei provvedimenti ex artt. 148 c.c., 28 st. lav., 15 l. n. 903 del 1977), sia applicabile il giudicato sostanziale, considerato l'accertamento (insito anche nella cognizione sommaria), il carattere satisfattivo finale e la chiara natura giurisdizionale.

della fase successiva ed eventuale, l'accesso alla quale è del tutto aperto. Ad avviso di diversi autori con cui concordo, infatti, il punto fondamentale della dimostrazione dell'idoneità al giudicato dei procedimenti sommari rimane quello dell'equivalenza tra espletamento della cognizione piena e libera rinuncia alla stessa da parte degli interessati ⁽³⁰⁾.

È appena il caso di precisare che non mi sembra qui di alcun rilievo particolare l'argomento in virtù del quale la cosa giudicata è affermata dalle norme di diritto positivo del nostro ordinamento solo con riferimento ai provvedimenti che abbiano forma di "sentenza"; l'argomento si può dire ormai del tutto superato, basti pensare ai diversi tipi di provvedimento che, pur avendo forme diverse dalla sentenza, sono più o meno pacificamente ritenuti idonei al passaggio in giudicato, nonché al tema acquisito della nozione di sentenza in senso sostanziale ⁽³¹⁾.

(30) V. LANFRANCHI, *op. ult. cit.*, pp. 253-254; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit., spec. pp. 1326-1327, ove l'a. afferma che, non riguardando il giudicato l'accertamento bensì il comando concreto del giudice, non rileva che l'accertamento sia stato pieno o sommario ed una volta che l'accertamento, per quanto sommario, abbia messo capo al provvedimento di merito, questo svolge gli stessi effetti che svolgerebbe la corrispondente sentenza e il giudicato che la ricopre ha gli stessi limiti oggettivi di quello che proteggerebbe la sentenza. In senso contrario v. invece MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutele differenziate" nei processi civili*, in AA.VV., *La tutela giurisdizionale differenziata*, Atti del XIII convegno nazionale, Catania 28-30 settembre 1979, XXXVIII Quaderno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Milano, 1981, p. 4 ss., spec. p. 9 ss., ove l'a. non ritiene integralmente applicabili al provvedimento sommario non cautelare, che divenga definitivo per mancanza di opposizione, l'art. 2909 c.c. ed il complesso di norme e di principi riguardanti la forza della sentenza; e PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, ivi, p. 18 ss., spec. p. 81, ove l'a. ritiene che il *proprium* dell'efficacia dei provvedimenti sommari non cautelari stia nella natura esecutiva, non tanto in un accertamento suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata (non concordo con l'a. su questo punto, perché egli prosegue affermando che questa efficacia potrebbe divenire immutabile in tutti i futuri giudizi, ordinari o sommari, fra le stesse parti, onde non mi sembra si colga con nitidezza la differenza tra un'efficacia siffatta e quella propria del passaggio in giudicato dell'accertamento contenuto in un provvedimento non sommario, cautelare o no che sia).

(31) V. fra gli altri ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., p. 113, ove l'a. riconosce tale natura ai provvedimenti che abbiano contenuto dichiarativo a conclusione di un procedimento, nonostante l'assenza delle forme del processo ordinario; LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 8, ove l'a.

4. *Sintetiche domande conclusive sulla cosa giudicata*

Nelle pagine precedenti ho compiuto più e più volte riferimento all'istituto della cosa giudicata, dandone quasi per scontata la nozione. L'argomento, tuttavia, è di quelli da avvicinare con molta prudenza, anche se non manca dottrina che, su di esso, pare aver raggiunto qualche punto fermo; sui quali poi, comunque, sarebbe sempre possibile concordare oppure no. Queste pagine conclusive del capitolo hanno lo scopo di mettere in evidenza alcune perplessità e, quindi, alcuni interrogativi, dalla risposta ai quali derivano ulteriori considerazioni, che possono rilevare non tanto per lo stato dell'arte in materia quale esso si presenta ad oggi ma, soprattutto, in prospettiva futura.

Intanto, si percepisce in modo evidente come questo istituto sia una sorta di ossimoro vivente: da una parte, se ne coglie il profilo di autorevolezza, che ne fa "il grande vecchio" della teoria generale del processo, come emerge dalla circostanza che molti autori, e fra i più autorevoli, se ne siano occupati, con delicatezza, deferentemente, come se studiassero qualcosa che era (o che essi vedevano come) più grande di loro ⁽³²⁾; pur poi dichiarando, in certo modo sorprendentemente, che "questo istituto non ha nulla in sé di assoluto e di necessario" ⁽³³⁾. Dall'altra parte, circostanza che è paradossale corollario di quanto precede, se pur è vero che non appena si introduce un provvedimento di nuovo conio si pensa immediatamente a come collocarlo rispetto al giudicato, mi pare altresì vero che l'esito della

sottolinea che, ai fini dell'assoggettabilità al giudicato non rileva la forma del provvedimento ma che esso abbia contenuto decisorio; CERINO CANOVA-CONSOLO, voce *Impugnazioni, dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1993, p. 1 ss., spec. p. 10; CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 395 ss., spec. p. 402 ss.; CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, p. 236 ss., spec. p. 274 ss.

(32) DENTI, *Intervento*, in AA.VV., *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, cit., p. 163 ss., spec. p. 166, afferma che "la nostra dottrina sembra dominata dal mito del giudicato".

(33) Così CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 906.

riflessione porti sempre più spesso a ritenerlo non necessario ⁽³⁴⁾. La trattazione di un argomento siffatto richiederebbe, come è evidente, uno studio monografico a sé; tuttavia, credo che sia possibile dare spazio in questa sede ad alcune righe, necessitate peraltro da alcune considerazioni conclusive che svolgerò ⁽³⁵⁾.

Premessa delle riflessioni che seguono è che, già a monte di ogni discorso e rimanendo a livello di mera definizione, la migliore dottrina è divisa: da una parte, si è posto l'accento sul significato romano e tecnico di *res* (*iudicata*), che indicherebbe la situazione o il rapporto fatto valere in giudizio inteso come "causa" ⁽³⁶⁾; dall'altra, si è sottolineato invece il primo significato letterale della *res*, che informerebbe di sé anche il profilo giuridico, consistendo essa nel bene oggetto dell'accertamento ed attribuito attraverso la pronuncia e, quindi, nell'oggetto del giudicato ⁽³⁷⁾.

Passando oltre, un ulteriore tratto di perplessità deriva dalla dicotomia che spesso si riscontra in dottrina sull'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto della cosa giudicata. È infatti dato di leggere sovente ed autorevolmente, pur con sfumature diverse a seconda della dottrina considerata (sfumature che, tuttavia, non inficiano l'essenza dell'affermazione finale), che il giudicato accerta come in-

(34) Da ultimo è accaduto all'atto dell'introduzione delle c.d. ordinanze anticipatorie di condanna inserite nel libro secondo del c.p.c., delle quali è stata affermata, con le varianti del caso, la revocabilità e modificabilità, sottacendo del tutto l'espressione giudicato o passaggio in giudicato, lasciando così nelle mani della dottrina, e della giurisprudenza, la patata bollente. Forse peggio è stato fatto nel decreto di riforma del processo commerciale, in alcune norme del quale l'istituto è divenuto l'onnipresente innominato, essendo stato richiamato per metafora o attraverso sineddoche (v., per esempio, l'art. 19, ultimo comma, dove si fa riferimento agli "effetti di cui all'art. 2909 c.c.") o per assonanza più musicale che giuridica (v. l'art. 23, comma 6, che parla, onde negarla, di "invocabile [...] autorità del provvedimento cautelare").

(35) V. per tutti sull'argomento la ricostruzione storico-giuridica dell'istituto vergata da CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974, spec. pp. 14-42.

(36) V. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 785 ss., spec. p. 786.

(37) V. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 3 ss., spec. p. 6.

discutibile la concreta volontà della legge, ma non accerta come effettivamente esistenti quei fatti che hanno resa concreta la volontà della legge, i quali restano quel che sono, onde la cosa giudicata consiste nel conseguimento in virtù della legge di un bene che non deve essere in alcun modo pregiudicato, restando quindi libera la discussione dei fatti accertati dal giudice ⁽³⁸⁾. L'impostazione ricorda quella di stampo germanico, propria del processo civile tedesco ⁽³⁹⁾.

Ora, la difficoltà nasce dal non comprendere come sia ipotizzabile con certa tranquillità l'accertamento di un diritto indipendentemente dall'accertamento dei fatti (costitutivi e/o modificativi, impeditivi, estintivi) in base ai quali soltanto esso può risultare esistente o non esistente; la posizione giuridica soggettiva esiste in quanto esista la relativa fattispecie costitutiva, formata appunto in modo complesso e combinato dai fatti storici e dagli elementi giuridici che, intrecciandosi, ne determinano l'insorgenza o il venir meno. Ragionando diversamente, ne verrebbe svilita la stessa istruzione a cognizione piena che ad ora è la sola ad essere riconosciuta idonea, in modo pacifico, a conferire al provvedimento quella dignità al passaggio in giudicato che ad altri provvedimenti è negata (o attribuita con qualche perplessità), proprio argomentando sulla base della diversa, perché meno ap-

(38) ID., *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 79-80 e pp. 909 ss.; ancora, PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386 ss., spec. pp. 387-389, ove l'a. afferma che "[...] oggetto del processo e del giudicato non sono mai fatti o atti, ma sempre e solo diritti [...] ciò che fa stato ad ogni effetto è l'accertamento del diritto fatto valere in giudizio tramite la domanda dell'attore, non l'accertamento dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi che a livello di fattispecie legale rilevano ai fini dell'esistenza o inesistenza del diritto [...]"; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit., p. 1319, ove l'a. conclude nel senso per cui la cosa giudicata riferita al provvedimento giurisdizionale di merito trova come oggetto e come limite la volizione del giudice ed i suoi effetti, non un accertamento; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 70. In senso contrario, invece, v. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 538, ove l'a. afferma che l'accertamento copre anche la fattispecie alla quale il diritto accertato si ricollega, fattispecie che rispecchia il tipo di godimento che, rispetto ad un bene, la realizzazione del diritto assicura. Per un'ampia e dotta ricostruzione del tema, con riguardo alla dottrina italiana ed alla tradizione tedesca, v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, spec. p. 17 ss.

(39) V. cap. II, paragrafo 16, spec. penultimo capoverso.

profondità, meno garantista e meno completa, cognizione che li ha preceduti. In altri termini, ed ancora più concretamente, vien fatto di chiedersi a cosa serva alla parte (e in fondo anche ad un ordinamento giuridico che non voglia contentarsi di accertamenti basati su presunte verità) un giudicato che non copra i fatti da cui origina il diritto; se ne dovrebbe infatti dedurre conseguentemente che quei fatti, accertati come accaduti in un certo modo ai fini di una data pronuncia, possano essere accertati in modo diverso in un altro processo ed ai fini di un'altra pronuncia, se non riconosciamo che il passaggio in giudicato della prima, e quindi l'accertamento dei fatti che ne sono alla base, possano fare stato⁽⁴⁰⁾. Se è vero, come sembra, che anche dopo il giudicato il bianco resta bianco e il quadrato non diventa rotondo⁽⁴¹⁾, siamo costretti ad ammettere che lo stesso fatto, se suscettibile di essere valutato ed accertato in modo diverso in altra sede, indipendentemente dalla sopravvenienza di elementi nuovi, possa invece far imbiancare il nero o quadrare il cerchio, con un evidente ed inopportuno scollamento tra piano giuridico e piano fattuale.

Altra affermazione su cui si potrebbe discutere è quella per cui l'irretrattabilità e la vincolatività del provvedimento finale divenuto inoppugnabile sia una delle caratteristiche del c.d. *due process of law*⁽⁴²⁾. Intanto, se così fosse, se ne dovrebbe dedurre che gli ordinamenti che non conoscono questa specie di immobilità permanente del prov-

(40) Afferma PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, cit., pp. 862-863, che il giudicato si forma sull'accertamento, quindi non semplicemente sulla condanna o sulla pronuncia costitutiva del giudice, ma sulla portata più ampia e vincolante che caratterizza, appunto, l'accertamento.

(41) Così CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., p. 618, che riferisce l'affermazione ai fatti, sostenendo che essi rimangono quel che sono a prescindere dalla pronuncia del giudice poi coperta dal giudicato.

(42) Riporta l'opinione MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 1102. L'a., ivi, afferma di ritenere erroneo pensare che la giurisdizione contenziosa civile debba in ogni caso dare luogo ad una statuizione irretrattabile e vincolante, conclusione che non sarebbe imposta neppure dalla stessa Costituzione; v. sul punto, dello stesso a., *Il giudicato civile*, cit., pp. 8-9. Della medesima opinione sono pure DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 325 ss., spec. p. 326; e CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 148, e in *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., pp. 1388-1389, ove l'a.

vedimento, come per esempio l'ordinamento anglosassone⁽⁴³⁾, ignorerebbero uno dei tratti fondamentali del giusto processo, e così mi pare che non sia. Secondariamente, anche se su questo punto si potrebbe discutere a lungo, riflettendo bene sugli elementi da cui dipende il *due process of law* e volendo ridurli all'essenziale, essi potrebbero enumerarsi in tre caratteristiche soltanto: la terzietà ed imparzialità del giudice, il principio del contraddittorio come comprensivo evidentemente del principio di parità delle parti, la durata ragionevole. L'immutabilità dell'accertamento sembra un *quid pluris*, non in generale ma in ordine allo specifico aspetto del determinare gli elementi caratteristici del giusto processo.

Un terzo elemento di perplessità, già accennato nelle pagine precedenti, deriva dal fatto che l'incontrovertibilità dell'accertamento che sarebbe propria del passaggio in giudicato sostanziale del provvedimento derivi dal riconoscimento, più o meno implicito, che solo attraverso il processo ordinario e le garanzie (tra cui quella della cognizione c.d. piena e delle impugnazioni) ad esso sottese, sia possibile, ed in certo modo giusto, attribuire all'accertamento il crisma dell'immodificabilità. Ed il problema è proprio qui, perché mi pare che questa inferenza (cognizione piena nel processo ordinario quindi passaggio in giudicato) sia aprioristica e possa rivelarsi in molti casi, e concretamente, senza fondamento⁽⁴⁴⁾. E tuttavia, come si potrebbe stabilire quale debba essere il grado minimo di accertamento richiesto per la pronuncia di un provvedimento ed idoneo a conferirgli l'idoneità al passaggio in giudicato? Alla domanda si può for-

afferma che la realizzazione della garanzia costituzionale del giusto processo è da cogliersi soprattutto nella possibilità di instaurare successivamente il giudizio a cognizione piena. Nota è invece l'opposta opinione di CERINO CANOVA, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 431 ss., spec. p. 476 ss., per cui emergerebbe dall'art. 111 cost. la valenza di garanzia costituzionale dell'autorità del giudicato che, in particolare, andrebbe imprescindibilmente congiunta ad ogni procedimento che abbia ad oggetto diritti soggettivi o *status*.

(43) V. capitolo II, paragrafo 13, spec. ultimo capoverso.

(44) Fra gli altri, v. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 1098, per il rilievo che l'attributo primo della giurisdizione di cognizione è l'accertamento definitivo e vincolante avente forza di giudicato.

se rispondere in un modo, che non è l'unico possibile, ma presenta elevati margini di ragionevolezza: *la mancata contestazione, intesa in senso ampio* come non impugnazione o mancata reclamabilità del provvedimento o come non instaurazione del relativo giudizio a cognizione piena, *deve essere congruamente valutata come forma di accertamento del rapporto*, materiale e giuridico, oggetto della controversia. Non aver reagito è comportamento che non può restare privo di effetti anche dal punto di vista dell'accertamento ⁽⁴⁵⁾.

Per tradizione è a tutti noto che la pienezza e l'irrevocabilità degli effetti del provvedimento del giudice, tipica del passaggio in giudicato, si avrà soltanto quando la serie delle eventuali doglianze e dei possibili riesami avverso quel provvedimento sia esclusa o esaurita ⁽⁴⁶⁾. Ma è anche vero che fine del processo, per dirla con Redenti, è la formazione di un provvedimento idoneo a spiegare i suoi effetti nel mondo esterno ⁽⁴⁷⁾. Il processualista postmoderno, allora, dovrebbe forse porsi la domanda di quanto giudicato il diritto attuale abbia ancora bisogno ⁽⁴⁸⁾,

(45) Secondo FALZEA, voce *Accertamento*, cit., pp. 218-219, nella dichiarazione di verità, che può considerarsi risultante nell'ipotesi di cui nel testo per fatti concludenti, e nell'effetto preclusivo che deve accompagnare lo svolgimento delle attività del procedimento, sono ravvisabili gli elementi necessari di ogni figura di accertamento, in ogni campo giuridico, pubblico e privato, sostanziale e processuale. Mi sembra opportuno cogliere qui l'occasione per un rilievo che, per spessore, importanza e profondità di analisi, richiederebbe uno studio monografico a sé e dunque non può ora che essere accennato; mi riferisco alle riflessioni di quella autorevole dottrina che sottolinea come occorra muoversi con grande cautela nella trasposizione degli istituti, in via interpretativa, dal diritto sostanziale al diritto processuale. Il tema evidentemente meriterebbe ben altri spazi che non questo; mi limito qui a rinviare ad un sintetico quanto efficace e recente lavoro di CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 136 ss.

(46) Sul giudicato come "fondamento razionale delle impugnazioni", v. CERINO CANOVA-CONSOLO, voce *Impugnazioni*, cit., p. 2.

(47) V. REDENTI, voce *Atti processuali*, in *Enc. dir.*, 1959, IV, p. 105 ss., spec. p. 107.

(48) Parafraza da BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 161, ove l'a. pone la medesima domanda riferita alla procedura civile. Analogamente, sulla contrapposizione tra le utilità pratiche che gli individui si ripromettono di conseguire attraverso il processo e l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti debba necessariamente sfociare in un accertamento idoneo al giudicato, v. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., pp. 1387-1388.

se è vero che, come insegnò Cappelletti, la tecnica del processo “non è mai qualcosa di arbitrario, bensì qualcosa che trae il suo metro dalle esigenze pratiche e culturali di un dato tempo. Il diritto processuale può insomma considerarsi [...] come uno specchio in cui con estrema fedeltà si riflettono i movimenti del pensiero, della filosofia e della economia di un determinato periodo storico” (49). Se così è, e se è vero che questa è la società in cui recita pessimisticamente uno *spot* pubblicitario contemporaneo) “niente è per sempre”, allora “l’esigenza di fissità del diritto ovvero la necessità della permanenza di quello stato di pace che la decisione ha voluto instaurare mediante la composizione degli interessi in conflitto” che è *ratio iuris* del giudicato (50), merita, forse e quantomeno, un ridimensionamento (51). Ovvero, benché nella sostanza si tratti soltanto di un sinonimo, una rivisitazione, che la adattasse alle esigenze dei tempi moderni (52).

Lo sguardo fuggacemente rivolto all’estero pare confermare che, per ciò che riguarda almeno i paesi presi in considerazione, eccezion

(49) Citazione del maestro tratta da CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 105 ss., spec. p. 106.

(50) Così ALLORIO, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, cit., p. 194.

(51) Efficacemente si chiede BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 160, “[...] quanto di questa perennità importi ad una società in cui i diritti economici, collegati a processi tecnologici in tumultuosa accelerazione, suppongono accertamenti per definizione caduchi”. Nella stessa linea, TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, cit., p. 1058, nota che varie tendenze nell’ambito della teoria postmoderna del diritto sono inclini a far perno sul particolare invece che sul generale, sull’individuo invece che sul gruppo o sulla società, sul mutevole invece che sullo stabile, sul concreto invece che sull’astratto. Icasticamente, poi, notava già un ventennio orsono CARPI, *La tutela d’urgenza fra cautela*, “sentenza anticipata” e *giudizio di merito*, cit., p. 698, che “la sentenza arriva sul cocchio regale del giudicato sostanziale quando gli interessi delle parti non sono più nella vigile attesa della decisione, ma sono sepolti sotto la polvere del tempo e della storia”.

(52) Per dirla con CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., pp. 34-35, “sotto la lenta influenza dei fattori più diversi si formano nei secoli certe tendenze della mente, certi atteggiamenti dello spirito, che dispongono a considerare in un dato modo gli istituti giuridici. Lavoro utile è l’analisi della formazione di questi modi di sentire [...] tanto più utile quanto più difficile è ad un’epoca liberarsi da sovrapposizioni ultramillinarie di pensiero”.

fatta per l'ordinamento spagnolo che è assiso su una posizione alquanto simile a quella di diritto interno, l'istituto del giudicato non goda di eccessiva considerazione⁽⁵³⁾. Così parrebbe pure guardando al sistema comunitario; il riferimento al livello dell'Unione europea, evidentemente, deve essere letto *cum grano salis*, per le note peculiarità dell'universo giuridico di riferimento, ma non si può trascurare a cuor leggero la circostanza che, se si leggono le sentenze comunitarie in materia di giudicato, si ha l'impressione di una sensibile erosione degli effetti dell'accertamento⁽⁵⁴⁾.

Si impone forse, allora, una rilettura degli istituti classici del processo, se riteniamo, come sembra si debba, che compito del giurista non sia fare dello sterile bizantinismo ma elaborare soluzioni che non manchino di portata pratica⁽⁵⁵⁾. È evidente che se si guarda alle norme vigenti, per quello che ancora ad oggi esse prevedono, ogni discorso su possibili rivisitazioni della cosa giudicata perde ragion d'essere. Ma se adottiamo un diverso punto di vista e ricolleghiamo la cosa giudicata, anziché alla sentenza (in senso sostanziale) non più suscettibile di essere impugnata con i mezzi ordinari, ad una nozione del giudicato come preclusione di questioni⁽⁵⁶⁾, allora se ne potrebbe dedurre che il provvedimento giurisdizionale non opposto (o, se si preferisce, non impugnato) con i mezzi di reazione che un ordinamento evoluto sempre deve mettere a disposizione della parte soccombente in ogni tipo di procedimento, è un provvedimento che statuisce su questioni (fatti, da cui discende il riconoscimento di diritti) sulle quali le parti accettano che termini la discussione; in altre parole, il caso è chiuso.

(53) L'istituto del giudicato, infatti, sarebbe tra quelli che, guardando al panorama dei principali Stati membri dell'Unione europea, rappresentano una situazione di conflitto, considerata la diversità di regole vigenti, dal punto di vista prospettico dell'obiettivo della compatibilità tra ordinamenti nazionali, v. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 80. Di sacrificio dell'"improbabile valore del giudicato, all'esito di un processo a cognizione piena" per ciò che riguarda l'ordinamento francese, parla CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1134, a fronte dell'invece accresciuta importanza dell'istituto del *référé*.

(54) Così BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 28 ss.

(55) V. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., p. 167.

(56) V. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., pp. 7-8.

Fra l'altro, come è stato autorevolmente messo in luce, lo stesso passaggio in giudicato della sentenza così come tradizionalmente concepito, non è immune da assalti alla sua immutabilità in tutte le ipotesi, che sono numerose, in cui la controversia, per esempio, abbia ad oggetto non posizioni giuridiche soggettive istantanee bensì posizioni a carattere durevole o a formazione progressiva, il cui modo di essere e di evolvere non può non incidere sulla fattispecie costitutiva sostanziale e, conseguentemente, sul giudicato già formatosi, cui logicamente può seguire una domanda nuova in dipendenza di un mutamento della situazione sostanziale ⁽⁵⁷⁾.

Sempre più frequentemente la crisi in atto, per ciò che riguarda l'attività giurisdizionale in generale ed il principio della cosa giudicata in particolare, porta la migliore dottrina a riflettere sull'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti non debba necessariamente culminare in un accertamento con efficacia di giudicato, come da secoli si ritiene in virtù di una tradizione alta e ricca di prestigio che, tuttavia, relega sullo sfondo il fine perseguito dalla parte che decide di avvicinarsi al processo ⁽⁵⁸⁾. Con ciò non si vuole denigrare aprioristicamente ed indistintamente l'importanza delle forme rispetto alla sostanza, anzi proprio l'opposto; si tratta infatti di distinguere, tra le forme, quelle che ancora si accordano coi bisogni del tempo, evitando quindi di sopprimere, per dirla con Jhering, crisalidi erroneamente reputate cadaveri ⁽⁵⁹⁾.

(57) V. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, spec. pp. 11-18.

(58) V. ID., *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., cc. 141 e 148; BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 179, ove l'a. ribadisce la necessità di guardare al processo "come ad un servizio al cittadino più che come al meccanismo che dovrà solennemente accertare una statuizione destinata a sfidare i secoli". La sensazione, peraltro, serpeggiava da tempo, come sembrerebbe già dalle parole, pur non recentissime, di DENTI, *Intervento*, in AA.VV., *La tutela d'urgenza*, Atti del XV convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, cit., p. 167, ove l'a. quasi profeticamente o, più semplicemente, con lungimiranza, affermava che "la stella del giudicato sembra così destinata ad impallidire nel sistema complessivo della tutela".

(59) V. CHIOVENDA, *Sulla figura esteriore del processo civile (le forme nella difesa giudiziale del diritto)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, p. 189 ss., spec. pp. 216-217. Ancora e da un punto di vista di teoria generale, sulle

Le riflessioni ora proposte, necessitate dalla circostanza che l'istituto del giudicato si trovi nell'occhio del ciclone delle teorie postmoderne del diritto, sono funzionali agli interrogativi che mi porrò nell'ultimo capitolo di questo lavoro. Le norme vigenti, e di cui ai più volte menzionati artt. 23, comma 6, d. lgs. n. 5 del 2003 e 669 *octies*, ult. comma, c.p.c., escludendo espressamente l'idoneità al passaggio in giudicato del modello di provvedimento in esame, idoneità che peraltro potrebbe sussistere in punto di teoria e di configurazione ontologica e strutturale, come ho cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, impongono all'interprete la necessità di interrogarsi allora sul tipo di effetti che un provvedimento siffatto è atto a dispiegare, valutandone alcune implicazioni. Prima di affrontare il tema nel capitolo conclusivo, ritengo di dedicare alcune pagine all'individuazione dei settori che potrebbero rivelarsi l'ambito elettivo di applicazione della nuova disciplina.

esigenze di approntare arnesi giuridici nuovi, di immediata efficacia per gli operatori economici, che rifuggano dalla fissità e dalla rigidità per rispondere alle mutate istanze del panorama attuale, v. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., cc. 157-160.

CAPITOLO VI

IL PROVVEDIMENTO PROVVISORIO E LA SUA COMPATIBILITÀ CON UN REGIME DI INDIPENDENZA RISPETTO AL PROCESSO PRINCIPALE

*Per vivere, come per nuotare,
sta meglio colui che è più libero da pesi.*

Apuleio, De magia

1. *La struttura del provvedimento provvisorio e le posizioni giuridiche soggettive che meglio si prestano ad essere tutelate in modo indipendente rispetto al giudizio di merito*

Il legislatore ha individuato nei “provvedimenti d’urgenza” e negli “altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito” le ipotesi alle quali poter far corrispondere la più volte ricordata indipendenza della misura “cautelare” dall’instaurazione del giudizio di merito o dalle vicende estintive che colpiscono quest’ultimo. La giustificazione di ciò risiede nella circostanza, già accennata, per cui è massimamente (per non dire esclusivamente) in queste ipotesi che, laddove il provvedimento anticipatorio sia materialmente e totalmente soddisfacente delle pretese vantate dall’istante, il giudizio di merito costituirebbe nulla più che una sorta di ripetizione, se non di duplicazione, della fase già svolta, con evidente spreco di economia processuale, onde è auspicabile e assai vantaggioso, sia dal punto di vista delle parti private che da quello pubblicistico dell’ordinamento, che venga omessa (1).

(1) Sul legame tra anticipazione, cautela e strumentalità, entità non contrapposibili ma da giustapporsi variandone la scala di intensità, in quanto rappresentano

Da un punto di vista generale, ancora ed in altri termini, si potrebbe rilevare che sono particolarmente idonee ad avvantaggiarsi del meccanismo di sganciamento dal giudizio di merito tutte quelle ipotesi in cui, sul piano degli effetti prodotti dal provvedimento anticipatorio, l'esecuzione di quest'ultimo sia idonea a produrre l'effetto soddisfattivo desiderato dal ricorrente (2).

La dottrina aveva già avuto modo in passato di interrogarsi su quali provvedimenti fossero idonei, se ottenuti in sede cautelare, ad avvalersi dello "sconto" dal giudizio di merito.

A questo proposito, un rilievo pare importante. Perché una tutela, che in via di principio potrebbe essere meramente provvisoria, aspiri a diventare definitiva e possa concretamente tramutarsi in tale, senza che quindi occorra alla parte che se ne può avvalere di dover necessariamente instaurare un altro giudizio, tendenzialmente a cognizione piena, che consolidi gli effetti del provvedimento provvisorio ed eventualmente gli consenta di ottenere quegli ulteriori benefici che non sono offerti dalla fase provvisoria, occorre che quest'ultima sia *autosufficiente*, oltre che autonoma; in sostanza, occorre che alla base della fase provvisoria vi sia una domanda di parte che, se accolta, sia in grado di rispondere a tutti i bisogni che la parte tende a soddisfare attraverso quella richiesta di tutela giurisdizionale. Se fosse altrimenti, sarebbe comunque necessario avviare un altro processo, vanificando così l'obiettivo della soddisfazione immediata della parte ad ottenere una tutela completa nonché l'ulteriore obiettivo pubblicistico dell'ordinamento a risparmiare in termini di economia processuale sullo svolgimento dei giudizi. Questa precisazione, ora abbozzata, tornerà utile di seguito per alcune conclusioni, anche pratiche.

diversi aspetti di un medesimo fenomeno, v. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., p. 1045.

(2) Con riferimento alla tutela urgente, già TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 254, aveva notato come la provvisorietà dell'esecuzione del provvedimento urgente sia conseguenza del carattere strutturalmente provvisorio del titolo in base al quale essa viene attuata, e non sia invece provvisoria nel senso che l'esecuzione debba essere nuovamente compiuta per produrre l'effetto soddisfattivo, ove già conseguito.

Se questa è la premessa generale, ovvero che possa considerarsi “anticipatorio”, e quindi fruire del regime qui esaminato, soltanto il provvedimento provvisorio che presenti queste caratteristiche, che si potrebbero riassumere nella sua idoneità ad essere autosufficiente rispetto all’eventualmente corrispondente provvedimento principale, è opportuno sondare, all’interno del panorama delle posizioni giuridiche soggettive tutelabili giurisdizionalmente, quali sembrano più idonee ad indossare questa veste; e ciò è oggetto delle pagine che seguono.

2. *La tutela dei diritti di credito ad una prestazione pecuniaria*

Il settore per il quale, in modo direi pressoché assolutamente pacifico, è prospettabile un imponente ricorso al modello di tutela in discorso, è quello della tutela dei diritti di credito ad una prestazione pecuniaria. Da tempo sono stati ritenuti idonei a non proiettarsi verso decisioni di merito i provvedimenti anticipatori a tutela dei diritti soggettivi dei creditori; siano essi il diritto di credito insoddisfatto oppure il diritto al risarcimento del danno per ingiusta lesione della garanzia patrimoniale o le posizioni giuridiche su cui si innesta l’acertamento della patologia del negozio di alienazione ⁽³⁾.

Un punto è tuttavia da sottolineare. Se si ritiene, come si dovrebbe stando alla lettera delle norme quali esse si presentano attualmente, che possa ricorrersi al modello di provvedimento in questione solo in presenza di una situazione di urgenza, considerato che la disciplina vigente restringe il campo di applicazione delle norme a provvedimenti che presuppongono l’urgenza, in quanto qualificati “cautelari”, se ne dovrebbe dedurre che ad esso, appunto, possa farsi ricorso solo in presenza del suddetto presupposto; come si ricorderà, inizialmente si riteneva che, sulla scorta della fungibilità dell’oggetto meramente economico della controversia, il pregiudizio che minacci un diritto a contenuto e funzione esclusivamente patri-

(3) Questa l’analisi di CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 456.

moniale non fosse mai idoneo a configurarsi come irreparabile ⁽⁴⁾. Poiché la tutela recentemente introdotta potrebbe rivelarsi di grande utilità, soprattutto da un punto di vista pratico, questo aspetto dell'urgenza merita di essere ripreso in considerazione al fine di suggerire alcune modifiche. Ma ciò sarà oggetto delle pagine conclusive.

L'evoluzione sociale più recente mostra anzi, come si può agevolmente notare e come è inevitabile che sia in un contesto sociale dominato dalla continua espansione dei traffici commerciali, un accresciuto interesse nei confronti della tutela delle posizioni creditorie; lo dimostra, fra l'altro, la disciplina introdotta nel nostro ordinamento dal d. lgs. n. 231 del 9 ottobre 2002 che, in attuazione della direttiva Ce n. 35 del 29 giugno 2000, ha introdotto una nuova figura di azione inibitoria in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ⁽⁵⁾. Poiché l'inibitoria si pone, almeno mi sembra, come uno degli istituti che meglio può incarnare le attese del modello di provvedimento in esame, esso sarà tra breve oggetto di alcune pagine *ad hoc*.

3. *La tutela dei diritti della personalità*

Un altro settore nel quale mi pare che il modello di tutela allo studio potrebbe rivelare una particolare utilità è quello della tutela dei c.d. diritti a contenuto e a funzione non patrimoniale; in ordine ad essi, era già stato da tempo autorevolmente notato come lo stato di insoddisfazione sia sempre causa di un pregiudizio per definizione non riparabile adeguatamente nelle forme dell'equivalente monetario (si pensi ai diritti della personalità, nome, riservatezza, identità persona-

(4) Tant'è che la migliore dottrina dell'epoca, ovvero SATTÀ, *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, c. 132 ss., spec. c. 132, riteneva che i diritti di obbligazione rimanessero fuori dell'orbita dei provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c.

(5) Approfonditamente sul tema v. CARNEVALE, *L'azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1117 ss., spec. p. 1128, ove l'a. afferma, dopo aver analizzato l'istituto, che a suo avviso si tratti di una nuova misura cautelare tipica a contenuto anticipatorio.

le, onore, immagine; e al settore oggi assolutamente in espansione del diritto alla salute, nelle diverse forme di violazione di esso e quindi di necessità di tutela che si possono ipotizzare, come accade negli attualissimi fenomeni di inquinamento ambientale e di immissione sul mercato di prodotti nocivi) ⁽⁶⁾. Mi pare che in tutte queste ipotesi, laddove la soddisfazione del ricorrente possa essere raggiunta attraverso l’emanazione da parte del giudice di un provvedimento che ingiunga alla controparte non solo di cessare il comportamento lesivo ma anche di corrispondere una somma a titolo di risarcimento del danno causato dall’avvenuta violazione, un provvedimento siffatto ben potrebbe vivere di vita propria, soddisfacendo completamente le esigenze di tutela del ricorrente (o, se non completamente, in un grado del quale egli possa ritenersi comunque appagato); rimanendo alla controparte la scelta di attivarsi nella promozione di un giudizio ordinario che ribalti l’esito (eventualmente) erroneo della fase sommaria ⁽⁷⁾.

Lo stesso ragionamento, poi, si potrebbe applicare con riguardo alla tutela dei c.d. diritti di libertà, intendendo per essi quel complesso di diritti fondamentali la cui caratteristica principale risiede nel fatto che il loro godimento è assicurato da obblighi negativi di non fare gravanti su tutti o su alcuni membri della collettività ⁽⁸⁾.

(6) Nota l’individuazione della categoria da parte di PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 13.

(7) Ampiamente, sul tema in questione, v. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, cit., spec. c. 6, ove l’a. nota che per i diritti suddetti è necessaria una tutela specifica, il più possibile preventiva, inibitoria ed urgente; e c. 10, ove l’a. vede come un problema la proliferazione di modelli processuali relativi alla tutela di questi diritti, invocandone una razionalizzazione.

(8) V. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 21 ss. L’a., come noto, distingue la categoria in diritti di libertà civile (fra gli altri, integrità fisica, manifestazione del pensiero, riservatezza), economica (proprietà, associazione, iniziativa imprenditoriale) e sostanziale (ambiente, informazione, servizi essenziali). Anche CARPI, *La tutela d’urgenza fra cautela, “sentenza anticipata” e giudizio di merito*, cit., p. 683, ritiene che il settore dei diritti di libertà possa essere quello in cui ha maggiori possibilità applicative la tutela urgente anticipatoria. Sull’ammissibilità in via generale dell’inibitoria come forma di tutela, in specie per i diritti che presentano il contenuto di cui nel testo, v. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, cit., c. 15.

In via generale, da parte della migliore dottrina si era già avanzata l'ipotesi dell'introduzione di una tutela *ad hoc* per i diritti in discorso così costruita: in una fase sommaria, nel contraddittorio delle parti, verrebbe accertato a livello di *fumus* il diritto di cui il ricorrente chiede tutela (il *periculum* sarebbe già insito nella struttura del diritto minacciato o lesa e presupposto dal legislatore a livello generale ed astratto); il provvedimento del giudice, sommario, a contenuto anche inibitorio, provvisoriamente esecutivo *ex lege* e con attitudine al giudicato, potrebbe essere opposto entro un certo termine di decadenza dalla parte soccombente attraverso l'instaurazione di un giudizio di cognizione ordinario di primo grado ⁽⁹⁾. Come è evidente, le analogie con il modello di tutela qui allo studio sono numerose, salve due eccezioni relative al termine per la proposizione del processo principale o di merito e la previsione di un termine in capo al soccombente entro il quale attivarsi; ma su questi aspetti tornerò in séguito.

4. *La tutela della proprietà intellettuale*

Il vastissimo ambito costituito dalle esigenze di tutela della proprietà intellettuale e, più in generale, delle fattispecie più ricorrenti in materia di diritto industriale, parrebbe poter costituire uno dei terreni principe di applicazione delle norme allo studio ⁽¹⁰⁾; l'inibitoria provvisoria, infatti, accanto alle misure tipiche della descrizione e del sequestro, è uno degli strumenti cautelari più utilizzati in materia di diritto industriale ⁽¹¹⁾. Da questo settore, anzi, potremmo

(9) COSÌ PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, cc. 17-18.

(10) CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, cit., p. 685, afferma che il settore delle relazioni industriali e commerciali sia "tutta una realtà da scoprire" in chiave di tutela anticipatoria; come aveva notato anche MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, cit., p. 575, ad avviso del quale nelle inibitorie previste in materia di proprietà industriale sono presenti i più appariscenti aspetti strutturali dell'anticipazione.

(11) Ampiamente sul tema, v. SCUFFI, *Diritto processuale dei brevetti e dei marchi*, Milano, 2001, spec. p. 219 ss. In via generale sul tema, rimando all'approfondito lavoro di SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998, spec. p. 88 ss.

ricavare alcune indicazioni per eventuali ritocchi da farsi alla disciplina ad ora disegnata. Partiamo, tuttavia, da alcune considerazioni sullo stato attuale della materia; tenendo conto del fatto che è relativamente recente l'entrata in vigore del c.d. codice della proprietà industriale, ovvero del d. lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005 ⁽¹²⁾.

La giurisprudenza di merito in materia afferma sovente che, in particolare nel settore della concorrenza sleale e della tutela dei segni distintivi, il *periculum in mora* sia *in re ipsa*, in quanto insito nel fenomeno contraffattivo ed usurpativo, che è in grado di provocare innegabili effetti pregiudizievoli sui rapporti economici di mercato; a ciò si aggiunga che, insieme alla valutazione del pericolo, anche la fase istruttoria presenta asperità per il ricorrente, in quanto la prova del danno, sia a priori che a posteriori, è difficile da fornire nella sua concretezza ed effettività (si pensi alla difficoltà di provare il danno all'immagine subito dall'azienda vittima delle pratiche qui censurate o all'ancora più ardua prova dello sviamento di clientela) ⁽¹³⁾.

Le riflessioni ricordate in materia di *periculum* mi paiono interessanti perché, a mio avviso, il nuovo tipo di tutela, similmente a quanto accade negli ordinamenti stranieri considerati, andrebbe svincolato dal presupposto necessario dell'urgenza fra le condizioni per la concessione del provvedimento, presupposto che invece deve assolversi fintantoché le norme rimangano formulate letteralmente così come sono attualmente. In una fattispecie quale quella concretamente presa ora in esame, ben si potrebbe attraverso un'unica domanda, e quindi attraverso un unico procedimento, esaurire la controversia. Il provvedimento del giudice che ordini

(12) V. il testo integrale del decreto, unitamente alla relazione governativa di accompagnamento, in *Guida al dir.*, dossier mensile, n. 3 del 2005.

(13) Ricostruisco da Trib. Napoli, ord. 5 maggio 2001, *Helmut Lang c. GTR*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 31 ss., spec. pp. 38-39, ove il giudice ritiene il *periculum* fatto palese dalla stessa dimensione degli interessi in gioco, evidenziati dal rilievo sovranazionale della ricorrente e dagli investimenti, anche pubblicitari, relativi ai prodotti ed ai marchi in contestazione. In toni analoghi, v. Trib. Napoli, ord. 5 luglio 2001, *S.r.l. Caffè del Professore c. Ferrieri & c. s.a.s.*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 45 ss., con il commento di Foglia, *ivi*, p. 47 ss.

alla società convenuta di ritirare dal mercato tutti i capi recanti il marchio contraffatto della società ricorrente, ed in più condanni la prima al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno subito dalla seconda, otterrebbe un duplice effetto: soddisfare, da una parte ed in via immediata, le esigenze di tutela della ricorrente danneggiata; sollecitare, dall'altra parte e forse in via ancora più immediata, la convenuta o ad attivarsi per l'instaurazione di un improbabile giudizio di merito o ad ottemperare al provvedimento del giudice.

Il settore della concorrenza sleale, poi, parrebbe prestarsi ampiamente a veder risolte una serie di controversie attraverso uno strumento siffatto, perché spesso la tutela viene richiesta nella forma delle c.d. inibitorie ⁽¹⁴⁾, figura sulla quale, considerato che nei settori sopra presi in considerazione (tutela del credito, dei diritti fondamentali e della proprietà intellettuale ed industriale) essa fa la parte del leone, si incentra da un punto di vista più generale il paragrafo successivo.

Venendo più da vicino alla disciplina recentemente introdotta dal codice della proprietà industriale, si impongono alcune riflessioni. Come sovente accade, il legislatore ha conservato qualcosa della disciplina previgente, ha mostrato di comprendere che è possibile aprire nuovi spiragli, li ha fatti intravedere ma, forse, non ha avuto il coraggio di spalancarli fino in fondo e compiutamente. In tema di tutela giuri-

(14) L'inibitoria infatti, v. SCUFFI, *op. cit.*, p. 227, è uno strumento generale di difesa del brevetto o marchio contro ogni tentativo di usurpazione o contraffazione, sia di tutela della concorrenza in genere contro metodiche di sfruttamento anomalo del mercato. A livello comparatistico sul tema, nota poi CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 47, che è diffusa la prassi nel processo civile tedesco di utilizzare le *einstweilige Verfügungen* come misure alternative, e non strumentali, alla decisione di merito resa nel processo di cognizione, così che al provvedimento non si fa seguire l'instaurazione del giudizio ordinario; proprio con riguardo al settore della concorrenza sleale, ancora, nota CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 35, che l'inibitoria è concessa a séguito di una cognizione sommaria della sola esistenza del diritto e non anche del *periculum*, che dal legislatore viene presunto sulla base dell'*id quod plerumque*; la fonte principale della disciplina è contenuta nel § 25 UWG, ovvero la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (legge contro la concorrenza sleale).

sdizionale, ed in specie cautelare, delle posizioni giuridiche vantabili nel settore della proprietà industriale, il nuovo codice prevede nei suoi punti salienti il mantenimento delle tre figure tipiche di cautela: descrizione (art. 128, d. lgs. n. 30 del 2005), sequestro (art. 129) e inibitoria (art. 131). Considerandoli singolarmente, per il profilo che più interessa questo studio, vorrei notare quanto segue.

Con riguardo alla descrizione, tipico strumento cautelare di natura probatoria (in quanto, come emerge dalla parola stessa, è teso ad ottenere la descrizione degli oggetti che si assume costituiscano violazione di un diritto industriale appartenente ad altri), l'art. 128, comma 5, dispone che il provvedimento di accoglimento dell'istanza, ove questa sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, debba fissare un termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'inizio di quest'ultima; il successivo comma 6 prevede poi che il provvedimento perda efficacia ove non venga eseguito nel termine di cui all'art. 675 c.p.c.

A ben vedere, considerate la natura e la funzione dello strumento in discorso, si sarebbe potuto prevederne una maggiore autonomia rispetto alla causa di merito, similmente a quanto accade nella disciplina generale del codice con riguardo all'istruzione preventiva. A dire il vero non è prevista una disposizione *ad hoc* che stabilisca che il provvedimento perda efficacia se non viene iniziato il giudizio di merito, né un rinvio generale alla disciplina del c.p.c., particolare che, a mio avviso, sarebbe stato importante, specie per orientare l'interprete e l'applicatore nelle vicende concrete del provvedimento.

Un rinvio generale alle norme del codice di rito è invece contemplato dall'art. 129, comma 2, in tema di sequestro di oggetti che costituiscano violazione di un diritto di proprietà industriale. Questa è tuttavia e probabilmente la fattispecie che qui meno interessa alla luce del profilo della strumentalità perché, come ritenuto dalla dottrina maggioritaria e sopra più volte ricordata, il provvedimento cautelare a contenuto conservativo è quello meno consono ad attagliarsi al tema dell'alterazione del nesso di strumentalità.

L'art. 131 del d. lgs. n. 30 del 2005 disciplina l'inibitoria industriale; ritengo più opportuno dedicare ad essa qualche riflessione nel paragrafo che segue.

5. *La tutela inibitoria*

L'istituto della tutela inibitoria, così significativamente collocato in una via mediana tra diritto sostanziale e diritto processuale, presenta alcuni aspetti di interesse per il tema oggetto di questo lavoro, specie laddove si consideri la sua funzionalità ad essere utilizzata in via privilegiata rispetto ai settori specifici sopra considerati, unitamente alle potenzialità espansive della c.d. inibitoria provvisoria che, riguardata in un certo modo, potrebbe essere uno degli strumenti che più possono avvantaggiarsi del c.d. sganciamento della figura provvisoria della misura dal giudizio principale.

Le ragioni sono varie. Intanto, una di esse consiste nel fatto che la misura si rivolga al futuro e non al passato, costituendo così un efficacissimo rimedio di natura preventiva; e poi perché sono tutelabili, attraverso di essa, le più diverse posizioni soggettive, risultandone dunque uno strumento dall'ambito di applicazione alquanto vasto, idoneo ad involgere tanto diritti assoluti quanto relativi, patrimoniali e non, finanche gli interessi legittimi ⁽¹⁵⁾.

L'inibitoria provvisoria, infatti, spesso accordata *ex art. 700 c.p.c.*, frequentemente si traduce nella richiesta al giudice dell'emanazione non solo di un ordine di cessazione del comportamento lesivo, ma anche nell'ingiunzione a che quel comportamento non abbia a ripetersi per il futuro ⁽¹⁶⁾. Ricordando ora quanto accennavo poche righe orsono, ovvero che la domanda di tutela provvisoria può legittimamente e concretamente aspirare a divenire definitiva (intendendo qui l'espressione nel senso di "finale", ovvero di provvedimento che chiude la lite

(15) V. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 559 ss., spec. pp. 560 e 564 ss.; e l'ampio, approfondito e lucido lavoro di RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 80 ss. Recentemente sul tema, ed in specie sulla configurabilità di un'azione inibitoria in via atipica, il cui fondamento peraltro non risiede, secondo l'a., nella norma sui provvedimenti d'urgenza, v. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 39 ss., spec. p. 48 ss.

(16) V. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 388 ss., spec. p. 390. Perciò, nota RAPISARDA, *op. cit.*, p. 81, la tutela inibitoria, imponendo un divieto di continuazione o di commissione dell'illecito, ha non solo carattere preventivo, ma anche ripristinatorio del diritto in ipotesi violato o minacciato.

e quella sua manifestazione giudiziaria che ne è il processo), mi pare che si possa dire che l'inibitoria provvisoria ben si presterebbe a questo schema, avuto però riguardo di precisare che la relativa domanda, oltre al capo relativo alla cessazione del comportamento lesivo e a quello dell'ingiunzione del divieto anche per il futuro, dovrebbe contenere anche quello relativo alla condanna al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno per riparare la lesione che il comportamento tenuto in violazione del divieto, e che l'inibitoria mirava a paralizzare ed a reprimere, avesse cagionato. Il provvedimento del giudice che, in un'ipotesi siffatta, accogliesse la domanda, ben sarebbe idoneo a stare in piedi da sé, indipendentemente dalla necessaria instaurazione di un giudizio successivo che trasformasse quella inibitoria, nel caso, da provvisoria a definitiva⁽¹⁷⁾; la parte soccombente, d'altra parte, avrebbe comunque, se volesse, la possibilità di farsi ella stessa instauratrice di un processo a cognizione ordinaria che miri ad accertare l'infondatezza dei presupposti sulla cui base l'inibitoria era stata concessa.

L'intuizione sembra essere stata colta parzialmente dal legislatore del nuovo codice della proprietà industriale; l'art. 131, comma 2, del d. lgs. n. 30 del 2005, infatti, prevede che pronunciando l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso di quanto costituisce violazione del diritto industriale, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. L'accoglimento della tesi qui proposta, tuttavia, è solo parziale ed adombrato. Infatti, perché il provvedimento inibitorio potesse rimanere autosufficiente ed autonomo rispetto ad un giudizio di merito, si sarebbe dovuta prevedere la possibilità per il giudice di condannare la parte anche al pagamento delle somme dovute a titolo di risarcimento per la violazione compiuta e sommariamente accertata, e non solo per le somme contemplate dalla formulazione attuale della norma (rimanendo fermo che la parte soccombente avrebbe sempre e comunque la garanzia rappresentata dalla possibilità di dare corso al giudizio di merito). Colgo l'occasio-

(17) Già ora infatti, nota SCUFFI, *Diritto processuale dei brevetti e dei marchi*, cit., p. 228, l'inibitoria cautelare, per sua natura provvisoria, non differisce da quella definitiva contenuta nella sentenza che conclude il procedimento principale (di contraffazione).

ne per notare qui che l'art. 131, comma 2, del d. lgs. n. 30 del 2005, prevede che l'inibitoria possa essere disposta "secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari"; all'atto dell'entrata in vigore del c.d. codice della proprietà industriale, non aveva ancora visto la luce il decreto sulla competitività, poi convertito nella l. n. 80 del 14 maggio 2005, che modifica nei termini ad ora noti l'art. 669 *octies* c.p.c., ma evidentemente ragioni di ordine logico e sistematico impongono di ritenere che il rinvio compiuto dall'art. 131, comma 2, d. lgs. n. 30 del 2005, sia riferito alla disciplina attuale del procedimento cautelare e non a quella vigente al momento in cui il rinvio fu compiuto, quando il solo regime noto al codice di rito era ancora quello della strumentalità necessaria del provvedimento cautelare.

Chiusa questa breve parentesi sull'inibitoria in tema di proprietà industriale e tornando ai profili generali dell'istituto, vorrei sottolineare ulteriormente che la tutela inibitoria è particolarmente significativa ai fini dell'individuazione del terreno (per così dire) elettivo di applicazione del modello di provvedimento qui in esame, specie se si concorda con la dottrina che ritiene che l'inibitoria, lungi dall'essere limitata ai casi espressamente previsti dalla legge, è figura che nel nostro ordinamento ha carattere generale ed atipico, dunque applicabile al di là delle ipotesi espressamente tipizzate dalla legge, per rispondere a tutte le istanze di tutela contro l'illecito arrecato ad una posizione giuridica soggettiva meritevole di protezione e per ottenere un ordine di cessazione di un comportamento illegittimo o di adempimento futuro di obblighi di fare o anche di non fare a carattere continuativo ⁽¹⁸⁾.

La tutela inibitoria, inoltre, sarebbe utilizzabile tanto nell'ipotesi di azioni di mero accertamento ⁽¹⁹⁾, quanto costitutive oltre che, naturalmente, di condanna. Nel primo caso, per esempio, si può pensare all'ini-

(18) V. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1161; RAPISARDA, *op. cit.*, pp. 82 ss., 113 ss., 241 per la conclusione; BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 607 ss., spec. pp. 607-608. Recentemente sul tema ed in rapporto alle c.d. *class actions*, v. MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 125 ss.

(19) Così PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., p. 1081.

bitoria negativa all'uso di un certo segno distintivo rispetto all'accertamento del diritto all'uso di quel segno da parte di Tizio piuttosto che di Caio. Nel secondo, si può pensare all'inibitoria positiva a tenere un certo comportamento in favore del soggetto che, attraverso la pronuncia costitutiva, risulti poi definitivamente titolare del diritto (per esempio, il passaggio sul fondo del vicino in attesa della pronuncia costitutiva della relativa servitù). Nel caso della tutela di condanna, poi, gli esempi di tutela inibitoria ed a contenuto anticipatorio sono svariati.

L'inibitoria provvisoria, concepita ad oggi essenzialmente all'interno del sistema di tutela cautelare, è caratterizzata dalle note distintive della provvisorietà e della strumentalità⁽²⁰⁾. Ora, se si considera il modello di provvedimento qui in esame, che si connota proprio per la perdita delle suddette caratteristiche, ovvero strumentalità e provvisorietà, ne può discendere a mio avviso un' idoneità particolarmente intensa dell'inibitoria a inquadrarsi come istituto che ben si attaglia ad intervenire in una serie svariata di ipotesi in cui l'assetto definitivo, che risulterebbe dal contenuto di un'inibitoria avente carattere finale, già pertenga all'inibitoria provvisoria.

A questa conclusione si può giungere, quindi ed inoltre, considerando una serie di caratteri che, per lo più pacificamente, vengono riconosciuti all'inibitoria provvisoria in rapporto a quella definitiva e che, a ben vedere, risultano essere le caratteristiche, oltre a quelle delle strumentalità e della provvisorietà, più incise dal nuovo modello di provvedimento. La dottrina in tema di inibitoria ha individuato, come accennavo, una serie di indici distintivi tra la figura provvisoria e quella definitiva dell'istituto; oltre a quelli già ricordati della strumentalità e della provvisorietà, l'inibitoria provvisoria si distinguerebbe per l'essere emessa a séguito di una cognizione sommaria, quindi inidonea a formare un accertamento pieno del diritto fatto valere e, conseguentemente, al giudicato; si connoterebbe, poi, per il profilo dell'urgenza nel provvedere, assente fra i requisiti previsti per l'inibitoria finale⁽²¹⁾.

(20) V. RAPISARDA, *op. cit.*, p. 128.

(21) *Ibidem*, pp. 128-143, ove l'a., al termine dell'esame compiuto, conclude nel senso per cui non sempre l'ammissibilità dell'inibitoria finale potrà consentire l'emanazione di un'inibitoria cautelare in forma anticipatoria, perché sarà necessario verificare caso per caso se la condotta illecita che si vuole impedire con la

Ora, se al venir meno dei profili di strumentalità e di provvisorietà, si aggiunge il venir meno (già previsto nel modello di provvedimento introdotto o per come lo si potrebbe modificare) dei caratteri della sommarietà della cognizione (non nel senso di trasformarla in una cognizione piena bensì di considerarla tale ove il soccombente non si opponga al provvedimento favorevole alla controparte), si espunge poi il requisito dell'urgenza, e infine si considera che il provvedimento, inidoneo alla stabilità in virtù della lettera delle norme, tuttavia non lo è strutturalmente ed astrattamente, allora si può individuare una certa somiglianza fra le due figure, provvisoria e definitiva, di inibitoria. Ciò, tuttavia, è realizzabile solo ove all'inibitoria provvisoria sia fatto corrispondere un contenuto, e conseguentemente le relative modalità procedurali cui ho accennato sopra e su cui tornerò in seguito, che ne rendono sostanzialmente possibile la coincidenza con la corrispondente figura definitiva.

Si pone infine un altro problema. È evidente che, specie nei casi in cui non sia ipotizzabile l'esecuzione in via forzata del provvedimento, occorre pensare a come assicurare l'attuazione pratica dell'ordine emesso dal giudice. A tal proposito la dottrina ha ritenuto che il rimedio debba variare in rapporto alla natura dell'obbligo nel caso concreto e che siano da potenziare le misure c.d. coercitive, di natura civile e penale, dirette a provocare l'adempimento spontaneo da parte dell'obbligato, minacciandolo di una lesione del suo interesse più grave di quella che gli cagionerebbe l'adempimento⁽²²⁾. L'ordinamento interno, a differenza di ordinamenti stranieri pur vicini, non pare particolarmente incline a forme di coercizione

prima forma di tutela sia anche produttiva di imminenti effetti dannosi; solo in quest'ultima ipotesi potrà concedersi l'inibitoria provvisoria, che ha quindi un ambito di applicazione più ristretto di quella finale.

(22) V. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione)*, cit., p. 580; RAPISARDA, *op. cit.*, pp. 192-193, 211 ss., 242 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., p. 1162 ss., spec. pp. 1165-1169 per i modelli comparatistici cui si potrebbe fare riferimento. L'a. è tornato recentemente sul tema, v. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, cit., spec. c. 168, affermando di ritenere ormai matura l'introduzione in Italia di un sistema atipico di misure coercitive sul modello delle *astreintes* francesi.

indiretta (23), specie nelle ipotesi di prestazioni aventi ad oggetto un fare infungibile; tuttavia, questa posizione pare essere più frutto di un pregiudizio che non di una consapevole meditazione del tema, onde ne è auspicabile una rivisitazione (24).

6. *Il provvedimento provvisorio indipendente dal giudizio principale quale esso attualmente si presenta*

Prima di aprire un capitolo definitivamente conclusivo, pare opportuno tirare parzialmente le somme di alcune riflessioni che, fin qui, sono già emerse in modo ora più ed ora meno evidente.

Intanto, mi pare si possa affermare che il “provvedimento cautelare non strumentale” non esiste, almeno a mio avviso, come categoria, se non come un efficace ossimoro che accosta entità giuridicamente incompatibili.

È stato affermato che il modello di provvedimento “cautelare” sganciato dal merito rientrerebbe nella categoria dei c.d. provvedimenti con prevalente funzione esecutiva, similmente al provvedimento per decreto ingiuntivo e agli altri accertamenti sommari ad esso assimilabili; come al solito efficacemente, prima che si profilasse la disciplina di cui alla l. n. 80 del 2005, era stato affermato che, se avesse preso piede la riforma che prevedeva l’eventualità dell’instaurazione del merito in seguito all’emanazione di un provvedimento cautelare *ante causam*, si sarebbe aperta una nuova stagione che poteva dirsi della “nuova intonazione monitoria dei provvedimenti in senso stretto anticipatori cautelari” (25). L’affermazione non mi trova d’accordo, perché mi pare diversa la provvisorietà sottesa al

(23) Fa eccezione la figura di inibitoria introdotta in attuazione della direttiva comunitaria in tema di pagamenti nelle transazioni commerciali, v. CARNEVALE, *L’azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., p. 1121.

(24) PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 1066-1067, parla dell’“orrore nazionale verso qualsiasi forma di coercizione indiretta” come di un “[...] pregiudizio vetusto [...]”.

(25) CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., pp. 25-26.

“cautelare” sganciato dal merito dalla provvisorietà che caratterizza gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva o il provvedimento emesso all’esito di un procedimento monitorio. Per questi ultimi, infatti, la provvisorietà è un contrappeso ed un temperamento della sommarietà del procedimento di cognizione attraverso cui questi provvedimenti sono emanati, è cioè una provvisorietà strettamente connessa con il modo di formazione del provvedimento ⁽²⁶⁾; modo di formazione del provvedimento che, come per esempio nel caso del procedimento monitorio, è sommario e parziale e superficiale al quadrato, se si pensa che il provvedimento viene emanato sempre *inaudita altera parte*. Caratteristiche queste che, invece, non valgono in via di principio per il c.d. provvedimento “cautelare” non strumentale, la cui istruzione potrebbe non avere nulla da invidiare ad un provvedimento di cognizione ordinaria, come si evince dalla circostanza più volte evidenziata nelle pagine precedenti, per cui già il provvedimento cautelare propriamente inteso può avvalersi di un momento istruttorio alquanto qualificato ⁽²⁷⁾. Il modello di provvedimento che qui si osserva nasce astrattamente come cautelare, dunque può avvalersi della medesima efficace istruttoria che caratterizza quest’ultimo, pur essendo poi idoneo a perdere le caratteristiche proprie della cautela per avvicinarsi ed assimilarsi ad altri tipi processuali.

Trascurando ora il pur relevantissimo profilo per cui la parte soccombente ha sempre la facoltà di instaurare un processo di cognizione ordinaria in cui ripristinare le garanzie della cognizione piena (posto che quelle della cognizione sommaria in discorso fossero inferiori), si dovrebbe forse ridimensionare attualmente la disciplina vigente in tema di prove che è tipica del processo ordinario, in quanto rischia, nella sua inattualità, di paralizzare meccanismi evolutivi del processo, se eccessivamente sopravvalutata; a discapito di accertamenti che, compiuti pur sempre ed evidentemente nel rispetto dei principi fondamentali, e massimamente quello del diritto alla difesa ed al contraddittorio e ad una congrua motivazione non formale del provvedimento, po-

(26) V. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., p. 12.

(27) V. cap. IV, §§ 1 e 2.

trebbero rivelarsi particolarmente efficaci anche se non compiuti sulla base delle regole che, al momento esse soltanto, disciplinano i mezzi di prova tipici nel nostro ordinamento. Come è stato notato, infatti, il criterio che dovrebbe presiedere all'attività del giudice in sede istruttoria è eminentemente quello dell'osservazione di regole di metodologia razionale nell'accertamento dei fatti controversi, al di fuori ed al di là della disciplina normativa delle prove civili (28).

Se proprio si vuole ravvisare un profilo di somiglianza tra gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva ed il modello di provvedimento qui in esame, questo potrebbe individuarsi, invece, nel fatto che entrambi hanno in comune l'aspirazione finale, cioè quella a risolvere la lite senza che si addivenga all'instaurazione del processo principale a cognizione piena; ma il comune obiettivo mi pare insufficiente, a fronte di discrepanze strutturali e funzionali, ad accostarli dal punto di vista teorico.

Da parte di altra dottrina si è rilevato poi efficacemente che, quando si parla di misure cautelari in senso proprio, abbiano esse o no contenuto anticipatorio, non si può prescindere dalla funzione strumentale che esse svolgono e che si esplicita nello scopo di assicurare l'efficacia del provvedimento definitivo che servirà ad ottenere il diritto; scopo ricavabile non solo da un inquadramento teorico-sistematico, ma anche dalla disciplina di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., quale essa si presentava prima di essere incisa dalla riforma di cui alla l. n. 80 del 2005. Corollario fondamentale di questa loro struttura è dunque, ad avviso di questa dottrina, il fatto che le misure cautelari, proprio perché funzionalmente collegate al provvedimento definitivo, non presentino l'autonomia sufficiente a farne provvedimenti in grado di sostituirsi ai provvedimenti definitivi, ove questi non intervengano, perché anzi le vicende di questi le influenzano (29). Partendo da questa premessa,

(28) V. TARUFFO, voce *Liberò convincimento del giudice*, cit., spec. p. 2. Ad avviso dell'a., l'eterointegrazione della disciplina giuridica andrebbe compiuta ricorrendo ai principi della teoria generale della conoscenza elaborati sul piano epistemologico e filosofico.

(29) V. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., pp. 205-208.

che condivido, si potrebbe allora concludere che, nell'ipotesi di provvedimento cautelare a contenuto anticipatorio, *mutato positivo iure*, ossia eliminato dalla legge il rigido e necessario nesso di strumentalità, il provvedimento è idoneo a rimanere fermo e a regolamentare, su quell'oggetto, i rapporti fra le parti. Per le ragioni già spiegate, un provvedimento siffatto non potrà considerarsi cautelare in senso proprio, ma potrà ben dirsi *provvedimento decisivo sommario di cognizione a contenuto anticipatorio*. E se già per i provvedimenti cautelari propriamente detti si era affermato che, laddove si prescinda dai tratti distintivi della strumentalità (che reca necessariamente con sé la provvisorietà) e dell'urgenza, essi non costituiscono un *tertium genus* rispetto alla tutela di cognizione e a quella di esecuzione, perché essi per il loro contenuto possono trovare collocazione ora nell'una ed ora nell'altra casella sistematica ⁽³⁰⁾, *a fortiori* ciò si potrebbe sostenere pensando al modello di provvedimento di nuovo conio, che prescinde dal processo principale e che si potrebbe inquadrare nella categoria dei provvedimenti anticipatori ed autonomi di condanna a cognizione speciale e sommaria ⁽³¹⁾.

Questo provvedimento avrebbe poi, per come esso attualmente si presenta, spiccata natura e vocazione "privatistiche". L'attributo potrebbe condurre a fraintendimenti, quindi cerco di spiegarvi meglio. Senza entrare qui nella millenaria ed insoluta disputa sullo scopo pubblicistico o privatistico del provvedimento giuri-

(30) V. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., pp. 74-75. Così anche PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 13, ove l'a. afferma che l'accertamento sommario su cui si basa il provvedimento cautelare e la sua inidoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso sono profili che attengono alle modalità e al contenuto della misura, ma che sono inidonei ad espungere l'azione cautelare dalla categoria dell'azione generale atipica di cognizione. La bipartizione fondamentale della tutela giurisdizionale, attraverso cui si compie l'attuazione della legge, nei due stadi processuali della cognizione e dell'esecuzione forzata si trova, nell'elaborazione più risalente, in CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 67.

(31) Sulla circostanza per cui il provvedimento anticipatorio abbia generalmente ad oggetto una pronuncia di condanna, anche se non contiene espressamente questa parola, v. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 77.

sdizionale (e, a monte, del processo) ⁽³²⁾, si può concordare con la dottrina che, facendo leva proprio sulla strumentalità necessaria della misura cautelare in funzione e al servizio di un ulteriore provvedimento giurisdizionale, evidenziava per questo tipo di misure, più che per ogni altra appartenente al processo, lo scopo marcatamente pubblicistico della loro funzione, ritenendoli diretti, più che a difendere diritti soggettivi, a garantire la serietà e l'efficacia della funzione giurisdizionale, onde evitare che questa, in sostanza, fosse esercitata inutilmente nell'emanazione di provvedimenti che poi, concretamente, non potessero conseguire alcun risultato pratico ⁽³³⁾. La prospettiva mi pare radicalmente diversa se si ha riguardo al provvedimento di nuova introduzione; esso, oltre ad eliminare quel nesso di strumentalità necessaria che per la dottrina ricordata fa apparire in modo "esasperato" lo scopo pubblicistico di cui si diceva, mira a tutelare e a soddisfare in prima battuta ed in tempi ragionevolmente rapidi la parte privata, il ricorrente, se si vuole a scapito di correre qualche rischio per ciò che riguarda l'accertamento compiuto e approfondito che, invece, sarebbe sì garanzia per le parti private ma anche, più in generale, per la certezza del diritto oggettivo dell'ordinamento.

(32) L'estensione del tema è evidentemente sterminata. Per alcuni riferimenti, fin dal periodo più risalente, v. BÜLOW, *Civilprozessualistische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Archiv für die civilistische praxis*, 1879, vol. 62, p. 61 ss.; PERNICE, *Parerga*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Weimar, 1898, p. 140 ss.; SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, Lipsia, 1898, p. 18; L. FERRARA, *Studi e questioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1908, pp. 6 ss. e 29 ss. Un saggio e poetico punto di incontro, ma non di chiusura dell'argomento almeno per gli aspetti che qui interessano, può forse trovarsi in CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 26, ove l'a. indica nel processo lo strumento nel quale cadono le barriere pazientemente edificate dalla dottrina fra pubblico e privato, onde attribuire il processo più all'uno che all'altro è, in fondo, rimpiccolirlo, essendo esso nel mondo giuridico il punto "al qual si traggono d'ogni parte i pesi".

(33) V. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 143 ss., spec. p. 145 ove l'a. afferma che le misure cautelari attengono, più che alla tutela dei diritti soggettivi, "alla polizia del processo". Non è d'accordo, invece, sul sottolineare i profili pubblicistici della cautela PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 13.

PARTE TERZA

RIFLESSIONI CONCLUSIVE
FRA *IUS CONDITUM* E *IUS CONDENDUM*

CAPITOLO VII

UNA PROPOSTA DI LETTURA DEL SISTEMA
NEL BILANCIAMENTO
FRA PASSATO REMOTO E FUTURO PRESENTE

*La stessa idea fondamentale del diritto processuale civile,
cioè che esso costituisca un sistema,
accanto agli infiniti aspetti positivi ne presenta uno negativo,
proprio di tutti i sistemi perciò solo che sono sistemi.
E cioè quello di generare una certa fissità formale,
che determina un più o meno spesso diaframma tra la scienza e la vita.*

Giuseppe Chiovenda, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*,
in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 28 ss., p. 37

1. *Il panorama attuale*

La circostanza che sia tempo di mettere mano ad uno sfoltimento, o quantomeno ad una risistemazione, dei troppi riti e modelli di tutela ad oggi disponibili in quella “selva selvaggia” che è la nostra legislazione vigente ⁽¹⁾, è ormai esigenza riconosciuta (per non dire denunciata) dalla dottrina più autorevole ⁽²⁾. E tuttavia, a questa constatazio-

(1) Come la definì CARNACINI, *Parole introduttive*, in AA.VV., *La tutela giurisdizionale differenziata*, Atti del XIII convegno nazionale, Catania 28-30 settembre 1979, XXXVIII Quaderno dell’Associazione fra gli studiosi del processo civile, cit., p. 1 ss., spec. p. 2.

(2) V. FAZZALARI, *Il giusto processo e i “procedimenti speciali” civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1 ss., spec. p. 6.

ne, si accompagna ineluttabile il rilievo che l'“inesausta fabbrica delle riforme processuali” è sempre e costantemente all'opera ⁽³⁾. L'osservatore, che scruti dall'esterno il risultato cui tanto lavoro è pervenuto negli ultimi decenni, trae l'impressione dell'affastellarsi di una serie di interventi i quali, senza fermarsi qui a valutarne l'intenzione, paiono non sortire giammai ed infine l'effetto desiderato, che si potrebbe sintetizzare nella ricerca di regole processuali al contempo garantistiche, rispetto ai valori fondamentali cui deve ispirarsi un processo che possa dirsi “civile”, ed insieme atte alla configurazione di un meccanismo rituale efficace, rapido, effettivo.

Ponendosi dal punto di vista di chi consideri le norme attualmente vigenti sotto il profilo della loro attitudine ad approntare un rimedio agli inconvenienti derivanti dalla durata, misurabile ad oggi in almeno un paio di lustri, del processo ordinario di cognizione, si potrebbe dire che vi sono, allo stato, almeno quattro modelli ai quali poter fare riferimento e, concretamente, ricorso; essi consistono, in particolare, nella tutela cautelare intesa in senso proprio e stretto, nella tutela anticipatoria non cautelare strutturata all'interno del rito ordinario, nella tutela decisoria sommaria di cui ai procedimenti speciali, nella tutela sommaria “cautelare” idonea a non dipendere funzionalmente dal merito ⁽⁴⁾. Alcuni di essi rientrano nella giurisdizione contenziosa decisoria (ordinaria o sommaria), nel senso che statuiscono su diritti soggettivi e sono idonei ad acquisire stabilità (è il caso, per esempio, della tutela anticipatoria non cautelare e della tutela decisoria sommaria); altri, invece, rientrerebbero nella giuri-

(3) L'espressione è di CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1541 ss., spec. p. 1541. Non meno efficace la metafora di CARPI, *Un cantiere sempre aperto: la riforma del processo civile di cognizione nel decreto sulla competitività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 801 ss.

(4) È una tripartizione quella tratteggiata invece da CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 150, ove l'a. isola una tutela cautelare, una tutela caratterizzata dall'urgenza ma non strumentale, infine una tutela che non ha tra i suoi presupposti né urgenza né strumentalità. Efficacemente PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, cit., c. 53 ss., illustra “tutta una serie di congegni” messi a punto dalla legislazione e dalla dottrina del XX secolo diretti a rendere residuale il processo a cognizione piena nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti complessivamente intesa.

sdizione contenziosa non decisoria, nel senso che sono privi dell'attitudine alla cosa giudicata che spetta ai primi (e sarebbe questo il caso della tutela cautelare propriamente detta e del nuovo modello di tutela "cautelare" qui esaminato) ⁽⁵⁾.

Le pagine che seguono si propongono l'obiettivo di analizzare il modello procedimentale che emerge dalle norme di cui agli artt. 23, d. lgs. n. 5 del 2003, e 669 *octies* c.p.c. come novellato, considerando un duplice, e a volte contestuale, angolo di osservazione: da una parte, lo stato dell'arte quale esso risulta *de iure condito*, per verificare, e talvolta criticare, l'attuale disciplina positiva; dall'altra, una possibile prospettiva *de iure condendo*, per suggerire, con riferimento agli aspetti della disciplina che potessero rivelarsi emendabili, proposte di rilettura o riforma future. Settentrione della bussola da cui farsi orientare in questo percorso è, se non esclusivamente certo prevalentemente, il criterio del pragmatismo e dell'effettività più che quello delle complesse costruzioni che si rivelino necessariamente a perfetta tenuta dal punto di vista dogmatico ⁽⁶⁾.

Chiarito l'obiettivo delle conclusioni che seguiranno, mi sembrano importanti alcune righe preliminari che ad esse fungano da premessa di ordine generale. Mi pare infatti che non si possa iniziare la parte finale di questo cammino senza affermare, con un sufficiente grado di tranquillità, che la strada intrapresa dal legislatore delle riforme oggetto di questo studio sia quella che porta nella giusta direzione ⁽⁷⁾. È fuor di dubbio che sia stato creato un modello prov-

(5) Sulla distinzione tra giurisdizione contenziosa decisoria e non decisoria, ordinaria e sommaria, v. lucidamente LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, cit., p. 89.

(6) Su pragmatismo ed effettività e sulla valorizzazione della tutela cautelare e provvisoria come una delle direttrici della giustizia del futuro, v. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 120 ss. L'ottica del pragmatismo e dell'effettività è forse la rilettura in chiave postmoderna di quella che CHIOVENDA, *Sulla figura esteriore del processo civile (le forme nella difesa giudiziale del diritto)*, cit., p. 204, chiamava, attribuendola al diritto di epoca romana che non conobbe le degenerazioni del formalismo, la "logica istintiva ch'è la suprema eleganza del diritto".

(7) Condivide la valutazione positiva delle innovazioni introdotte in materia cautelare, e non solo, OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it, p. 1.

vedimentale il quale, attraverso una fluida e corretta applicazione, possa rispondere con elevati margini di efficienza alle istanze attuali della giustizia. Idoneo ad essere utilizzato in un ambito di fattispecie concrete alquanto vasto ⁽⁸⁾, al pari del suo modello ispiratore di provenienza francese, il provvedimento “cautelare” capace dell’indipendenza rispetto al giudizio principale, quindi nella sostanza il provvedimento sommario anticipatorio *tout court*, pare presentare nelle sue linee generali le carte in regola per acquisire un ruolo di primissimo piano nella tutela giurisdizionale civile dei diritti. Da qui innanzi considererò pertanto come un risultato acquisito quello che già è venuto ad emergere in più punti del lavoro fin qui svolto, ovvero che la tutela che si va qui a commentare conclusivamente, ed in parte a criticare, non è un possibile modello di tutela cautelare bensì, più precisamente, di tutela decisoria sommaria ed anticipatoria. Infatti, la sola tutela cautelare teoricamente configurabile in senso proprio e già attualmente esistente nel nostro ordinamento, è quella catturata dalle pagine di Calamandrei e fatta propria dal legislatore della riforma del 1990 nel procedimento cautelare uniforme (quale esso era fino a prima dell’ultimo intervento adottato attraverso la l. n. 80 del 2005 ⁽⁹⁾, e quale esso continuerà ad essere per le ipotesi che non rientrano nella c.d. strumentalità attenuata); dunque, è cautela in senso proprio e stretto solo quella necessariamente strumentale ad un giudizio principale. Quella che è oggetto di questo lavoro, invece, riprendendo qui in sede di conclusioni la definizione già abbozzata nelle pagine centrali ⁽¹⁰⁾, è un modello di tutela cognitiva tipicamente sommaria, a contenuto e a funzione anticipatoria, atto a conseguire gli stessi effetti (o effetti sostanzialmente equivalenti a

(8) Come ho cercato di dimostrare al cap. VI, cui rimando.

(9) Per dirla efficacemente con VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, cit., spec. c. 439, la legge di riforma n. 353 del 1990 “ha accentuato il profilo della strumentalità, così che non è azzardato dire che, d’ora in poi, esiste una nozione normativa di provvedimento cautelare”; aggiunge quindi l’a. che il provvedimento cautelare “è, per sua natura, destinato ad esaurire la sua efficacia e se così non fosse, non ci troveremmo di fronte a cautele, ma saremmo in presenza di forme di tutela di tipo sommario”.

(10) V. cap. III, § 1.

quelli) riconducibili al provvedimento finale di merito, inidoneo *ex lege* al passaggio in giudicato ma con attitudine alla stabilità quanto agli effetti, non qualificabile nemmeno *ab origine* come possibile modello di tutela cautelare.

Le pagine seguenti mirano dunque, come anticipato, ad esaminare alcuni profili del nuovo modello di tutela giurisdizionale in una prospettiva che fluttua, oscillante, fra *ius conditum* e *ius condendum*. Un'ulteriore ed ultima premessa è d'obbligo. Al solo scorgere l'intitolazione dei paragrafi che compongono questo capitolo conclusivo, si comprende come ciascuno di essi potrebbe costituire l'oggetto di un singolo specifico contributo monografico sul tema di volta in volta considerato; quindi, delle due l'una: passare oltre oppure pensare di affrontarli in modo sintetico in sede di chiusura del lavoro, convinta che funzione di un libro che aspiri alla scientificità sia più quella di porre domande e segnalare sentieri che sembrano aprirsi sul cammino principale percorso piuttosto che quella, peraltro impossibile, di esaurire le prospettive di analisi che si scorgono. Superfluo dire che ho optato qui per il secondo corno del dilemma.

2. *Il contenuto della domanda introduttiva del procedimento "cautelare" idoneo a prescindere dal giudizio di merito*

Riprendendo notazioni in parte già avanzate al principio di questo studio, è a mio avviso importante sottolineare che il nuovo modello procedimentale sortirà gli effetti auspicati di deflazione del contenzioso e di più celere definizione delle liti soltanto nell'ipotesi in cui la parte che decida di avvalersene riesca ad ottenere già in questa prima fase, pur eventualmente provvisoria, il risultato concreto che essa potrebbe raggiungere percorrendo la più lunga strada costituita dal doppio *iter* che vede seguire, al processo cautelare, il giudizio principale; naturalmente, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi generali che informano un processo che possa definirsi giusto.

Affinché tali obiettivi possano essere raggiunti, a mio avviso occorre che la domanda introduttiva del procedimento sia completa, cioè in grado, se accolta, di soddisfare *tout court* il bisogno di tute-

la dell'istante. Ragionando altrimenti, e quindi pensando ad una domanda che, in sé, non è autosufficiente, si svisciva di fatto il principio stabilito a livello normativo, ovvero che la domanda di tutela "provvisoria" sia idonea a produrre effetti senza l'ausilio ed il supporto di un ulteriore giudizio ⁽¹¹⁾. Il provvedimento anticipatorio potrà fare a meno della sentenza di merito che mira ad anticipare solo quando, per dirla ancora ed altrimenti, contenga quelle stesse statuizioni che si prevede o si vorrebbe che fossero contenute nella sentenza; e poiché il provvedimento finale forma il suo contenuto partendo dalla domanda, è opportuno che la parte chieda al giudice un provvedimento anticipatorio il cui contenuto sia per lo più identico a quello cui esso è destinato a sostituirsi in via definitiva (o, se così non sarà, a quello cui esso finirà per essere e rimanere strumentale) ⁽¹²⁾.

A ben vedere, infatti, il provvedimento provvisorio che sia effettivamente e sostanzialmente anticipatorio, lungi dal presupporre il sopraggiungere di un ulteriore provvedimento, è intrinsecamente chiamato ad escluderlo. Per dirlo con una metafora tratta dalla vita quotidiana e che peraltro è un'ipotesi quasi dell'irrealtà, si pensi al caso in cui si arrivi in anticipo ad un appuntamento e altrettanto per caso la persona attesa sia già lì: è da immaginare che non si torni indietro, dicendosi reciprocamente che si è in anticipo e quindi si ritornerà all'ora convenuta, ma che piuttosto si sarà lieti della felice coincidenza. Qualcosa di analogo potrebbe accadere nel processo quanto al rapporto fra provvedimenti; in un'ottica di deflazione del procedimento e di spinta verso l'effettività della tutela, il provvedimento anticipatorio

(11) Già prima della riforma, e quindi a prescindere da essa, TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 241 ss., spec. pp. 242 e 299 ss., riteneva che la lettera dell'art. 700 c.p.c. ponesse in primo piano l'esigenza che la domanda cautelare si riferisse agli effetti della futura decisione, onde era onere del ricorrente precisare quali effetti della sentenza di merito egli intendesse anticipare in sede cautelare; ad avviso dell'a., l'individuazione degli effetti della futura sentenza si risolve nell'individuazione del contenuto precettivo di quest'ultima.

(12) Sulla domanda che "non si può scindere dal processo [...] nel senso che non è solo un atto iniziale e istantaneo del processo, bensì una costante postulazione che si concreta nella serie infinita degli atti del processo [...]", v. SATTA, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 816 ss., spec. pp. 821-822.

che necessiti della pronuncia di un ulteriore provvedimento per sortire appieno gli effetti sperati dalla parte, fallisce l'obiettivo. Già nei capitoli precedenti sono emersi in più punti svariati esempi concreti di ciò che si intenda per domanda giudiziale, e quindi per provvedimento giurisdizionale, idonei ad una definizione del rapporto fra le parti senza che sia necessario il ricorso ad un ulteriore provvedimento; occorre, pertanto, che il provvedimento *ab origine* provvisorio contenga la pronuncia sui medesimi punti che potrebbero (o potranno) essere oggetto della corrispondente decisione ordinaria di merito perché si possa fare a meno di quest'ultima.

Cerco di spiegarmi meglio con un esempio. Immaginiamo il caso di una parte che si rivolga al giudice chiedendogli di pronunciare la condanna della controparte all'astensione da un certo comportamento, ritenuto illegittimo. Laddove l'istante si limiti a chiedere al giudice la pronuncia del provvedimento a contenuto inibitorio, riservando ad una diversa sede processuale la domanda di risarcimento del danno subito a causa del comportamento illegittimo della controparte, l'efficacia del modello provvedimentoale introdotto ne risulterebbe assai svilita. Come è noto, le norme non illuminano circa questo aspetto che, nonostante l'essenziale lettera dell'art. 669 *bis* c.p.c., rimasta tale e quale si presentava prima dell'intervento del legislatore sul procedimento uniforme, andrebbe tuttavia tenuto ben presente all'atto dell'instaurazione del giudizio.

In secondo luogo ed infine, sempre con riguardo al contenuto della domanda per ciò che ne concerne in particolare i presupposti, sarebbe a mio avviso opportuno trarre ispirazione da alcuni degli ordinamenti confinanti e presi in considerazione, ed espungere l'urgenza da quegli ultimi ⁽¹⁵⁾. Le norme positive, infatti, facendo esclusivo riferimento ai provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c. e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito, consentono di fruire dell'indipendenza dal processo principale ai soli provvedimenti provvisori che annoverino l'urgenza fra

(15) Dello stesso avviso, E.F. RICCI, *Intervento*, in AA.VV., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Roma, 27 maggio 1995, cit., p. 108.

i presupposti per la concessione; laddove invece il nuovo modello di tutela decisoria sommaria ed anticipatoria potrebbe rispondere efficacemente nella prassi ad una serie svariata di fattispecie nelle quali, pur assente di fatto l'urgenza, si riveli del tutto superfluo il ricorso a forme di tutela più complesse ed elaborate per giungere al medesimo risultato. *De iure condendo* dunque, modificando la disciplina introdotta nel senso indicato, la parte avrebbe un ventaglio di tutele fra cui scegliere: se vi fosse l'urgenza, *nulla quaestio*, nel senso che la parte potrebbe scegliere se avvalersi dello strumento cautelare inteso in senso proprio e stretto od invece del nuovo procedimento sommario. Ma se non vi fosse, posto che rimane allora precluso l'accesso alla tutela cautelare intesa in senso stretto, rimarrebbe del tutto accessibile l'altra e nuova via, allo stato attuale invece non percorribile in tutte le ipotesi in cui non vi sia urgenza nel provvedere.

3. *La tutela del terzo nel corso del procedimento*

Le norme che regolano, ad oggi, la struttura del modello di tutela qui in esame, non hanno visto l'introduzione di alcuna modifica per ciò che concerne un altro aspetto importante, ovvero la tutela del terzo. In una prospettiva *de iure condendo*, dunque, si potrebbe pensare ad una previsione espressa della possibilità, in capo al terzo, di intervenire nel procedimento sommario anticipatorio; tale possibilità è già stata ritenuta opportuna nel procedimento cautelare in senso proprio e stretto da autorevole dottrina⁽¹⁴⁾, e pertanto, considerata la struttura del nuovo modello procedimentale, dovrebbe esserlo *a fortiori*.

Trattandosi infatti di provvedimento idoneo ad acquisire stabilità, a differenza di quanto sostenuto per la tutela cautelare in senso proprio, ovvero che l'intervento sia accordato al terzo al solo fine di consentirgli una possibilità di contrasto rispetto alla misura cautelare chiesta dal ricorrente⁽¹⁵⁾, mi pare che alla luce dell'evoluzione del modello procedimentale al terzo dovrebbe essere consentita la

(14) V. cap. III, § 6.

(15) V. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 405.

possibilità di proporre un'autonoma domanda (sempre a contenuto sommario-anticipatorio) volta ad ottenere un distinto provvedimento in favore dell'interveniente.

La circostanza che l'ingresso, o anche la semplice audizione, di una terza parte nel procedimento possa essere causa di un inevitabile rallentamento, e quindi contrasti con l'urgenza nel provvedere, è elemento che non dovrebbe essere a mio avviso sopravvalutato, perché si tratta di una forma di tutela *ad hoc* che, nella sommarietà della cognizione, potrebbe non dover necessariamente contemplare l'urgenza fra i suoi requisiti, come suggerivo nelle pagine precedenti; e tuttavia, quand'anche essa permanesse fra le condizioni per il ricorso a questo tipo di tutela, è preferibile rendere un provvedimento più congruo con qualche tempo, pur ragionevole, di ritardo, che non arrivare in tempi rapidi ad una decisione destinata ad essere rimessa in discussione e caducata in un tempo altrettanto rapido in un continuo dispendio di attività processuale. Se, come infatti ricordavo, pur nel silenzio delle norme, la migliore dottrina ha ritenuto di affermare la generale ammissibilità dell'intervento del terzo in sede di procedimento cautelare propriamente detto ⁽¹⁶⁾, la struttura del nuovo modello di tutela giurisdizionale acuisce in modo alquanto incisivo questa esigenza, per vari ordini di ragioni.

Intanto, l'asserita ed auspicata indipendenza del provvedimento provvisorio rispetto ad un successivo procedimento principale non necessario, rende assai opportuna la trattazione in un unico ed unitario vaso procedimentale delle posizioni facenti capo ai soggetti coinvolti dal rapporto giuridico oggetto della controversia. Secondariamente, se è vero che oggetto del procedimento cautelare inteso in senso proprio e stretto non è sicuramente l'accertamento (dei fatti e quindi dei rapporti giuridici), altrettanto non mi sentirei di affermare in modo pacifico con riferimento al nuovo modello di tutela qui in esame. Se si concorda con la conclusione parziale raggiunta sopra, ovvero che siamo di fronte ad un nuovo tipo di provvedi-

(16) V. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., I, p. 336; BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, cit., p. 1002; SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in AA.Vv., *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, cit., p. 319.

mento sommario anticipatorio di cognizione, e quindi si riconosce a questo modello di tutela una connotazione di accertamento (per quanto sommario) e quindi di statuizione su diritti (per quanto non suscettibile di passare in giudicato), allora si deve a mio avviso ammettere che sia consentito l'intervento non solo ai terzi che possano subire in linea di fatto un pregiudizio dall'attuazione materiale-esecutiva del provvedimento, ma a qualunque terzo che possa fare valere una posizione giuridica soggettiva suscettibile di tutela davanti all'autorità giurisdizionale ordinaria e che possa rivelarsi incompatibile, confliggente o connessa con quella oggetto del provvedimento sommario (17).

Infatti, ritengo si debba concordare con la dottrina che ha rilevato come le norme generali della cognizione si applichino anche nei procedimenti speciali (18); e il modello di tutela qui in esame può ben considerarsi un procedimento speciale di cognizione (sommario ed anticipatorio). In sede di approfondimento del tema con riguardo alla cautela propriamente detta, è stato affermato che l'art. 105 c.p.c. non è estraneo ad essa, perché la strumentalità, tipica della cautela, rispetto al merito, comporta comunque una stretta relazione tra gli effetti connessi con il provvedimento cautelare e i diritti che saranno oggetto della futura sentenza di merito (19). Il rilievo, unitamente alla considerazione che la relazione messa in luce da questa dottrina non può che manifestarsi come ancora più stretta in mancanza di una futura sentenza di merito, rafforza l'idea del rico-

(17) Già CONSOLO, *Intervento del terzo nel giudizio cautelare, reclamo del terzo e pregiudizio da mera attuazione scorretta (da farsi valere in altro modo)*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 187 ss., spec. c. 188, affermava che l'intervento del terzo dovesse essere ammesso in quanto egli potesse ricevere un pregiudizio già dal contenuto del provvedimento cautelare e non dalla futura sentenza di merito. Questo rilievo mi pare confermi quanto prospettato nel testo a favore di un ampio spettro di intervento del terzo, considerato che nel modello di tutela ora in discorso auspicabilmente al provvedimento provvisorio non seguirà una futura sentenza di merito.

(18) V. BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, cit., p. 1008.

(19) V. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, cit., pp. 319-320, ove l'a. conclude che né dal punto di vista teorico né da quello pratico vi sono ostacoli che si possano frapporre all'intervento del terzo nel procedimento cautelare.

noscimento di un'ampia ammissibilità dell'intervento del terzo nel modello procedimentale in esame.

Infine, un ultimo cenno sul tema. Laddove il terzo non fosse venuto a conoscenza dello svolgimento della procedura, esigenze di garanzia e di difesa impongono di riconoscergli, attraverso modalità che si dovranno studiare, un potere di riesame della decisione, che possano tradursi in una forma di opposizione ovvero in un mezzo di impugnazione vero e proprio ⁽²⁰⁾. Un'ipotesi potrebbe essere, almeno mi pare, quella dell'opposizione di terzo di cui all'art. 404, comma 1, c.p.c., in quanto essa è proponibile non solo contro le sentenze già passate in giudicato, ma anche contro quelle provvisoriamente esecutive ⁽²¹⁾. Più oltre tornerò su questo profilo.

4. *L'autorità nell'ultrattività, ma senza formazione di cosa giudicata, del provvedimento: un tentativo di interpretazione del mistero*

Ho volutamente ripreso, parafrasandola, l'intitolazione di un paragrafo del primo capitolo di questo lavoro, nel tentativo di proporre qualche considerazione conclusiva unitamente ad alcuni interrogativi. Già in precedenza ho ricordato come il legislatore delle recenti riforme abbia sancito inequivocabilmente l'inaccessibilità del nuovo modello provvedimentale alla cosa giudicata, e ho cercato di dimostrare come ciò non sarebbe stato necessario in virtù di una pretesa inidoneità strutturale ed ontologica del provvedimento di nuova creazione al noto blasone, essendosi trattato piuttosto di una semplice e mera scelta di politica del diritto del legislatore che, tra le varie possibili, ha scelto il *discessus* più *commodus*. È a tutti

(20) V. BIAVATI, *Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari (spunti di diritto comparato, con particolare riferimento al processo francese e tedesco)*, cit., p. 65.

(21) Diffusamente sulla configurabilità nel nostro ordinamento di una categoria generale di opposizione di terzo ai provvedimenti cautelari, che riterrei estendibile al modello di provvedimento qui proposto, v. BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, cit., p. 1027 ss.

evidente, infatti, che prevedere il contrario avrebbe significato non certo, come invece è accaduto, disseminare un paio di disposizioni qua e là, bensì corroborare il nuovo modello di tutela giurisdizionale di una serie di garanzie, per le parti e per i terzi, così da costringere all'elaborazione di un disegno ben più lungo e complesso. Il legislatore ha preso atto delle esigenze dei litiganti postmoderni, ai quali preme essenzialmente una decisione il più possibile rapida, efficace ed effettiva, poco loro importando, invece, della perennità delle statuizioni del giudicante. Le norme di diritto positivo, peraltro, al di là della chiara formulazione, che non lascia in sé molti dubbi, impongono all'interprete di porsi una serie di domande che discendono da quel che le norme stesse affermano, ovvero che "l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo" (e ciò "in nessun caso" per l'analoga norma di cui all'art. 23, comma 6, d. lgs. n. 5 del 2003) ⁽²²⁾.

Intanto, si potrebbe iniziare col dire che cosa il termine "autorità" non significa; esso non indica l'esecutorietà del provvedimento ⁽²³⁾, poiché il modello provvedimentale in esame è dotato *in rerum natura* di efficacia esecutiva, giacché la tecnica dell'anticipazione comporta, quale suo elemento "naturale", il carattere dell'esecutorietà, senza la quale ben poco senso avrebbe l'anticipazione medesima ⁽²⁴⁾. Se, tuttavia, può essere o sembrare agevole isolare definizioni in negativo, dicendo ciò che questa "autorità" non è, si deve affrontare ben presto il *punctum dolens* della norma, che è tutto concentrato nell'individuazione del *proprium* di questa "autorità", che viene affermata e riconosciuta dalla disposizione nel momento stesso in cui se ne nega qualsivoglia spendibilità in una diversa sede processuale.

Incominciando un tentativo di analisi, si deve partire dal dato letterale, rilevando come la disposizione sia decisamente mal formulata. Se giustamente si ritiene che, guardando ad un provvedimento giurisdizionale, se ne possa distinguere l'autorità (che ad esso deri-

(22) Rinvio a CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, cit., p. 1522, su quanto sia "zoppicante" l'inciso riportato.

(23) V. RECCHIONI, *op. cit.*, p. 51.

(24) Così CARPI, voce *Esecutorietà*, cit., p. 9.

va dalla sua definitività, intesa come avvenuto passaggio in giudicato) dall'efficacia (intesa come la sua capacità di produrre effetti indipendentemente dalla circostanza che esso possa trovarsi o venire successivamente a trovarsi *sub iudice*) (25), la norma contiene una prima ed evidente imprecisione laddove accosta il concetto di autorità, e quindi di giudicato, alla categoria provvedimento cautelare, per definizione incompatibile con il primo. La seconda imprecisione, poi, risiede nel fatto che la norma parli di provvedimento cautelare laddove, come ho cercato di dimostrare nelle pagine precedenti, non si possa qualificare come tale il provvedimento idoneo a sopravvivere indipendentemente da un provvedimento principale rispetto al quale si pone come strumentale. Infatti, se si trattasse di un provvedimento cautelare in senso proprio, il problema dell'autorità non si porrebbe affatto, come fin qui ed in effetti è stato, perché la naturale preordinazione della cautela ad un diverso tipo di provvedimento, che sopraggiungerà a caducarla, rende neppure configurabili i termini del problema. Il quale si pone invece oggi, di fronte ad un provvedimento cognitivo sommario anticipatorio che richiede analisi, rifiniture e spazi di incastro non eccessivamente stonati rispetto ai punti cardine del sistema; il possibile venire meno della strumentalità (e quindi della provvisorietà) del provvedimento, che dunque non è più correttamente qualificabile come cautelare, pone il problema di un *dictum* esistente, per il giudice, per le parti, e per eventuali terzi, con il quale occorre confrontarsi.

La disposizione ha qualche assonanza con quella di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c.; le analogie, tuttavia, non possono essere spinte troppo oltre. A ben riflettere, infatti, l'art. 337, comma 2, c.p.c., parla di "autorità" della sentenza per conferire al giudice la facoltà di sospendere il processo davanti a lui pendente, ove in esso sia invocata una pronuncia sottoposta a gravame; dunque una pronuncia la cui "autorità" non si sostanzia nella cosa giudicata, stante la pendenza dell'impugnazione, bensì nella "influenza che può avere il *dictum* giudiziale come precedente non vincolante" per tenerne conto

(25) Riprendo qui la celeberrima impostazione di LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935, cui rimando ora in via generale.

in un diverso giudizio ⁽²⁶⁾. Le recenti norme in materia cautelare, invece, utilizzano sì il medesimo termine, “autorità”, ma qui esso ha un significato nettamente diverso ed uno spettro ben più ampio. Se, infatti, nell’ipotesi di cui all’art. 337, comma 2, c.p.c., è fuor di dubbio che l’“autorità” di cui si parla appartiene ad un provvedimento che non è quello ultimo sulla controversia, nell’ipotesi di cui agli artt. 669 *octies*, ult. comma, c.p.c., e 23, comma 6, d. lgs. n. 5 del 2003, potrebbe darsi tanto un caso analogo, ovvero che il provvedimento della cui “autorità” si discorre non sia quello definitivo sulla lite, quanto però anche il caso opposto in cui, invece, esso venga ad essere il provvedimento finale che decide la controversia ed al quale non seguano né i possibili rimedi della sede sommaria né il giudizio di merito a cognizione piena. Ed anzi, a mio avviso è proprio per approntare una disciplina per quest’ultima ipotesi che la norma è stata dettata, perché se si pensa al provvedimento cautelare in senso proprio e stretto essa non ha ragion d’essere.

Ecco dunque che le strade dell’art. 337, comma 2, c.p.c., e delle nuove norme in tema di cautela, a questo punto, si dividono, perché utilizzano lo stesso termine, “autorità”, in accezioni differenti: il primo, riferendola all’efficacia giuridica ed imperativa che appartiene a qualsivoglia provvedimento giurisdizionale pur non ancora passato in giudicato; le seconde, per cercare di isolare nel singolo processo fra quelle parti una efficacia che le norme pretendono di non far coincidere con l’idoneità al giudicato, ma che, come ho cercato di dimostrare, di fatto non trova ostacoli strutturali ed ontologici a risolversi in essa. Tanto lo stesso legislatore aveva questo sospetto che ha ritenuto di inserire il comma della discordia qui in esame, del quale non avrebbe avvertito in alcun modo l’esigenza se non avesse intuito che la previsione di un procedimento (e quindi di un provvedimento) sommario di merito, al quale le parti possono giungere partendo dalla tradizionale sede cautelare, avrebbe reso superfluo il risultato conseguibile nella sede ordinaria, in quanto già e più rapidamente ottenuto, appunto, nella sede sommaria ed anticipatoria. Il che, ancora una volta, fa emergere tutta l’incongruenza del perché,

(26) Così CARPI, *L’efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, cit., p. 27.

a parità sostanziale di risultato fra sede sommaria e sede ordinaria, non debba e non possa corrispondere una pari dignità e stabilità del contenuto del provvedimento ⁽²⁷⁾. In considerazione di quanto precede, pertanto, si comprende perché ho esordito dicendo che le analogie tra le norme ora in paragone non possono essere spinte troppo oltre: per dirla in altri termini, se si vuole, l'“autorità” di cui parlano le nuove norme del procedimento cautelare uniforme può consistere tanto nell'“autorità” come essa si intende guardando all'art. 337, comma 2, c.p.c.; ma, e questo mi sembra il punto importante, può risolversi anche in un *quid pluris* di molto momento, se si concorda sul fatto che detta “autorità”, ove il provvedimento cui pertiene sia quello finale sulla controversia, può al minimo assimilarsi alla stabilità preclusiva dei c.d. accertamenti con funzione esecutiva, ed al massimo arrivare a risolversi in qualcosa di molto vicino, per non dire sotto vari aspetti equivalente, al giudicato; caratteristiche queste che, invece, non sono ascrivibili al provvedimento di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c., il quale è pur sempre soggetto ad impugnazione, benché di questa non si conosca l'esito.

Il problema della cosa giudicata è stato considerato anche con riferimento all'analogia disposizione di cui all'art. 19, ult. comma, del decreto sul rito commerciale, ove esso prevede che all'ordinanza emessa al termine del procedimento sommario di cognizione, se non impugnata, “non conseguono gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.” ⁽²⁸⁾. A mio avviso è innanzitutto da condividere la dottrina che, a proposito della diversa espressione letterale utilizzata dal legislatore, ritiene che essa non sia di per sé sintomatica di un'inidoneità

(27) Su questo punto, pertanto, non concordo con RECCHIONI, *op. cit.*, p. 51, ove l'a., esaminando la non chiara disposizione, conclude che “ad ogni buon conto, l'inidoneità al giudicato materiale del provvedimento cautelare è confortata da altri dati”, che poi seguono. Il disaccordo nasce evidentemente dal fatto che l'a. continui a ragionare in termini di provvedimento cautelare laddove, come ho concluso in questo lavoro, l'eliminazione del nesso di strumentalità ci fa uscire dal territorio della cautela propriamente intesa.

(28) Condivido DELLA PIETRA, *Il procedimento sommario societario: molti dubbi e qualche certezza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 577 ss., spec. p. 581, ove l'a. afferma che la lettura di quest'ultimo precetto suscita incertezza.

al giudicato diversamente graduabile fra le due fattispecie ⁽²⁹⁾. Pur condividendo la conclusione, non ritengo tuttavia di concordare con il percorso logico compiuto per arrivarvi. Questa dottrina, infatti, ritiene che il mancato richiamo dell'art. 2909 c.c. nell'art. 23 del d. lgs. n. 5 del 2003, e ad oggi (si può aggiungere) nell'art. 669 *octies*, ult. comma, c.p.c., dipenda dall'inutilità di escludere testualmente un effetto, il giudicato, che al provvedimento cautelare è comunque del tutto estraneo. Come anticipavo poco sopra, se questa fosse la ragione, allora si sarebbe potuto fare del tutto a meno di qualsivoglia disposizione dal tenore equivalente a quella utilizzata nelle norme ora ricordate; sembra invece piuttosto che il legislatore, consapevole che un provvedimento non più necessariamente provvisorio e strumentale non è più qualificabile in modo pacifico come cautelare in senso proprio (e quindi non è più altrettanto pacificamente inidoneo a qualunque tipo di stabilità tendenzialmente indefinita), abbia affrontato forse troppo sbrigativamente il punto, nel modo e per le ragioni visti, semplicemente avvalendosi di espressioni sinonime.

Torniamo ora al modello di provvedimento di cui all'art. 19 del decreto sul rito commerciale. Il parallelo fra i due istituti, ovvero il provvedimento sommario di cognizione, da un lato, e il provvedimento "cautelare" indipendente dal merito, dall'altro, non mi sembra affatto azzardato se si concorda con la conclusione in precedenza raggiunta ed esposta, cioè che il provvedimento "cautelare" di cui alle recenti riforme, lungi dall'essere cautelare in senso proprio e stretto, è piuttosto un provvedimento sommario ed anticipatorio di cognizione ⁽³⁰⁾. È un dato di fatto, stando alla lettera delle norme, che dal modello di provvedimento sommario di cui all'art.

(29) V. CATALDI, *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, cit., spec. p. 398.

(30) Ed infatti CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 459, a proposito del provvedimento di cui all'art. 19 del decreto sul rito commerciale, suggerisce la lettura che viene qui proposta in ordine ai provvedimenti *ex artt.* 23 d. lgs. n. 5 del 2003 e 669 *octies* c.p.c., ovvero quella di un provvedimento di condanna esecutivo, ma privo di accertamento con efficacia di giudicato, per ottenere il quale occorre la proposizione e la conclusione del giudizio di appello (che sarebbe sostituito dalla proposizione e dalla conclusione del giudizio di merito nel caso dei provvedimenti ora in esame). Se queste premesse

19 non sortisca alcun “accertamento”, e quindi non promani alcun “vincolo” che si possa estendere ad altri processi ⁽³¹⁾. Un’autorevole dottrina, partendo da tali presupposti (e con riferimento al provvedimento di cui all’art. 19 del d. lgs. n. 5 del 2003), ma con un ragionamento che potrebbe estendersi, *mutatis mutandis*, al modello di provvedimento qui allo studio, deduce come corollari di quanto ora premesso l’ammissibilità di domande nuove con riferimento alla medesima situazione sostanziale già dedotta e la mancata formazione di alcuna preclusione, tanto con riguardo al dedotto che con riferimento al deducibile, nonché la mancanza di realizzazione di qualsivoglia effetto riflesso sui rapporti dipendenti tra le stesse parti o tra una di esse ed un terzo; infatti, una volta preso atto che il provvedimento non produce il giudicato sostanziale e che quindi non contiene un “accertamento” in grado di assicurare e di proteggere il bene della vita conseguito, non si può affermare che esso renda stabili gli effetti esecutivi e/o l’attribuzione patrimoniale, perché, messo fuori gioco il giudicato, non si riesce a rinvenire il principio e/o l’istituto in grado di sorreggere l’incontestabilità dell’esecuzione o del suo risultato ⁽³²⁾.

Probabilmente, cercare di realizzare la quadratura del cerchio sul punto ora in questione implica una scissione del piano pratico da quello teorico, evidenziandosi qui le aporie del sistema alle quali accennavo sopra. Sul piano pratico, infatti, si verificherà forse in modo sufficientemente agevole che il ricorrente, soddisfatto della pronta esecuzione della propria pretesa, non avverta il bisogno del suggello del giudicato come ulteriore garanzia; e corrispondentemente,

sono corrette, sento di condividere questa dottrina, e quindi di estenderne il ragionamento al provvedimento “cautelare” indipendente dal giudizio di merito, laddove esclude che il diritto oggetto dell’accertamento sommario possa divenire oggetto di una cognizione piena in sede di opposizione di merito all’esecuzione, salva la limitatissima ipotesi in cui il soccombente alleghi alla propria domanda fatti sopravvenuti alla pronuncia del provvedimento i quali siano idonei, se provati, ad estinguere o modificare l’effetto condannatorio-esecutivo proprio del provvedimento.

(31) Così MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie*, cit., p. 1113.

(32) V. MENCHINI, *op. ult. cit.*, pp. 1113-1114.

la controparte soccombente che sappia di poter avere buon gioco e sostanzialmente di poter ottenere ragione, azionerà i rimedi per essa disponibili, sia esso il reclamo, laddove la parte desideri continuare a muoversi in una sede speciale-sommaria, ovvero altrimenti il giudizio di merito; in altri termini ed in buona sostanza, contesterà l'esito della prima fase "cautelare". Ove ciò non accadesse, si potrebbe considerare già raggiunta una certa quale stabilità nei rapporti sostanziali fra le parti, comunque la si preferisca denominare.

Ragionando dal punto di vista teorico, invece, è più arduo ammettere, specie in tutte le ipotesi di mancata reazione del resistente soccombente, che quell'accertamento, pur sommario ma incontestato, e dotato *ex lege* di una sua "autorità" (che le norme qualificano come non invocabile ma che, pur tuttavia, riconoscono esistente nel momento stesso in cui ne negano la spendibilità altrove) non sia idoneo a produrre alcun altro tipo di effetto al di là della sfera di quel rapporto giuridico fra quelle singole parti in quel singolo procedimento. Per avere una conferma di ciò anche volgendosi al panorama comparatistico di più spiccato riferimento sul tema, basti pensare che lo stesso modello francese del *référé*, il quale anch'esso esclude l'idoneità al giudicato⁽³³⁾, tuttavia, una volta decorsi i termini per l'impugnazione del provvedimento, fissa con chiarezza una generale idoneità di quest'ultimo a precludere il dedotto e il deducibile, potendo esso revocarsi o modificarsi solo per circostanze sopravvenute⁽³⁴⁾. Ed a ben vedere, un'impostazione a questa assimilabile è rinvenibile anche nell'ordinamento di diritto interno: l'art. 669 *decies*, comma 2, c.p.c., quale risulta in seguito alla riforma di cui alla l. n. 80 del 2005, infatti, prevede che quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, esaurita l'eventuale fase di reclamo, il provvedimento cautelare possa essere revocato o modificato da parte del giudice che ha pronunciato sull'istanza cautelare "se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è avuta conoscenza successivamente al provvedimento

(33) Si noti e si legga, nei termini che ho tenuto a precisare al cap. II.

(34) V. CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1158.

cautelare”. Fra le righe della disposizione, pertanto, si può intravedere una sorta di previsione normativa di un generale principio di preclusione del dedotto e del deducibile (rafforzato dalla circostanza, ivi sempre prevista, che l’istante debba dare la prova del momento in cui è venuto a conoscenza del fatto nuovo), che tocca nuovamente le corde dei principi generali in tema di “cosa già giudicata”, intendendo questa espressione nel suo senso più ampio.

Il legislatore italiano, adottando la lettera di cui alle norme in commento e più volte ricordata, ha forse scelto una soluzione finale scivolosa; come è stato notato, infatti, l’autorità evoca la cosa giudicata, l’autorità è proprio il giudicato ⁽³⁵⁾. Ma se l’autorità appartiene ed inerisce al provvedimento, e la norma lo ammette (anche se per affermare che questa autorità non è spendibile altrove), e se si abbandona il piano pratico per andare a quello teorico, cercando di incasellare questa tessera nel più ampio mosaico della disciplina della stabilità del provvedimento giurisdizionale, allora, come dimostrano anche le opinioni riportate poco sopra, la quadratura del cerchio pare definitivamente impossibile. Il giudicato, volutamente escluso nelle norme dal banchetto per il festeggiamento dell’introduzione di un nuovo modello procedimentale, diventa necessariamente, volenti o nolenti gli altri commensali, il convitato di pietra della situazione.

A me sembra dunque che, posto che *ratio* senza dubbio pregevole delle riforme attuate è il riconoscimento della superfluità di un accertamento definitivo ed immutabile della situazione giuridica quando la parte sia interessata solo ad ottenere un titolo esecutivo, con un evidente alleggerimento dell’attività giurisdizionale ⁽³⁶⁾, sarebbe stato preferibile riconoscere a questo accertamento in quanto tale (e non relativamente al mero profilo della sua esecutività), in presenza di cer-

(35) Così CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, cit., p. 1522. Anche se, come ho cercato di dimostare nelle righe precedenti del testo, non necessariamente il concetto di autorità è da riconnettersi al giudicato, come è, per esempio, nell’art. 337, comma 2, c.p.c. Concordo tuttavia con la dottrina qui richiamata, ovvero che nelle nuove norme in materia cautelare l’“autorità” sia da ritenersi un sinonimo della cosa giudicata.

(36) V. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, cit., p. 478.

te condizioni, ed essenzialmente l'assenza di qualsivoglia forma di replica o contestazione della parte soccombente al provvedimento, una sorta di stabilità, fra le stesse parti ed in rapporti connessi, in quanto dipendenti, che involgano soggetti terzi ⁽³⁷⁾. Fermo restando, infatti, quanto detto sopra intorno alle attuali mutevoli vicende relative all'istituto del giudicato, ritenuto non coesenzialmente necessario alla giustizia del futuro né a quella contemporanea, viene tuttavia da chiedersi se riconoscere una certa stabilità degli accertamenti raggiunti in via sommaria, nelle forme procedimentali opportunamente introdotte dal legislatore, non sia in alcune ipotesi chiave di volta per la risoluzione di una serie di problemi che sorgono dal volerne necessariamente (e forse qui inopportuno) affermare l'inesistenza.

L'esigenza di ottenere rapidamente la formazione di un titolo esecutivo e la soddisfazione della pretesa, infatti, deve potersi combinare con l'esigenza di uniforme trattamento ed accertamento dei rapporti giuridici, nelle ipotesi (che pur potrebbero di fatto non essere la più parte) in cui questo fosse necessario ⁽³⁸⁾; a mio avviso, il rilievo può valere anche ove si dovesse trattare di accertamenti sommari. Appare infatti inconcepibile che vi sia un accertamento, che produce effetti esecutivi stabili, e che al contempo un diverso rapporto, dipendente dal primo, sia regolato in modo giuridicamente incompatibile con quest'ultimo. La legislazione processuale più recente conferma che la prospettiva del futuro rimane evidentemente quella dell'esito del processo come una pura e semplice decisione su ciò che è stato discusso, con efficacia vincolante solo in relazione alla materia trattata e con forza esecutiva, la cui certezza non verrebbe tanto dal giudicato quanto dal decorso dei tempi di prescrizione sostanziale dei diritti ⁽³⁹⁾. Il corretto rilievo pone il problema di accordare le opposte istanze fino al momento in cui quest'ultima non intervenga.

(37) Come nota CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 16, "fra le garanzie previste dall'art. 24 Cost. non rientra quella al giudizio di appello quando la parte abbia avuto l'effettiva e concreta possibilità di svolgere compiutamente le proprie ragioni in primo grado [...] *quel che conta è che la parte abbia la possibilità di un confronto di opinioni per diminuire la probabilità di errori nella decisione*" (mio il corsivo).

(38) V. CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, cit., p. 214.

(39) Così BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 162.

5. *Il “diverso processo” e la tutela del terzo contro il provvedimento sommario anticipatorio tra altri pronunciato*

Proseguendo in un tentativo di interpretazione della disposizione in esame, mi sembra opportuno chiedersi che cosa debba intendersi per “diverso processo” nel quale non è spendibile l’autorità del provvedimento “cautelare”.

È già assolutamente pacifico che, ove segua il giudizio di merito, non è a quest’ultimo che può riferirsi l’espressione “diverso processo”; instaurato il giudizio principale, infatti, rientreremmo nell’ipotesi della cautela propriamente detta, il cui esito è fuor di dubbio che non sia vincolante per il giudice del merito ⁽⁴⁰⁾.

Nell’ipotesi in cui invece non segua alla fase “cautelare” il giudizio di merito, è possibile domandarsi se per “diverso processo” possa intendersi una nuova fase procedimentale fra le stesse parti con oggetto (parzialmente o totalmente) identico; per fare un esempio, penso all’ipotesi in cui la parte, che ha ottenuto la pronuncia di un provvedimento favorevole di accoglimento (magari parziale) della propria domanda, anziché avvalersi dello strumento del reclamo, tenti la riproposizione della domanda davanti ad un giudice diverso, ove le norme sulla competenza lo permettano, confidando nella pronuncia di un provvedimento più favorevole. In un caso siffatto, a me pare che la parte soccombente nel primo procedimento ben potrebbe far valere nel secondo ed identico procedimento provvisorio l’autorità del provvedimento in precedenza emanato fra le stesse parti. Se si vuole, ed ancora una volta si torna là dove le norme non sarebbero volute mai andare, il meccanismo è del tutto assimilabile ad una sorta di eccezione di cosa giudicata; al di là di quello che le norme dispongono, a chi ritenga che ciò non sia possibile, trattandosi di provvedimenti comunque sommari, si potrebbe obiettare opponendo la *ratio* emersa a livello comunitario, che tende ad applicare i principi in materia di contrasto fra provvedimenti tanto con riguardo a quelli pronunciati nella sede ordinaria quanto con riferimento a provvedimenti provvisori e sommari ⁽⁴¹⁾.

(40) V. più diffusamente *sub cap.* I, § 10.

(41) V. il percorso della Corte di giustizia cui faccio cenno più efficacemente nel testo *sub cap.* III, par. 8.

Nell'ipotesi invece in cui il "diverso processo" riguardi sempre le medesime parti ma abbia un oggetto diverso, benché evidentemente collegato, con quello che fu discusso nella precedente sede sommaria e provvisoria, se ci fermiamo alla lettera delle norme, ancora una volta, il problema non si pone: l'autorità del precedente provvedimento non è invocabile nella nuova sede processuale. Ma, al di là di quel che la norma dice, per quanto tenti, non riesco a persuadermi che un provvedimento inizialmente provvisorio, poi stabilizzatosi in mancanza di qualsivoglia reazione da parte del soccombente, sia *tamquam non esset* in un diverso processo, fra quelle stesse parti, ove il suo oggetto dovesse venire in rilievo.

Il "diverso processo", poi, potrebbe riguardare anche un terzo, che magari si trova ad essere controparte di colui che fu parte nella precedente fase sommaria. Riflettendo sulla posizione dei terzi rispetto al provvedimento, che per quanto non idoneo al giudicato è tuttavia ampiamente produttivo di effetti e quindi atto a cagionare loro un pregiudizio, la miglior forma di tutela, come accennavo sopra, è quella che consente loro di intervenire nel corso del procedimento. Ipotizzando che ciò non accada, occorre chiedersi quale forma di protezione abbia il terzo contro il provvedimento pregiudizievole fra altri pronunciato e contro di lui invocato, o in una sede di accertamento, per quanto nuovamente sommario, o addirittura in sede esecutiva.

Posto che il terzo ha diritto di essere tutelato con la medesima ampiezza riconosciuta alle parti principali, e questo sia in sede di cognizione che di esecuzione nonché di cautela ⁽⁴²⁾, è opportuna quanto forse scontata una premessa, ovvero che anche al modello di provvedimento provvisorio cui auspicabilmente non segua il giudizio di merito è applicabile il brocardo *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest*; pertanto, in via di principio, il terzo non dovrebbe poter essere danneggiato, ma neppure d'altra parte giovargli, del provvedimento fra altri pronunciato.

Al di là delle affermazioni di principio, tuttavia, ipotizzare casi pratici insinua alcune perplessità. Si pensi, per esempio, a Tizio, che ricorre *ex art. 700 c.p.c.* contro Caio, titolare dell'industria che sorge sul fondo con

(42) V. BIAVATI, *Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari*, cit., p. 1005.

il suo confinante, chiedendo al giudice di ordinare a quest'ultimo la cessazione della produzione di un certo tipo di materiale in quanto attività fortemente inquinante e causa di immissioni nocive alla salute. Tizio ottiene il provvedimento, Caio non replica. Trascorso qualche tempo, Tizio aliena il fondo a Sempronio. Caio, avvedutosi di avere un nuovo confinante, riprende il tipo di attività interdettagli in precedenza. Sempronio, preso possesso della sua nuova proprietà, si avvede della scarsa salubrità dell'aria e protesta con Caio, il quale prosegue imperterrito nella sua attività. Sempronio allora si rivolge al giudice, proponendo un ricorso identico, e basato sui medesimi elementi, a quello presentato qualche tempo prima da Tizio. Il giudice, però, questa volta non accoglie la domanda. Viene spontaneo chiedersi se Sempronio non possa in alcun modo far valere la pronuncia di segno opposto ottenuta da Tizio, per far valere l'"autorità" del provvedimento precedente nel processo che lo riguarda, nonostante la lettera delle norme di diritto positivo; come pure vien fatto di chiedersi se Caio, sulla base di un provvedimento questa volta a lui favorevole, non possa in qualche modo pensare di agire giudizialmente contro Tizio, magari per chiedergli il risarcimento dei danni derivati alla sua azienda dal mancato esercizio di una certa attività produttiva, ora pienamente consentitagli in base ad una diversa valutazione della medesima fattispecie.

Oltre ai dubbi ora prospettati, e che nella prassi si arricchiranno di sfumature onde meritare senza dubbio un tentativo di risposta più oltre nel tempo, pensando in modo più generale alla posizione del terzo che, per varie ragioni, non sia intervenuto nel procedimento e si trovi ad essere pregiudicato dal provvedimento (provvisorio ma tendenzialmente idoneo alla stabilità) fra altri pronunciato, è da chiedersi quali strumenti abbia a disposizione per reagire. Lo strumento più efficace, come accennavo, è rappresentato dall'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404, comma 1, c.p.c., in quanto proponibile contro il provvedimento comunque esecutivo pronunciato tra altre parti quando pregiudichi i suoi diritti. La dottrina ha ampiamente approfondito il tema della configurabilità nel nostro ordinamento di una categoria generale di opposizione di terzo ai provvedimenti cautelari intesi in senso proprio ⁽⁴⁵⁾; l'estendibilità di tale figura generale al provvedi-

(45) V. *ibidem*, p. 1027 ss.

mento provvisorio ed anticipatorio, originato da un provvedimento “cautelare” al quale non segua il giudizio di merito, non mi pare trovi ostacoli in punto di teoria. Acclarato che il modello di provvedimento qui in esame, infatti, non è più qualificabile come cautelare bensì rientra nella categoria dei provvedimenti sommari ed anticipatori di cognizione, e posta l’applicabilità dell’art. 404, comma 1, c.p.c., all’attività giurisdizionale di cognizione che conduca alla pronuncia di un provvedimento comunque esecutivo, mi pare dimostrata la fruibilità da parte del terzo del tipo di opposizione ricordata.

Il rimedio, nella prassi, potrebbe venire a configurarsi in concorso, almeno astrattamente, con l’opposizione di terzo all’esecuzione di cui all’art. 619 c.p.c., e ciò perché nella normalità dei casi il terzo viene a conoscenza del provvedimento la cui attuazione può pregiudicarlo solo quando, appunto, quello viene portato materialmente ad esecuzione. La regola del concorso fra questi due mezzi di tutela che si offrono al terzo, coerentemente alla funzione delle due opposizioni in discorso, può individuarsi nell’opportunità della proposizione del rimedio *ex art. 404 c.p.c.* quando si vogliano rimuovere anche *inter partes* le cause del pregiudizio temuto dal terzo, con conseguente eliminazione del provvedimento fra le stesse parti, mentre si può confinare l’esperibilità del rimedio *ex art. 619 c.p.c.* alle ipotesi di reazione contro la pretesa di coinvolgere nell’esecuzione il bene del terzo, in tutti i casi in cui la proposizione del rimedio sia fondata semplicemente sull’affermazione dell’estraneità del terzo all’ambito di esecutività del titolo, non coinvolgendo, quindi, il tema dell’efficacia di quel medesimo titolo fra le parti ⁽⁴⁴⁾.

6. *La posizione del terzo avente causa: tra apparenza, tutela dell’affidamento e presumibile soccombenza del giudicato?*

La posizione del terzo, inoltre, potrebbe essere considerata da un altro punto di vista, per così dire successivo nel tempo. Cerco di

(44) In questo senso, che condivido, PUNZI, *La tutela del terzo nel processo esecutivo*, Milano, 1971, p. 154 ss., spec. p. 165.

spiegarmi meglio. Finora si è considerata l'ipotesi del terzo il quale venga pregiudicato dal provvedimento "cautelare" non seguito dal merito e pronunciato fra altre parti che intendono portarlo ad esecuzione. Si potrebbe, tuttavia, prendere in esame anche la posizione di una diversa categoria di soggetti, intendendo in questo caso il terzo come colui al quale la posizione giuridica soggettiva viene trasferita da chi appare esserne il legittimo titolare in base al *dictum* contenuto nel provvedimento sommario anticipatorio.

Accennavo sopra alla circostanza che si possa ben immaginare come, nella maggior parte delle ipotesi, la parte che risulti soccombente nel provvedimento "cautelare" (*rectius* sommario anticipatorio) si attiverà in tempi ragionevolmente rapidi per sovvertire, ancora una volta rimanendo in sede sommaria o a sua scelta nella più stabile sede di merito, l'esito della prima fase provvisoria. Si può provare ad immaginare, tuttavia, che questo non avvenga, per un periodo di tempo anche prolungato e considerevole, e che la parte vittoriosa nella sede *ab origine* provvisoria, ma ormai relativamente stabilizzata, disponga della posizione giuridica soggettiva acquisita in quella sede, trasferendola ad un terzo acquirente; ed ipotizziamo altresì l'ulteriore eventualità, forse di scuola, che, allorché non si siano ancora compiuti i termini di prescrizione del diritto, il soccombente della fase provvisoria, intonando una specie di ultimo canto del cigno, instauri quel giudizio di merito che le nuove norme svincolano dalla proposizione entro un termine perentorio. Immaginiamo inoltre che il giudizio di merito si concluda con un esito di segno opposto rispetto a quello della fase sommaria e provvisoria, con una sentenza, questa sì, idonea *ex lege* al passaggio in giudicato, formale e sostanziale.

A questo punto si pongono necessariamente una serie di dubbi, alcuni dei quali di qualche peso. Intanto, non è necessario pensare che la sentenza pronunciata dal giudice del merito debba passare in giudicato per mettere in crisi il castello di carte costruito fino a quel momento. Infatti, instaurato il giudizio di merito e conclusosi questo con una pronuncia di segno opposto a quella resa all'esito della prima fase sommaria, se si ritiene che forse si rientri nuovamente nell'ambito della cautela propriamente intesa, perché al provvedimento provvisorio è seguito, giungendo al termine, il

giudizio principale, allora si deve concludere che il provvedimento reso all'esito di quest'ultimo prevalga, caducandolo, sull'antecedente provvedimento provvisorio; il ragionamento, comunque ed evidentemente, vale *a fortiori* ove si immagini che la sentenza resa al termine del giudizio di merito passi poi in giudicato. La domanda che vien da porsi, forse di scuola ripeto, ma tutto è pur sempre possibile, è che cosa ne debba essere, in un'ipotesi siffatta, della posizione del terzo che, nel frattempo, avesse acquistato il diritto da colui che, in base all'esito processual-sommario della vicenda, ne appariva essere il legittimo titolare, laddove tale sembra non essere più in ragione della successiva sentenza pronunciata nel giudizio di merito.

È questo un punto nel quale diritto sostanziale e diritto processuale si vedono incontrare e scontrare con le proprie regole ed i rispettivi principi. Ponendosi in un'ottica di esaltazione, fors'anche comprensibile per certi versi, dell'autorità della cosa giudicata o, comunque, dell'autorità della sentenza resa all'esito di un processo a cognizione piena, verrebbe da concludere che la parte vittoriosa nel giudizio ordinario (e in precedenza soccombente nella fase sommaria) possa, armata di sentenza (magari passata in giudicato), andare a pretendere la soddisfazione concreta del proprio diritto rivendicando il medesimo presso qualunque soggetto al quale quello fosse stato trasferito da colui che appariva esserne il legittimo dante causa (in base ad un titolo di legittimazione provvisorio ed in séguito rivelatosi infondato). Tuttavia, i principi generali in materia di circolazione e di trasferimento delle posizioni giuridiche soggettive fanno plausibilmente propendere per una forse diversa soluzione. Lasciando da parte la materia dei diritti reali su beni immobili e su beni mobili ad essi assimilabili quanto alla circolazione, in ordine ai quali è presumibile che si continuerà a litigare fin dal principio nella sede del processo ordinario di cognizione, e ai quali peraltro il complesso sistema della pubblicità delle trascrizioni assicura un elevato margine di tranquillità nei movimenti relativi al loro trasferimento, si può invece ipotizzare che, per i diritti non rientranti in questa categoria, che sono poi la maggior parte, una considerazione congiunta dei principi generali in materia di apparenza del diritto, di tutela dell'affidamento e

della buona fede del terzo, e di effettiva trasmissione del possesso e dell'utilizzazione della posizione giuridica soggettiva (in tutte le ipotesi in cui questo possa avvenire), faccia propendere per ritenere la prevalenza dell'acquisto in capo al terzo da parte di chi risultava essere il legittimo titolare della posizione giuridica in questione, seppur in base ad un provvedimento giurisdizionale provvisorio, acquisto che avrà la meglio rispetto alle ragioni che possa vantare chi venga a rivelarsi successivamente, in base ad una sentenza resa all'esito di un processo a cognizione piena, l'effettivo titolare del diritto ⁽⁴⁵⁾.

Quand'anche, in punto di teoria e com'è certamente possibile, si riuscisse a dimostrare il contrario, si pensi, a tacer d'altro, a quali sarebbero le conseguenze dal punto di vista della paralisi dei traffici giuridici; il che equivarrebbe, nella sostanza, a negare l'aspetto peculiare delle tutele di nuova introduzione, che mirano al raggiungimento di decisioni rapide che non intralcino un'altrettanto rapida circolazione dei diritti per la tutela dei quali esse sono state pensate. Per fare un esempio soltanto, si pensi alla materia del diritto industriale ⁽⁴⁶⁾; immaginiamo che in sede "cautelare"-sommatoria si inibisca alla società Alfa l'uso di un certo marchio di cui venga dichiarata titolare la società Beta. Non seguendo in tempi ragionevoli alcun giudizio di merito, la società Beta cede il marchio in questione alla società Gamma, la quale prosegue nell'esercizio di una fiorente attività commerciale utilizzando il medesimo. La società Alfa a questo punto, con un colpo di scena processuale, instaura, uscendone vittoriosa, il giudizio di merito. Il caso concreto ora immaginato a titolo meramente esemplificativo fa nascere alcuni interrogativi: ci si potrebbe infatti chiedere se Alfa, oltre a pretendere l'uso esclusivo del marchio, non possa in nessun modo aspirare ad un congruo risarcimento per l'ammontare degli utili persi nel periodo intermedio e riscossi rispettivamente dalle con-

(45) Sui principi generali di diritto sostanziale sopra richiamati, v. per tutti SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, ristampa, IX ed., p. 236 ss.; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2004, spec. *sub* artt. 1153 e 1337.

(46) V. per un quadro generale sul tema il cap. VI *sub* §§ 4 e 5.

correnti società Beta e Gamma ⁽⁴⁷⁾; e ciò soltanto per palesare i primi dubbi che si presentano all'interprete.

Su questa scia, gli esempi potrebbero moltiplicarsi. Uscendone così ulteriormente evidenziate le possibili difficoltà cui conduce l'aver previsto una stabilità *sui generis* del provvedimento che il legislatore non ha voluto meglio inquadrare. Se, come accennavo, si può ritenere che nella maggior parte delle ipotesi e per svariate tipologie di posizioni giuridiche soggettive il modello provvedimentale qui allo studio avrà buon gioco e concretamente successo, non si possono tuttavia escludere ipotesi problematiche che potrebbero in concreto presentarsi.

7. *Il bilanciamento degli interessi delle parti e le controcautele*

Benché un'indagine a livello comparatistico mostri come, in diversi ordinamenti nazionali stranieri ed in quello comunitario, il bi-

(47) L'esempio tratto dalla materia del diritto industriale reca con sé una serie di valutazioni ulteriori. Come accennai in precedenza, infatti, il legislatore del codice della proprietà industriale ha rinviato, in tema di inibitoria industriale, al codice di rito civile, quale esso si presentava in materia cautelare al momento del rinvio, ovvero un sistema cautelare a strumentalità necessaria; successivamente è intervenuta la legge di conversione del decreto c.d. competitività che ha modificato l'art. 669 *octies* c.p.c. nel senso di consentire l'astensione dal giudizio di merito in ipotesi di provvedimento "cautelare" anticipatorio. È mancato in sostanza un raccordo tra le successioni temporali dei provvedimenti normativi ed ora è da chiedersi se il rinvio di cui all'art. 131, comma 2, del codice della proprietà industriale, alle norme del rito cautelare uniforme, debba intendersi come effettuato a quali esse erano all'epoca o a quali esse sono attualmente, trattandosi di una differenza di non scarso rilievo. A mio avviso, trattandosi di materia societaria e commerciale, ed essendo l'inibitoria lo strumento principe delle forme di tutela "cautelare"-sommatoria-anticipatoria, come ho cercato di dimostrare nelle pagine ad essa relative, se si ritenesse che nella materia dell'inibitoria industriale il rinvio alle norme generali del c.p.c. in tema di cautela sia da intendersi come al sistema del codice di rito quale esso era all'epoca in cui il rinvio fu compiuto, si avrebbe un'ingiustificata sperequazione di trattamento della materia del diritto industriale rispetto al più ampio settore del diritto commerciale cui essa appartiene, ed un'inspiegabile difformità di disciplina dell'inibitoria industriale rispetto alle inibitorie utilizzabili con riguardo alle altre posizioni giuridiche soggettive.

lanciamento degli interessi delle parti assurga a parametro di primaria importanza nella valutazione compiuta dal giudice per la concessione o per il diniego del provvedimento, ed in special modo in sede di tutela cautelare e sommaria, il legislatore interno non ha ritenuto di rendere questo profilo oggetto di alcuna riflessione *ad hoc* all'atto delle riforme qui in commento. Esso, tuttavia, unitamente all'istituto della cauzione, che della valutazione del bilanciamento degli interessi è evidentemente espressione, merita alcune righe.

Già in sede di tutela cautelare propriamente intesa, l'istituto della cauzione aveva mostrato tutta la sua utilità, quando ne venisse ravvisata l'opportunità di applicazione in virtù dell'esito positivo della valutazione compiuta in sede di comparazione degli interessi delle parti contrapposte ⁽⁴⁸⁾; *a fortiori* l'istituto potrebbe forse conoscere una nuova primavera nell'ambito delle tutele anticipatorie sommarie speciali, come assicurazione preventiva dell'eventuale diritto al risarcimento dei danni che potrebbe insorgere se la misura concessa dovesse essere in futuro revocata ⁽⁴⁹⁾. Essa, anzi, si rivelerebbe particolarmente efficace proprio per i diritti a contenuto e a funzione prevalentemente patrimoniale e in tutte le ipotesi in cui gli effetti del provvedimento, pur astrattamente provvisori, risultino non esserlo in concreto ⁽⁵⁰⁾. Come anticipavo, le norme introdotte dalle più recenti riforme non si soffermano in modo particolare sul punto, essendovi già peraltro la generale previsione di cui all'art. 669 *undecies* c.p.c.

(48) ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 160, sostiene che l'esigenza della cauzione sarebbe ancor più sentita per il provvedimento cautelare che non si limiti a cristallizzare la situazione di fatto, ma il rilievo non mi trova d'accordo perché alle volte il provvedimento "meramente" conservativo, con i vincoli di indisponibilità che sovente comporta, può essere dannoso tanto quanto il provvedimento innovativo; come sempre, dipende dalle circostanze del singolo caso di specie e non sono possibili valutazioni aprioristiche (sul punto avrò occasione di tornare a breve nel testo).

(49) Sulla cauzione come "controcautela", v. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico*, cit., pp. 44-46 e pp. 61-62 ove l'a. individua la singolarissima funzione della cauzione anche per il giudice, che così viene ad essere anch'egli tutelato "dai rischi che comporta di solito il pericoloso mestiere di prevedere l'avvenire".

(50) V. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 11.

In proposito si è sostenuto che la situazione potrebbe migliorare molto se il legislatore effettuasse a livello generale e astratto, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, la valutazione per determinate categorie di ipotesi degli interessi in conflitto, stabilendo per legge quale sia l'interesse di rango prevalente ⁽⁵¹⁾; l'idea non mi trova d'accordo, di qualsivoglia tipo di tutela giurisdizionale civile si stia parlando. Lasciati da parte i casi evidenti (penso, ad esempio, all'ipotesi-limite di raffronto tra un diritto di rango primario o personalissimo ed un altro che non lo sia), mi sembra che negli altri casi, che rappresentano poi nella prassi la grande maggioranza, ciò svilirebbe il tratto più peculiare del parametro del bilanciamento degli interessi, che consiste proprio nella sua estrema duttilità e plasmabilità alle specifiche caratteristiche del caso singolo, che verrebbero del tutto trascurate se la valutazione del bilanciamento degli interessi delle parti fosse già stata fatta a monte dal legislatore. *L'id quod plerumque*, come dice lo stesso brocardo, non è detto che sia *l'id quod semper accidit*, ed è pertanto preferibile lasciare il giudice, in questa specifica valutazione, a briglie sciolte ⁽⁵²⁾.

Il tema è particolarmente rilevante in materia di tutela cautelare della proprietà intellettuale; tant'è che l'art. 50, § 3, dell'accordo TRIP's, prevede, nello specifico settore ora considerato, che il giudice possa ordinare all'attore di costituire una cauzione o una garanzia equivalente sufficiente a proteggere il convenuto e ad evitare abusi ⁽⁵³⁾. L'accordo TRIP's, peraltro, non fa il salto nella giustizia del futuro, perché al medesimo art. 50, § 6, prevede l'instaurazione della causa di merito a pena di inefficacia del provvedimento ottenuto.

(51) Così *ibidem*, p. 12.

(52) Il sistema dei pesi e dei contrappesi non può essere bilanciato in astratto in una norma, per quanto ben congegnata, anche per CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, cit., p. 723, che ritiene che il punto di quiete possa trovarsi solo in concreto, "sul piatto della bilancia della mitica dea".

(53) Sul tema v. TEMPORIN, *Le misure cautelari a tutela della proprietà intellettuale tra ius speciale e procedimento cautelare uniforme*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 267 ss.

Ragionando, invece, secondo il possibile snodarsi del modello provvedimentale qui in commento, è opportuno chiedersi, nel silenzio delle norme, che cosa ne debba essere della cauzione nell'ipotesi in cui, ottenuto il ricorrente un provvedimento favorevole subordinato al versamento di cauzione (che viene effettivamente prestata), il convenuto rimanga inerte, quindi non agisca in alcun modo avverso il provvedimento per lui pregiudizievole; è evidente che alla stabilità del provvedimento sommario non possa razionalmente corrispondere una pari stabilità della cauzione versata. Pertanto, mentre nell'ipotesi in cui alla prima fase sommaria segua un'altra fase sommaria o il giudizio di merito, si può ritenere che sia il giudice di volta in volta competente e adito per queste ultime a decidere anche, su istanza di parte, della sorte della cauzione, nel caso in cui si svolga un'unica fase sommaria che rimane isolata, decorso un congruo periodo di tempo senza che il convenuto abbia dato alcun segno di volontà difensiva o di contrattacco, debba riconoscersi al ricorrente la facoltà di poter adire il giudice che ha pronunciato sull'istanza sommaria chiedendogli di statuire, nel contraddittorio delle parti, sulla sorte della cauzione. In questa sede, tra l'altro, il convenuto avrebbe l'opportunità, non avendolo fatto fino a quel momento, di dichiarare definitivamente la propria intenzione; così che, mostrando apertamente di non voler reagire al provvedimento a sé sfavorevole, il giudice avrebbe più che congrui elementi per restituire alla disponibilità del ricorrente quanto versato a titolo di cauzione. Restando impregiudicata, evidentemente, la facoltà per il convenuto, che fosse ancora in termini (penso soprattutto alla prescrizione), di proporre successivamente qualsivoglia azione, sommaria o di merito, senza che su ciò debba influire la vicenda cauzionale già conclusa.

8. *Il sistema dei possibili rimedi contro il provvedimento*

Posto che il modello di provvedimento allo studio si caratterizza per la iniziale provvisorietà, ed al contempo per la sua tendenziale idoneità a divenire il provvedimento finale sulla materia oggetto del contendere, mi pare che esso, lungi dall'essere accostabile al provvedimento cautelare inteso in senso proprio e stretto, presenti invece

somiglianze spiccate con diversi provvedimenti tipici di altri ordinamenti *mutatis mutandis* (penso ora in particolare al *référé*, all'*injunction* e all'*einstweilige Verfügung*), come del resto ha ampiamente riconosciuto la nostra migliore dottrina ⁽⁵⁴⁾; dunque, è un provvedimento che, in presenza di certe condizioni ed al pari di quelli ora ricordati, è idoneo a definire la lite.

Il legislatore interno, tuttavia, non si è spinto troppo oltre nel recepimento delle linee essenziali e comuni agli omologhi provvedimenti nei diritti stranieri; mentre, infatti, negli ordinamenti considerati, la via sommaria ed anticipatoria è del tutto alternativa a quella ordinaria, tant'è che, al pari dei provvedimenti pronunciati in sede di quest'ultima, anche i provvedimenti teoricamente provvisori sono ricorribili davanti alle rispettive corti supreme di diritto interno (per intendersi, un *référé* può arrivare innanzi alla *Cour de cassation* così come una *injunction* davanti alla *House of Lords*), altrettanto non si è ipotizzato da parte del legislatore delle recenti riforme, il quale ha anzi ben chiarito, vergandolo nero su bianco all'art. 669 *terdecies*, comma 4, c.p.c., che l'ordinanza pronunciata in sede di reclamo non è impugnabile ⁽⁵⁵⁾.

A ben riflettere, vale la pena di domandarsi se non sarebbe preferibile ritenere che la decisione cui conduce il nuovo modello provvedimentale, sulla scorta di quanto accade negli ordinamenti cui appartengono gli istituti summenzionati, sia ricorribile in Cassazione, come sarebbe pacifico se la si considerasse dichiaratamente un provvedimento di merito a contenuto decisorio che incide su diritti soggettivi ⁽⁵⁶⁾. Il tema, evidentemente, meriterebbe e richiederebbe uno studio monografico a sé; tuttavia, è forse possibile limitarsi qui a ricordare come la dottrina stia iniziando a rivisitare il ruolo della suprema corte interna, mettendone in luce gli aspetti di giudice di ter-

(54) V. i riferimenti diffusamente *sub cap.* II.

(55) TARZIA-GHIRGA, *Il reclamo*, cit., p. 451, deducono, quindi, che dalla lettera della norma si evince che l'ordinanza in discorso non è impugnabile attraverso il ricorso straordinario in Cassazione né con regolamento di competenza. In generale sulle novità introdotte in tema di rimedi esperibili avverso il provvedimento, v. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, cit., p. 797 ss.; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, cit., p. 7 ss.

(56) V. al capitolo II nei paragrafi corrispondenti ai singoli ordinamenti.

za istanza, sul modello germanico, che non sarebbe incompatibile con la tradizionale funzione nomofilattica, istituzionalmente pertinente alla Cassazione in via esclusiva⁽⁵⁷⁾, che le più recenti riforme tendono ulteriormente ad esaltare⁽⁵⁸⁾.

Il provvedimento anticipatorio emesso, pertanto, dovrebbe poter essere, a mio avviso, oggetto di una fase di impugnazione davanti alla Corte di cassazione. Se per i provvedimenti cautelari propriamente intesi il sistema di norme per essi previsto, esaltandone la loro intrinseca provvisorietà e strumentalità, non lascia dubbi sulla natura non decisoria del provvedimento, da cui deriva l'esclusione anche dal ricorso straordinario in Cassazione⁽⁵⁹⁾, qui e per questo diverso tipo di provvedimento sembra ipotizzabile un percorso diverso il quale, all'esito di due fasi sommarie davanti al giudice di merito competente, consentisse l'accesso alla suprema corte, trattandosi di un provvedimento di merito a contenuto decisivo che incide su diritti soggettivi, senza che, per giungere ad essa sul medesimo ogget-

(57) Recentemente ed approfonditamente sul tema, v. BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 947 ss., spec. p. 952 ss.

(58) Come è noto, l'art. 1, comma 3, l. n. 80 del 14 maggio 2005, prevede che nella riforma del processo di cassazione le norme delegate si attengano, fra gli altri, a principi e criteri direttivi che disciplinino il rito davanti alla suprema corte, in particolare, "in funzione nomofilattica", consentendo inoltre "[...] la ricorribilità immediata delle sentenze che decidono parzialmente il merito [...]". Il tema non può essere affrontato qui in modo approfondito, anche perché è proprio di questi giorni, in cui licenzio il libro per la stampa, l'emanazione del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, contenente le "modificazioni al codice di procedura civile in materia di *processo di cassazione in funzione nomofilattica* e di arbitrato" (mio il corsivo). Tuttavia, è forse possibile abbozzare alcune sintetiche considerazioni; vien fatto di pensare che la nozione di "sentenza" ai fini delle nuove disposizioni sarà da intendersi, secondo la giurisprudenza oltremodo costante della stessa suprema corte, in senso sostanziale, quindi come provvedimento di merito a contenuto decisivo che statuisce su diritti soggettivi. Questo passaggio reca con sé l'ulteriore semplice riflessione in base alla quale il modello di provvedimento sommario anticipatorio oggetto di questo lavoro possa rientrare a pieno titolo nella nozione di sentenza così intesa; a questo punto, chiudere il sillogismo e dedurre (o quantomeno insinuare) la ricorribilità in Cassazione del provvedimento sommario anticipatorio di merito, che potrebbe essere quello definitivo sulla controversia, pare inevitabile.

(59) V. TOMMASEO, *Il commento*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 95 ss., spec. p. 105.

to, sia necessario percorrere le precedenti fasi di piena cognizione in primo e secondo grado.

Del sistema di tutela provvisoria quale approntato dalle riforme, infatti, si potrebbe proporre questa lettura (le differenze di sfumature rinvenibili tra la lettera delle norme di cui al d. lgs. n. 5 del 2003 e al procedimento uniforme quale novellato dal legislatore del 2005 non sottintendono, a mio avviso, differenze sostanziali nei due impianti, onde procederò con un discorso generale) ⁽⁶⁰⁾. Essa riposa su un postulato di base, ovvero che *ratio* del nuovo impianto di norme sia quella di risolvere principalmente le liti nella più rapida e fluida sede sommaria, alleggerendo nel modo più notevole possibile il numero di controversie che vengono trattate in sede di tutela ordinaria di cognizione. Ciò premesso, si vede come il sistema di tutela provvisoria (ma con aspirazione alla stabilità nel raggiunto obiettivo di composizione della lite) abbia una sua profonda autonomia: esaurita la prima fase “cautelare”, la parte soccombente ha a disposizione lo strumento del reclamo, i confini del cui raggio di azione sono disegnati in modo alquanto ampio, potendo in esso la parte far valere tanto una (ritenuta) non corretta valutazione dei presupposti e degli elementi posti alla base della prima istanza, quanto le circostanze ed i motivi sopravvenuti quando il procedimento di reclamo è già pendente, senza che evidentemente operi alcun tipo di preclusione e purché sia rispettato il principio del contraddittorio. Fra l'altro, la norma consente “sempre” l'assunzione di informazioni e l'acquisizione di nuovi documenti, senza specificare che queste attività siano consentite solo limitatamente a fatti e circostanze sopravvenuti; il fatto che questa disposizione sia fisicamente collocata nel comma della norma che disciplina le c.d. sopravvenienze, non mi sembra motivo sufficiente ad interpretare restrittivamente i poteri istruttori del giudice in questa sede quanto ad ampiezza o a fatti da provare, nel senso che il potere del giudice di poter sempre procedere all'attività istruttoria indicata non è limitato alla prova dei *nova* rispetto alla precedente fase (ciò che mi parrebbe confermato dal dispiegar-

(60) Riprendo qui considerazioni in parte avanzate al cap. I, § 9, ultimo capoverso.

si delle identiche disposizioni nelle norme del rito societario). Il reclamo, dunque, mi pare si ponga come via privilegiata per far valere da parte del soccombente, in una sede processuale alquanto fluida ed elastica, le proprie doglianze contro il provvedimento, dando così compimento allo svolgimento di due fasi “cautelari”, certamente sommarie, sull’oggetto della lite ⁽⁶¹⁾; ove fosse invece esaurita la facoltà di reclamo ovvero il relativo procedimento, e lasciando da parte l’ipotesi dell’instaurazione del giudizio di merito che, per quanto sempre possibile, non realizzerebbe in via di principio nonché di fatto l’obiettivo della riforma, le sopravvenienze (intese come fatti nuovi o anteriori ma conosciuti successivamente) potrebbero essere fatte valere in sede di procedimento di revoca o modifica.

Il legislatore, in sostanza, avrebbe disegnato allo stato attuale un sistema nel quale potrebbero trovare elasticamente soluzione e composizione le diverse esigenze ed insieme le garanzie delle parti, attribuendo allo strumento del reclamo, proponibile entro un breve termine perentorio, la funzione di esaminare tanto le questioni relative al riesame del provvedimento, positivo o negativo che ne sia il contenuto, unitamente alle sopravvenienze (ovvero ai fatti anteriori di cui si sia avuta conoscenza *medio tempore*); essendo poi possibili successivamente, una volta preclusa questa via preferenziale, per decadenza o per esperimento del rimedio, che il provvedimento non rimanga, nella sua idoneità alla stabilità, scollato dalla realtà sostanziale, perché il rimedio della revoca o modifica, non destinato a consumarsi in dipendenza del decorrere di alcun termine ed utilizzabile anche nei confronti del provvedimento che stia vivendo di vita pro-

(61) Già in precedenza, con riferimento al sistema quale esso si presentava prima delle recenti riforme, la migliore dottrina evidenziava come la predisposizione di uno strumento dalla natura impugnatoria, quale è il reclamo ai sensi dell’art. 669 *terdecies* c.p.c., diretto a provocare un controllo sulla sussistenza o insussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, e quindi diretto a definire le due fasi in cui il procedimento può articolarsi, producesse una forma di preclusione delle deduzioni delle parti e, più in generale, dell’esercizio della cognizione cautelare, preclusione nella quale rientrano tutte le ragioni prospettate o prospettabili dalle parti; v. MERLIN, *I limiti temporali di efficacia. La revoca e la modifica*, in AA. Vv., *Il processo cautelare*, a cura di TARZIA, cit., p. 374.

pria indipendentemente dal giudizio di merito e dalle sue vicende, è comunque esperibile dalle parti.

È allora possibile domandarsi se non sia preferibile ritenere che, posto che la parte ulteriormente soccombente anche in sede di reclamo potrebbe scegliere di avvalersi della più ampia via del merito a cognizione piena, la quale inizierebbe nuovamente da un primo grado per poter giungere, attraverso i dovuti passaggi, alla suprema corte, a quest'ultima si possa giungere direttamente all'esito della fase sommaria.

Il tema, lo premettevo, è complesso e qui si vuole soltanto porlo all'attenzione; evidenziando, tra l'altro, questo aspetto come tratto differenziale dell'ordinamento interno rispetto agli ordinamenti stranieri, dai quali pur si è tratta ispirazione per disegnare le recenti riforme.

9. *Rivalutazione della figura del giudice come attivo gestore del processo*

Affinché il modello di provvedimento qui allo studio possa raggiungere gli obiettivi che hanno ispirato la sua introduzione, a me pare che decisiva si rivelerà la partecipazione attiva del giudice al procedimento; come peraltro, ed ancora una volta, emerge dal *trend* rilevabile a livello comparatistico ⁽⁶²⁾. Le norme, evidentemente, tacciono su questo profilo, il che è del tutto comprensibile. Eppure l'aspetto deve essere tenuto in considerazione; se mi si consente una metafora gastronomica, ho l'impressione che, perché questo model-

(62) Non è possibile addentrarsi qui ed ora in modo più approfondito nella discussione contemporanea sul ruolo del giudice nel processo; pertanto mi limito a rinviare, nella letteratura più recente, a CHIARLONI, *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 11 ss.; VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, ivi, 2002, p. 676 ss.; MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 575 ss.; CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455 ss.; COSTANTINO, *Le riforme della giustizia civile nella XIV legislatura*, ivi, 2005, p. 15 ss.; FABIANI, *La partecipazione del giudice al processo societario*, ivi, 2004, p. 149 ss. In particolare sulla figura del giudice, risolutore di controversie ed amministratore di interessi, v. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 153 ss., spec. p. 159 ss. con riferimento al giudice nazionale.

lo procedimentale funzioni, il cuoco sarà più importante della ricetta dettata dal legislatore e degli ingredienti.

Qualche esempio tratto dalla comparazione può forse aiutare. Gli ordinamenti di *common law*, che raramente giungono al *trial*, quindi al processo vero e proprio, perché addivengono alla risoluzione della controversia in via giudiziale o stragiudiziale prima, in quella fase in cui, come accennai, trovano posto le misure sommarie che definiscono nella quasi totalità dei casi lite e processo, conoscono il *managerial judge*, ovvero un giudice attivo e non spettatore che riveste la parte di protagonista principale e cruciale del gioco processuale⁽⁶³⁾; analogamente, anche in Francia l'evoluzione del costume giuridico mostra un accrescimento sempre più intenso dei poteri di iniziativa e di direzione riconosciuti al giudice nello svolgimento del procedimento⁽⁶⁴⁾. Tant'è che, anche nel nostro ordinamento, autorevole dottrina mostra di vedere con favore le proposte che, sulla scorta di quanto appunto accade in altri paesi europei, mirano a rafforzare i poteri del giudice, anche per ciò che concerne il profilo dell'istruzione probatoria⁽⁶⁵⁾.

Si potrebbe facilmente obiettare che ciò aumenterebbe gli spazi di discrezionalità, che risulterebbero difficilmente controllabili, potendo sconfinare nell'arbitrarietà della gestione del rito e, infine, della decisione; ma fintantoché non si sostituirà il giudice-uomo con un calcolatore, questi pericoli sono sempre possibili e tuttavia meramente eventuali, e non si può rinunciare a (qualunque tipo di) azione temendo l'avverarsi di un'ipotesi che potrebbe anche giammai verificarsi⁽⁶⁶⁾. Non solo, ma anzi, più si pensa a costruire un processo la

(63) Recentemente su questi aspetti v. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 161 ss.

(64) V. NORMAND, voce *Processo civile (Francia)*, cit., pp. 111-112; DONDI, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario. Spunti minimi di raffronto comparato*, cit., p. 154 ss., in particolare sulla figura del *juge rapporteur* nel *n.c.p.c.* francese.

(65) V. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 27 ss., spec. pp. 63-64.

(66) Sul tema del giudice, "uomo vivo", v. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Napoli, 1965, I, p. 637 ss., spec. p. 647 ss.

cui dinamica, all'insegna dell'elasticità e della flessibilità nel costante rispetto dei principi fondamentali, risponda alle esigenze di personalizzazione del rito, che può così essere adeguato il più possibile alle caratteristiche del singolo caso che interessa le singole parti, quindi in sostanza l'unico caso reale ⁽⁶⁷⁾, e più deve essere valorizzato il ruolo attivo del giudice, che è e dovrebbe essere l'unico soggetto del processo nel quale possa concretamente personificarsi la tutela del superiore interesse alla giustizia spesso non perseguito dalle parti che, comprensibilmente, perseguono i loro scopi egoistici, talvolta in contrasto con quello scopo superiore ⁽⁶⁸⁾.

10. *Il procedimento sommario di cognizione che origina dallo snaturamento della cautela propriamente intesa: sintetica premessa per una delle riforme possibili*

Accingendomi a chiudere questo lavoro, credo si possa abbozzare qualche valutazione conclusiva sulle riforme introdotte e sul loro inserimento nel panorama esistente.

Il legislatore, prestando ascolto alle voci levatesi a più riprese in dottrina, ha introdotto con sparuti colpi di penna il principio della non necessaria strumentalità del provvedimento provvisorio (e dal legislatore denominato ciò nonostante come cautelare *tout court*) rispetto al giudizio principale; creando così, di fatto, un nuovo modello di tutela giurisdizionale cognitiva sommaria ed anticipatoria, aggiungendo ai prototipi esistenti, come se non bastassero, un nuovo tipo di tutela ⁽⁶⁹⁾. L'innovazione è da valutarsi senza alcuna remora positivamente; ma è necessario chiedersi se non sia (o non sarebbe stato) preferibile porre mano ad una riforma di più ampio respiro,

(67) Cfr. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 32 ss., spec. p. 34.

(68) V. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in Id., *Opere giuridiche*, cit., p. 540.

(69) Sulla circostanza che esigenze di effettività e tempestività della giustizia sembrano suggerire l'introduzione di provvedimenti di natura sommaria, ferma restando la concreta possibilità di una successiva fase a cognizione piena ed esauriente, v. CONTE, *Dalla tutela d'urgenza alla tutela sommaria (note minime de iure condito e de iure condendo)*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 849 ss., spec. c. 855.

che involgesse magari l'intero codice di rito, razionalizzando l'esistente e procedendo ad alcune, forse opportune, eliminazioni ⁽⁷⁰⁾.

A ben vedere, si sarebbe potuto pensare, anziché ad un intervento quale esso è stato operato interpolando la disciplina del procedimento cautelare uniforme, all'introduzione *ex abrupto* di un nuovo modulo procedimentale, ispirato allo schema di una clausola generale ed a contenuto atipico, magari rubricata "provvedimento sommario anticipatorio", il quale consentisse alla parte, indipendentemente da qualunque requisito di urgenza, di far valere la propria pretesa di fronte all'autorità giurisdizionale ordinaria, che avrebbe provveduto attraverso una cognizione sommaria in contraddittorio, con un provvedimento provvisorio; ferma la facoltà delle parti di avvalersi della cognizione ordinaria di merito. Parallelamente, si potrebbero eliminare, per assorbimento in una clausola generale così congegnata, una serie di procedimenti speciali attualmente esistenti, ed ispirati di regola agli stessi principi, ma pensati per fattispecie particolari anziché attraverso una clausola generale ed elastica che, in quanto atipica, possa rivelarsi onnicomprensiva.

L'ordinamento processuale infatti, volendo ridurne in modo consistente le forme di operatività, potrebbe restringersi alla disciplina di un processo di cognizione, di un processo di esecuzione, di un procedimento cautelare e di un unico processo speciale sommario a contenuto atipico; il quale ultimo potrebbe avere auspicabilmente in sorte, in molti casi, di sostituirsi alla via ordinaria per ottenere la tutela del medesimo diritto sostanziale ⁽⁷¹⁾.

(70) È passato oltre mezzo secolo da quando già BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 342 ss., spec. pp. 363, incoraggiava un progresso della scienza giuridica basato sul coraggio degli studiosi di intraprendere una elaborazione sistematica del diritto che non facesse concessioni alla tradizione solo perché tradizione, ma guardasse oltre, anche a rischio di qualche antinomia interna al sistema stesso, antinomia che, ad avviso dell'a., appartiene a qualsivoglia sistema, anche a quelli apparentemente più rotondi, come logica e matematica.

(71) Solca onde dall'analogo fluttuare la proposta di PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, cit., c. 57, ove l'a. propende per l'introduzione in Italia dell'istituto francese del *référé* secondo lo schema dommatico della condanna con riserva delle eccezioni; con un provvedimento congegnato

Quella ora abbozzata, e forse in parte argomentata, è soltanto un'idea che richiederebbe, come si vede, in quanto involgente il complesso del sistema di tutela giurisdizionale previsto dal codice di rito di diritto interno, ben più ampie riflessioni ed approfondimenti, trattandosi in sostanza di tratteggiare una nuova fisionomia del codice di procedura civile, per la quale i tempi sono più che maturi e queste pagine certo inadeguate. Nel frattempo, continueremo ad essere spettatori dell'agone tra dogmi del processo ed esigenze dei mercanti, con il sospetto che queste ultime, infine, usciranno vittoriose dall'arena che vede fronteggiarsi i contendenti e protagonisti della giustizia ventura.

secondo la ricostruzione dell'a., cui rimando, l'attore verrebbe munito immediatamente di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, col quale mettere in moto l'esecuzione forzata, mentre il debitore avrebbe in ogni caso la possibilità di instaurare o continuare un processo a cognizione piena per l'accertamento dei fatti allegati a fondamento delle sue eccezioni.

INDICE-SOMMARIO

Premessa	<i>pag.</i> IX
--------------------	-------------------

PARTE PRIMA INTRODUZIONE E PROFILI COMPARATIVI

CAPITOLO I LA COMPARSA SULLA SCENA PROCESSUALE DI UN PROVVEDIMENTO “CAUTELARE” NON NECESSARIAMENTE COLLEGATO AD UN GIUDIZIO DI MERITO

1. L'art. 23 del d. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003; preludio al nuovo art. 669 <i>octies</i> c.p.c.	3
2. Strumentalità e provvisorietà: crollo di due giuridiche certezze?	6
3. Le considerazioni dei primi commentatori sull'alterazione del nesso di strumentalità. Alcune critiche	9
4. Il contenuto della domanda introduttiva di un procedimento “cautelare” separatosi dal merito	13
5. I provvedimenti che possono usufruire della separazione da un giudizio principale	18
6. La sospensione delle delibere assembleari	22
7. L'oggetto della “cautela” a séguito della sua separazione dal provvedimento di merito.	25
8. L'oggetto e la qualità dell'istruzione e dell'accertamento.	28
9. Il reclamo delle misure <i>ex artt.</i> 23, d. lgs. n. 5 del 2003, e 669 <i>terdecies</i> c.p.c. come novellato.	30
10. L'autorità nell'ultrattività, ma senza formazione di cosa giudicata, del provvedimento: un mistero inspiegabile?	34
11. Alcuni apprezzamenti e considerazioni critiche della dottrina sul provvedimento introdotto	40

CAPITOLO II
UNO SGUARDO OLTRE IL CONFINE
E UNA RIFLESSIONE SULLA COMPARAZIONE GIURIDICA

1. Indispensabilità attuale di un metodo comparatistico	43
2. L'esperienza francese in tema di <i>procédure en référé</i>	45
3. I principali provvedimenti conseguibili attraverso la <i>procédure en référé</i> nel sistema francese delle misure "provvisorie"	47
4. Il provvedimento di cui all'art. 808 <i>n.c.p.c.</i>	49
5. Il provvedimento di cui all'art. 809, comma 1, <i>n.c.p.c.</i>	52
6. Il <i>référé provision</i> ex art. 809, comma 2, <i>n.c.p.c.</i>	55
7. Alcune considerazioni sulla presunta incompatibilità tra provvisoriété del provvedimento pronunciato <i>en référé</i> e autorità della decisione. . .	59
8. Le azioni <i>comme en référé</i>	64
9. Alcune considerazioni conclusive sulla <i>procédure en référé</i>	66
10. Il Regno Unito: la svolta delle <i>Civil procedure rules</i> e lo scheletro del processo ordinario.	69
11. <i>L'injunction</i>	72
12. Le condizioni per la concessione della misura nell'evoluzione più recente	76
13. L'idoneità dell' <i>injunction</i> a definire la controversia (e l'assenza del problema della stabilità degli effetti?).	80
14. Le misure provvisorie nella <i>ZPO</i> germanica. Le <i>einstweilige Verfügungen</i> di cui al § 935 <i>ZPO</i>	82
15. Le <i>einstweilige Verfügungen</i> di cui al § 940 <i>ZPO</i>	85
16. Le <i>einstweilige Verfügungen</i> e il principio di strumentalità	87
17. La tutela cautelare spagnola nella <i>Ley de enjuiciamiento civil</i>	90
18. Il principio di strumentalità necessaria del provvedimento cautelare spagnolo	93
19. Altri aspetti significativi del procedimento cautelare uniforme nella <i>Ley de enjuiciamiento civil</i>	97
20. Le affascinanti insidie della comparazione giuridica: alcuni pensieri sul tema	100
21. Similitudini, differenze e linee di tendenza rinvenibili negli ordinamenti considerati	110

PARTE SECONDA
QUALCHE NECESSARIA PREMESSA
FUNZIONALE AI RILIEVI CONCLUSIVI

CAPITOLO III
ALCUNI SIGNIFICATIVI TASSELLI NEL PUZZLE
DELLA TUTELA CAUTELARE ED ANTICIPATORIA

1. Il modello di provvedimento di cui agli artt. 23, d. lgs. n. 5 del 2003, e 669 <i>octies</i> c.p.c., rende necessario un ripensamento delle categorie generali?	117
2. Le posizioni della dottrina in tema di tutela cautelare	118
3. Tutela cautelare conservativa e tutela cautelare anticipatoria: talvolta come Caino e Abele e talaltra come due sorelle siamesi?	127
4. I “provvedimenti d’urgenza emessi ai sensi dell’art. 700 c.p.c.” che possono dichiarare l’indipendenza rispetto al giudizio principale	130
5. I principi a fronte dell’evoluzione del costume giuridico avvenuto nella prassi: la previsione di rendere l’instaurazione del giudizio di merito meramente eventuale	134
6. Il problema dell’intervento dei terzi nel processo cautelare	139
7. Alcune considerazioni critiche sulla nozione di provvedimento anticipatorio: alla ricerca di una definizione teorica potenzialmente onnicomprensiva rispetto alle sue più varie manifestazioni	142
8. La nozione di tutela cautelare in prospettiva europea	151

CAPITOLO IV
ALCUNE RIFLESSIONI IN TEMA DI ACCERTAMENTO

1. L’accertamento compiuto in sede di cognizione cautelare	155
2. Il possibile equivoco intorno al concetto di verosimiglianza	163
3. Contestazione e non contestazione, accertamento dei fatti, cosa giudicata	165
4. Premessa per l’affermazione della inidoneità <i>ex lege</i> , ma non in <i>rerum natura</i> , del nuovo modello di tutela giurisdizionale sommaria alla cosa giudicata	169
5. Il problema dell’accertamento dei fatti e la più irrisolta delle domande senza risposta: <i>quid est veritas?</i>	173
6. Cognizione sommaria e cognizione piena: a quale lo scettro del futuro?	176

CAPITOLO V
PROFILI DELLA STABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO
GIURISDIZIONALE

1. Il regime di stabilità e l'affinità al giudicato di alcuni provvedimenti diversi dalla sentenza di cognizione ordinaria	185
2. Il provvedimento "cautelare" sganciato dal merito e la cosa giudicata. . .	192
3. È ipotizzabile una stabilità affine alla cosa giudicata per il provvedimento "cautelare" sganciato dal merito?	194
4. Sintetiche domande conclusive sulla cosa giudicata	201

CAPITOLO VI
IL PROVVEDIMENTO PROVVISORIO
E LA SUA COMPATIBILITÀ CON UN REGIME
DI INDIPENDENZA RISPETTO AL PROCESSO PRINCIPALE

1. La struttura del provvedimento provvisorio e le posizioni giuridiche soggettive che meglio si prestano ad essere tutelate in modo indipendente rispetto al giudizio di merito	211
2. La tutela dei diritti di credito ad una prestazione pecuniaria	213
3. La tutela dei diritti della personalità	214
4. La tutela della proprietà intellettuale.	216
5. La tutela inibitoria	220
6. Il provvedimento provvisorio indipendente dal giudizio principale quale esso attualmente si presenta	225

PARTE TERZA
RIFLESSIONI CONCLUSIVE
FRA *IUS CONDITUM* E *IUS CONDENDUM*

CAPITOLO VII
UNA PROPOSTA DI LETTURA DEL SISTEMA
NEL BILANCIAMENTO
FRA PASSATO REMOTO E FUTURO PRESENTE

1. Il panorama attuale	233
2. Il contenuto della domanda introduttiva del procedimento "cautelare" idoneo a prescindere dal giudizio di merito.	237
3. La tutela del terzo nel corso del procedimento	240

4. L'autorità nell'ultrattività, ma senza formazione di cosa giudicata, del provvedimento: un tentativo di interpretazione del mistero.	243
5. Il "diverso processo" e la tutela del terzo contro il provvedimento sommario anticipatorio tra altri pronunciato.	253
6. La posizione del terzo avente causa: tra apparenza, tutela dell'affidamento e presumibile soccombenza del giudicato?	256
7. Il bilanciamento degli interessi delle parti e le controcautele	260
8. Il sistema dei possibili rimedi contro il provvedimento	263
9. Rivalutazione della figura del giudice come attivo gestore del processo . .	268
10. Il procedimento sommario di cognizione che origina dallo snaturamento della cautela propriamente intesa: sintetica premessa per una delle riforme possibili	270

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOTZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. MENGOTZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.

48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOSI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggino*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULLATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenza - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGACNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicitica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A.- SARTOR G.- VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.

153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionali*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandì e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Sudi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, profili costituzionali, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESI N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A.- ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S.- FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa? Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002)*, 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.

Finito di stampare nel mese di luglio 2006
presso le Officine Grafiche Litosei – Rastignano (BO)