

La distinzione tra procedimenti cautelari anticipatori e conservativi ⁽¹⁾

SOMMARIO:

1. *Premessa*
2. *Eliminazione del nesso strutturale*
3. *Certezza del diritto ed economia processuale.*
4. *Pensiero di Piero Calamandrei.*
5. *Argomenti di diritto positivo.*
6. *Conclusioni intermedie.*
7. *Irrelevanza dell'affidamento sulla mancata fissazione del termine per l'instaurazione della causa di merito da parte del giudice.*
8. *Allentamento del nesso di strumentalità nei sequestri previsti dal codice civile e dalle leggi speciali.*
9. *Provvedimento cautelare anticipatorio e rigetto della domanda di merito per motivi di rito.*
10. *Tensione verso il giudicato nei procedimenti sommari in Italia.*
11. *Tutela giurisdizionale dei diritti e giudicato.*

1. – La funzione dei rimedi cautelari consiste nel neutralizzare i pericoli di danno derivanti all'attore che probabilmente ha ragione (anche) dalla durata fisiologica del processo a cognizione piena.

A tale scopo, l'attore ha il potere di chiedere al giudice, nel corso del processo a cognizione piena o prima del suo inizio, l'emanazione di un provvedimento urgente, sulla base della valutazione del *fumus boni iuris*, cioè della probabile esistenza del diritto oggetto del processo a cognizione piena, nonché del predetto *periculum in mora*⁽¹⁾.

Sotto il profilo strutturale, una prima caratteristica è la provvisorietà del provvedimento: esso dura finché non sopravviene la sentenza definitiva nel processo a cognizione piena, dopodiché è sostituito dalla sentenza che accerta l'esistenza del diritto cautelato, o viene semplicemente meno, se viceversa il diritto è dichiarato inesistente. Una seconda caratteristica strutturale è la strumentalità, che «è la nota veramente tipica dei provvedimenti cautelari: i quali non sono mai fine a se stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definitivo, coll'ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita»⁽²⁾.

Tra provvisorietà e strumentalità corre in un certo senso un rapporto di genere a specie. Da un lato, un provvedimento può essere provvisorio, senza dover essere strumentale: ad esempio, l'ordinanza di condanna emanata al termine del procedimento sommario di cognizione nel processo societario⁽³⁾ viene meno quando è emanato il provvedimento a cognizione piena (è provvisoria), ma non è al servizio di quest'ultimo (non è strumentale). Invece i provvedimenti cautelari, in quanto al servizio del provvedimento definitivo, non possono non essere provvisori. La strumentalità costituisce quindi la ragione d'essere della provvisorietà dei provvedimenti cautelari, tanto che si potrebbe parlare anche di una loro provvisorietà strumentale.

2. - A differenza di taluni ordinamenti stranieri, l'ordinamen-

¹⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 457 ss.

²⁾ Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21.

³⁾ Art. 19 d. lgs. n. 5 del 2003.

to italiano esprimeva la strumentalità del provvedimento cautelare, sotto il profilo del rapporto tra quest'ultimo e il processo di merito, attraverso un nesso strutturale molto stretto.

La notevole intensità di questo nesso si coglieva essenzialmente nella regola che i provvedimenti cautelari, se emanati prima dell'inizio della causa di merito, perdevano efficacia qualora il giudizio di merito non fosse instaurato entro il termine perentorio assegnato dal giudice (o comunque entro il termine previsto dall'art. 669-*octies*, comma 2 c.p.c.) o qualora esso si estinguesse ⁽⁴⁾.

La disciplina legislativa cambia radicalmente a partire dal 2001. L'art. 12 della l. 3 ottobre 2001, n. 366, dopo aver attribuito al primo comma la delega al governo ad emanare norme dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei processi in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, dispone al secondo comma, lett. c), che nel perseguire questa finalità possa prevedersi «la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l'emanazione di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare, con la conseguente definitività degli effetti prodotti da detti provvedimenti, ancorché gli stessi non acquistino efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse».

Il tratto innovativo di questo criterio direttivo, poi attuato dalla riforma del processo societario ⁽⁵⁾, consiste nell'allentamento o attenuazione del nesso strutturale di strumentalità tra il provvedimento cautelare e la sentenza di merito. La modifica raccoglie parzialmente suggerimenti da tempo avanzati in dottrina e in progetti di riforma del codice di procedura civile, rinviene punti di riferimento – come detto – in ordinamenti stranieri ed anticipa una corrispondente modifica del procedimento cautelare uniforme, prevista dal disegno di legge di modifiche al codice di procedura civile ⁽⁶⁾, e poi estrapolata dalla l. n. 80/2005 (applicabile ai processi di cognizione instaurati dopo il 1° marzo 2006).

Limitando il discorso al procedimento cautelare uniforme, tale nesso strutturale di strumentalità tra provvedimento cautelare e giudizio di merito è venuto meno in relazione al rilascio di uno dei provvedimenti cautelari elencati dall'art. 669-*octies*, 6° comma

⁴⁾ Art. 669-*novies*, 1° comma c.p.c.

⁵⁾ Art. 23, 1° e 2° comma d. lgs. n. 5 del 2003.

⁶⁾ Cfr. art. 55 del citato disegno di legge, nella versione approvata il 15 luglio 2003 dalla Commissione giustizia in sede legislativa della Camera dei deputati.

c.p.c. (in breve: provvedimenti cautelari «anticipatori»), mentre è rimasto intatto in relazione al rilascio di misure cautelari di contenuto puramente «conservativo» ⁽⁷⁾.

Venuto meno tale nesso, il rapporto tra i provvedimenti cautelari anticipatori ed il giudizio di merito è analogo a quello proprio dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi ⁽⁸⁾. Essi sono dotati cioè di una efficacia meramente esecutiva, che non viene meno se il processo a cognizione piena non viene instaurato o si estingue e può protrarsi indefinitamente nel tempo, fino all'esaurimento del conflitto di interessi o fino alla sentenza che si pronuncia in via di cognizione piena sul diritto.

Le misure cautelari anticipatorie continuano tuttavia a distinguersi dai provvedimenti sommari semplificati esecutivi, poiché presuppongono il *periculum in mora* e rimangono potenzialmente al servizio del provvedimento definitivo. Ciò vale anche per i provvedimenti cautelari totalmente anticipatori del contenuto di quest'ultimo: perché il loro tenore si commisura pur sempre a quello di un ipotetico provvedimento definitivo, perché la loro emanazione scongiura la tardività di quest'ultimo.

Pertanto occorrerà pur sempre indicare nel ricorso cautelare la domanda di merito, non solo al fine di individuare il giudice competente ai sensi dell'art. 669-ter c.p.c.

3. - Preferibile sarebbe stato eliminare il nesso strutturale tra provvedimento cautelare e giudizio di merito in relazione a tutti i provvedimenti cautelari, come suggeriscono argomenti tratti non solo dalla comparazione con altri ordinamenti, ma anche dalla funzione di economia processuale cui obbedisce la modifica legislativa,

⁷⁾ Questo è il contenuto normativo dell'art. 669-octies, 6°, 7° ed 8° comma c.p.c., aggiunti dalla l. n. 80/2005: i provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688 c.p.c., non perdono efficacia se la causa di merito non viene instaurata o se si estingue. Se tali provvedimenti sono rilasciati *ante causam*, il giudice non assegna il termine perentorio per l'instaurazione della causa di merito. In tal caso ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito. L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia di tali provvedimenti, nemmeno quando la relativa domanda è proposta in corso di causa. Infine "l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo".

In relazione alle misure cautelari conservative, il termine per l'instaurazione del giudizio di merito è allungato da trenta a sessanta giorni (art. 669-octies, 1° comma c.p.c., modificato).

⁸⁾ Così, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, *Foro it.*, 2003, V, 1.

nonché dall'opportunità ⁹⁾.

La distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori, saldamente acquisita alla cultura processuale italiana nel suo valore teorico-concettuale, acquista a questo punto un rilievo di diritto positivo di ordine generale, con cui si deve fare i conti.

In relazione a tale distinzione si propone un'interpretazione orientata a realizzare contemporaneamente due valori: in primo luogo, la certezza del diritto, che merita di essere perseguita al massimo grado nella disciplina processuale, stante il carattere strumentale del processo civile nei confronti del diritto sostanziale; in secondo luogo, l'economia processuale, cioè il valore perseguito dal legislatore attraverso la riforma, che suggerisce di evitare quanto più è possibile ed opportuno che l'emanazione del provvedimento cautelare debba essere seguita, pena l'inefficacia del provvedimento, dalla instaurazione della causa di merito.

Sotto il profilo della certezza del diritto, emerge la necessità di elaborare un criterio quasi automatico per distinguere i provvedimenti cautelari conservativi da quelli anticipatori, affinché l'avvocato che ha ottenuto un provvedimento cautelare possa riservare le sue energie per tutelare ulteriormente gli interessi sostanziali del suo cliente, senza scervellarsi per sapere se è tenuto ad instaurare la causa di merito entro il termine perentorio o meno. Si dirà: nell'incertezza, per evitare problemi, l'avvocato instaurerà la causa di merito. Così si vanifica però l'esigenza di economia processuale sottesa alla riforma.

Palesare questa duplice e combinata opzione valutativa, cioè l'esigenza di contemperare certezza del diritto ed economia processuale, consente di comprendere in modo migliore la ragione che a suo tempo (cioè al momento dell'entrata in vigore dell'art. 23, 1° e 2° comma d. lgs. n. 5/2003) mi ha suggerito un riesame della distinzione teorica, al termine del quale sono giunto alla conclusione che, a parte i sequestri giudiziario (art. 670 c.p.c.) e conservativo (art. 671 c.p.c.), tutti gli altri provvedimenti cautelari ricadono nella categoria dei provvedimenti anticipatori, e così nella regola della strumentalità attenuata ⁽¹⁰⁾.

⁹⁾ Per l'analisi di questi argomenti si rinvia a CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1359 ss., 1380 s.

¹⁰⁾ Cfr. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., 1381 ss.

4. - La prospettata interpretazione orientata ai valori della certezza e dell'economia processuale altro non è che un tipo di argomentazione pragmatica. In quanto tale essa non può sorreggersi da sola, ma ha bisogno di un fondamento di diritto positivo, tale da procurare un quadro stabile di riferimento valutativo e tecnico che consenta di verificare se la conclusione ipotizzata sia riconducibile a punti di vista già incorporati nel sistema ed a corrispondenti modelli di decisione già noti ⁽¹¹⁾.

Ho fondato pertanto questa conclusione su una rilettura, filtrata attraverso uno sguardo all'esperienza europea, delle pagine di Piero Calamandrei, che hanno contribuito in modo determinante in Italia alla elaborazione della distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori.

Ho osservato in primo luogo che, quanto ai tipi di contenuto dei provvedimenti provvisori, oltre ai provvedimenti di istruzione preventiva, l'esperienza europea ne esprime attualmente tre: i provvedimenti che conservano la situazione di fatto e di diritto al fine di assicurare la futura esecuzione forzata; i provvedimenti di regolamentazione di una situazione provvisoria; i provvedimenti che anticipano il contenuto del provvedimento definitivo e soddisfano immediatamente, in modo parziale o totale, l'interesse protetto dal diritto dedotto in giudizio ⁽¹²⁾.

Calamandrei distingue provvedimenti istruttori anticipati, provvedimenti volti ad assicurare la esecuzione forzata, provvedimenti volti ad anticipare i provvedimenti decisori, cauzioni processuali ⁽¹³⁾. A parte le cauzioni processuali, che sono una *species* dei provvedimenti volti ad assicurare l'esecuzione forzata (della condanna al risarcimento dei danni prodotti dall'esecuzione di un provvedimento cautelare rivelatosi infondato), ed i provvedimenti di istruzione preventiva, fondamentale è la bipartizione tra provvedimenti conservativi (della fruttuosità pratica dell'esecuzione forzata) e provvedimenti anticipatori (di provvedimenti decisori).

Ho constatato che, nel pensiero di Calamandrei, la categoria dei provvedimenti anticipatori riunisce in sé i provvedimenti provvisori appartenenti al secondo ed al terzo tipo dell'attuale esperienza

¹¹⁾ Così, MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 91 ss.

¹²⁾ Cfr. STÜRNER, *Einstweiliger Rechtsschutz, General Bericht* presentato al colloquio tenutosi a Bruxelles nei giorni 26 e 27 ottobre 2001 per iniziativa dell'Associazione internazionale di diritto processuale e del Centro interuniversitario belga di diritto processuale, ora in STORME (ed.), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn, 2003, 143-186.

¹³⁾ Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 31 ss.

europea (cioè i provvedimenti di disciplina di una situazione provvisoria ed i provvedimenti anticipatori del contenuto del provvedimento definitivo). Aggiungo ora che questa impostazione si spiega agevolmente se si riflette che, al tempo in cui il giurista fiorentino scrive il suo libro sulla tutela cautelare, i provvedimenti del terzo tipo non avevano ancora ricevuto una marcata elaborazione concettuale, ma rientravano nella categoria dei provvedimenti di disciplina di una situazione provvisoria, particolarmente nel profilo che questi ultimi conoscono nell'ordinamento tedesco attraverso il § 940 *Zpo*.

Scrive Calamandrei: «rientrano in questo [...] gruppo quei provvedimenti con cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso, dalla indecisione del quale, se questa perdurasse fino all'emanazione del provvedimento definitivo, potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni» ⁽¹⁴⁾. Fra i casi tipici di questa categoria egli comprende le denunce di nuova opera e di danno temuto, i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole nel processo di separazione personale, l'assegno provvisorio di alimenti, il sequestro delle cose che un debitore offre per la sua liberazione. In questo gruppo «il provvedimento cautelare consiste proprio in una decisione anticipata e provvisoria del merito, destinata a durare fino a che a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso non si sovrapporrà il regolamento stabilmente conseguibile attraverso il più lento processo ordinario» ⁽¹⁵⁾.

Calamandrei individua un tratto funzionale comune ai provvedimenti compresi in questo gruppo, cioè il fatto che essi sono diretti a neutralizzare un pericolo di tardività della sentenza definitiva ⁽¹⁶⁾, distinto ma parimenti meritevole di essere neutralizzato rispetto al pericolo di infruttuosità pratica (commisurato piuttosto all'esecuzione forzata). Così egli promuove un notevole avanzamento della teoria dei provvedimenti cautelari nell'esperienza italiana rispetto all'esperienza tedesca, allora ancora prigioniera di una visione della tutela cautelare come essenzialmente strumentale alla

¹⁴⁾ Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 38.

¹⁵⁾ Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 38 s.

¹⁶⁾ Così, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 56 s.

fruttuosità pratica dell'esecuzione forzata ⁽¹⁷⁾. Quel passo in avanti consiste nel liberarsi dall'idea che il contenuto anticipatorio del provvedimento sia un tratto eccezionale della tutela cautelare: un'acquisizione faticosa per la dottrina tedesca, che ad essa si dischiude solo verso la fine degli anni sessanta del secolo XX, a cominciare dagli studi, pur diversamente orientati, di Fritz Baur ⁽¹⁸⁾ e di Dieter Leipold ⁽¹⁹⁾.

5. – L'argomentazione pragmatica è sostenuta anche da altri argomenti di diritto positivo.

Infatti, sulla strada della semplificazione, che conduce a riunire entro la categoria dei provvedimenti anticipatori anche i provvedimenti di disciplina di una situazione provvisoria, si è collocato lo stesso legislatore, dal momento che ha assoggettato all'allentamento del nesso di strumentalità, da un lato, i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* (senza distinguere a seconda del loro contenuto); dall'altro lato, gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito.

La mancata distinzione all'interno dei provvedimenti d'urgenza, abbinata ad una generica nozione di anticipazione degli effetti della decisione di merito, conferma l'ampiezza della categoria, in cui rientrano le misure cautelari che regolamentano provvisoriamente dei tratti della situazione controversa, anticipando un qualche aspetto della disciplina definitiva o anche semplicemente creando una disciplina intermedia (ad esempio, ordini, divieti, limitazioni di poteri, sospensione degli effetti di un atto, ecc.).

Questa interpretazione è inoltre rafforzata dal fatto che il nuovo art. 669-*octies*, 6° comma c.p.c. ha espressamente inserito fra i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata quelli emanati in seguito alle denunce di nuova opera.

Per citare un esempio tratto dalla disciplina delle società a

¹⁷⁾ Ricordiamo che nell'ordinamento tedesco la disciplina dei provvedimenti cautelari è contenuta nella quinta sezione dell'ottavo libro della *Zivilprozeßordnung*, dedicato all'esecuzione forzata. Sebbene questa collocazione legislativa sia considerata come concettualmente superata, essa provoca ancora oggi delle conseguenze curiose agli occhi di un osservatore italiano: ad es., il più importante manuale sul processo civile di cognizione tedesco, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, sedicesima ed., München, 2004, non contiene una trattazione dedicata alla tutela cautelare in generale, che è trattata invece nel parallelo manuale sull'esecuzione forzata, ROSENBERG, GAUL, SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, undicesima ed., München, 1997.

¹⁸⁾ BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967.

¹⁹⁾ LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München, 1971.

responsabilità limitata, il socio che promuove l'azione di responsabilità contro gli amministratori può altresì chiedere in via cautelare, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, la revoca degli amministratori medesimi (art. 2476, 3° comma c.c.) ⁽²⁰⁾. La misura cautelare non anticipa certamente il contenuto della sentenza di condanna al risarcimento dei danni (sotto certi profili essa esibisce anzi un contenuto conservativo funzionalmente paragonabile all'arresto personale del debitore nell'ordinamento tedesco). Tuttavia non mi sembra dubbio che la revoca cautelare degli amministratori rientra nell'ampia nozione di misura anticipatoria o di regolamentazione provvisoria ⁽²¹⁾.

6. - Queste ulteriori precisazioni confermano il criterio di distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori ai fini dell'eliminazione del nesso strutturale tra provvedimento cautelare anticipatorio e causa di merito, ovvero – secondo la terminologia ormai invalsa – ai fini dell'attenuazione o allentamento del rapporto di strumentalità.

A parte i provvedimenti cautelari che servono esclusivamente a conservare la situazione di fatto e/o di diritto in vista di una futura esecuzione forzata, tutti gli altri provvedimenti ricadono nella categoria dei provvedimenti anticipatori o di regolamentazione provvisoria, e così nella regola della strumentalità strutturale attenuata.

Notevole è la semplificazione: l'onere di instaurare la causa di merito entro il termine perentorio – concentrando l'attenzione dapprima solo sui provvedimenti cautelari previsti nelle sezioni II, III, e V del capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura civile -ricadrebbe praticamente solo sul ricorrente che ha ottenuto un sequestro conservativo *ex art. 671 c.p.c.* o un sequestro giudiziario di beni *ex art. 670, n. 1 c.p.c.*, cui si deve aggiungere il ricorrente che ha ottenuto un sequestro giudiziario di prove *ex art. 670, n. 2 c.p.c.*, poiché quest'ultimo provvedimento non è in nessun caso idoneo «ad anticipare gli effetti della sentenza di merito».

Da questo angolo visuale, comprendere il sequestro giudiziario di beni nel novero dei provvedimenti cautelari puramente conservativi, pur in presenza di una norma così generosa nell'attribui-

²⁰⁾ Su quest'ultima v. l'approfondimento di OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, *www.judicium.it*, 3 ss.

²¹⁾ Corte cost. n. 481 del 2005, *Foro it.*, 2006, I, 1293 ha ritenuto che la revoca possa essere assunta ad oggetto del provvedimento definitivo.

re al giudice il potere di dettare criteri e limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate come l'art. 676 c.p.c., appare il frutto di una semplificazione, che è plausibile prospettare, oltre che come omaggio alla tradizione ⁽²²⁾, soprattutto nell'interesse di mantenere certa la situazione giuridica in cui si trova il ricorrente rispetto all'onere di instaurare la causa di merito.

7. – Si prospetta l'obiezione che questa ricostruzione potrebbe essere evitata, salvaguardando nel contempo il valore della certezza della disciplina processuale, se si accedesse all'idea di proteggere l'affidamento dell'avvocato sulla mancata fissazione da parte del giudice del termine per l'instaurazione della causa di merito e sulla liquidazione delle spese (manca una previsione espressa su quest'ultimo punto, come quella dell'art. 23, 2° comma d. lgs. n. 5/2003, ma si può applicare come regola generale l'art. 91, 1° comma c.p.c.).

L'obiezione attira la replica: l'interpretazione orientata al valore della certezza della disciplina processuale mira a proteggere l'avvocato, a preservare le sue energie per tutelare gli interessi sostanziali del suo cliente. Parimenti preziose sono però le energie del giudice. Non è soluzione efficiente quella di risparmiare le energie dell'avvocato, gravando le energie del giudice (il giudice non può distinguere tra misure cautelari conservative e anticipatorie tirando i dadi), quando è possibile trovare una soluzione parimenti certa in via generale ed astratta, senza abusare né delle energie dell'uno, né di quelle dell'altro.

A sostegno della soluzione che nega rilevanza all'affidamento si possono invocare i seguenti argomenti di diritto positivo. In caso di erronea mancata fissazione del termine prevale il termine legislativo previsto dall'art. 669-*octies*, 2° comma c.p.c. Parimenti prevale il regime legislativo nel caso opposto di erronea fissazione del termine ⁽²³⁾. Inoltre, la parte che ha ottenuto un provvedimento cautelare sarà sempre assistita da un difensore tecnico, al quale compete un'autonoma qualificazione giuridica della situazione processuale.

Ad una conclusione diversa si potrebbe giungere solo se ci si trovasse di fronte ad una istruzione data dal giudice alle parti sui

²²⁾ Cfr. CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 2000.

²³⁾ Così, SALETTI, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino, 2003, 226.

poteri processuali loro conferiti dalla legge, istituto che trova qualche applicazione anche nell'ordinamento italiano (v. ad esempio l'art. 641, 1° comma c.p.c.) (24). Tali fattispecie fondano un affidamento qualificato, meritevole di protezione attraverso una norma di rimessione in termini, se si accerta che l'inosservanza di un termine è stata concretamente causata dall'erroneità o dall'omissione dell'avvertimento giudiziale (25).

La fissazione del termine per l'instaurazione della causa di merito non è però un'istruzione sulla disciplina processuale, bensì è la disciplina processuale stessa, così come concretizzata dal giudice. Si rientra quindi nella regola generale: l'errore del giudice non legittima il difensore ad insistere nello stesso errore.

D'altra parte, se si accoglie la soluzione prospettata, l'unica situazione effettivamente problematica è quella del giudice che, nel concedere un sequestro giudiziario o conservativo, non assegni il termine per l'inizio del giudizio di merito e liquidi le spese, ma l'avvocato non tarderà a scorgere l'errore.

8. – Premesso che, tendenzialmente, solo sequestri continuano ad essere sottoposti al vecchio regime della strumentalità strutturale stretta, si tratta a questo punto di individuare, senza alcuna pretesa di completezza, se vi sono altri provvedimenti cautelari di sequestro, oltre a quelli previsti dagli artt. 670, n. 1 e n. 2 e 671 c.p.c., che continuano ad essere sottoposti al vecchio regime.

L'impostazione accolta, che tende a valorizzare la novità legislativa quanto più è possibile sotto il profilo interpretativo, consiglia di ricercare argomenti di diritto positivo per estendere il nuovo regime della strumentalità attenuata al maggior numero possibile di sequestri.

Il criterio fondamentale sembra il seguente: rientrano nel nuovo regime della strumentalità attenuata tutti i sequestri che non servono esclusivamente a conservare la situazione di fatto e di diritto in vista di una futura esecuzione forzata.

Se si svolge una prima e rudimentale rassegna, rientrano nel nuovo regime le seguenti forme di sequestro (attraverso l'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., tranne il primo caso).

A) il sequestro in materia di proprietà delle cose che un debi-

²⁴) Cfr. TARZIA, *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile* (1981), ora in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, 321 ss.

²⁵) Per un più ampio discorso sul punto si rinvia a CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 255 ss.

tore offre per la sua liberazione (art. 687 c.p.c.). In effetti, Piero Calamandrei lo comprende esplicitamente tra i provvedimenti anticipatori.

B) il sequestro previsto dall'art. 146, 3° comma c. c., poiché esso ha una funzione coercitiva e sanzionatoria diretta a far cessare l'allontanamento ingiustificato del coniuge dalla residenza familiare ⁽²⁶⁾.

C) il sequestro dei beni del coniuge, obbligato all'assegno di mantenimento, previsto dall'art. 156, 6° comma c. c., poiché si tratta di un «provvedimento di natura atipica, differente da quello del sequestro conservativo, in quanto prevede un titolo esecutivo già formato in luogo del *fumus boni juris* ed un inadempimento dell'obbligato in luogo del *periculum in mora*» ⁽²⁷⁾.

D) il sequestro della cosa soggetta a privilegio, poiché esso serve unicamente ad impedire la «rimozione della cosa dalla particolare situazione alla quale è subordinata la sussistenza del privilegio» (art. 2769 c.c.). La stessa argomentazione vale per il sequestro dei beni ipotecati, disposto ai sensi dell'art. 2813 c.c.

E) vi rientrerebbe anche il sequestro in materia di proprietà industriale (art. 129 d. lgs. n. 30/2005, codice della proprietà industriale, il cui secondo comma rinvia alle norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari, senza curarsi del fatto che il successivo art. 134, 1° comma rinvia al rito societario, anche cautelare). Infatti, come si è correttamente precisato anche di recente: «Tale sequestro è sì una misura conservativa, ma non solo, e comunque è irriducibile al sequestro conservativo o a quello giudiziario; svolge una funzione probatoria, ma soprattutto preventiva, in quanto impedisce — con lo spossessamento del contraffattore dei prodotti o mezzi con cui viola la privativa — la reiterazione della violazione, il che lo avvicina all'inibitoria» ⁽²⁸⁾. Sennonché l'art. 131-*bis* del predetto decreto legislativo, così come introdotto dal d. lgs. n. 140 del 2006, con una disposizione stravagante, ha previsto l'onere di instaurare il giudizio di merito.

F) le stesse considerazioni prospettate *sub E)* valgono essenzialmente per il sequestro a cautela del diritto d'autore (art. 161 s. l. n. 633/1941).

²⁶⁾ Cfr. Cass., 29 novembre 1985, n. 5948, *Foro it.*, 1986, I, 1942.

²⁷⁾ Così, Cass. 19 febbraio 2003, n. 2479, *Foro it.*, 2004, I, 830, con nota di CAPORUSSO.

²⁸⁾ Così, CASABURI, *Il procedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale*, in *Foro it.*, 2005, I, 2883; in questo senso, in precedenza, CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, cit., 87.

Continua invece ad essere sottoposto al vecchio regime della strumentalità strutturale stretta il sequestro conservativo nei confronti del terzo acquirente dei beni del debitore, qualora sia stata proposta l'azione revocatoria (art. 2905, 2° comma c.c.), poiché la formulazione della norma e la sua collocazione inducono a ritenere che si tratti di una variante del sequestro conservativo.

9. - La nuova disciplina solleva il problema della sorte del provvedimento cautelare a strumentalità attenuata in conseguenza della sentenza che, nella causa di merito, rigetta la domanda per motivi di rito. L'art. 669-*novies*, 3° comma c.p.c. prevede che il provvedimento cautelare perda la sua efficacia qualora con sentenza sia «dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso».

La sopravvivenza del provvedimento cautelare anticipatorio all'estinzione del processo pone in termini nuovi il problema.

In via di prima approssimazione si può sostenere che se il vizio accertato nella causa di merito colpisce anche il procedimento cautelare, la misura cautelare anticipatoria non può rimanere in piedi: ad esempio in caso di pronuncia di difetto di giurisdizione, di incompetenza, di difetto di legittimazione ad agire, di interesse ad agire.

Fra le ipotesi appena ricordate, un discorso a parte merita almeno quella della sentenza con il quale il giudice che ha emanato il provvedimento cautelare si dichiara incompetente a decidere la causa nel merito ⁽²⁹⁾. In tal caso – si è sostenuto – «non v'è ragione per non aderire al prevalente orientamento secondo cui l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. comporta (in caso di tempestiva riassunzione) la salvezza della misura cautelare» ⁽³⁰⁾. In realtà, il richiamo all'art. 50 c.p.c. con questo scopo prova troppo, poiché varrebbe a sancire la sopravvivenza della misura cautelare anche in caso di mancata riassunzione tempestiva, producendosi in tal caso quella estinzione del giudizio di merito (art. 50, comma 2 c.p.c.) che non determina l'inefficacia della misura cautelare. Più appropriato sembra – ma il tema sarebbe meritevole di un approfondimento esorbitante - richiamare l'art. 50 c.p.c. come espressione del principio secondo il

²⁹⁾ Non entrano in considerazione le ipotesi che costituiscono eccezione rispetto al principio della devoluzione anche delle misure cautelari chieste *ante causam* al giudice competente a conoscere la causa di merito (artt. 669-*ter*, commi 2 e 3; 669-*quater*, commi 3, 4, 5, 6; 669-*quinquies* c.p.c.).

³⁰⁾ Così, OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, cit., 9.

quale la competenza, se non è requisito di validità della domanda giudiziale, è certamente requisito di validità dei provvedimenti del giudice ⁽³¹⁾, da cui si può far discendere la conclusione che il provvedimento cautelare emanato da un giudice successivamente dichiaratosi incompetente a conoscere del merito debba perdere la propria efficacia. *Prima facie* questa soluzione si presenta opportuna per contenere il fenomeno del *forum shopping* cautelare, che altrimenti potrebbe aggravarsi in regime di strumentalità attenuata.

Diversamente la misura cautelare anticipatoria è destinata a conservare la propria efficacia se il vizio processuale accertato nella causa di merito non tocca il provvedimento cautelare: ad esempio, quest'ultimo è completamente al riparo dalla nullità dell'atto di citazione introduttiva della causa di merito per un vizio attinente alla *vocatio in ius* ⁽³²⁾.

Recentemente un'interessante sentenza della Corte di cassazione ha esteso questa soluzione anche ai sequestri ⁽³³⁾.

10. - L'evoluzione segnata dai nuovi profili della tutela cautelare e più in generale della tutela sommaria (si pensi al procedimento sommario di cognizione nel processo societario) batte in breccia l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti debba necessariamente sfociare in un accertamento con autorità di cosa giudicata. A tale idea si ispira invece, in modo notevolmente più intenso in confronto con i modelli europei, la maggior parte dei procedimenti speciali previsti nella giurisdizione contenziosa cognitiva italiana.

Lo conferma una breve rassegna dell'impianto legislativo e del diritto vivente. Così è per i procedimenti sommari non cautelari: si considerino ad esempio l'equiparazione dell'esecutività del decreto ingiuntivo non opposto al giudicato sostanziale ⁽³⁴⁾, nonché gli effetti dell'ordinanza di convalida di sfratto ⁽³⁵⁾. Così è per i procedi-

³¹⁾ Così PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta ed., Napoli, 2002, 269 ss., 271.

³²⁾ Per un più ampio discorso sul punto rinvio a CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., 1374 ss.

³³⁾ Cass. n. 17778 del 2007: «Ogni assimilazione della declaratoria di nullità del ricorso a quella di estinzione non ha, pertanto, alcun fondamento, perché non sostenuta da elementi comuni, che rendano le due ipotesi sussumibili nella stessa sorte processuale».

³⁴⁾ Cfr. Cass. 24 novembre 2000, n. 15178, in *Foro it.*, 2001, I, 914. Spunti di critica dell'opinione dominante in RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 59, 572.

³⁵⁾ Se l'ordinanza di convalida è emessa fuori dei limiti oggettivi segnati dagli art. 657 e 658 c.p.c., in assenza delle condizioni previste dall'art. 663

menti sommari cautelari, in quanto essi perdono efficacia se il processo a cognizione piena non è tempestivamente iniziato o si estingue. Così è per il procedimento possessorio, in quanto esso sbocca secondo la concezione dominante in un accertamento idoneo al giudicato sul merito possessorio ⁽³⁶⁾. Così è per il procedimento camerale su diritti, in quanto esso sfocia secondo la concezione dominante in un provvedimento idoneo al giudicato.

Questa idea è un riflesso della concezione che vede lo scopo del processo essenzialmente nell'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto. Vedere nella amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della realizzazione della volontà della legge, con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi, significa rendersi interpreti di una tradizione alta e ricca di prestigio, ma significa altresì relegare piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo.

Tale utilità campeggia viceversa nella concezione della giustizia civile come servizio pubblico rivolto alla composizione delle controversie ⁽³⁷⁾. Dominante in questa prospettiva è proprio l'utilità aspirata da chi agisce in giudizio, che non si consegue necessariamente solo attraverso un'attuazione della giurisdizione culminante nel giudicato.

11. – Tale evoluzione non è in contrasto con i principi costituzionali.

La Costituzione richiede che la tutela giurisdizionale dei diritti possa sempre avvenire in un processo a cognizione piena destinato a concludersi con un provvedimento avente attitudine al giudicato formale e contenente un accertamento idoneo al giudicato sostanziale. Così ad esempio, ricordando un caso che ha destato perplessità in dottrina, un'interpretazione conforme a Costituzione impone che all'esperimento dell'azione civile contro la di-

c.p.c., ovvero in mancanza di un presupposto generale di ammissibilità del procedimento speciale, assume valore di sentenza ed è perciò impugnabile con l'appello: così, Cass. 11 gennaio 2001, n. 332, in *Foro it.*, *Rep.* 2001, voce *Sfratto*, n. 2.

³⁶⁾ Cfr. Cass. 24 febbraio 1998, n. 1984, in *Foro it.*, 1998, I, 1054 ss., con nota di CIVININI. Una scelta che è sostanzialmente confermata dal nuovo testo dell'art. 703, ult. comma, c.p.c., introdotto dalla l. n. 80 del 2005.

³⁷⁾ Sull'alternativa tra il processo come risoluzione dei conflitti e il processo come attuazione delle scelte politiche, v. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority* (1986), ed. italiana a cura di M. Taruffo, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, 173 ss., spec. 249 ss.

scriminazione ex art. art. 44 d. lgs. n. 286 del 1998 possa sempre fare seguito un processo a cognizione piena sull'esistenza del diritto a non essere discriminati ⁽³⁸⁾.

Ciò non implica però che la giurisdizione contenziosa debba sempre mirare alla formazione del giudicato ⁽³⁹⁾. Nella sua discrezionalità, senza contrastare con il valore della cognizione piena e del giudicato, la legge può prevedere che taluni diritti possano essere fatti valere non solo in processi a cognizione piena, ma anche in processi sommari che sfociano in provvedimenti non idonei a dettare una disciplina incontestabile del rapporto controverso. Le garanzie costituzionali, se non incidono sull'*an*, incidono però sul *quomodo* di una tutela che non sfocia in un provvedimento idoneo al giudicato: in particolare, la garanzia del diritto di difesa richiede che il contraddittorio sia anticipato rispetto al rilascio del provvedimento sommario e che quest'ultimo debba essere reclamabile, sulla falsariga della disciplina dei provvedimenti cautelari (art. 669-terdecies c.p.c.) ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia la realizzazione della garanzia costituzionale del giusto processo è da cogliere non già nella – pur sacrosanta – necessità di contemperare le esigenze di celerità del procedimento sommario con il rispetto del diritto di difesa delle parti, bensì - anche e soprattutto - nella possibilità di instaurare successivamente (in via di

³⁸() Il problema è affrontato da SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 805 ss., spec. 828, in nota 34; SANTAGADA, *La tutela giurisdizionale dei diritti dello straniero nel testo unico sull'immigrazione*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2001, 341 ss., spec. 364.

³⁹() Così, DENTI, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 111, Bologna – Roma, 1987, 21 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 393 ss., spec. 402; ID., *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, in *Foro it.*, 1981, V, 226 ss., spec. 244.

V. però, nel senso che la tutela giurisdizionale dei diritti con statuizioni dotate dell'autorità di cosa giudicata sia protetta da garanzia costituzionale (ancorata al ricorso in cassazione ex art. 111 Cost.), CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 395 ss.; ID., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 43 ss.; nonché gli scritti di LANFRANCHI, fra i quali da ultimo v. il saggio introduttivo in *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, cit.

⁴⁰() Così, CIPRIANI – CIVININI – PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Foro it.*, 2001, V, 81 ss., spec. 83. Su questo problema è incentrato il contributo di BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 1998, I, 1541 ss. L'introduzione del reclamo attraverso la Novella del 1990 raccoglie i voti della dottrina precedente, v. tra gli altri TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, cit., 251 ss.; CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 680 ss., spec. 723.

opposizione all'esecuzione del provvedimento o in un autonomo processo) il giudizio a cognizione piena, cioè con forme e termini predeterminati dalla legge, e non affidati tendenzialmente al potere discrezionale del giudice ⁽⁴¹⁾.

⁴¹) Cfr. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 402. Per una diversa impostazione, v. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., 6 ss., 11.

() Relazione al corso di formazione professionale «Il nuovo procedimento cautelare uniforme», organizzato dalla Fondazione per la formazione forense dell'Ordine degli avvocati di Firenze, dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Firenze e dal Centro interuniversitario di studi e di ricerche sulla giustizia civile «Giovanni Fabbrini» (Firenze, 13 maggio 2008).

Il testo rielabora ed aggiorna il saggio uscito in *Foro italiano*, 2006, V, 69.