

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO GIURIDICO DELLE ISTITUZIONI NAZIONALI ED EUROPEE

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CURRICULUM DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

IUS/15 – XXI CICLO



**LA TUTELA CAUTELARE ANTICIPATORIA.
PREMESSE PER UNO STUDIO DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI
NEL DIRITTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE**

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA DI

Martino M. ANDREONI

Matr. n.: 700112

TUTOR:

Chiar.mo Prof. Filippo DANOVI

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

Chiar.ma Prof.ssa Costanza HONORATI

ANNO ACCADEMICO 2008/2009

INDICE SOMMARIO

pag.

INTRODUZIONE

RAGIONI E PROGRAMMA DELLA RICERCA	1
--	----------

CAPITOLO I

TUTELA CAUTELARE E TUTELA ANTICIPATORIA

1. Cenni introduttivi su tutela sommaria, tutela cautelare e tutela anticipatoria.	14
2. Alcune premesse sulle caratteristiche della tutela anticipatoria e sulla loro compatibilità con la struttura e la funzione della tutela cautelare.	22
3. Anticipazione e tutela cautelare nelle elaborazioni della dottrina anteriore al codice di procedura civile del 1940. Chiovenda e gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva come unica ipotesi di anticipazione degli effetti dell'accertamento definitivo. Funzione meramente assicurativa dei provvedimenti cautelari.....	28
4. L'assimilazione tra tutela cautelare e tutela anticipatoria nel pensiero di Calamandrei.	34

5. L'introduzione, con il codice di procedure civile attuale e le sue successive modifiche, del provvedimento d'urgenza <i>ex art. 700 c.p.c.</i> , delle ordinanze anticipatorie di condanna e del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702- <i>bis</i> ss. c.p.c. Gli altri provvedimenti che anticipano gli effetti (esecutivi) della sentenza di merito rinvenibili nel codice di procedura civile e nelle leggi speciali.	39
6. L'orientamento che privilegia una visione atomistica dei provvedimenti a contenuto anticipatorio e nega la possibilità di ricondurre ad un'autonoma categoria tutte le ipotesi di anticipazione previste nell'ordinamento.	53
7. Anticipazione come anteriorità cronologica di un provvedimento rispetto a un altro, sullo stesso oggetto e con lo stesso scopo. L'anticipazione come preciso schema strutturale diverso da quello cautelare.	58
8. Il significato tecnico-processuale di anticipazione come concorso di fattispecie volte alla produzione del medesimo effetto finale. Possibile coesistenza tra tutela cautelare e tutela anticipatoria nei provvedimenti d'urgenza.	61
9. La tecnica dell'anticipazione nei provvedimenti anticipatori interinali e le sue differenze dall'anticipazione realizzabile nella tutela cautelare. La misura cautelare anticipatoria come provvedimento che potrebbe considerarsi anticipatorio solo in senso improprio.	65
10. La tutela anticipatoria e i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata. La tutela cautelare come uno degli strumenti che il legislatore utilizza per realizzare la tutela anticipatoria. Prime conclusioni e transizione.	71

CAPITOLO II

PROFILI COMPARATIVI: LA TUTELA ANTICIPATORIA IN FRANCIA E IN GERMANIA

1. Cenni sul rapporto tra anticipazione, tutela cautelare e tutela provvisoria negli ordinamenti giuridici di alcuni Paesi europei. ...	79
2. La tutela anticipatoria nell'ordinamento francese. La <i>procédure en référé</i>	83
3. (Segue) Il <i>référé classique</i> e il <i>référé de prévention ou de remise en état</i> . .	87
4. (Segue) Il <i>référé provision</i> e il <i>référé injonction</i>	95
5. (Segue) Alcune considerazioni sulle forme con le quali è realizzata l'anticipazione nei <i>référés</i>	99
6. L'anticipazione cautelare nell'ordinamento tedesco. Le <i>einstweilige Verfügungen</i> e la tendenza verso una forma di tutela soddisfattiva inidonea al giudicato.	101

CAPITOLO III

STRUTTURA E FUNZIONE DELLA TUTELA CAUTELARE ANTICIPATORIA. LA STABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO

1. Strumentalità, provvisorietà, immediata efficacia del provvedimento e carattere ipotetico del giudizio come elementi strutturali distintivi della tutela cautelare.	110
2. Le conseguenze del venir meno del nesso di strumentalità necessaria sui profili funzionali e strutturali della tutela cautelare. L'autosufficienza del provvedimento cautelare anticipatorio	114

3. (Segue) L'autonomia del provvedimento cautelare anticipatorio e la pronuncia sulle spese <i>ex art. 669-octies</i> , comma 7, c.p.c. (introdotto dalla legge n. 69/2009). La qualificazione del provvedimento compiuta dal giudice cautelare in sede di pronuncia sulle spese e la sua inefficacia vincolante rispetto al giudice chiamato a decidere sulla caducazione del provvedimento <i>ex art. 669-novies</i> c.p.c.	122
4. (Segue) Il <i>fumus boni iuris</i> e il <i>periculum in mora</i> nei provvedimenti cautelari anticipatori.	125
5. L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 669-octies c.p.c. e l'individuazione dei provvedimenti cautelari anticipatori.	134
6. La stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio. La tendenza al consolidamento degli effetti sul piano sostanziale. I provvedimenti che esauriscono immediatamente i loro effetti.	144
7. (Segue) La stabilità «interna» del provvedimento anticipatorio e il reclamo.	148
8. (Segue) La stabilità «esterna». La revoca e la modifica del provvedimento. La riproposizione della domanda cautelare.....	154
9. L'autorità del provvedimento cautelare e la sua inidoneità ad acquisire l'immutabilità e l'irretrattabilità proprie del giudicato. Il conflitto tra provvedimenti cautelari. L'efficacia del provvedimento cautelare come prova in altri processi.	163
10. L'eventuale processo di merito successivo al provvedimento cautelare anticipatorio e il suo oggetto.	172

CAPITOLO IV

GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

1. Gli effetti della sentenza anticipabili in sede cautelare e la necessaria indicazione della domanda di merito nel ricorso. 179
2. L'anticipazione degli effetti delle sentenze di condanna e l'attuazione del provvedimento cautelare. 184
3. (*Segue*) L'attuazione del provvedimento cautelare contenente un obbligo di *facere* infungibile o di non fare e le misure di coercizione indiretta recentemente introdotte nel codice di procedura civile. 195
4. La questione dell'anticipazione degli effetti delle sentenze di mero accertamento. Il problema dell'interesse ad agire e del *periculum in mora*. 207
5. Il problema dell'anticipazione degli effetti delle sentenze costitutive. 218

CAPITOLO V

I PROVVEDIMENTI CAUTELARI ANTICIPATORI NEL DIRITTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE ED INDUSTRIALE

1. Considerazioni introduttive sulle peculiarità del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza. L'importanza della tutela urgente e preventiva nella protezione dei relativi diritti. 224

2. La tipicità delle misure cautelari nel diritto industriale e intellettuale. Il ruolo del provvedimento <i>ex art. 700 c.p.c.</i>	232
3. Le singole misure cautelari e la loro natura conservativa o anticipatoria. Il diritto di informazione e l'efficacia delle informazioni rese in sede cautelare in altri processi.....	238
4. (<i>Segue</i>) La descrizione, l'accertamento e la perizia quali misure di istruzione preventiva. La loro efficacia come prova in altri processi.	244
5. (<i>Segue</i>) Il sequestro e la questione della sua natura.	249
6. (<i>Segue</i>) L'inibitoria provvisoria a tutela dei diritti di proprietà industriale e a protezione dei diritto d'autore. Cenni sulla natura dell'inibitoria.....	255
7. (<i>Segue</i>) L'inibitoria cautelare in materia di concorrenza sleale. La sua natura e la questione dell'applicabilità ad essa del nuovo art. 614- <i>bis</i> c.p.c.	261
8. (<i>Segue</i>) Le altre misure tipiche. In particolare: l'ordine di ritiro dal commercio, il provvedimento cautelare a tutela dei <i>domain names</i> , la pubblicazione del provvedimento cautelare.	267
9. La questione della stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio in materia di proprietà intellettuale. La stabilità dell'inibitoria e dell'ordine di ritiro dal commercio alla luce dei nuovi commi 1- <i>bis</i> , 1- <i>ter</i> e 1- <i>quater</i> dell'art. 131 c.p.i.	277
10. (<i>Segue</i>) La compatibilità del regime di strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari anticipatori con l'Accordo TRIPs e con la Direttiva CE 48/2004.	282
11. Le penali. La questione delle penali per la violazione dell'ordine di ritiro dal commercio. Il problema della fissazione della penale. Il problema dell'accertamento della violazione e la liquidazione della penale. La costituzione di un valido titolo esecutivo e la questione dell'applicabilità dell'art. 669- <i>duodecies</i> c.p.c.	293

12. (<i>Segue</i>) La sorte delle penali nel caso di sopravvenuta inefficacia del provvedimento di inibitoria.	298
<i>BIBLIOGRAFIA.</i>	301

INTRODUZIONE

RAGIONI E PROGRAMMA DELLA RICERCA

La tutela giurisdizionale raggiunge i suoi fini istituzionali solo garantendo al soggetto che la invoca un risultato utile sul piano degli effetti, e tale può considerarsi, nella maggior parte dei casi, solo quello ottenuto in tempi brevi. Tutela effettiva significa dunque, in primo luogo, tutela rapida¹.

La consapevolezza che nel momento attuale di crisi della giustizia civile

¹ Cfr. A. PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 35 ss., spec. p. 49 ss., ove rileva che la rapidità della decisione rappresenta «un elemento essenziale per una effettiva tutela giurisdizionale»; E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss., p. 225, secondo cui «tutela effettiva vuole dire oggi, soprattutto, tutela celere».

Sulle radici, anche internazionali, del principio di effettività si veda V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 445 ss.

Le riflessioni sull'impatto della durata del processo ordinario sulla effettività della tutela sono molto diffuse. Si vedano, infatti, G. CRISTOFOLINI, *Processo d'ingiunzione: frammento*, Padova, 1939, p. 5 ss.; E. ALLORIO, *Verso il nuovo processo civile*, in ID., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, p. 397 ss.; G.A. MICHELI, *Problemi attuali del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 291 ss.; E. FAZZALARI-G.A. MICHELI, *Gli attuali problemi del processo civile italiano*, Roma, 1968, p. 31 ss.; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice*, in *Giust. civ.*, 1971, IV, p. 169 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 270 ss.; F. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 11 ss. e p. 17 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, p. 360 ss.; C. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, p. 1 ss.; V. DENTI, *Crisi della giustizia e crisi della società*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 585 ss.; ID., *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 217 ss.; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, p. 257 ss.; N. PICARDI, *La patologia della giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 27 ss.; V. DENTI-M. TARUFFO, *Costo e durata del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 285 ss.; M. CASELLA, *I modelli processuali per le società complesse*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 35 ss.; F. GALGANO, *Giustizia civile e litigiosità*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 323 ss.; S. CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in ID., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, p. 3 ss.

l'effettività della tutela non possa essere assicurata solo da riforme, più o meno incisive, dell'ordinario processo di cognizione, data la difficoltà di intervenire sulle molteplici cause di essa², e dati i limiti connaturali, in termini di durata, che quel processo possiede³, ha indotto il legislatore a privilegiare, parte della dottrina ad auspicare e parte a paventare, l'introduzione di forme di tutela differenziata⁴ in grado di garantire in tempi brevi la protezione del diritto, con risultati talvolta equivalenti a quelli ottenibili con il giudizio ordinario e talvolta minori, ma pur sempre utili perché soddisfattivi della pretesa in concreto fatta valere. Tali forme di tutela differenziata forniscono una tute-

² Cfr. E. ALLORIO, *Trent'anni di applicazione del codice di procedura civile*, Introduzione al *Commentario al codice di procedura civile*, I, 1, Torino, 1973, p. XIII ss. e p. LIX ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 20 s., il quale osserva che «le cause del disservizio o malservizio della giustizia civile sono non già (o lo sono in parte) le imperfezioni delle norme di diritto [...] sibbene la cronica carenza dei mezzi materiali, posti a disposizione degli uffici giudiziari [...] e l'atteggiamento mentale della più parte degli operatori pratici»; A. CERINO CANOVA, *In tema di riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 316 ss., spec. p. 323; G. TARZIA, *Quali riforme per la giustizia civile*, in *Giur. it.*, 1987, IV, c. 289 ss.; ID., *Strutture giudiziarie, regole e prassi del processo nella crisi della giustizia civile*, in *Riv. giur. sarda*, 1988, II, p. 547 ss.; E.F. RICCI, *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1021 ss., a p. 1032, ove osserva che «quando la durata del processo ha ormai superato ogni limite di tollerabilità e ha raggiunto i livelli che la contraddistinguono nel nostro paese, è probabilmente vano sperare di trovare rimedi efficaci soltanto con misure volte ad accelerare la pronuncia della sentenza. In qualche misura, conviene anche prendere atto che il fenomeno eccede le capacità del legislatore del processo».

³ E.F. RICCI, *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, cit., p. 1032 s., il quale rileva che «un impedimento alla accelerazione del processo è costituito dalla visione garantistica del processo stesso, avendo ogni garanzia un preciso costo in termini di tempo» e che «un allungamento nei tempi della giustizia è in certa misura (anche se non nella scandalosa misura tipica del nostro paese) un inevitabile portato della ispirazione fondamentale dei sistemi moderni e dello stato sociale» (corsivo dell'Autore).

⁴ Sulla tutela differenziata, si vedano, tra gli altri, L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592 ss.; A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536 ss.; C. VOCINO, *Intorno al verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in AA. VV., *Studi in onore di Tito Carnacini*, vol. II, Milano, 1984, p. 761 ss.

la meno intensa, ma forse più efficace perché più rapida, di quella del processo di merito; una tutela che tende a garantire l'esecuzione coattiva della pretese e non finalizzata all'accertamento con autorità di giudicato⁵, sulla scorta anche delle esperienze di alcuni Paesi europei⁶.

D'altra parte, l'evoluzione dei rapporti economici e commerciali mostra il sorgere di ormai sempre più frequenti conflitti di interessi e dell'esigenza di comporli con strumenti agili e rapidi. Tale esigenza non può essere trascurata nella definizione delle tecniche di tutela giurisdizionale che dalla realtà devono prendere ispirazione, essendo il processo civile strumentale alla soddisfazione dei diritti e alla realizzazione dei bisogni di tutela che, da quella realtà, emergono⁷. L'efficacia e la competitività della protezione giurisdizio-

⁵ Sulla tendenza all'introduzione di tali forme di tutela, dirette a far ottenere la soddisfazione coattiva del diritto, e non il suo accertamento con autorità di giudicato, si vedano E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile*, cit., p. 211 ss.; S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869 ss.; non senza alcuni spunti critici, F. CARPI, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 849 ss., spec. 860 s.; A. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 53 ss.; I.A. ANDOLINA, *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del «giusto processo»*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, n. 2, p. 317 ss. e in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, p. 37 ss.; A. CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari tra «decodificazione» e «sommarrizzazione»*, in AA. VV., *Davanti al giudice, Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi e A. Carratta, Torino, 2005, p. 67 ss.; Id., *Tutela sommaria come alternativa al processo ordinario ed al giudicato?*, Relazione tenuta all'incontro di studio sul tema: «Ragionevole durata del processo civile: interpretazione ed effetti», organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e svoltosi a Roma il 13-15 maggio 2009;

⁶ In particolare di Francia, con le *ordonnances en référé*, e della Germania, con le *einstweilige Verfügungen*. A tali istituti è dedicato il Capitolo II.

⁷ Si vedano le illuminanti parole di P. Cappelletti (citate da F. CARPI, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 105 ss., a p. 106), il quale rileva che 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». Sul punto si vedano anche le recenti considerazioni di E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civi-*

nale dei diritti si fonda, oggi più che ieri, sulla rapidità con la quale la tutela è fornita, piuttosto che sulla certezza che da quella origina⁸.

Tali considerazioni inducono allora a guardare, con maggiore benevolenza di quella solitamente riservata loro dalla dottrina, a strumenti di protezione minori rispetto al processo di merito⁹ e in parte a ripensare la conce-

le, cit., p. 225, ove afferma che «la regola della durata ragionevole va parametrata sul tipo di risultato che si vuole ottenere; e, quando per ottenere un certo risultato appare necessario l'impiego di un tempo eccessivamente ampio, la tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24 Cost. richiede che si esplori anche la possibilità di risultati minori, se questi sono utili ed è possibile ottenerli più celermente»; R. VACCARELLA, *La riforma societaria: aspetti processuali, Il rito ordinario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1501 ss., p. 1504, quando critica, «come vero e proprio feticcio» della cultura giuridica italiana, l'idea che «la tutela giurisdizionale si realizzi principalmente (se non esclusivamente) attraverso una sentenza idonea, ex art. 2909 c.c., al passaggio in giudicato; a tale idea è stata sostituita [nel rito societario] quella per cui la legge deve garantire all'utente della giustizia un provvedimento adeguato alla tutela della quale egli ha bisogno, tutela che può ben essere "minore" di quella costituita dal giudicato ma che è sufficiente per conseguire lo scopo perseguito»; P. BIAVATI, *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 179, ove sottolinea 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».

⁸ Cfr. F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 ss. (anche in AA. VV., *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, Rimini, 1986, p. 37 ss.), p. 698 quando, con un'immagine di grande efficacia, afferma 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»; E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in *Il progetto di riforma organica del processo civile*, Atti del convegno organizzato dalla Camera Civile di Milano il 18-19 aprile 1997, (a cura di G. TARZIA), Milano, 1998, p. 61 ss., spec. p. 67, ove, a proposito dello spettro di una sommarizzazione della giustizia civile paventato da molti studiosi, osserva che «è veramente difficile farsi impressionare da simili spettri in una situazione come quella odierna, nella quale il processo civile ordinario rischia di essere, anziché uno strumento per la tutela dei diritti soggettivi, uno strumento per legalizzare in qualche modo la mancanza di una tutela degna di questo nome»; P. BIAVATI, *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, cit., p. 160, il quale si domanda, a proposito del giudicato, «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».

⁹ F. CARPI, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, cit., p. 860 s., ove afferma che «le crescenti esigenze di tutela efficace ed effettiva [...] portano a spostare l'ottica verso provvedimenti sommari, soddisfatti ma instabili, destinati cioè a realizzare immediatamente i diritti fatti valere, senza l'autorità del giudicato, ma rivedibili nel processo ordinario di co-

zione tradizionale, ma che sempre affiora, per la quale la tutela giurisdizionale è tale solo se aspira al giudicato¹⁰, e così valutandosi ogni nuovo strumento giurisdizionale di tutela dei diritti alla luce della sua collocazione rispetto al giudicato¹¹; e di ciò costituisce un chiaro esempio il nuovo procedi-

gnizione, solo eventuale e non necessario»; S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, cit., p. 869 s., quando osserva che il risultato che si intravede in esito al percorso già iniziato dal legislatore è quello del «superamento, forse definitivo, nel sistema giurisdizionale dei diritti, del modello tradizionale, che si fonda sulla centralità della tutela dichiarativa, del processo di cognizione e dell'accertamento con autorità di cosa giudicata», rilevando infine che «sembra essersi inaugurata l'epoca della giurisdizione senza finalità cognitive e, dunque, senza processo di cognizione (o di merito) e senza accertamento delle situazioni soggettive sostanziali, idoneo a fare stato ad ogni effetto ai sensi dell'art. 2909 c.c.»; I.A. ANDOLINA, *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del «giusto processo»*, cit., p. 321 s., secondo cui «è dunque presente, nel sistema positivo italiano, un "doppio binario" della giustizia civile. Da un conto un binario "a scartamento ridotto", a bassissima velocità che conduce - in tempi assai lunghi - al giudicato [...] dall'altro canto, un binario "ad alta velocità" [...] che tende a comporre il conflitto mediante provvedimenti provvisori disancorati dal giudicato, ma immediatamente produttivi di effetti e quindi tempestivamente idonei ad assicurare un assetto giuridico agli interessi in conflitto».

¹⁰ E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in ID., *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 3 ss., spec. p. 16 e 17, quando dichiara di considerare «l'idea della giurisdizione inseparabile dalla presenza dell'effetto dichiarativo, che identifico con la cosa giudicata»; ID., *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487 ss.

¹¹ Cfr. A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 431 ss., spec. p. 476 ss., secondo il quale dall'art. 111 Cost. emergerebbe la valenza di garanzia costituzione dell'autorità del giudicato che, in particolare, andrebbe imprescindibilmente congiunta ad ogni procedimento che abbia ad oggetto diritti soggettivi o *status*. L'autorevole opinione per la quale il giudicato sarebbe coperto da garanzia costituzionale è tuttavia in parte contrastata da altri Autori, i quali negano che l'immutabilità rappresenti un attributo indispensabile nella tutela giurisdizionale in senso proprio: S. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1097 ss., p. 1102, ove afferma che sarebbe 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 Costituzione, anche se, sempre secondo l'Autore (p. 1098), l'attributo primo della giurisdizione di cognizione rimane l'accertamento vincolante e definitivo avente forza di giudicato; ID., *Il giudicato civile*, Torino, 1988, p. 8 e 9; V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 325 ss., spec. p. 326; E. GRASSO, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*,

mento sommario di cognizione introdotto nel giugno del 2009¹².

Nel contesto di crisi della giustizia e dell'esigenza di rapidità e di effettività della tutela, assume una rilevanza fondamentale l'utilizzazione di provvedimenti in grado di raggiungere l'anticipazione, totale o parziale, del contenuto e degli effetti dell'ordinaria tutela di cognizione¹³. Questi provvedimenti presentano tuttavia caratteristiche profondamente diverse fra loro tali da indurre gli interpreti a riflettere sul contenuto e sulla reale portata del concetto di tutela anticipatoria e sull'opportunità e correttezza di ricondurre ad una autonoma categoria tutti gli strumenti con i quali essa si realizza.

L'anticipazione, infatti, può ottenersi attraverso due meccanismi. L'uno si inserisce nel tessuto dell'ordinario processo civile e soltanto durante il suo corso. L'altro segue lo schema del procedimento cautelare, è possibile prima del processo di merito, sostanzialmente si fonda sui presupposti tipici della tutela cautelare e, quand'anche inserito nel corso del processo ordinario, non perde il suo essenziale connotato dell'urgenza¹⁴.

1990, p. 35 ss.; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 143 ss.; ID., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359 ss., p. 1388 e 1389, ove afferma che la realizzazione della garanzia costituzionale del giusto processo è da cogliersi soprattutto nella possibilità di instaurare successivamente il giudizio a cognizione piena.

¹² Su cui si veda il paragrafo 5, Capitolo I.

¹³ Cfr. V. DENTI, *Una difesa d'ufficio*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 172 ss., quando afferma che «non si può ignorare che la giustizia civile, negli ordinamenti contemporanei, si regge in gran parte sull'ampia diffusione della tutela sommaria c.d. anticipatrice, senza la quale il processo ordinario non sarebbe in grado di funzionare»; E. FAZZALARI, *Intervento*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 279 ss., ove rileva che un'anticipazione «suscettibile di chiudere la lite (se colui che interlocutoriamente soccombe è dissuaso dal proseguire) può essere uno dei rimedi, forse l'unico serio, alla crisi della giustizia civile».

¹⁴ Sui due modelli attraverso i quali è possibile realizzare la tutela anticipatoria, v. E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 61 ss.; in senso analogo anche I.A. ANDOLINA, *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del «giusto processo»*, cit., p. 319.

Proprio la possibilità, ormai legislativamente sancita e prima comunque costantemente affermata dalla giurisprudenza, di imprimere un contenuto anticipatorio ai provvedimenti cautelari d'urgenza, al fine di fare ottenere alla parte, attraverso la tecnica dell'anticipazione, quel risultato utile che potrebbe raggiungere solo al termine del processo ordinario di cognizione, spiega molto della fortuna e dell'evoluzione applicativa del procedimento d'urgenza, anche come strumento per raggiungere l'effettività della tutela giurisdizionale¹⁵.

Il ruolo del provvedimento cautelare¹⁶, caratterizzato invero da oscillazioni e restringimenti¹⁷, in alcuni settori del diritto tradizionalmente più sensibili alla rapidità con la quale viene fornita la tutela richiesta, si è costantemente ampliato¹⁸, fino a rappresentare uno strumento di tutela privilegiato

¹⁵ E come tale dotato anche di fondamento costituzionale: sul punto, si veda F. TOMMASEO, *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, p. 409 ss. Sull'effettività della tutela giurisdizionale in generale, e sui provvedimenti d'urgenza come strumenti per il suo raggiungimento, v. le recenti riflessioni di R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in AA. VV., *Studio in onore di Vittorio Colesanti*, vol. II, Napoli, 2009, p. 849 ss., spec. a p. 881 ss.; e di F. TOMMASEO, *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo II, Milano, 2005, p. 1477 ss.

¹⁶ Osserva G. TARZIA, *Intervento*, in *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, Rimini, 1986, p. 150, che l'esperienza applicativa della tutela cautelare d'urgenza rappresenta «il fenomeno più impressionante di evoluzione e di trasformazione d'uno strumento processuale che sia dato riscontrare nella realtà della giustizia civile».

¹⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, p. 1 ss., che segnala come, dopo un'iniziale fase di enorme sviluppo, la tendenza più recente segna invece un costante regresso del ricorso agli strumenti di tutela cautelare.

¹⁸ Sull'utilizzo, e talvolta l'abuso, del provvedimento d'urgenza, si vedano V. ANDRIOLI, *Provvedimenti d'urgenza in incertam personam*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1476 ss.; ID., *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 409 ss., spec. p. 413 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (Artt. 700-702 c.p.c.)*, Napoli, 1955, p. 85 ss.; ID., *Sul provvedimento d'urgenza come misura cautelare innominata e come mezzo di composizione provvisoria di controversie giuridiche*, (nota a Trib. Milano,

di un ampio spettro di pretese, in riferimento alle quali l'esigenza di accertamento pieno del diritto cede il passo a quella del suo pronto soddisfacimento.

Uno dei settori, nel quale tale ruolo è più evidente, è quello del diritto della proprietà industriale ed intellettuale. I motivi di ciò sono molteplici e devono essere ricercati in alcune caratteristiche peculiari di tale diritto, sulle quali torneremo¹⁹, che lo rendono particolarmente vulnerabile alle violazioni e che fanno assumere alla tutela giurisdizionale, in special modo a quella cautelare e preventiva, una funzione necessaria affinché al suo titolare ne sia assicurato il legittimo e pieno godimento.

Il nuovo regime di stabilità dei provvedimenti cautelari anticipatori introdotto dalle riforme degli ultimi anni ha costituito dunque, in questo cam-

15 dicembre 1955), in *Foro it.*, 1955, I, c. 932 ss.; ID., *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 217 ss., spec. p. 226 ss.; A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 122 ss.; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali - Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 415 ss., spec. p. 430 ss.; ID., *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985) cit.*, p. 81 ss.; S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, in *I processi speciali - Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., p. 151 ss., spec. p. 158 ss.; N. PICARDI, *L'art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 324 ss.; G. ARIETA, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 585 ss.; ID., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, p. 65 ss.; C. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 657 ss. e in *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985) cit.*, p. 15 ss.; F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, cit., p. 680 ss.; G. TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 36 ss.; R. CONTE, *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 213 ss.

¹⁹ Nel Capitolo V, in particolare nel paragrafo 1.

po e non solo, una novità auspicata²⁰, anche in funzione di economia proces-

²⁰ Cfr. E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 64 ss.; ID., *Verso un nuovo processo civile*, cit., p. 214 s.; S. CHIARLONI, *Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 501 ss.; ID., *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186-quater c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 513 ss., spec. p. 518 dove insiste sull'opportunità di trasformare i provvedimenti d'urgenza in provvedimenti cautelari non in senso proprio sul modello del *référé* francese, vale a dire in «provvedimenti in grado di sopravvivere indipendentemente dal radicamento (o dalla prosecuzione) del giudizio di merito, così da ribaltare sul soccombente l'onere di domandare un provvedimento a cognizione piena che si sostituisce al provvedimento di anticipazione sommaria»; A. PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. Premessa*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 8 ss.; ID., *Dodici anni di riforme per la giustizia civile*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 89 ss.; C. CONSOLO, *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 24; G. COSTANTINO, *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995, n. 238)*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 321 ss., spec. c. 332; G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, p. 851 ss., p. 863; E. MERLIN, *Commento all'art. 669-novies c.p.c., Inefficacia del provvedimento cautelare*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di G. TARZIA-F. CIPRIANI, Padova, 1992, p. 340 ss., spec. p. 340 e 341 la quale, a proposito dell'introduzione del rito cautelare uniforme ad opera della legge 26 novembre 1990, n. 353, afferma che «è forse un peccato che - proprio nel momento in cui, con l'introduzione della tanto attesa "impugnazione cautelare", viene di tale forma di tutela per altro verso ad essere esaltata l'autonomia strutturale - si sia, nell'intento di valorizzare al massimo l'impostazione unitaria del "procedimento cautelare", persa l'occasione per differenziare tra misura e misura, ed in particolare per sottrarre quelle capaci "di stare in piedi anche da sole" (di attribuire, cioè, all'interessato un'utilità suscettibile di godimento anche indipendentemente dalla vicenda processuale) al regime di costante dipendenza dall'evoluzione del meccanismo destinato a sfociare nella pronuncia di merito. È così anche nel caso in cui il diritto minacciato abbia trovato parziale o totale soddisfazione nella misura cautelare [...], l'interessato dovrà, per evitarne la caducazione, affrontare quella che appare oggi come una vera e propria "corsa ad ostacoli", preparandosi a coltivare diligentemente la causa di merito».

Tali rilievi della dottrina sono stati tradotti nel punto 43 dell'art. 2 del disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura civile approntato dalla Commissione Tarzia (il testo è pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 964 ss.), dove viene auspicata la revisione della disciplina dei provvedimenti d'urgenza nel senso che si preveda che il provvedimento pronunciato nel corso del processo di cognizione conservi l'efficacia in caso di estinzione del processo sul merito «in quanto non revocato o non modificato» e che la parte, contro la quale sia stato pronunciato il provvedimento *ante causam* o nel corso di un processo successivamente instaurato «possa chiedere in qualunque tempo l'accertamento dell'inesistenza del diritto, a tutela del quale il provvedimento è stato pronunciato». Nella Relazione che accompagna il disegno di legge (in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1017 ss.) si rileva come in questo modo si contribuirà «a deflazionare il contenzioso ordinario susseguente al provvedimento *ex art.*

suale²¹. Tuttavia esso solleva una serie di problemi e lascia aperti molti dubbi, che è opportuno approfondire e ai quali è dedicato il presente lavoro.

Si deve anzitutto verificare se, e in quale misura, la nuova regola della strumentalità attenuata incide sulle caratteristiche funzionali e strutturali tipiche della tutela cautelare come è stata tradizionalmente inquadrata²².

Il legislatore poi non individua, e dunque il compito è lasciato all'interprete, quali siano i provvedimenti dotati di stabilità, e in particolare se tra essi rientrino tutti i provvedimenti d'urgenza²³; per far ciò è necessario partire dalla elaborazione della nozione di provvedimento anticipatorio, muovendo anche dalle concezioni di anticipatorietà che la dottrina ha proposto nel corso degli anni²⁴ e verificando l'eventuale impatto delle novità su tali concezioni²⁵. Non è inoltre chiaro, e dovrà dunque essere oggetto di approfondimento, quali siano gli effetti della sentenza anticipabili dal provvedimento cautelare²⁶.

700 c.p.c., secondo l'utile modello del *référé* francese e belga, pur contenuto nei limiti della tutela d'urgenza posti dalla nostra norma vigente».

²¹ Cfr. E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 66 s.; S. CHIARLONI, *Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, cit., c. 501; E. MERLIN, *Commento all'art. 669-novies c.p.c., Inefficacia del provvedimento cautelare*, cit., p. 340 ss., p. ; C. CONSOLO, *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 24; V. CARBONE-C. CONSOLO, *Quali riforme oggi per il processo civile di cognizione?*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 282 ss.; R. CONTE, *Progetti di riforma al codice di rito e tutela sommaria: pro memoria per il legislatore*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 549 ss.

²² Il tema sarà affrontato nel Capitolo III, paragrafi 1, 2, 3, 4 e 6.

²³ Sulla questione dell'ambito di applicazione del principio della strumentalità attenuata e sulla individuazione della nozione di provvedimento anticipatorio, si veda il paragrafo 5 del Capitolo III, ove sono affrontati in via generale; mentre, per quanto concerne l'ambito del diritto della proprietà intellettuale, si vedano i paragrafi 3, 4, 5, 6, 7 e 8 del Capitolo V.

²⁴ A questo tema è dedicato il Capitolo I.

²⁵ Sul punto, si veda il paragrafo 10 del Capitolo I.

²⁶ La questione è affrontata nel Capitolo IV.

È poi necessario precisare in cosa consista la stabilità di tali provvedimenti²⁷, individuare le eventuali peculiarità che il nuovo regime di stabilità produce sia sul procedimento cautelare²⁸, sia nel giudizio ordinario di merito che a quello eventualmente segua²⁹. Dovrà essere infine affrontata la questione dell'efficacia e dell'attuazione del provvedimento anticipatorio, sia nei suoi aspetti processuali, sia in quelli sostanziali³⁰.

La scelta di approfondire il tema della tutela anticipatoria nell'ambito del diritto della proprietà industriale e intellettuale è motivata, oltre che dalla particolare rilevanza che in essa riveste la tutela anticipatoria cautelare, anche dalla circostanza che in tale ambito gli aspetti e i problemi sopra menzionati hanno avuto uno sviluppo particolarmente significativo, che merita di essere approfondito. Si può osservare, inoltre, come nel diritto industriale e d'autore si pone un problema di compatibilità tra la regola della strumentalità attenuata e la normativa comunitaria e internazionale³¹.

La funzione particolarmente importante della tutela cautelare anticipatoria nel diritto della proprietà industriale, resa evidente anche a livello normativo con la previsione di un sistema di misure cautelari molto sviluppato³², è poi confermata e amplificata dalla circostanza che tale tutela, di fatto, rappresenta spesso uno strumento di definizione soddisfattiva della controversia, dal momento che, come può osservarsi con una certa frequenza, al prov-

²⁷ Il tema sarà trattato nei paragrafi 6, 7, 8 e 9 del Capitolo III.

²⁸ Sulle quali si rinvia al Capitolo III.

²⁹ In relazione a tale problema, si veda il paragrafo 10 del Capitolo III.

³⁰ Su questi temi si rinvia ai paragrafi 6 e 9 del Capitolo III, ai paragrafi 2 e 3 del Capitolo IV, ai paragrafi 7, 11 e 12 del Capitolo V per quanto concerne i provvedimenti anticipatori nel diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza.

³¹ Tale problema è stato affrontato nei paragrafi 9 e 10 del Capitolo V.

³² Tale sistema è brevemente descritto nel paragrafo 2 del Capitolo V.

vedimento cautelare anticipatorio non segue il giudizio di merito, non avendo le parti, e specialmente quella soccombente, interesse a coltivarlo³³.

Ciò significa che il provvedimento cautelare anticipatorio in molti casi fornisce alle parti stesse un risultato utile ai fini della composizione della controversia; composizione efficace, perlomeno sul piano dei suoi effetti sul rapporto sostanziale, anche se non dotata dei caratteri della certezza e immutabilità che potrebbe fornire il processo ordinario di merito, ma neppure dilazionata nei tempi che quest'ultimo richiederebbe.

Il ruolo della tutela cautelare come strumento di tutela anticipatoria e di deflazione dei giudizi ordinari nell'ambito del diritto della proprietà intellettuale è infine rafforzato dal fatto che il nuovo procedimento sommario, introdotto nel giugno 2009 come istituto generale, non risulta applicabile a questa materia, in quanto espressamente limitato alle controversie di competenza del tribunale in composizione monocratica, mentre quelle di diritto industriale e intellettuale sono demandate alla cognizione del tribunale in composizione collegiale³⁴. L'esclusione, dunque, della possibilità di usufruire di questo strumento comporta che la tutela cautelare sia il principale, se non l'unico, strumento con il quale realizzare la tutela anticipatoria nel campo della proprietà intellettuale e lascia prevedere che l'utilizzo del provvedimento cautelare in funzione anticipatoria degli effetti della decisione di merito continui ad essere molto significativo.

³³ Si veda, in proposito, il paragrafo 1 del Capitolo V.

³⁴ Sul procedimento sommario di cognizione recentemente introdotto si veda il paragrafo 5 del Capitolo I.

CAPITOLO I

TUTELA CAUTELARE E TUTELA ANTICIPATORIA

SOMMARIO: - 1. Cenni introduttivi su tutela sommaria, tutela cautelare e tutela anticipatoria. - 2. Alcune premesse sulle caratteristiche della tutela anticipatoria e sulla loro compatibilità con la struttura e la funzione della tutela cautelare. - 3. Anticipazione e tutela cautelare nelle elaborazioni della dottrina anteriore al codice di procedura civile del 1940. Chiovenda e gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva come unica ipotesi di anticipazione degli effetti dell'accertamento definitivo. Funzione meramente assicurativa dei provvedimenti cautelari. - 4. L'assimilazione tra tutela cautelare e tutela anticipatoria nel pensiero di Calamandrei. - 5. L'introduzione, con il codice di procedure civile attuale e le sue successive modifiche, del provvedimento d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., delle ordinanze anticipatorie di condanna e del procedimento sommario di cognizione di cui agli art. 702-*bis* e ss. c.p.c. Gli altri provvedimenti che anticipano gli effetti (esecutivi) della sentenza di merito rinvenibili nel codice di procedura civile e nelle leggi speciali. - 6. L'orientamento che privilegia una visione atomistica dei provvedimenti a contenuto anticipatorio e nega la possibilità di ricondurre ad un'autonoma categoria tutte le ipotesi di anticipazione previste nell'ordinamento. - 7. Anticipazione come anteriorità cronologica di un provvedimento rispetto a un altro, sullo stesso oggetto e con lo stesso scopo. L'anticipazione come preciso schema strutturale diverso da quello cautelare. - 8. Il significato tecnico-processuale di anticipazione come concorso di fattispecie volte alla produzione del medesimo effetto finale. Possibile coesistenza tra tutela cautelare e tutela anticipatoria nei provvedimenti d'urgenza. - 9. La tecnica dell'anticipazione nei provvedimenti anticipatori interinali e le sue differenze dall'anticipazione realizzabile nella tutela cautelare. La misura cautelare anticipatoria come provvedimento che potrebbe considerarsi anticipatorio solo in senso improprio. - 10. La tutela anticipatoria e i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata. La tutela cautelare come uno degli strumenti che il legislatore utilizza per realizzare la tutela anticipatoria. Prime conclusioni e transizione.

1. - *Cenni introduttivi su tutela sommaria, tutela cautelare e tutela anticipatoria.*

Si è accennato nell'introduzione del presente lavoro al fatto che la tutela di alcuni diritti e rapporti sostanziali esige, per potersi considerare efficiente ed effettiva, di essere concessa in tempi brevi. Da tale considerazione scaturisce il bisogno - noto a tutti gli ordinamenti giuridici¹ - di ottenere decisioni giudiziali che non seguano il processo ordinario a cognizione piena ed esauriente² e che si presentino, rispetto a questo, con caratteristiche di semplificazione dell'attività processuale (*summariæ et de plano*)³.

Da un'analisi dei numerosi casi nei quali gli ordinamenti giuridici han-

¹ Si vedano, in proposito, le interessanti notazioni comparatistiche di G. GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 56 ss.

² C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele: di merito, sommariæ ed esecutive*, 5° ed., Padova, 2006, p. 276 ss., spec. 278 s.;

³ Sulla sommarietà in contrapposizione alla cognizione piena ed esauriente si veda G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1936, ristampa anastatica della 2° ed., Napoli, 1960, p. 93; ID., *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1980, p. 3 ss.; ID., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, ristampa, Milano, 1993, p. 353 ss., spec. p. 363 ss.; ID., *Azioni sommariæ. La sentenza di condanna con riserva*, *ivi*, p. 121 ss., spec. p. 131 ss.

Sulla tutela sommaria, si vedano, tra gli altri, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Napoli, 2002, p. 543 ss.; ID., *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, in AA. VV., *I processi speciali. Studi offeri a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., p. 309 ss.; ID., *La tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 359 ss.; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 88 ss.; N. PICARDI, *I processi speciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 700 ss.; A. CARRATTA, voce *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 883 ss.; A. LEVONI, *Procedimenti sommari non cautelari e regime sostanziale dell'azione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 103 ss.; anche con riguardo alla tendenza del legislatore degli ultimi anni a servirsi di forme di tutela sommaria (in parte anche come strumento a costo zero per sopperire alla crisi della giustizia civile), S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, cit., p. 869 ss.; ID., *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 367 ss.; I.A. ANDOLINA, *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del «giusto processo»*, cit., p. 317 ss.; A. CARRATTA, *Tutela sommaria come alternativa al processo ordinario ed al giudicato?*, cit.

no previsto e prevedono tutele sommarie, si ricava come esse rispondano fondamentalmente all'esigenza di evitare il costo e la durata del processo ordinario nelle ipotesi in cui non siano giustificati da una contestazione effettiva del diritto; quando, fin da subito, risulti chiaro il torto di una delle parti e dunque fondato il diritto dell'altra; quando, infine, per la natura del diritto o della lesione, la durata del processo inficia l'effettività della tutela⁴.

Quest'ultima evenienza può presentarsi, infatti, sia perché durante (il tempo fisiologico o patologico occorrente per) lo svolgimento del processo potrebbero essere compiuti atti o fatti idonei a rendere infruttuosa, sul piano degli effetti sul diritto e sul rapporto giuridico sostanziale, la futura sentenza, sia perché il diritto e il rapporto giuridico di cui si chiede la tutela nel processo potrebbe essere tale che il permanere della situazione antiggiuridica durante il corso del giudizio e fino all'emanazione della sentenza rende irreparabili le conseguenze provocate da tale situazione su quel diritto, o comporta, co-

⁴ A. PROTO PISANI, *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 534 ss. (e ora in *Id.*, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 228 ss.), secondo cui il ricorso alla tutela sommaria è giustificato razionalmente e pertanto non costituisce un ingiusto privilegio quando: la tutela sommaria sia diretta ad evitare il costo del processo, «ove manchi una seria volontà di contestazione»; quando è diretta ad evitare che il convenuto abusi del diritto di difesa «garantitogli dalle forme del processo a cognizione piena esauriente», e in tal caso, il legislatore, per reagire a tale pericolo «insito nella durata (anche meramente fisiologica) propria della struttura del processo c.d. ordinario», può utilizzare sia la tecnica delle misure cautelari conservative, sia la tecnica della condanna con riserva; quando la tutela sommaria sia diretta a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale «con riferimento a tutte quelle situazioni di vantaggio che, avendo contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, subirebbero (*rectius*: i cui titolari subirebbero) un pregiudizio irreparabile (non suscettibile cioè di tutela adeguata nella forma dell'equivalente monetario) ove dovessero permanere in uno stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario per la emanazione di una sentenza (esecutiva) a termine di un processo a cognizione piena ed esauriente»; *Id.*, *Tutela sommaria*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 241 ss., spec. c. 243 ove rileva che le esigenze soddisfatte dalla tutela sommaria possono individuarsi nell'economia dei giudizi, nell'evitare l'abuso del diritto di difesa (esigenze che attengono all'efficienza della tutela) e infine nel rendere effettiva la tutela giurisdizionale.

munque, la sua mancata soddisfazione.

La considerazione delle esigenze brevemente illustrate spiega e giustifica forme di tutela sommarie che sono accomunate dal fine di ridurre il più possibile il fattore tempo, garantendo così l'efficienza e l'effettività della giustizia, e dalla previsione di procedimenti che, per la superficialità o l'incompletezza della cognizione, si discostano dalle forme e dalla struttura dell'ordinario processo di cognizione⁵. Tali forme si presentano tra loro assai

⁵ Sui caratteri della cognizione sommaria nei diversi procedimenti previsti dall'ordinamento e sul rapporto tra tali forme di tutela e i valori costituzionali, si veda la recente analisi di A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 137 ss. Sulla struttura e le forme dei procedimenti sommari, alla luce del principio del contraddittorio, si veda, per tutti, V. COLESAINTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 39 ss.

Sul problema dei procedimenti sommari e della salvaguardia dei principi costituzionali di rilevanza processuale, la Corte costituzionale è intervenuta in numerose occasioni, evidenziando che la scelta del legislatore di prevedere procedimenti sommari sfugge al sindacato di costituzionalità «nei limiti in cui, ovviamente non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza» (Corte cost., ordinanza 30 giugno 1988, n. 748, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3339 ss.; negli stessi termini, Corte cost., ordinanza 12 novembre 1987, n. 394, in *Giur. cost.*, 1987, p. 2795 ss.; Corte cost., 25 maggio 1987, n. 193, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2801 ss.; Corte cost., ordinanza 19 gennaio 1988, n. 37, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 560 ss., con nota di C. CONSOLO, *L'ipoteca giudiziale ex art. 655 c.p.c.: un istituto davvero manifestamente in regola con gli artt. 3 e 24 Cost.?*; Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543 e Corte cost., 23 dicembre 1989, n. 573, entrambe in *Foro it.*, 1990, I, c. 365 ss., con osservazioni di A. PROTO PISANI; Corte cost., ordinanza 9 marzo 1990, n. 120, in *Giur. cost.*, 1990, I, p. 683 ss.; Corte cost., ordinanza 12 aprile 1990, n. 212, in *Giur. cost.*, 1990, I, p. 1201 ss.; Corte cost., 6 febbraio 2002, n. 18, in *Giur. it.*, 2002, p. 1806 ss.; Corte cost., ordinanza 14 dicembre 2004, n. 386, in *Foro it.*, 2005, I, c. 657 ss.) ed in quanto assicurati la necessaria salvaguardia delle garanzie del contraddittorio e del diritto alla prova «nel modo più completo» in almeno un grado di giudizio (Corte cost., 12 luglio 1965, n. 70, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1369 ss.; Corte cost., 9 luglio 1963, n. 118, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1353 ss.; Corte cost., 1° marzo 1973, n. 22, in *Giur. cost.*, 1973, I, p. 1344 ss.; Corte cost., 6 dicembre 1976, n. 238, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1865 ss.; Corte cost., 10 luglio 1975, n. 202, in *Giur. cost.*, 1975, I, p. 1575 ss.; Corte cost., 23 marzo 1981, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 553 ss., con nota di P. PAJARDI, *Ancora davanti alla corte costituzionale il problema del trattamento dei diritti soggettivi perfetti nel processo di fallimento (art. 26): prime impressioni critiche*; Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543, cit., e Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 573, cit.; Corte cost., ordinanza 26 febbraio 2002, n. 35, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1290 ss. In argomento si veda A. CARRATTA, *I provvedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1049 ss.; ID., *Liquidazione e riparti-*

eterogenee, sì che risulta difficile pervenire a un loro inquadramento unitario.

All'interno delle tutele sommarie è tuttavia possibile distinguere quelle con le quali il legislatore raggiunge la soddisfazione delle esigenze illustrate attraverso la realizzazione anticipata del contenuto e degli effetti - in particolare, come si vedrà, di quelli esecutivi - che avrà, o potrebbe avere nel caso in cui essa non sopraggiunga, la futura sentenza di merito.

Ma se questa distinzione consente forse di isolare, all'interno dell'amplessima categoria della tutela sommaria, i provvedimenti che hanno contenuto meramente conservativo, da quelli che invece hanno contenuto *la-to sensu* anticipatorio, per altro verso si rivela del tutto inidonea a comprendere se l'anticipazione corrisponda ad una precisa tecnica di tutela, distinta, da un punto di vista funzionale e strutturale, da altre forme di tutela, e non si riduca invece solo a una sintesi definitoria, e come tale imprecisa e non utile, se non a scopi descrittivi, di una differenziata gamma di provvedimenti la cui considerazione unitaria si giustificerebbe solo in relazione al fine al qua-

zione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 853 ss. e *ivi*, p. 1271 ss.)

Secondo la Corte costituzionale, la scelta a favore del procedimento sommario in materia contenziosa «non è illegittima in sé, ma solo nell'eventualità in cui non vengano assicurati lo "scopo e la funzione" del processo» (così, Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543, cit., e Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 573, cit.). La Corte, dunque, pone uno stretto collegamento tra funzione del procedimento sommario e struttura: se il provvedimento sommario assolve ad una funzione strumentale (o comunque non decisoria) non emergono problemi di costituzionalità, data la possibilità per le parti di instaurare il processo a cognizione piena sulla situazione giuridica incisa dal provvedimento sommario. Viceversa, nel caso in cui il provvedimento sommario mira a sostituirsi alla sentenza, perché di questa riproduce i medesimi effetti, la scelta si potrebbe rivelare costituzionalmente illegittima, ove il procedimento sommario, per come concretamente strutturato dal legislatore, non idoneo ad assicurare alle parti la possibilità, ove lo vogliano, «di esplicitare "nel modo più completo" la propria attività difensiva» (così Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543, cit.).

le appaiono preordinati⁶.

Se si guarda, infatti, ai provvedimenti che rispondono allo scopo di fornire alla parte una tutela rapida e sommaria, e rispetto ai quali è possibile parlare in prima approssimazione, e solo a livello contenutistico e sul piano degli effetti, di anticipazione della sentenza di merito in contrapposizione alla conservazione della situazione di fatto e di diritto in attesa che sia emanata la decisione definitiva, e ai quali la dottrina si è riferita per porre le basi di ogni discorso sulla tutela anticipatoria⁷, ci si avvede che essi possono essere raggruppati in tre categorie: provvedimenti di tutela sommaria decisoria; provvedimenti di tutela sommaria interinale; provvedimenti di tutela sommaria cautelare⁸.

⁶ Da un punto di vista del fine perseguito, tutti gli istituti di tutela sommaria rispondono ad un solo obiettivo, quello di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, facendo in modo che la durata necessaria alla parte che ha ragione per ottenere il soddisfacimento delle proprie pretese con gli strumenti all'uopo predisposti dall'ordinamento giuridico non torni a suo danno, secondo il noto principio chiovendiano (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, cit., p. 32, ove definisce questo principio come una vera e propria regola di civiltà). Tale principio è ormai di rilevanza costituzionale dopo la sentenza n. 190/1985, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1881 ss., con nota adesiva di A. PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*. Proprio sulla base di questo principio, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R. «nella parte in cui limitando l'intervento di urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito». Su questo principio, e il suo collegamento con l'art. 24 Cost. si veda V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in AA. VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 409 ss., il quale, tra l'altro, sarebbe stato il relatore della citata sentenza della Corte costituzionale

⁷ Per una breve disamina di questi provvedimenti, si veda il successivo paragrafo 5.

⁸ Cfr. S. MENCHINI, *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, cit., p. 367 ss., spec. p. 368, ove suddivide, sulla base delle loro caratteristiche funzionali, i provvedimenti sommari in tre macrocategorie: a) provvedimenti sommari cautelari; b) provvedimenti sommari decisori; c) provvedimenti sommari con funzione esecutiva; A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, cit., c. 245 s., che, secondo la tecnica utilizzata dal legislatore,

I primi⁹ garantiscono un accertamento rapido del diritto o del rapporto giuridico controverso di fronte all'esigenza di evitare il processo ordinario a cognizione piena quando manchi un'effettiva contestazione, quando vi sia l'uso improprio e meramente dilazionatorio degli strumenti di difesa, quando infine sia necessario assicurare l'immediata tutela di diritti o rapporti giuridici di natura o contenuto prevalentemente o esclusivamente non patrimoniale. Tali provvedimenti, pur frutto di sommaria cognizione, si caratterizzano per essere stabili e imm modificabili nonché suscettibili, ma solo in alcuni casi e di solito quando manchi l'opposizione di chi li subisce, di passare in giudicato, anche se forse con alcune attenuazioni rispetto all'ampiezza del giudicato che si forma sulle sentenze di merito¹⁰. Essi, inoltre, sono pronunciati a seguito di un procedimento autonomo.¹¹

distingue i processi sommari in: processi sommari superficiali con attitudine al giudicato; processi sommari senza attitudine al giudicato; processi sommari semplificati esecutivi.

⁹ Per una disamina dei diversi provvedimenti che possono farsi rientrare in questa categoria, si veda, per tutti, L. LANFRANCHI, voce *Procedimenti decisori sommari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Torino, 1991; ID., *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, cit., p. 88 ss.

¹⁰ Su questi aspetti, si veda G. TOMEL, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 827 ss.

Una parte autorevole della dottrina esclude la formazione del giudicato vero e proprio ove non vi sia stata l'effettiva trasformazione del procedimento sommario in processo a cognizione piena ed esauriente, con conseguente pronuncia della sentenza, preferendo invece parlare di preclusione *pro iudicato* (secondo la nota definizione di E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 26 ss. e p. 198 ss.) ovvero di qualcosa di «quantitativamente, non qualitativamente» diverso dalla cosa giudicata (A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 411 ss.). Su tali aspetti, si veda A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, spec. p. 527 ss.

¹¹ Costituiscono un esempio di questi provvedimenti quelli emanati nel procedimento monitorio (ricorso per decreto ingiuntivo). Su tali provvedimenti e sulla struttura del procedimento di emanazione, si vedano E. GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991; ID., *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5° ed., Milano, 1979; A. PROTO PISANI, *Il procedimento di ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 291 ss.; C. BALBI, voce *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989; ID., *Ingiunzione e convalida di sfratto (indifferenza del legislatore, libro dei sogni e realismo riformistico)*, in *Riv. dir. proc.*,

I provvedimenti di tutela sommaria interinale sono quelli pronunciati nel corso e in occasione del processo ordinario a cognizione piena e risponderebbero all'esigenza di impedire che la durata del processo vada a danno della parte che durante il suo corso, e alla luce delle risultanze processuali via via emerse, appaia avere ragione¹². Tali provvedimenti sono sempre modificabili e revocabili nel corso del processo nel quale sono emanati, ma potrebbero divenire definitivi qualora non intervenga la sentenza. Essi concedono l'anticipazione degli effetti esecutivi, e, limitatamente, di quelli dichiarativi, della decisione finale.

1997, p. 1027 ss.; ID., *Inattività dell'intimato ed esecutorietà del decreto di ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 40 ss.; A. VALITUTTI-F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, 3° ed., Padova, 2008; P. PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991; V.G. EBNER-C. FILADORO, *Manuale del procedimento di ingiunzione*, 3° ed., Milano, 1990; G. TOMEL, voce *Procedimento di ingiunzione*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XXIV, Torino, 1996, p. 559 ss.; S. SATTA, *Di alcuni profili del procedimento di ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 956 ss.; R. CONTE, *Il procedimento ingiuntivo tra diritto di difesa e principio di uguaglianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1196 ss.; C.A. NICOLETTI, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 980 ss.; A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, ID., *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in AA. VV., *I procedimenti sommari e speciali*, in *I procedimenti sommari*, I, a cura di S. Chiarloni e C. Consolo, Torino, 2005, p. 524 ss.; R. SCHIACCHITANO, voce *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 509 ss. Ma vedi anche, sul procedimento monitorio prima dell'entrata in vigore del codice di procedura civile attuale, le classiche opere di P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926 (ora in ID., *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, p. 3 ss.); G. CRISTOFOLINI, *Processo d'ingiunzione: frammento*, cit.; A. SEGNI, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, in *Studi sassaresi*, serie II, III, Sassari, 1924, p. 335 ss. e IV, Sassari, 1925, p. 39 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Torino, 1965, p. 977 ss.

¹² Esempi di questi provvedimenti sono le ordinanze anticipatorie di condanna di cui agli artt. 186-bis, 186-ter e 186-quater c.p.c. e di quelle previste dall'art. 423, commi 1 e 2, c.p.c. in materia di processo del lavoro. Nell'ordinanza di cui all'art. 186-bis c.p.c. l'anticipazione è resa possibile dalla mancanza di contestazione (sulla mancanza di contestazione come ; in quella dell'art. 186-ter c.p.c. dalla particolare efficacia probatoria dei documenti previsti dalla norma (analoghi a quelli stabiliti per il decreto ingiuntivo) che rendono massimamente probabile l'esistenza del diritto; nell'ordinanza di cui all'art. 186-quater c.p.c., che è resa ad istruzione conclusa, l'anticipazione è giustificata dal fatto che l'ordinanza si fonda sulle medesime risultanze istruttorie su cui si baserebbe la pronuncia della sentenza. Su tali ordinanze, si veda il paragrafo 5 e la dottrina ivi citata.

I provvedimenti di tutela sommaria cautelare sono quelli dati in un autonomo procedimento, o in un subprocedimento nel corso del giudizio ordinario, in base all'accertamento da parte del giudice della probabile esistenza del diritto a cautela del quale si agisce (*fumus boni iuris*) e dell'irreparabilità del danno che l'istante subirebbe se dovesse attendere (i tempi per) l'emanazione della sentenza di merito (*periculum in mora*)¹³.

Tali provvedimenti rispondono anzitutto a finalità conservative della situazione di diritto e di fatto che potrebbe subire modificazioni pregiudizievoli nel corso del processo, e in tal caso avranno per lo più un contenuto idoneo a cristallizzare tale situazione. In altri casi, tuttavia, il provvedimento cautelare, per assicurare la piena utilità ed effettività della pronuncia di merito, assume contenuti e finalità in tutto o in parte anticipatori degli effetti della sentenza, avvicinandosi, perciò, alle altre due categorie di provvedimenti¹⁴.

Come si ricava dalle brevi considerazioni svolte, un fenomeno anticipatorio si riscontra in un'ampia gamma di provvedimenti e istituti assai eterogenei. La complessità del quadro di riferimento spiega le difficoltà che da

¹³ Sui due presupposti di concessione dei provvedimenti cautelari, mi permetto di rinviare al paragrafo 4 del Capitolo III.

¹⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *La tutela cautelare, I provvedimenti cautelari in generale*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, cit., p. 457 ss., p. 465 s. (pubblicato anche in ID., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 293 ss.; e in ID., voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991), il quale, sulla base del rilievo che il ricorso alla tecnica della tutela sommaria non cautelare può derivare oltre che da esigenze di garanzia della effettività della tutela giurisdizionale anche da esigenze di economia processuale (evitare il costo del processo a cognizione piena in mancanza di una contestazione effettiva), ritiene che «il fenomeno dei rapporti tra tutela sommaria non cautelare e tutela sommaria cautelare può essere descritto graficamente come due cerchi parzialmente coincidenti laddove le due parti non coincidenti rappresentano volta a volta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente a mere esigenze di economia dei giudizi ed il settore della tutela cautelare c.d. conservativa (o anche solo parzialmente anticipatoria); mentre la parte coincidente rappresenta il settore della tutela sommaria non cautelare rispondente ad esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e della tutela cautelare totalmente anticipatoria».

sempre gli studiosi hanno incontrato nell'affrontare il tema della tutela anticipatoria e i numerosi tentativi di giungere a una definizione idonea a ricomprendere istituti così diversi e a fornire le basi per un inquadramento sistematico della materia; difficoltà resa manifesta dai contrastanti orientamenti che si registrano in dottrina, in particolare per quanto concerne i rapporti tra tutela anticipatoria e tutela cautelare, rapporti che sono stati ricostruiti sia in termini di netta contrapposizione¹⁵, sia in termini di identità¹⁶, sia in termini di compatibilità¹⁷, nel senso che la prima potrebbe realizzarsi attraverso provvedimenti sia cautelari, sia non cautelari.

2. - *Alcune premesse sulle caratteristiche della tutela anticipatoria e sulla loro compatibilità con la struttura e la funzione della tutela cautelare.*

Sulla scorta dell'inquadramento della tutela cautelare elaborato dalla dottrina classica in materia, è possibile distinguere misure cautelari conservative e misure cautelari anticipatorie, secondo che il pericolo cui esse fanno fronte derivi dalla infruttuosità della tutela ordinaria oppure direttamente dalla sua tardività¹⁸.

¹⁵ Cfr. le tesi di C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 551 ss.; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., *passim*. Queste posizioni e i relativi concetti di anticipazione saranno approfonditi successivamente, nei paragrafi 7 e 9.

¹⁶ Ed è questa, sostanzialmente, la tesi di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, su cui si veda il paragrafo 4.

¹⁷ Questa la posizione, tra gli altri, di F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983 la quale sarà approfondita nel paragrafo 8.

¹⁸ Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 36 ss.

Al di là di questa considerazione, nella quale l'aggettivo anticipatorio è utilizzato in senso solo descrittivo del possibile contenuto del provvedimento, si registra da sempre un vivace dibattito sulla questione se il provvedimento cautelare sia idoneo strumento di tutela anticipatoria o, detto altrimenti, se la tecnica anticipatoria sia suscettibile di essere applicata nell'ambito della tutela cautelare e dunque sia compatibile con la struttura e la funzione proprie del procedimento cautelare.

La soluzione di tale questione, a mio avviso, non risponde solo ad esigenze di inquadramento sistematico, ma è feconda di conseguenze anche sui contenuti che può avere il provvedimento cautelare, sugli effetti che ne scaturiscono e dunque sulle utilità sostanziali che può fornire, e infine su alcuni aspetti del procedimento medesimo.

A mio modo di vedere, l'analisi di tale questione deve partire da alcune premesse sul concetto e sulla funzione della tutela anticipatoria.

Anzitutto credo si possa parlare di tutela anticipatoria solo in presenza di una tutela soddisfattiva: non vi è effettiva anticipazione se non vi è soddisfazione di una pretesa¹⁹. Sgombro subito il campo da quello che ritengo un equivoco di fondo: per soddisfazione non deve intendersi solo quella conseguibile con l'intensità e la definitività della sentenza di merito passata in giudicato. Credo invece che sia più opportuno parlare di soddisfazione quando i titolari di un diritto possano realizzare, sul piano sostanziale, le utilità che il diritto medesimo attribuisce loro.

È chiaro che tale soddisfazione è massima se è ottenuta in forza di una sentenza di merito passata in giudicato: in questo caso, infatti, non sarà più

¹⁹ In questo senso, E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., a p. 69.

possibile contestare ciò che il soggetto ha ottenuto sul piano sostanziale. Ciò non toglie, secondo me, che in alcuni casi sia sufficiente, perché egualmente soddisfattivo, un risultato minore²⁰.

Un esempio servirà a chiarire l'affermazione. Se, poniamo, uno stilista assuma la violazione di un suo diritto di proprietà industriale su una sua creazione, perché un concorrente l'ha imitata, ed entrambi sono in procinto di presentare tale medesima creazione a un evento di moda, il diritto del primo stilista è soddisfatto se la presentazione del concorrente viene bloccata. Poco importa cosa succederà dopo l'evento: è necessario che in quel momento il pubblico individui la creazione come opera dello stilista, perché è in questa fase che si conquista la visibilità e la conseguente capacità di vendere il prodotto. Per tutelare la pretesa dello stilista è necessario ottenere tempestivamente un'inibitoria cautelare. Ma tale provvedimento è anche sufficiente ed esaurisce la richiesta di tutela: sotto il profilo del rapporto sostanziale esso è pienamente soddisfattivo del diritto²¹, e un provvedimento ulteriore di tutela di merito non servirebbe²², perché per il titolare del diritto l'utilità pratica è

²⁰ Cfr. E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., a p. 66, ove, riferendosi al provvedimento di *référé*, rileva come la sua efficacia, pur non comportando alcun accertamento del diritto, «è pur sempre significativa dal punto di vista della soddisfazione del diritto».

²¹ Un'altra considerazione può peraltro essere svolta. È probabile che anche al concorrente il procedimento cautelare appaia sufficiente. Egli, infatti, non avrebbe più interesse ad ottenere dopo l'evento, e in seguito a un processo a cognizione piena, una sentenza che neghi il diritto dello stilista e conseguentemente che affermi la sua libertà di utilizzare, a propria volta, la creazione di moda. Anche per il concorrente, infatti, tale decisione arriverebbe comunque tardi e non gli fornirebbe alcuna utilità.

²² Come nota F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 87 ss., a p. 101, trattando dell'ipotesi, del tutto analoga all'esempio fatto nel testo, di una inibitoria alla commercializzazione di un *software*, l'unico interesse ad ottenere una sentenza si merito sarebbe quello del «rafforzamento della stabilità, tramite l'acquisto degli effetti della cosa giudicata».

già raggiunta con la misura anticipatoria²³.

Questo risultato minore ma pienamente utile può dunque essere raggiunto con un provvedimento cautelare anticipatorio. In questo senso la tutela cautelare può considerarsi soddisfattiva. Dal punto di vista della prima caratteristica essenziale della tutela anticipatoria, quello dell'idoneità a soddisfare la pretesa, mediante la sua soddisfazione coattiva, non sorgono dunque, a mio avviso, ostacoli a ritenere che l'anticipazione possa realizzarsi anche nell'ambito della cautela²⁴.

La seconda caratteristica della tutela anticipatoria è rappresentata dal nesso che necessariamente la lega alla tutela di merito. Un provvedimento può farsi rientrare nell'ambito della tutela anticipatoria solo nel caso in cui produca gli effetti che sul rapporto sostanziale produrrebbe la sentenza, e non può, sotto questo profilo, fornire un'utilità diversa²⁵. In altri termini, il titolare del diritto non può ottenere in anticipazione una tutela che non otterrebbe anche con un processo ordinario²⁶.

²³ S. CHIARLONI, *Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, cit., c. 501, il quale, auspicando una riforma della disciplina dei provvedimenti cautelari nel senso del venir meno del vincolo necessario di strumentalità, anche in funzione di economia processuale, osserva che, con riferimento al provvedimento cautelare a contenuto anticipatorio, «la sanzione della perdita di efficacia nel caso di mancata attivazione del giudizio di merito [...] rischia di essere in molti casi una vuota declamazione che non può trovare riscontro nella realtà delle cose su cui il provvedimento ha ineluttabilmente inciso».

²⁴ Sulle forme e le modalità di tale soddisfazione, del tutto analoghe, sotto il profilo dell'efficacia, a quelle con le quali si esegue la sentenza di condanna, si vedano i paragrafi 2 e 3 del Capitolo IV in generale, e i paragrafi 7 e 11 del Capitolo V relativamente ai provvedimenti anticipatori del diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza.

²⁵ Sul tema si vedano: in generale, il paragrafo 5 del Capitolo III, i paragrafi 2, 3, 4 e 5 del Capitolo IV; relativamente ai provvedimenti anticipatori nel diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza, i paragrafi 5, 6, 7 e 8 del Capitolo V.

²⁶ E.F. RICCI, *Intervento, in La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, cit., p. 171 ss., a p. 172, il quale, nell'auspicare l'introduzione di una tutela d'urgenza anticipatoria, ne evidenzia il più im-

Questo legame non comporta, tuttavia, che gli effetti prodotti debbano sempre essere perfettamente identici a quelli che scaturiscono dalla sentenza. Potranno essere anche qualcosa che è *minus* o *aliud*, ma sul piano del diritto sostanziale dovranno fornire la medesima utilità di quella che fornirebbe la sentenza. Gli effetti prodotti, infatti, dipendono anche dalle condizioni e dai presupposti di emanazione del provvedimento anticipatorio. Se tali condizioni e presupposti sono diversi da quelli previsti per l'emanazione della sentenza di merito, essi si rifletteranno sugli effetti del provvedimento anticipatorio, i quali, in conseguenza di questa diversità, non saranno esattamente gli stessi della sentenza di merito.

Gli effetti di un provvedimento, inoltre, risentono anche della struttura del suo procedimento di formazione. Sotto questo profilo, si deve osservare come la tutela cautelare non sia idonea a produrre in senso stretto i medesimi effetti della tutela dichiarativa²⁷. Ciò, tuttavia, non impedisce che sia invece idonea a dare luogo all'esecuzione coattiva e, tramite questa, a fornire la stessa utilità sul piano sostanziale, anche se con modalità e forme in parte diverse.

portante dei limiti, rappresentato dal «principio secondo il quale il contenuto del provvedimento urgente non dovrebbe mai essere diverso da quello ammissibile in ipotesi per la sentenza definitiva», ribadendo poi che «se un certo contenuto non può essere tipico del provvedimento definitivo di tutela, vale a dire della sentenza di merito, a maggior ragione esso non dovrebbe essere tipico nemmeno della tutela urgente»

²⁷ L'affermazione non è del tutto precisa, perché, a mio parere, con il provvedimento cautelare è possibile, in un certo senso, anticipare anche gli effetti di una sentenza di mero accertamento: ma non quello della certezza del diritto, quanto piuttosto nel senso di autorizzare il compimento di quelle attività che sarebbero consentite dall'accertamento del diritto. Discorso in parte analogo può essere svolto con riguardo all'anticipazione delle sentenze costitutive. Anche in questo caso, il provvedimento cautelare non anticipa in senso stretto la modificazione giuridica, ma le facoltà che quella modificazione attribuisce al titolare del diritto. Su tali questioni si rinvia ai paragrafi 4 e 5 del Capitolo IV, per l'anticipazione, rispettivamente, degli effetti delle sentenze di mero accertamento e di quelli delle sentenze costitutive.

L'ultima caratteristica della tutela anticipatoria è data, a mio avviso, dalla sua autonomia. Tale requisito potrebbe apparire in contraddizione con il precedente, e dunque è bene precisarne la portata. Quando parlo di autonomia dalla sentenza di merito, intendo riferirmi al fatto che il provvedimento anticipatorio non ha bisogno, per esplicitare i suoi effetti e fornire quelle utilità sul piano sostanziale che caratterizzano questa forma di tutela, del successivo intervento della sentenza. Se quest'ultima è pronunciata, la tutela fornita in anticipazione ne è influenzata: il provvedimento anticipatorio potrà perdere di efficacia oppure restare assorbito dalla statuizione di merito. Ma se la sentenza non interviene, il provvedimento anticipatorio continuerà ad esplicitare gli effetti che gli sono propri²⁸.

Individuate le caratteristiche proprie della tutela anticipatoria, e premessa la soluzione positiva che a mio avviso deve fornirsi alla questione della possibilità che la tutela cautelare sia idonea a realizzare una forma di tutela anticipatoria, è opportuno ripercorrere le tappe normative e dottrinali sul tema. L'opportunità di tale analisi si impone, a mio parere, sia in ragione del fatto che le basi normative di partenza nel tempo sono mutate e si sono arricchite di nuove ipotesi, sia perché il dibattito dottrinale su questa forma di tutela risulta complesso e articolato e ha dato origine ad orientamenti variegati e spesso tra loro assai distanti.

²⁸ Nel caso dei provvedimenti interinali anticipatori che sono emanati nell'ambito del giudizio di merito, la mancata pronuncia della sentenza tenderà a rendere definitivamente stabile la decisione, che acquisirà, altresì, un effetto preclusivo di una futura cognizione di merito sullo stesso oggetto. Nel caso dei provvedimenti cautelari anticipatori, invece, proprio perché il provvedimento continuerà ad esplicitare i suoi effetti tipici, e non altri, non si verificherà nessuna efficacia preclusiva né autorità del provvedimento rispetto ai giudizi di merito. Tali questioni saranno approfondite nel paragrafo 9 del Capitolo III.

3. - *Anticipazione e tutela cautelare nelle elaborazioni della dottrina anteriore al codice di procedura civile del 1940. Chiovenda e gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva come unica ipotesi di anticipazione degli effetti dell'accertamento definitivo. Funzione meramente assicurativa dei provvedimenti cautelari.*

Sotto il vigore del codice del 1865, la dottrina più tradizionale non riconosceva l'ammissibilità di provvedimenti che anticipassero gli effetti della sentenza di merito. Tale dottrina basava il proprio convincimento sulla considerazione che, per avere un titolo giurisdizionale idoneo a procedere all'esecuzione forzata, fosse necessaria l'affermazione, «in modo certo ed assoluto», del diritto²⁹: di conseguenza non sarebbe stata mai possibile la produzione anticipata di effetti rispetto all'accertamento definitivo³⁰.

Nel codice del 1865 non mancavano invero ipotesi di provvedimenti emessi nel corso del processo idonei ad anticipare alcuni effetti della sentenza finale; ma la dottrina manifestava grande incertezza nel loro inquadramento.

Si pensi, ad esempio, all'art. 145, comma 3, c.c. e all'art. 363, n. 8, c.p.c. ai sensi dei quali, durante il giudizio per la somministrazione degli alimenti, poteva essere concessa una provvisoria e, se era controverso quale persona fosse tenuta a versare gli alimenti, poteva essere posta temporaneamente a carico di uno dei convenuti l'obbligazione alimentare. Tali provvedimenti e-

²⁹ Così F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, III, Firenze, 1878, p. 3.

³⁰ In questo senso, oltre all'Autore citato nella precedente nota, tra gli altri anche F.S. GARGIULO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, IV, Napoli, 1881, p. 10 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 4° ed., Milano, 1923, p. 547 ss. e V, Milano, 1923, p. 16 ss. e Appendice, II, *ivi*, p. 771 ss.; R. AMATI, *L'opposizione nel procedimento monitorio e il termine per comparire in essa fissato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, p. 181 ss., a p. 192 s.

rano generalmente considerati di natura cautelare³¹, pur rilevandosi l'affinità con le provvisionali, vale a dire con quei provvedimenti emessi durante la pendenza del processo e con i quali il giudice condanna il debitore a pagare al creditore una anticipazione sulla maggior somma che risulterà dovuta nella liquidazione definitiva³². Proprio tale analogia portava una parte della dottrina a qualificare come cautelari le provvisionali concesse nelle controversie di lavoro³³.

Un altro esempio è dato dai provvedimenti di cui all'art. 808, comma 3, c.p.c. ai sensi del quale il presidente del tribunale, nella fase iniziale del giudizio di separazione dei coniugi, poteva emettere i provvedimenti urgenti e provvisori necessari nell'interesse dei coniugi e della prole. La natura di tali provvedimenti era controversa in dottrina: vi era chi li considerava cautelari³⁴, e chi di volontaria giurisdizione³⁵.

A tale dottrina più risalente, si contrappose un orientamento, espresso da Chiovenda, secondo cui è invece possibile individuare ipotesi di vera e propria produzione anticipata degli effetti della sentenza passata in giudicato. Per Chiovenda, infatti, se di norma l'accertamento pieno del diritto oggetto del processo precede l'esecuzione, in alcuni casi, per la particolare certezza del diritto o per la sua natura speciale, è ammissibile anticipare l'esecutorietà

³¹ In questo senso, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 38 s.; A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, in *Studi senesi nel Circolo giuridico della Regia Università*, XXVI, Torino, 1909, p. 210; F. LANCELLOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, p. 232 ss.

³² Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 98.

³³ N. JAEGER, *Controversie individuali del lavoro*, Padova, 1934, p. 510 s.

³⁴ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 38; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 1250.

³⁵ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, cit., p. 702; F. RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, III, cit., p. 364.

del provvedimento rispetto all'accertamento definitivo.

Per tale Autore, le uniche ipotesi nelle quali sia dato vedere un fenomeno di anticipazione sono rappresentate da quelli che egli definiva «accertamenti con prevalente funzione esecutiva», ad indicare che in essi l'accertamento aveva l'unico scopo di permettere l'esecuzione forzata³⁶. In tale categoria erano ricompresi, in particolare, il provvedimento monitorio, le condanna con riserva in materia di eccezione di compensazione (art. 102 c.p.c.) e nel giudizio cambiario (art. 324 cod. comm.)³⁷, l'ordinanza di pagamento del sopravanzo in materia di rendimento dei conti (art. 321 c.p.c.), e infine l'istituto della provvisoria esecutività della sentenza³⁸.

L'elaborazione di una categoria autonoma, nella quale ricondurre tutti i provvedimenti che anticipassero l'esecuzione rispetto alla definitività dell'accertamento, non risolveva ancora il problema di individuare gli elementi di differenziazione rispetto ai provvedimenti cautelari. Per Chiovenda, infatti, entrambi si inseriscono in quel sistema di attuazione alternativa della volontà di legge, che dà vita a procedimenti non pienamente assimilabili con quelli ordinari (di cognizione ed esecutivi), ed entrambi rappresentano l'esercizio di una speciale azione, una «mera azione» nell'ottica chiovendiana, ma assolvono ad una funzione diversa e hanno presupposti differenti.

I provvedimenti cautelari sono quelli che il giudice pronuncia prima

³⁶ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 196 ss.

³⁷ Cfr. G. CHIOVENDA, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1931, ristampa, Milano, 1993, p. 121 ss.

³⁸ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 196 ss.; ID., *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, ristampa, Milano, 1993, p. 301; ID., *Ancora sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, *ivi*, p. 323 ss.; ID., *Sulla facoltà del giudice d'appello di subordinare ad una cauzione l'esecuzione provvisoria concessa dal primo giudice*, *ivi*, p. 349 ss.

che vi sia l'accertamento definitivo del diritto (sia giurisdizionale sia convenzionale) per ragioni di urgenza o di pericolo nei casi in cui si presentino delle circostanze tali impedire del tutto o in parte, o comunque rendere più difficile e gravoso, il conseguimento del bene che risulti poi attribuito dalla sentenza definitiva, o nel caso in cui il bene sia tale che il suo conseguimento, se dovuto, non possa tardare. La tutela cautelare è strumentale e assicurativa rispetto a quella ordinaria, e l'azione che la provoca è definita come «mera azione» provvisoria³⁹, in quanto, da un lato, il relativo potere esiste prima che sia accertata l'esistenza del diritto e, dall'altro, la volontà di legge che essa attua consiste «nel garantire l'attuazione di un'altra supposta volontà di legge»⁴⁰. Tali provvedimenti sono dunque sempre emessi a garanzia dell'attuazione pratica della pronuncia definitiva; non consentono mai l'esecuzione anticipata, ma assicurano, con misure conservative dello stato di diritto e di fatto, l'esecuzione del provvedimento definitivo.

Come detto, l'anticipazione dell'esecuzione rispetto all'accertamento definitivo avviene invece nel caso degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva. La diversa finalità - anticipatoria in questi ultimi; conservativa ed

³⁹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 225 ss., infatti definisce le misure cautelari come provvedimenti speciali «che si emanano prima che sia accertata la volontà di legge che ci garantisce un bene, o prima che sia compiuta la sua attuazione, per garanzia della sua futura attuazione pratica» e che rappresentano esercizio di «azione assicurativa come forma per sé stante di azione», vale a dire come «mera azione, che non può considerarsi come accessorio del diritto cautelato, perché essa esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista», ed il relativo diritto ad ottenere il provvedimento cautelare come «diritto dello Stato fondato sulle necessità generali della tutela del diritto».

⁴⁰ Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, ristampa anastatica della II ed., cit., p. 250, secondo cui, infatti, «se in seguito, ad esempio, questa volontà è dimostrata inesistente, anche la volontà attuata con la misura provvisoria si manifesta come una volontà che non avrebbe dovuto esistere». Su tali aspetti del pensiero del Maestro fiorentino, v. A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 16 ss.,

assicurativa nelle misure cautelari – e il diverso trattamento sono giustificati dalla «natura speciale» o dalla «particolare certezza del diritto» che costituiscono i presupposti solo degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva⁴¹. Il fondamento dell'anticipazione risiede, dunque, secondo la concezione di Chiovenda, in questi due presupposti⁴².

Nega la possibilità che i provvedimenti cautelari realizzino un'anticipazione degli effetti della sentenza di merito anche Allorio. Egli, pur rifiutando la ricostruzione chiovendiana della tutela cautelare come una autonoma azione, e intravedendo invece la caratteristica di questa tutela in un diritto sostanziale alla cautela, condivide la conclusione che il suo effetto pratico consista nella assicurazione della realizzazione futura della sanzione principale. Secondo la concezione di Allorio, infatti, dal momento che il diritto soggettivo sostanziale si identifica con il potere di provocare una sanzione, a fianco del diritto principale, come diritto di ottenere la sanzione principale (e definitivamente esecutiva) si colloca, necessariamente, il diritto sostanziale di cautela, come diritto di ottenere la sanzione secondaria e cautelare, che si presenta come meno grave e penetrante della prima⁴³.

L'elemento che differenzia la cautela dagli accertamenti con prevalente funzione esecutiva è da ravvisarsi nella diversità del pregiudizio che il ritar-

⁴¹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 225, nota 1.

⁴² Sul punto v. i rilievi di A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., spec. p. 571, secondo cui il tentativo di Chiovenda di accomunare solo con questo riferimento gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva «si rivela oggi troppo empirico e come tale scarsamente utilizzabile per la comprensione dei molti procedimenti sommari non cautelari».

⁴³ E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, p. 18 ss. che rileva (a p. 32) come, di fronte ai pericoli che la durata del processo comporta per l'esecuzione del provvedimento principale, il diritto sostanziale si adatta e vi pone rimedio «foggiando una sanzione secondaria (la sanzione cautelare), tale che, per la sua applicazione, non sia, in massima, necessario il previo accertamento del diritto alla sanzione medesima».

do può comportare. Nei casi in cui la durata del processo impedisca, di per sé, la realizzazione immediata delle sanzione principale, quest'ultima sarebbe utile solo se colui, a favore del quale essa è prevista, la ricevesse subito⁴⁴. In questi casi, la sanzione secondaria rappresentata dalla cautela non avrebbe alcuna utilità e sarebbe invece necessario anticipare l'esecuzione della sanzione principale, ciò che avviene con gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva.

Lo scopo meramente assicurativo della tutela cautelare era evidenziato, del resto, anche da Diana, il quale, per primo, aveva tentato un inquadramento sistematico delle misure conservative interinali. Secondo tale Autore, i provvedimenti provvisori o interinali rispondono all'esigenza di «creare uno stato di diritto e di fatto, attuale, che preservi la futura esecuzione dal pericolo» di «fatti e circostanze, crearsi di situazioni, che mettono in pericolo la piena ed effettiva attuazione del diritto»⁴⁵. Nella sistemazione di Diana, dunque, le misure cautelari non hanno un contenuto anticipatorio degli effetti della decisione di merito. A me sembra, tuttavia, che egli considerasse comunque conservativi provvedimenti che tale ultimo contenuto, invece, paiono non avere, in particolare quando fa riferimento a provvedimenti che forniscono immediatamente la parte di un titolo esecutivo e a provvedimenti che forniscono una provvisoria regolamentazione del rapporto giuridico⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, cit., p. 39.

⁴⁵ Così A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, cit., p. 210 ss., a p. 211. Per raggiungere tale scopo «la sicurezza del giudizio è immolata a vantaggio della celerità».

⁴⁶ A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, cit., p. 210 ss., delineando le caratteristiche dell'azione «assicurativa» o «cautelare», rileva che questa «mira a proteggere il diritto della parte nel frattempo con provvedimenti aventi una corrispondente durata e perciò provvisori e interinali; e ciò segue o con l'assicurare la cosa contro il pericolo di alienazione e di deterioramento, o col fornire immediatamente la parte di un titolo esecutivo allo scopo di procedere all'esecuzione che più in là potrebbe riuscire tardiva e inefficace, oppure con il provvisorio

4. - *L'assimilazione tra tutela cautelare e tutela anticipatoria nel pensiero di Calamandrei.*

Alle riflessioni di Chiovenda in tema di anticipazione si contrappone parzialmente il pensiero di Calamandrei il quale, pur confermando la validità della categoria degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva e le conclusioni raggiunte da Chiovenda sui connotati anticipatori di tali provvedimenti, ritiene che l'anticipazione sia un fenomeno dotato di maggiore estensione, di cui sono caratterizzati anche i provvedimenti cautelari.

Secondo Calamandrei i provvedimenti cautelari rispondono sempre all'esigenza di evitare il pericolo del danno derivante dal ritardo, data l'inevitabile lentezza del processo ordinario, del provvedimento definitivo. A fronte di tale pericolo, l'ottenimento di un provvedimento immediato, in attesa di quello definitivo, è l'unico modo per rendere praticamente efficace la tutela concessa con il secondo. Per Calamandrei la caratteristica tipica dei provvedimenti cautelari si coglie proprio considerando il legame che li unisce a quelli definitivi, al cui «servizio» sono posti, e che può definirsi come rapporto di strumentalità o sussidiarietà. I provvedimenti cautelari, infatti, non sono mai «fine a se stessi», ma «immancabilmente preordinati alla ema-

regolamento del rapporto giuridico e col mantenimento nell'esercizio del diritto di chi da un esame sommario ne apparisce il titolare, allo scopo di evitare quel detrimento che dal ritardo potrebbe venire al medesimo in maniera irreparabile». Da queste premesse, l'Autore individua le misure conservative interinali nel sequestro conservativo e in quello giudiziario (artt. 924 e 921 c.p.c.), nella denuncia di nuova opera e di danno temuto, nella provvisoria sugli alimenti, nei provvedimenti d'urgenza emessi durante l'ispezione giudiziale (art. 275 c.p.c.), nei provvedimenti urgenti dell'art. 153 cod. comm., nella sospensione delle deliberazioni assembleari (art. 163 cod. comm.), nei provvedimenti di sospensione dell'esecuzione cambiaria (art. 323 cod. comm.), nei provvedimenti del pretore e del conciliatore in tempo di fiera e di mercato (art. 871 cod. comm.), nei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole (art. 808 c.p.c.), nell'esecuzione provvisoria prevista dall'art. 363, n. da 2 a 9 e dall'art. 409 c.p.c.

nazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica», attraverso l'anticipazione di alcuni effetti di quest'ultimo⁴⁷.

Secondo la specie del *periculum in mora*, è possibile distinguere i provvedimenti cautelari in conservativi e innovativi. Nei casi in cui il pericolo attiene al timore della scomparsa dei mezzi occorrenti per la formazione o l'esecuzione del provvedimento principale, la misura cautelare non mira ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma solo a conservare lo stato di fatto e ad apprestare in anticipo i mezzi atti a far sì che l'accertamento o l'esecuzione forzata di quel diritto avvenga in modo fruttuoso. Ciò che è urgente, allora, «non è la soddisfazione del diritto ma la assicurazione preventiva dei mezzi» affinché «il provvedimento principale, quando verrà sia giusto e praticamente efficace»⁴⁸.

Nei casi in cui invece il *periculum* dipende proprio dal protrarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto, di cui si contende nel giudizio di merito, il provvedimento cautelare cade direttamente sul rapporto sostanziale controverso e mira ad accelerare in via provvisoria la soddisfazione del diritto, anche attraverso la sua immediata esecuzione forzata. Tali provvedimenti, dunque, hanno la funzione di dare alla controversia una soluzione provvisoria che presumibilmente si avvicini il più possibile a quella che sarà la decisione definitiva⁴⁹.

⁴⁷ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 21.

⁴⁸ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 55 e 56.

⁴⁹ Essi sarebbero quindi capaci di «decidere 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,

L'anticipazione, presente in ogni misura cautelare in termini di anticipazione ipotetica degli effetti del provvedimento principale⁵⁰ (effetti decisori, e dunque, mediamente, dell'esecuzione soddisfattiva, nei provvedimenti cautelari innovativi; inizio anticipato e immediato dell'esecuzione soddisfattiva, in quelli conservativi⁵¹), trova evidente e piena manifestazione in quella categoria rappresentata, secondo la classificazione operata dall'Autore⁵², dai provvedimenti anticipatori di provvedimenti decisori; tali provvedimenti consistono «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»⁵³.

Risulta evidente «la vicinanza concettuale» di questi provvedimenti con gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva di Chiovenda. Tuttavia, secondo Calamandrei, la distinzione è possibile e va ricercata nella funzione

potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni» (P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 38).

⁵⁰ E infatti la «sostanza» dei provvedimenti cautelari è individuata proprio nell'«anticipazione provvisoria di certi effetti del provvedimento definitivo, volta a prevenire il danno che potrebbe derivare dal ritardo del medesimo» (P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 22).

⁵¹ Sul punto, v. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 89 ss..

⁵² È noto che, secondo l'Autore, i provvedimenti cautelari sarebbero classificabili in quattro categorie: provvedimenti istruttori anticipati; provvedimenti volti ad assicurare l'esecuzione forzata; provvedimenti anticipatori di provvedimenti decisori; provvedimenti con cui il giudice impone una cauzione (P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 29 ss.).

⁵³ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 39. In questa categoria di provvedimenti rientrerebbero i provvedimenti temporanei concessi, ai sensi dell'art. 808, 2 co., c.p.c. nell'interesse dei coniugi e della prole; i provvedimenti pronunciati in caso di urgente necessità in materia di alimenti ai sensi dell'art. 145 c.c.; i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera e di danno temuto, ai sensi degli artt. 698 e 699 c.p.c.; i provvedimenti d'urgenza previsti dagli artt. 275, 327, 572, 893 c.p.c.

strumentale al provvedimento definitivo svolta dalle misure cautelari e assente, invece, nei secondi. Gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva sono infatti pronunciati proprio «in attesa della mancanza del provvedimento definitivo»⁵⁴, mentre quelli anticipatori cautelari in vista della pronuncia di quest'ultimo, a cui risultano necessariamente preordinati: così, se mancasero il provvedimenti definitivo, non solo essi perderebbero di efficacia, ma non avrebbero più scopo. Infatti, secondo Calamandrei, la tutela cautelare, nei confronti del diritto sostanziale, è tutela mediata: «più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia»⁵⁵.

La distinzione tra i provvedimenti cautelari e gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva non risiede invece nella struttura, essendo questa

⁵⁴ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 14.

⁵⁵ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 21 e 22. Tali provvedimenti, secondo l'Autore, rappresenterebbero sempre un «mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo» che, a sua volta, è un mezzo per l'attuazione del diritto; e dunque, per tale aspetto, sarebbero «strumenti dello strumento». In senso analogo, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 7° ed., Milano, 2007, p. 201, ove rileva che la finalità della tutela cautelare sarebbe «ausiliaria e sussidiaria», perché «diretta ad assicurare, a garantire l'efficace svolgimento e il proficuo risultato» delle altre due forme di tutela (di cognizione ed esecutiva), e «concorre perciò mediatamente al conseguimento degli scopi generali della giurisdizione».

Sulla base della considerazione che le misure cautelari sarebbero predisposte, più che nell'interesse dei singoli, in quello dell'amministrazione della giustizia, di cui garantirebbero il buon funzionamento, Calamandrei ritiene, anche sulla scorta della dottrina tedesca dell'epoca, ma non senza alcuni rilievi critici, che la tutela cautelare costituisce «la zona di confine tra la funzione giurisdizionale e quella, amministrativa, di polizia» (ID., *Introduzione*, p. 144). Nello stesso senso anche F. LANCELLOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, cit., a p. 268 ss., quando rileva che le misure cautelari sono rivolte al fine di assicurare il conseguimento di quel bene di interesse generale identificabile nel buon funzionamento della stessa giurisdizione; E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 248 ss., spec. p. 253, secondo cui nel processo cautelare «la cognizione del giudice ha per oggetto non già un diritto o un rapporto giuridico delle parti, ma soltanto i presupposti di fatto per l'applicazione di una norma strumentale, la quale disciplina l'esercizio di un potere del giudice, che può in largo senso qualificarsi di polizia giudiziaria».

identica, in quanto entrambi sommari e provvisori.

Nella prospettiva di Calamandrei il profilo anticipatorio dei provvedimenti cautelari, in quanto fondato sul legame che funzionalmente unisce questi al provvedimento definitivo, si identifica, sostanzialmente, con il profilo strumentale della tutela cautelare⁵⁶. Tale identificazione troverà importanti sviluppi nella dottrina successiva e sarà alla base della concezione, affiorata in numerosi orientamenti, per cui un fenomeno anticipatorio può cogliersi in ogni misura cautelare⁵⁷: da qui la difficoltà non soltanto di isolare,

⁵⁶ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 17 ss.

⁵⁷ Funzione anticipatoria è stata infatti espressamente attribuita al sequestro conservativo, al sequestro giudiziario, ai provvedimenti nunciativi e possessori, ai provvedimenti di istruzione preventiva. L'attuazione del sequestro conservativo consisterebbe nell'anticipazione degli effetti che conseguono all'esecuzione della sentenza di condanna mediante il pignoramento, e dunque il sequestro conservativo rappresenterebbe una anticipazione del pignoramento (in questo senso P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 106 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto dallo stesso Carnelutti, Napoli, 1958, p. 363 s.; C. CALVOSA, *La tutela cautelare*, Torino, 1963, p. 175, spec. p. 205 ss.).

Nel sequestro giudiziario l'anticipazione riguarderebbe gli effetti dell'esecuzione specifica per consegna o rilascio (in questo senso V. ANDRIOLI, *Del sequestro conservativo*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1957, sub art. 2905, p. 273).

Nei provvedimenti nunciativi, l'oggetto dell'anticipazione sarebbe rappresentato dall'oggetto della sentenza sulla causa di merito (C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 567 ss., il quale rileva che sono strutturati con la tecnica dell'anticipazione sia i provvedimenti immediati con decreto le ordinanze di cui all'art. 689, ult. co., c.p.c.; nello stesso senso, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, parte I, Milano, 1959, p. 246, il quale considera i provvedimenti nunciativi come «regolamenti temporanei della controversia, e quasi di un anticipo della decisione»).

Nel provvedimento possessorio oggetto dell'anticipazione sarebbero gli effetti scaturiti dal provvedimento conclusivo del giudizio possessorio (C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 581). È stata anche prospettata l'ipotesi che il provvedimento possessorio anticipato sia a sua volta anticipante il contenuto della sentenza sulla domanda petitoria (in questo senso, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 5° ed., III, Roma, 1956, p. 170 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931, p. 67 ss.).

al suo interno, le misure anticipatorie da quelle conservative, ma anche di comprendere le eventuali conseguenze della distinzione. L'assimilazione tra anticipazione e strumentalità inoltre spiega, almeno in parte, le difficoltà emerse nell'inquadrare la tutela cautelare anticipatoria e nell'individuare i tratti distintivi rispetto ad altre forme di tutela sommaria.

5. - *L'introduzione, con il codice di procedure civile attuale e le sue successive modifiche, del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., delle ordinanze anticipatorie di condanna e del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis e ss. c.p.c. Gli altri provvedimenti che anticipano gli effetti (esecutivi) della sentenza di merito rinvenibili nel codice di procedura civile e nelle leggi speciali.*

Con l'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, il dibattito sulla tutela anticipatoria e sull'idoneità della tutela d'urgenza cautelare a realizzare una forma di anticipazione della decisione di merito definitiva si è arricchito di nuovi spunti provenienti sia dall'introduzione di numerose previsioni legislative di provvedimenti a contenuto anticipatorio, sia dallo sviluppo delle riflessioni di Chiovenda e Calamandrei che hanno condotto a riconoscere, di-

Nei provvedimenti di istruzione preventiva il provvedimento anticipato è di solito ravvisato nell'ordinanza di ammissione del mezzo di prova pronunciata dal giudice del processo principale (sotto il codice del 1865, G.A. MICHELI, *La prova a futura memoria*, Milano, 1937, p. 58; sotto il codice vigente, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 362; C. CALVOSA, voce *Istruzione preventiva*, in *Nuovissimo Dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 315 ss.). Sull'anticipazione nei provvedimenti di istruzione preventiva, v. i rilievi di A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, par. 3.2, secondo cui le misure di istruzione preventiva «sono destinate per un verso ad anticipare la acquisizione del materiale istruttorio, per altro verso hanno lo scopo di prevenire il danno, ulteriore rispetto a quello derivante dalla mera durata del processo, che può derivare al diritto alla prova dalla perdita del mezzo di prova o dell'oggetto della prova».

rei quasi unanimemente, le caratteristiche proprie della tutela cautelare nella strumentalità e nella provvisorietà⁵⁸.

Nello studio del fenomeno dell'anticipazione riveste importanza fondamentale anzitutto l'introduzione di uno strumento di tutela urgente innominato, quale quello previsto dall'art. 700 c.p.c., che ha finito per rivestire, non solo nella giurisprudenza e nelle richieste degli operatori, ma anche nelle riflessioni di una parte considerevole della dottrina, un mezzo per raggiungere quella effettività di tutela impedita dai tempi del processo ordinario⁵⁹. La natura cautelare dei provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., ormai pacifica, per lungo tempo da parte di alcuni autori non è stata riconosciuta⁶⁰. La previsione di un rito uniforme applicabile a tutti i proce-

⁵⁸ Tali caratteristiche saranno approfondite nel paragrafo 1 del Capitolo III.

⁵⁹ Sull'utilizzo del provvedimento d'urgenza come strumento di tutela dei diritti e sull'abuso che talvolta ne è fatto dalla giurisprudenza, si vedano V. ANDRIOLI, *Provvedimenti d'urgenza in incertam personam*, cit., c. 1476 ss.; ID., *Progresso del diritto e stasi del processo*, cit., p. 409 ss., spec. p. 413 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (Artt. 700-702 c.p.c.)*, cit., p. 85 ss.; ID., *Sul provvedimento d'urgenza come misura cautelare innominata e come mezzo di composizione provvisoria di controversie giuridiche*, (nota a Trib. Milano, 15 dicembre 1955), cit., c. 932 ss.; ID., *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, cit., p. 217 ss., spec. p. 226 ss.; A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 122 ss.; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, cit., p. 415 ss., spec. p. 430 ss.; ID., *L'attuazione della tutela d'urgenza*, cit., p. 81 ss.; S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 151 ss., spec. p. 158 ss.; N. PICARDI, *L'art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, cit., p. 324 ss.; G. ARIETA, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 585 ss.; ID., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 65 ss.; C. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, cit., p. 657 ss.; F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, cit., p. 680 ss.; G. TARZIA, *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 36 ss.; F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2006, spec. p. 31 ss.; G. GIACOBBE, *Tramonto dell'art. 700 c.p.c.: spunti di riflessione in margine alla riforma del processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari, vol. II, Diritto processuale generale*, Milano, 1993, p. 445 ss.; R. CONTE, *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, cit., p. 213 ss.

⁶⁰ Questa, ad esempio, l'opinione di S. SATTA, *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, c. 132 ss.

dimenti cautelari, e dunque anche a quelli instaurati ai sensi dell'art. 700 c.p.c., se da un lato ha risolto molti problemi applicativi, individuando con una certa precisione la disciplina applicabile a questa misura, dall'altro ha lasciato aperti rilevanti problemi, anche derivanti dall'uso che la giurisprudenza ne ha fatto, relativi al suo possibile contenuto, all'inquadramento della tutela realizzabile con essa e alle differenze con altre forme di tutela sommaria.

Altrettanto rilevante per lo sviluppo dottrinale sulla tutela anticipatoria è l'introduzione di una variegata gamma di provvedimenti anticipatori di condanna, sia nel tessuto del codice di procedura, sia nel codice civile, sia in leggi speciali⁶¹.

Il riferimento va, in primo luogo, all'ordinanza di pagamento di somme non contestate e all'ordinanza provvisoria previste, nel processo del lavoro, dall'art. 423, commi 1 e 2, c.p.c.⁶² Tali ordinanze hanno costituito il modello per quelle, introdotte successivamente nel codice di procedura e di applicazione generalizzata, di cui agli artt. 186 *bis* e 186 *ter*, c.p.c., vale a dire l'ordinanza di pagamento di somme non contestata e l'ordinanza di ingiunzione di pagamento o di consegna di cose⁶³. A tali ordinanze, si è poi affian-

⁶¹ Per una esaustiva analisi dei provvedimenti anticipatori presenti nell'ordinamento italiano, si veda l'ampio lavoro di A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., spec. p. 136 ss.

⁶² Sulle ordinanze anticipatorie nel processo del lavoro, si vedano, tra gli altri, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 4° ed., Milano, 1999, p. 234 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19° ed., Torino, 2007, p. 225 ss.; A. PROTO PISANI, *Le ordinanze di pagamento di somme*, in A. PROTO PISANI-G. PEZZANO-C.M. BARONE-V. ANDRIOLI, *Le controversie in materia di lavoro*, 2° ed., Bologna-Roma, 1987, p. 742 ss.; R. VACCARELLA, voce *Controversie individuali di lavoro: II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988; G. VERDE-G. OLIVIERI, voce *Processo del lavoro e della previdenza sociale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 198 ss.

⁶³ Su queste ordinanze la letteratura è assai vasta. Si vedano, tra gli altri, A. ALIBRANDI, *Profili del nuovo processo civile: l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, in *Arch. Civ.*, 1991, p. 257 ss.; A. ATTARDI, *Le ordinanze di condanna nel giudizio di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 1 ss.; G. BALENA, *Ancora "interventi urgenti"*

sulla riforma del processo civile, in *Giur. it.*, 1995, IV, p. 317 ss.; D. BORGHESI, *L'anticipazione dell'esecuzione forzata nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 194 ss.; B. CAPPONI, "L'ultimo" decreto-legge sulla riforma del rito civile, in *Corr. giur.*, 1995, p. 771 ss.; A. CARRATTA, voce *Ordinanza anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1995; ID., *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995; C. CECHELLA, in R. VACCARELLA-B. CAPPONI-C. CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torno, 1992; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 657 ss.; ID., *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai procedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 499 ss.; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I e II, Milano, 1993; M.G. CIVININI, *Le condanne anticipate*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 332 ss.; L.P. COMOGLIO, *I provvedimenti anticipatori*, in AA. VV., *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. TARUFFO, Torino, 1993, p. 301 ss.; C. CONSOLO, *La girandola della riforma del codice di procedura civile*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 225 ss.; R. CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003; ID., *La provvisoria esecuzione dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1108 ss.; G. COSTANTINO, *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995, n. 238)*, cit., c. 321 ss.; A. DIDONE, *Appunti sulla tutela sommaria di cui all'art. 186 bis c.p.c.*, in *Doc. giust.*, 1993, p. 2196 ss. e in *Giur. merito*, 1994, p. 764 ss.; M. FABIANI, *I provvedimenti anticipatori ed esecutività della sentenza di primo grado*, in *Fallimento*, 1992, p. 1237 ss.; ID., *I provvedimenti a funzione prevalentemente deflattiva*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 321 ss.; ID., *La condanna anticipata nei processi di cognizione a sfondo concorsuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 54 ss.; M. FORNACIARI, *Gli artt. 186 bis, ter e quater; motivi dell'insuccesso e prospettive «de iure condendo»*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 241 ss.; F. FORTE, *L'ordinanza di condanna e quella ingiunzionale in corso di causa*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1040 ss.; M. GIULIANO, *Riflessioni generali e specifiche intorno al regime dell'efficacia dell'ordinanza per il pagamento delle somme non contestate nel nuovo processo civile*, in *Arch. Civ.*, 1995, p. 1521 ss.; ID., *Spunti in tema di efficacia dell'ordinanza ingiuntiva in corso di causa nel nuovo processo civile*, in *Arch. Civ.*, 1995, p. 1345 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *Commento agli artt. 20 e 21 l. 26 novembre 1990 n. 353*, in AA. VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di G. TARZIA-F. CIPRIANI, Padova, 1993, p. 102 ss.; F. LAPERTOSA, *La tutela sommaria anticipatoria (art. 186 bis, 186 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 767 ss.; F.P. LUISO, *Il D.L. n. 238/1995 sul processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, IV, p. 241 ss.; ID., *Le nuove ordinanze «di pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 644 ss.; C. MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze di pagamento e ingiunzionale nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 644 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, II, 19° ed., Torino, 2007, p. 111 ss.; E. MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1009 ss.; T. NAVARRA, *La tutela interinale: art. 186 bis e ter c.p.c. - Prospettive «de iure condendo»*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 73 ss.; G. OLIVIERI, *Le ordinanze anticipatorie nei giudizi davanti al pretore*, in *Dir. giur.*, 1991, p. 288 ss.; ID., *Verso la riforma del processo civile*, in *Doc. giust.*, 1989/9, p. 31 ss.; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 394 ss.; G. RAMPAZZI, *Commento agli artt. 20 e 21 l. 26 novembre 1990, n. 353*, in AA. VV., *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 1992; E.F. RICCI, *Per un'efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, cit., p. 1021 ss.; ID., *Intervento*, in AA. VV., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Milano, 1996, p. 103 ss.; A. RONCO, *Ordinanze per il pagamento di somme ed estinzione del processo*, in *Giur. it.*, 1996, IV, p. 325 ss.; R. ROVERSI, *Istanza di ingiunzione di pagamento ex art. 186 ter c.p.c. in corso di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir.*

cata l'ordinanza di condanna al pagamento di somme o alla consegna o al rilascio di beni, emessa a conclusione della fase istruttoria, prevista dall'art. 186 *quater* c.p.c.⁶⁴.

In questi tre provvedimenti sono presenti alcune caratteristiche comuni, tra le quali, in particolare, quella di essere inseriti nel tessuto del processo di cognizione, di costituire titolo esecutivo e di sopravvivere all'estinzione del processo. La natura propriamente anticipatoria delle ordinanze di cui agli artt. 423, 186 *bis* e 186 *ter* c.p.c. è stata sempre sostanzialmente pacifica⁶⁵, sì che queste ordinanze hanno rappresentato un vero e proprio modello di an-

proc., 1995, p. 1292 ss.; B. SASSANI, in C. CONSOLO-F.P. LUISSO-B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996; G. TARZIA, *Crisi e riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 632 ss.; ID., *Il progetto Vassalli per il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 737 ss.; ID., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, 3° ed., Milano, 2007, p. 192 ss.; V. TAVORMINA, *Legge 26 novembre 1990, n. 353*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 40 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Sui termini per la pronuncia delle ordinanze di condanna ex art. 186 bis e ter c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 334 ss.

⁶⁴ Su tale ordinanza, v., per tutti, E.F. RICCI, *Commento all'art. 7 l. 20 dicembre 1995, n. 534*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 639 ss.; proprio questo Autore ha suggerito l'introduzione dell'istituto: ID., *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, cit., p. 1021 ss. Oltre agli Autori citati nelle note che seguono, si vedano anche A. BUCCI, *L'art. 186 quater: una norma «grimaldello»?*, in *Giust. civ.*, II, p. 299 ss.; S. CHIARLONI, *Discrezionalità oppure obbligatorietà in tema di emanazione dell'ordinanza di condanna ex art. 186 quater c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 329 ss.; F. DEL VECCHIO, *L'ordinanza provvisoria (o definitiva) introdotta dall'art. 186 quater c.p.c.*, in *Rass. loc. e cond.*, 1995, p. 433 ss.; A. DIDONE, *Per la difesa dell'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186-quater c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 71 ss.; I. DI GIOVANNI-C. NIUTTA, *Competente il g.i. ad emettere ordinanza ex art. 186 quater c.p.c. anche dopo la rimessione della causa al collegio*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 85 ss.; M. FABIANI, *L'ordinanza post-istruttoria alla prova della revoca fallimentare*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1065 ss.; M. FORNACIARI, *Gli artt. 186 bis, ter e quater; motivi dell'insuccesso e prospettive «de iure condendo»*, cit., p. 241 ss.; F. LAPERTOSA, *L'art. 186 quater c.p.c.: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 54 ss.; F. SANTANGELI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, Milano, 2001; B. SASSANI, *Sul potere dell'istruttore di decidere dell'istanza di condanna ex art. 186-quater c.p.c. dopo la rimessione al collegio*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1475 ss.

⁶⁵ Vedi, sul punto, A. CARRATTA, voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, cit.; ID., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 139 ss.; F. LAPERTOSA, *La tutela sommaria anticipatoria (art. 186 bis, 186 ter c.p.c.)*, cit., p. 767.

ticipazione di carattere non cautelare; mentre alcuni dubbi, originati dalle sue peculiarità, sono stati avanzati per l'ordinanza dell'art. 186 *quater* c.p.c.⁶⁶.

⁶⁶ In relazione all'ordinanza, si è infatti parlato di provvedimento anticipatorio «a cognizione piena, ma a decisione sommaria»: F.P. LUISO, *Il d.l. n. 238/1995 sul processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, IV, p. 241 ss.; ID., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, 4° ed., Milano, 2007. Evidenziano la cognizione piena dei fatti che l'ordinanza presuppone, G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, 3° ed., cit., p. 207; B. SASSANI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186 quater c.p.c.)*, in *Giur. it.*, 1996, IV, p. 193 ss.; S. CHIARLONI, *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186-quater c.p.c.*, cit., p. 513 ss., spec. p. 526 ss.; G. CAMPESE, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione di cui all'art. 186 quater c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 109 ss.; R. CONTE, *Appunti sull'ordinanza ex art. 186 quater c.p.c.: primi orientamenti*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 225 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 643; B. CAPPONI-C. CECHELLA, *Appendice di aggiornamento a I nuovi interventi sulla riforma del processo civile. Il d.l. 21 giugno 1995, n. 238*, Torino, 1995, p. 22.

Parla di «sentenza abbreviata» C. CONSOLO, *Attese e problemi sul nuovo art. 186 quater (fra condanna interinale e sentenza abbreviata)*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1406 ss., spec. p. 1409, ove rileva che vi sono due tesi sull'inquadramento dell'ordinanza: una, di chi la intende come «succedaneo della sentenza» e una di chi vi riconosce un provvedimento essenzialmente di interinale anticipazione». Secondo l'Autore, se da un punto di vista strutturale sarebbe da preferire la seconda, la funzione dell'ordinanza «è polivalente, proprio perché vorrebbe essere deflattiva, e può così negli effetti trasmodare verso quella della sentenza»; ID., *La girandola della riforma del codice di procedura civile*, cit., p. 867 ss., spec. p. 871; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, 5° ed., Padova, 2006, p. 297 s., ove rileva che si tratta di una condanna fondata su una decisione «da prendere ad atti ormai completi e così ben poco sommaria: solo la forma e lo stile motivatorio la differenziano, in realtà, da una sentenza».

Evidenzia il carattere anticipatorio dell'ordinanza, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, II*, 19° ed., cit., p. 120 s., secondo il quale, infatti, si tratta di «una decisione anticipata», resa possibile «anziché dalla non contestazione (come nel caso dell'art. 186 *bis*) o dalla prova scritta (come nel caso dell'ordinanza dell'art. 186 *ter*), senz'altro dal risultato dell'istruzione; ma ovviamente, soltanto se e nei limiti in cui questo risultato abbia determinato il convincimento del giudice istruttore nel senso dell'accogliibilità della domanda»; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 140 ss.

Nega la natura anticipatoria, G. SCARSELLI, *Osservazioni sparse sul nuovo art. 186 quater c.p.c.*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 389 ss., spec. c. 390 e 396, secondo cui il nuovo provvedimento «non può dirsi anticipatorio, perché il giudice istruttore può emanarlo solo dopo che la controversia ha esaurito la fase della trattazione e della istruzione», e si tratterebbe, invece, di un «provvedimento derisorio, avente efficacia di titolo esecutivo».

Secondo altri autori l'ordinanza in questione rappresenta una misura a cognizione sommaria, la quale, tuttavia, ha dei connotati non pienamente in linea con i principi costituzionali e con quelli che ispirano il processo ordinario: in questo senso, si veda G. COSTANTINO, *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995, n. 238)*, cit., c. 321 ss., spec. c. 332. Dubbi di rilievo costituzionale sono stati espressi anche da G.P. CALIFANO, *Il nuovo art.*

Altri esempi di provvedimenti anticipatori sono rappresentati, in materia di locazione, dalle ordinanze di rilascio dell'immobile, di cui all'art. 665 c.p.c. e di cui all'art. 30, comma ultimo, legge n. 392/1978 (c.d. legge sull'equo canone)⁶⁷ e dall'ordinanza di pagamento dei canoni non contestati di cui all'art. 666 c.p.c.⁶⁸; in materia di rendiconto, dall'ordinanza di pagamento del sopravanzo di cui all'art. 264, c.p.c.⁶⁹; in materia di affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni fondiari perpetue, l'ordinanza di affrancazione del fondo di cui all'art. 4 legge n. 607/1966⁷⁰.

Hanno costituito un utile punto di partenza per le riflessioni sulla tutela

186 quater c.p.c., in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 565 ss.; G. BALENA, *Ancora interventi urgenti sulla riforma del processo civile*, cit., p. 317 ss., spec. p. 334; P. NAPPI, *Rilievi problematici sull'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186 quater c.p.c.)*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3306 ss., spec. c. 3318 s.; B. CAPPONI-C. CECHELLA, *Appendice di aggiornamento a I nuovi interventi sulla riforma del processo civile. Il d.l. 21 giugno 1995, n. 238*, cit., p. 31.

⁶⁷ Sottolineano il carattere anticipatorio di queste ordinanze, A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 1354 ss., a p. 1363; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 159 ss.; M.T. ZANZUCCHI-C. VOCINO, *Diritto processuale civile, II, Del processo di cognizione (e dei procedimenti speciali: procedimenti sommari)*, 5° ed., Milano, 1962, p. 384; E. GARBAGNATI, *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5° ed., Milano, 1979, p. 364 s.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile, III, I procedimenti speciali di cognizione e cautelari, procedimenti di esecuzione, giurisdizione volontaria, delibazioni, arbitrati*, 2° ed., Milano, 1957, p. 49 ss.

⁶⁸ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 148 s.

⁶⁹ Su cui si vedano A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., p. 578, testo e nota 102, ove sostiene che la redazione originaria del codice di procedura civile fino alle modifiche apportate dalla novella di riforma delle controversie di lavoro, non prevedeva alcun provvedimento sommario anticipatorio della soddisfazione del diritto avente forma diversa dalla sentenza e che «l'unica eccezione era costituita dalle ordinanze ex art. 263, secondo comma e 264, terzo comma in tema di rendimento di conto»; F.P. LUISO, voce *Rendiconto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 789 ss.; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 146 ss. Nega la natura anticipatoria dell'ordinanza in esame, G. RAMPAZZI GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, Milano, 1990, p. 278.

⁷⁰ Su tali ordinanze, si veda A. GERMANÒ, *Sulla natura del procedimento di affrancazione ai sensi della legge 22 luglio 1966, n. 607, nella fase davanti al pretore*, in *Riv. dir. agr.*, 1969, II, p. 371 ss.; ID., *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Novissimo dig. it.*, Appendice, I, Torino, 1980, p. 128 ss. Sulla loro natura anticipatoria, v. A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 166 ss.

anticipatoria anche l'ordinanza di reintegrazione del lavoratore di cui all'art. 18, comma 7, legge n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori)⁷¹ e l'ordinanza prevista dall'art. 24 legge n. 990/1969 (legge sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile)⁷² con la quale, nel corso del processo, può essere assegnata alla parte lesa e che si trovi in stato di bisogno una somma da imputarsi nella liquidazione definitiva del danno.

Interessanti spunti sono inoltre stati tratti dai provvedimenti previsti in materia di lavoro dall'art. 28, commi 1 e 7, Statuto dei lavoratori (repressione della condotta antisindacale)⁷³ e dall'art. 15 legge 903/1977 (sulla parità di

⁷¹ Su tale provvedimento e la sua natura, tra gli altri, si vedano D. BORGHESI, *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18, quarto comma, dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1972, I, p. 437 ss.; A. PROTO PISANI, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Foro it.*, 1982, V, c. 117 ss.; S. CHIARLONI, *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Quad. dir. lav.*, 1989, p. 53 ss.; M. TARUFFO, voce *Reintegrazione nel posto di lavoro: II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, spec. par. 1.4; M.G. GAROFALO, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 560 ss., spec. p. 618 ss.; ID., *Commento all'art. 18*, in *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, diretto da G. GIUGNI, Milano, 1979, p. 286 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Commento all'art. 18 dello statuto dei lavoratori. Sez. III - Profili processuali*, in D. MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1992, p. 959 ss.; G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, in U. ROMAGNOLI-L. MONTUSCHIGHEZZI-G.F. MANCINI, *Statuto dei lavoratori*, in *Libro quinto. Del lavoro, supplemento legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1972, p. 290 ss.

⁷² La natura di questa ordinanza è dubbia. Secondo una parte della dottrina, essa appartiene alla categoria dei provvedimenti anticipatori-interinali: F. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 615 ss., p. 626; ID., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, p. 312 s.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., p. 2, nota 2;

Altri Autori ne sottolineano la natura cautelare, A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., p. 581; ID., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 389; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, cit., a p. 154.

⁷³ La letteratura su tale istituto è assai vasta. Si vedano, tra gli altri, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 4° ed., cit., p. 347 ss.; ID., *Repressione della condotta antisindacale e processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 638 ss.; C. PUNZI, *Art. 28: repressione della condotta antisindacale. Profili di diritto processuale civile*, in AA. VV., *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, vol. II, Milano, 1975, p. 996 ss.; R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977; A. PROTO PISANI, *Studi di diritto processua-*

trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro)⁷⁴. In base a tali norme, il giudice può emettere un decreto con cui ordina la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione dei suoi effetti. Tali provvedimenti sono costruiti secondo la struttura monitoria del ricorso per decreto ingiuntivo e al pari di quest'ultimo, nel caso in cui non sia esperita l'opposizione o se esperita, il processo si estingua, sono stati ritenuti di natura anticipatoria⁷⁵.

A tale elenco va poi aggiunto, anche se recentemente scomparso dalla scena⁷⁶, il procedimento sommario di cognizione introdotto con l'art. 19,

le del lavoro, Milano, 1976, p. 13 ss.; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Condotta antisindacale (procedimento di repressione della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988; C. MADRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19° ed., Torino, 2007, p. 289 ss.; L. LANFRANCHI, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 417 ss.; E. GARBAGNATI, *Profili processuali del licenziamento per motivi antisindacali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 605 ss.; ID., *Procedimento di repressione della condotta antisindacale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 1 ss.; U. ROMAGNOLI, *Aspetti processuali dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1312 ss.; A. BONSIGNORI, *Il procedimento dell'art. 28 dello «statuto dei lavoratori»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 595 ss.; P. MARTINELLI, *Art. 28 dello statuto dei lavoratori, diritti, interessi e processo civile*, in AA. VV., *I Processi speciali, studi offerti a Virgilio Andrioli*, cit., p. 175 ss.; V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano, 1979, p. 157 ss.

⁷⁴ Su tale provvedimento, si veda, tra gli altri, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, 4° ed., cit., p. 359 ss.; C. RAPI SARDA, *Osservazioni in tema di attuazione della legge parità uomo-donna in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 386 ss.; B. SASSANI, *Aspetti processuali della legge n. 125 del 1991*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 861 ss.; C. RAPI SARDA SASSOON, *La tutela dei soggetti discriminati. Azioni individuale, azione pubblica e tentativo di conciliazione*, in *La legge 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1994, p. 73 ss.; G. BALENA, *Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, n. 67, 1995, p. 421 ss.; V.E. CICCETTI, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1187 ss.; L. DE ANGELIS, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *Riv. it., dir. lav.*, 1992, I, p. 457 ss.; F. LUNARDON, *Principio di uguaglianza, discriminazioni indirette ed azioni positive nella L. n. 125/1991*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 203 ss.

⁷⁵ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 185 ss.

⁷⁶ L'art. 54, 5 co., della recentissima Legge, 18 giugno 2009, n. 69, ha abrogato l'intero rito societario, compreso, dunque, il procedimento sommario.

d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (c.d. Rito societario)⁷⁷, ai sensi del quale, nelle

⁷⁷ Sul procedimento sommario di cui all'art. 19, d.lgs. n. 5/2003, si vedano, tra gli altri, G.L. BARRECA, *Il procedimento sommario di cognizione (art. 19 del decreto legislativo n. 5 del 2003)*, in *www.judicium.it*; A. BRIGUGLIO, *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, II, Milano, 2005, p. 1555 ss.; G. CANALE, *Il procedimento sommario e quello abbreviato: problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1550 ss. e in *www.judicium.it*; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1359 ss.; ID., *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 143 ss.; B. CAPPONI, *Sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie (art. 19 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 442 ss.; ID., *Prime applicazioni giurisprudenziali del procedimento sommario nel rito societario*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1993 ss.; M. CATALDI, *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 385 ss.; ID., *Il procedimento sommario di cognizione «originale» e riformato: prime applicazioni*, in *Giur. merito*, 2005, p. 600 ss.; C. CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 445 ss.; C. CECHELLA, *Commento all'art. 19*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di F.P. LUISO, Torino, 2006, p. 310 ss.; ID., *Il référé italiano nella riforma delle società*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1130 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sul nuovo processo societario*, in *Giur. it.*, 2004, p. 681 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in E. D'ALESSANDRO-M.C. GIORGETTI-F. SANTAGADA-M.A. ZUMPANO, *Il nuovo processo societario. I decreti di correzione e la prima fase applicativa*, Milano, 2006, p. 147 ss.; E. DALMOTTO, *Il procedimento sommario non cautelare (art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003)*, in *www.judicium.it*; M. D'AMBROSIO, *Luci ed ombre del procedimento sommario per le controversie societarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 461 ss.; G. DELLA PIETRA, *Il procedimento sommario societario: molti dubbi e qualche certezza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 580 ss.; P. DELLA VEDOVA, *Cognizione speciale e struttura del procedimento. Analisi del processo sommario societario*, Milano, 2007; T. DI CIOMMO, *Aspetti problematici del processo sommario societario*, in *www.judicium.it*; L. DI COLA, *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario, La logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, Roma, 2005; ID., *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario*, in AA. VV., *Davanti al giudice: studi sul processo societario*, a cura di L. LANFRACHI-A. CARRATTA, Torino, 2005, p. 283 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19° ed., cit., p. 344 s.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, 4° ed., Milano, 2007, p. 180 ss.; S. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 1097 ss.; N. MICHIELI, *Il procedimento sommario nel processo societario*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 74 ss.; C.L. PERAGO, *Commento all'art. 19*, in AA. VV., *I procedimenti in materia commerciale, Commento al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, a cura di G. COSTANTINO, Padova, 2005, p. 372 ss.; A. RONCO, *Commento all'art. 19*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario, D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, Commentario diretto da S. CHIARLONI, Torino, 2004, p. 523 ss.; A. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 467 ss.; B. SASSANI-R. TISCINI, *Commento all'art. 19*, in M. SANDULLI-V. SANTORO-B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Aggiornamento commentato*, Torino, 2004, p. 209 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle liti societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 263 ss.; ID., *Commento all'art. 19*, in B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società, Il processo*, Torino, 2003, p. 197 ss.; F. TOMMASEO, *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005, p. 85 ss.; D. VOLPINO, *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 67 ss.

controversie che hanno ad oggetto il pagamento di una somma di denaro ovvero la consegna di una cosa mobile determinata⁷⁸, se il giudice ritiene sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondate le contestazioni del convenuto, può emettere un'ordinanza di condanna immediatamente esecutiva.

Tale procedimento costituisce un'alternativa, a scelta dell'attore, a quello ordinario, ma può trasformarsi in quest'ultimo nel caso in cui il giudice ritenga che non sussistano i presupposti e che la complessità della cognizione non si addica alle forme semplificate e sommarie. Il procedimento in questione, dichiaratamente ispirato al modello del *référé* francese, mira a fare ottenere alla parte un titolo esecutivo con un provvedimento il quale tuttavia non idoneo, essendo espressamente escluso dalla norma, ad acquisire l'incontrovertibilità e l'irretrattabilità proprie del giudicato.

Infine va segnalata l'introduzione, ad opera dell'art. 51 della recentissima legge n. 18 giugno 2009, n. 69, di un procedimento sommario di cognizione⁷⁹, disciplinato dai nuovi artt. 702-*bis*, 702-*ter* e 702-*quater* c.p.c. (Capo III-*bis*)⁸⁰.

⁷⁸ Il procedimento poteva essere instaurato in tutte le controversie alle quali era applicabile il Rito societario, ad eccezione di quelle riguardanti le azioni di responsabilità, in virtù dell'espressa esclusione sancita dall'art. 23, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5

⁷⁹ Già il disegno di legge n. 1524/S/XV, presentato nell'aprile 2007 e conosciuto come progetto Mastella, prevedeva, l'introduzione di un modello generale di procedimento sommario non cautelare. Su tale istituto è stato impostato quello introdotto nel 2009.

⁸⁰ Sul nuovo istituto (e su quello previsto dall'art. 46 del c.d. progetto Mastella, al quale può ricondursi l'origine dell'istituto, senza trascurare, tuttavia, che esistono rilevanti differenze tra i due) si vedano G. ARIETA, *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *www.judicium.it*; C. ASPRELLA, in C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *La riforma del processo civile, dal 2005 al 2009*, Milano, 2009, p. 139 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *www.judicium.it*; ID., *Il procedimento sommario di cognizione*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249 ss., da c. 324 ss.; F. BARTOLINI-R. PASTORE-P. SAVARRO, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione e il procedimento cautelare uniforme*, Piacenza, 2009, p.

Si tratta di un istituto nuovo, alternativo al procedimento ordinario⁸¹, cui le parti possono fare ricorso per tutte le domande di competenza del tribunale in composizione monocratica⁸². Il procedimento è introdotto con ri-

13 ss.; M. BOVE, in M. BOVE-A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, p. 81 ss.; ID., *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, p. 23 ss.; R. CAPONI, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, cit., c. 334 ss.; ID., *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*; A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 135 ss.; C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 7, p. 877 ss., a p. 882 ss.; M.F. GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 441 ss., a p. 462 ss.; R. GIORDANO-A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commentario organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, p. 551 ss.; P. LANNI, *Commento sub artt. 702 bis, 702 ter e 702 quater*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Conso- lo, *La riforma del 2009*, curato da C. CONSOLO assieme a M. DE CRISTOFARO, Milano, 2009, p. 356 ss.; F.P. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it* e in *Giur. it.*, 2009, IV, p. 10 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 20° ed., Torino, 2009, p. 345 ss.; S. MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 8, p. 1025 ss.; G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in F. AULETTA-S. BOCCAGNA-G.P. CALIFANO-G. DELLA PIETRA-G. OLIVIERI-N. RASCIO, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività, Legge 18 giugno 2009 n. 69*, Napoli, 2009, p. 81 ss.; ID., *Il procedimento sommario di cognizione (primissime brevi note)*, in *www.judicium.it*; C. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 5, p. 1197 ss., a p. 1204 ss.; ID., *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1189 ss., a p. 1204 ss.; E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1359 ss., a p. 1364 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile, Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, p. 103 ss.; B. SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in *www.judicium.it*, p. 10 s.; B. SASSANI-R. TISCI- NI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *www.judicium.it*, p. 17 s.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 4° ed., Milano, 2009, p. 321 ss.

⁸¹ Nel senso che la scelta del procedimento sommario è rimessa, in prima battuta, alla parte, la quale è libera di optare per il giudizio ordinario. Sul punto, v. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.; punto 23; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile, Legge 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 104; C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., p. 882 s., ove rileva che si tratta di un procedimento «alternativo» e «concorrente» con quello di cognizione ordinaria.

⁸² Il disegno di legge Mastella prevedeva, invece, che il nuovo procedimento sommario di cognizione fosse limitato alle domande di «condanna al pagamento di una somma di denaro, anche non liquida, o alla consegna e al rilascio di cose». Un'analogha previsione era

corso ed è strutturato in due fasi: la prima a cognizione sommaria, la seconda, eventuale, con le forme dell'appello e a cognizione piena. Ove però il giudice, nel corso del procedimento, rilevi che le domande proposte dalle parti, le richieste istruttorie formulate e le relative difese richiedono una cognizione non sommaria, con ordinanza non impugnabile trasforma il processo sommario in ordinario, fissando all'uopo l'udienza dell'art. 183 c.p.c.: in questo caso il processo prosegue secondo le forme e le regole del libro II del c.p.c.

La prima fase si conclude sempre in forma di ordinanza, e potrà essere anzitutto una ordinanza non impugnabile con cui il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda (dell'attore o riconvenzionale), perché non rientrante tra quelle previste dall'art. 702-*bis* c.p.c.; o un'ordinanza con cui si dichiara incompetente; o ancora con cui rigetta in rito la domanda.

Al di fuori di queste ipotesi, se il giudice non ne ordina la trasformazione in processo ordinario, il procedimento sommario si conclude con una decisione di rigetto o di accoglimento in merito della domanda⁸³. L'ordinanza di accoglimento è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per

contenuta anche nel disegno di legge 1441/C/XVI ma nel prosieguo dell'iter parlamentare un emendamento presentato dallo stesso Governo ha fatto cadere la limitazione. Si ritiene, di conseguenza, che il procedimento sommario possa essere utilizzato per qualunque tipo di domanda (in questo senso, F.P. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 1568; G. BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., c. 324. *Contra*, A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 139, il quale reputa invece che la limitazione alle sole domande di condanna possa dedursi dall'art. 702-*ter*, comma 6, c.p.c., per cui l'ordinanza che definisce il giudizio è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione).

⁸³ Sul punto, v. M. BOVE, in M. BOVE-A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, cit., p. 84 s., ove rileva che se la causa è ritenuta semplice, «questo procedimento non può non giungere comunque ad una decisione, sia di accoglimento, ma sia anche di rigetto. Qui non siamo di fronte ad un procedimento sommario che può avere solo l'esito dell'accoglimento. In esso, pur rimanendo sommario, si può anche rigettare la domanda con gli stessi effetti del suo accoglimento».

l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione.

Contro l'ordinanza è possibile proporre appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione. Se l'appello non è proposto, o se proposto, è dichiarato inammissibile o improcedibile, l'ordinanza «produce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.»⁸⁴.

L'idoneità ad acquisire l'irretrattabilità e l'immutabilità proprie del giudicato rappresenta probabilmente il profilo di maggiore novità dell'istituto, che vale a distinguerlo da quello introdotto nell'ordinamento, e poi da questo espunto, con l'art. 19, d.lgs. n. 5/2003⁸⁵. È interessante osservare, al riguardo, che, nelle intenzioni del legislatore, il modello di procedimento sommario disciplinato dagli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c. dovrà sostituire tutti i procedimenti sommari previsti nelle varie leggi speciali⁸⁶.

⁸⁴ Si vedano, sul punto, le lucide critiche di E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, cit., p. 1364 ss., relative alla scelta del legislatore di prevedere che il provvedimento non impugnato sia idoneo al giudicato sostanziale; scelta che, secondo l'Autore, si dimostra sbagliata rispetto al fine deflativo che si vuole perseguire con l'introduzione dell'istituto e poco coerente con il modello utilizzato: «Il fatto è che il procedimento sommario mirante alla costituzione di un titolo esecutivo in tanto può essere veramente utile nel più generale contesto della tutela giurisdizionale (contribuendo anche a deflazionare il processo ordinario di cognizione, e quindi proprio per questo a renderlo più celere), in quanto lo si concepisca come uno strumento per una *tutela diversa (e minore) da quella che il processo di cognizione può dare*; e quando si pretende di utilizzarlo con una finalità più ampia (come quella di porre capo alla cosa giudicata sostanziale nel caso di mancata reazione dell'intimato), lo si impiega per uno scopo diverso da quello più adatto al suo stesso modello» (corsivo dell'Autore); vedi anche le critiche di A. PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommazione del processo civile*, in *Foro it.*, V, 2007, c. 44 ss.

⁸⁵ Cfr. C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., p. 882, ove rileva che «caratteristica peculiare del procedimento in esame è di essere un procedimento sommario (*rectius*: semplificato) di cognizione concorrente in via alternativa con quello di cognizione ordinaria, in grado però (quanto quello) di dar luogo ad una cognizione giurisdizionale e una tutela piena, che in nulla divergerà da quella offerta alla parte vittorioso ove il procedimento si svolga secondo le modalità ordinarie»

⁸⁶ Tale intenzione trova una precisa conferma nell'art. 54, legge n. 69/2009, in cui è previsto che a questo modello processuale siano ricondotti, in futuro, tutti i riti speciali di

6. - *L'orientamento che privilegia una visione atomistica dei provvedimenti a contenuto anticipatorio e nega la possibilità di ricondurre ad un'autonoma categoria tutte le ipotesi di anticipazione previste nell'ordinamento.*

La complessità del quadro di riferimento legislativo, dovuto alla eterogeneità dei provvedimenti che anticipano gli effetti esecutivi della sentenza di merito, nonché la difficoltà di individuare con precisione dei criteri validi per distinguere e raggruppare le singole previsioni normative, ha convinto una parte della dottrina, anche recentemente⁸⁷, dell'impossibilità di ricostruire, in chiave unitaria, una categoria di provvedimenti, differenti da quelli

cognizione attualmente disciplinati al di fuori dei codici, anche se camerale, nei quali prevalgono «caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa».

⁸⁷ Perplessità sulla possibilità di ricondurre in una categoria autonoma tutti i provvedimenti di carattere anticipatorio sono state espresse da G. TARZIA, *Aspetti processuali dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 643 ss., a p. 665 ss., che osserva, in riferimento all'ordinanza prevista dall'art. 24, legge n. 990/1969, come sia difficile ricondurla allo schema dei provvedimenti cautelari o degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva o dei provvedimenti interinali, perché «a nessuna di queste classificazioni corrisponde un regime processuale tipico, idoneo ad essere richiamato per colmare i vuoti lasciati dalla normativa speciale»; F. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, cit., spec. p. 634 e 638; ID., *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, cit., p. 680 ss.; P. FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 364 ss.; P. COMOGLIO, *I provvedimenti anticipatori*, in *Le riforme della giustizia civile. Commento alla legge n. 353/1990 e alla legge n. 374/1991*, (a cura di M. Taruffo), cit., p. 301 ss., spec. p. 304 s.; M.F. GHIRGA, *L'application aux mesures provisoires du principe dispositif et du principe de la contradiction en droit italien*, in A.A.VV., *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé sous la direction de Jacques van Compernelle et Giuseppe Tarzia*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 124-125. Ancora più recentemente, da B. SASSANI-R. TISCINI, voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., agg.*, Milano, 2002, p. 872 ss., ove affermano, con riguardo alle ordinanze anticipatorie previste dagli artt. 186 bis, 186 ter e 186 quater c.p.c. che, nonostante la presenza di tratti comuni, non è possibile stabilire una disciplina unitaria delle tre ordinanze in quanto meriterebbero analisi separate per tempi, disciplina dell'esecutività, modalità di funzionamento, regime di stabilità e rapporti con la sentenza finale. La conclusione inevitabile, secondo gli Autori, sarebbe quella del «valore empirico» della nozione di anticipazione; G. TARZIA, *Introduzione*, in A.A. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia - A. Saletti, Padova, 2008, 3° ed., spec. p. XXIX e XXX.

sommari decisori e sommari cautelari, che rispondano, essi soli, ad un preciso modello e a un comune schema di tutela anticipatoria.

Tale dottrina ritiene che, sulla base dell'esame delle disposizioni normative, gli strumenti con i quali il legislatore realizza la funzione anticipatoria siano raggruppabili in tre distinte categorie: i provvedimenti sommari non cautelari, i provvedimenti sommari interinali e i provvedimenti cautelari⁸⁸. Sotto il profilo strutturale e procedimentale, i provvedimenti appartenenti a ciascun gruppo presentano elementi di differenziazione da quelli appartenenti agli altri gruppi⁸⁹.

I provvedimenti sommari non cautelari sono emessi alla conclusione di un autonomo procedimento o subprocedimento a cui può seguire, con l'opposizione della parte che lo subisce, il processo ordinario. Essi, a determinate condizioni, sono idonei ad esprimere una definitiva pronuncia di merito, ancorché non sempre equiparabile alla cosa giudicata. In questi provvedimenti si realizza l'anticipazione degli effetti della decisione di merito, ma su presupposti diversi da quelli previsti per la tutela cautelare e con forza differente, essendo, al contrario dei provvedimenti cautelari, idonei a divenire definitivi.

⁸⁸ Così, P. FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, cit., p. 368; nello stesso senso, F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata e giudizio di merito*, cit., p. 699 ss., il quale, tuttavia, utilizza una terminologia diversa e parla, rispettivamente, di: tutela d'urgenza satisfattiva autonoma; tutela d'urgenza satisfattiva interinale; tutela d'urgenza cautelare.

⁸⁹ Al riguardo osserva F. CARPI, *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, cit., a p. 634 e a p. 638, che i provvedimenti definiti anticipatori si presentano come «falsi amici» in quanto «offrono all'occhio alcuni elementi formali comuni, per poi mettere in luce differenti contenuti, funzioni e discipline»; in tali provvedimenti sarebbero infatti rinvenibili solo gli elementi comuni della forma del provvedimento (che di solito è l'ordinanza) e della cognizione (che di solito è sommaria), elementi che non sarebbero sufficienti a risolvere i problemi applicativi che questi provvedimenti presentano e che giustificano la «tendenza all'atomizzazione» delle norme che prevedono.

I provvedimenti interinali sono solo quelli emessi nel corso e in occasione del processo ordinario di cognizione e anticipano in parte il contenuto e gli effetti della sentenza. Si caratterizzano per essere emanati sulla base delle risultanze acquisite fino alla loro pronuncia e che sarebbero tali da fondare il convincimento del giudice sull'accoglimento totale o parziale della domanda, se non contraddette da nuove risultanze emerse nel corso del giudizio. Tali provvedimenti costituiscono titolo esecutivo ma non sono idonei a produrre gli effetti del giudicato né preclusioni all'interno del processo.

I provvedimenti cautelari sono emessi all'interno di un autonomo procedimento, o nel corso del giudizio ordinario, in base di una cognizione superficiale sulla probabile esistenza del diritto (*fumus boni iuris*) e sul danno che potrebbe derivare alla parte dalla durata del processo (*periculum in mora*). Tali provvedimenti sono inoltre caratterizzati dalla strumentalità e dalla provvisorietà, vale a dire che mirano ad assicurare l'utilità del provvedimento a cognizione piena e sono inadeguati a fornire una definizione immutabile del rapporto controverso.

Secondo l'orientamento in rassegna, la funzione anticipatoria è dunque realizzata dal legislatore attraverso tre tecniche distinte, cui corrispondono altrettante strutture procedurali fondate su presupposti diversi. La diversità si riflette anche sulla qualità degli effetti prodotti dai provvedimenti appartenenti a ciascuna categoria, che per questo non possono essere assimilati, dal momento che gli effetti seguono lo schema tipico di ciascuna tutela nella quale sono inseriti i provvedimenti. L'unico tratto comune è rappresentato dalla funzione anticipatoria; tale elemento, tuttavia, non è idoneo a conferire

rilievo sistematico unitario alle diverse categorie⁹⁰. Da queste premesse, tale dottrina giunge a negare che l'anticipazione costituisca un'autonoma tecnica di tutela, come tale distinguibile dalle altre⁹¹.

Al di là delle conclusioni negative sulla possibilità di considerare unitariamente il fenomeno dell'anticipazione, ciò che merita di essere segnalato sono i risultati raggiunti da tale dottrina sul rapporto tra funzione anticipatoria e tutela cautelare. Secondo l'orientamento in esame, nella tutela cautelare la funzione anticipatoria si realizza con provvedimenti che non forniscono mai una tutela soddisfattiva del diritto⁹², diversamente dalle altre forme di tutela sommaria qui considerate, che forniscono invece l'anticipazione della piena soddisfazione del diritto.

Il diverso modo di atteggiarsi del rapporto tra anticipazione e tutela cautelare è conseguenza della struttura e delle caratteristiche proprie di quest'ultima. Anche quando opera con misure a contenuto anticipatorio, sul piano della qualità degli effetti prodotti e delle modalità con cui si riflette sui

⁹⁰ In questo senso, P. FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, cit., p. 383 e F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela*, «sentenza anticipata e giudizio di merito», cit., a p. 699 ove osserva che la tutela anticipatoria in gran parte coincide con quella sommaria e ricomprende moduli processuali assai diversi fra loro, «non certo riconducibili ad *unum*, a volte anzi fortemente atomizzati».

⁹¹ Cfr. P. FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, cit., p. 383 e 384, secondo il quale, di conseguenza, non sarebbe utile procedere ad una autonoma collocazione sistematica dei provvedimenti anticipatori, perché verrebbe «a sovrapporsi ad altre categorie procedimentali senza che ciò possa valere ad unificarne, sia pure in via interpretativa, la disciplina».

⁹² Così anche F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931, a p. 60, quando rileva che l'intervento del giudice durante la lite avverrebbe «non già per la sua composizione, ma per una sua sistemazione di fatto in attesa della decisione». Nel senso, invece, che gli effetti prodotti dall'attuazione della misura cautelare sarebbero identici a quelli prodotti dall'esecuzione della sentenza di condanna, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 6 ss. e 87 ss. Nel senso che il provvedimento cautelare anticipatorio realizza la soddisfazione della pretesa su di un piano giuridico e non di mero fatto, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 249 ss.;

rapporti sostanziali, la tutela cautelare si distingue dalle altre tutele sommarie perché in essa la sommarietà della cognizione è strettamente correlata alla strumentalità della misura. Tali effetti, dato il carattere strumentale della misura, devono sempre essere giuridicamente reversibili, in modo tale da non pregiudicare la successiva decisione di merito definitiva, alla cui assicurazione la misura cautelare è finalizzata⁹³.

A me sembra, tuttavia, che il rapporto tra cautela e anticipazione, così ricostruito, finisca per negare che la misura cautelare sia idonea a realizzare una vera e propria funzione anticipatoria. Si è visto, infatti, che in tanto si può parlare di anticipazione in quanto il provvedimento realizzi, anche in modo meno intenso della sentenza di merito, la soddisfazione della pretesa⁹⁴. Ma se si ritiene che il provvedimento cautelare, per i suoi limiti strutturali, possa incidere sui rapporti sostanziali solo con effetti reversibili, e dunque mai soddisfattivi del diritto, sul piano funzionale non si realizza alcuna anticipazione degli effetti del provvedimento definitivo che quella soddisfazione, invece, realizza⁹⁵. Vi è, al limite, solo l'anticipazione formale di una parte del possibile contenuto della sentenza.

⁹³ Sul punto v. P. FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, cit., p. 381 e 382, il quale ritiene che anche quando il provvedimento cautelare assuma un contenuto anticipatorio, dovrà limitarsi a realizzare una composizione provvisoria e non soddisfattiva dei contrapposti interessi, «con effetti oggettivamente reversibili». La reversibilità degli effetti prodotti dalla misura cautelare è sottolineata anche da G. ARIETA, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, cit., a p. 594 quando osserva che il giudice nel disporre la misura dovrà «contemperare gli interessi anche del soggetto passivo della cautela»

⁹⁴ Cfr. E.F. RICCI, *Provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 69.

⁹⁵ Sul rilievo che la tutela anticipatoria, per essere tale, deve in qualche modo realizzare la soddisfazione del diritto fatto valere, v. E.F. RICCI, *Provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 69, ove chiarisce che «nei limiti entro i quali venga veramente in considerazione una tutela di tipo anticipatorio, tale tutela ha un carattere soddisfattivo (e quindi *lato sensu* esecutivo)».

Il dato che la misura cautelare non sia idonea a garantire una sistemazione giuridica immutabile del rapporto controverso non impedisce, a mio avviso, che essa produca ugualmente la soddisfazione della pretesa. A prescindere dalla definitività degli effetti su un piano di fatto, un provvedimento che, anticipando gli effetti della sentenza, sia idoneo a far ottenere alla parte utilità giuridiche analoghe, in termini di risultato, a quelle ottenibili con la sentenza, garantisce a quest'ultimo la soddisfazione della pretesa fatta valere, anche se in modo diverso e forse meno incisivo. La minore forza della tutela concessa non significa, tuttavia, che essa non sia idonea a presentarsi come tutela satisfattiva. L'idoneità a realizzare la soddisfazione del diritto e la sua definitività si pongono su piani distinti⁹⁶.

7. - Anticipazione come anteriorità cronologica di un provvedimento rispetto a un altro, sullo stesso oggetto e con lo stesso scopo. L'anticipazione come preciso schema strutturale diverso da quello cautelare.

Diversamente dall'orientamento sopra citato, da parte di un'altra dottrina si è ritenuto di poter isolare, all'interno della tutela sommaria, una precisa tecnica anticipatoria e di ipotizzare, in linea generale, e salvo verificare che il legislatore se ne sia effettivamente servito, l'esistenza di una categoria

⁹⁶ Sulla questione, v. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 150 ss., secondo cui l'anticipazione satisfattiva della pretesa realizzata dal provvedimento cautelare anticipatorio non contraddice la regola per la quale gli effetti della tutela assicurata dal medesimo provvedimento devono essere necessariamente provvisori. Ritiene l'Autore, infatti, che il carattere provvisorio e strumentale dovrebbe essere inteso solo nel senso della inidoneità di tali provvedimenti ad acquistare l'autorità di cosa giudicata e non alla durata e alla qualità degli effetti che ne scaturiscono.

autonoma di provvedimenti costruiti secondo tale tecnica.

Questa tesi si fonda sul principio metodologico, per cui in tanto sarebbe possibile isolare una tecnica anticipatoria in quanto ad essa corrispondano una data struttura e una specifica funzione, diverse da quelle presenti in altre tecniche. Da un punto di vista strutturale, un provvedimento è anticipatorio rispetto a un altro quando viene pronunciato prima. Dal momento che il normale e necessario provvedimento che definisce il processo giurisdizionale è la sentenza, solo quest'ultima sarebbe il provvedimento idoneo a essere anticipato: con il termine anticipatorio, dunque, ci si riferisce ad un provvedimento pronunciato prima della sentenza di primo grado. Ma il criterio temporale non sarebbe ancora sufficiente a isolare una precisa tecnica, poiché sarebbe idoneo a riferirsi a tutti i provvedimenti pronunciati nel corso del processo ordinario. È dunque necessario combinare l'anticipazione cronologica con la funzione assolta dal provvedimento: in questo senso anticipatorio si presenta solo il provvedimento anticipante che sia contenuto nei limiti oggettivi del provvedimento anticipato e per conseguire il suo medesimo scopo⁹⁷.

Proprio perché rende possibile arrivare a una pronuncia anticipata e più rapida, la tecnica dell'anticipazione si caratterizza dal fatto che in essa la cognizione è sommaria, o comunque ridotta a suoi aspetti più essenziali, o finanche sostituita da una valutazione discrezionale.

La tecnica dell'anticipazione, secondo tale dottrina, risponde alla medesima ragione giuridica della tutela cautelare, quella della necessità di evitare i

⁹⁷ C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 556, secondo cui «quando si dice che un provvedimento anticipa un altro non si dice soltanto che l'uno viene prima dell'altro, ma si dice che arriva prima alla stessa meta dell'altro», compiendo «una combinazione dell'antiorità cronologica con la medesima direzione funzionale».

pregiudizi derivanti dalla durata del processo ordinario. Tuttavia le due tecniche non sono mai assimilabili anche se, guardando al solo profilo funzionale, esse sono difficilmente, e in ogni caso non nettamente, distinguibili⁹⁸.

Non è così, invece, se si fonda la differenza sulla struttura, perché solo la tecnica cautelare risulta imperniata su due elementi: la presenza di un giudizio di convalida e la durata del provvedimento fino al passaggio in giudicato della sentenza. Nella tecnica anticipatoria il primo elemento manca del tutto, mentre, per quanto riguarda il secondo, si osserva che il provvedimento è destinato a durare solo fino alla pronuncia della sentenza di primo grado. Gli elementi strutturali su cui tale distinzione poggia, tuttavia, sono stati eliminati da tempo dalla disciplina legislativa⁹⁹, e dunque la contrapposizio-

⁹⁸ Lo stesso C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 580 e 581, ritiene che se si impostasse su basi funzionali la categoria dei provvedimenti anticipatori, si dovrebbero isolare le seguenti ipotesi: a) provvedimenti con funzione anticipatoria (oltre che a struttura anticipatoria) e nei quali la funzione strumentale-cautelare si può prospettare soltanto in via secondaria e mediata (ad esempio: l'ordinanza presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c.; la nomina di tutore o curatore provvisorio nel giudizio di interdizione o di inabilitazione; l'ordinanza provvisoria alimentare emessa ai sensi dell'art. 446 c.c.; l'ordinanza di rilascio di cui all'art. 665 c.p.c.; la condanna con riserva); b) provvedimenti con funzione anticipatoria (oltre che a struttura anticipatoria) nei quali la funzione mediata cautelare scompare quasi interamente (ad esempio i decreti ingiuntivi); c) provvedimenti con funzione anticipatoria (oltre che a struttura anticipatoria), nei quali la funzione cautelare è presente in maniera costante, in quanto esso costituisce la funzione propria della tutela alla quale tende il provvedimento anticipato (ad esempio: giudizio possessori e nunciativi); d) provvedimenti con funzione anticipatoria, e solo indirettamente anche cautelare, ma con struttura cautelare (è il caso delle inibitorie emesse nel processo per violazione di brevetti e marchi); e) provvedimenti con funzione cautelare (anche se in alcune ipotesi, secondo il contenuto adottato in concreto, attraverso la funzione anticipatoria), ma con struttura anticipatoria (è il caso del provvedimento d'urgenza emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c.); f) provvedimenti con funzione e struttura puramente cautelari (ad esempio: i sequestri e i provvedimenti cautelare conservativi).

⁹⁹ L'elemento rappresentato dalla durata del provvedimento cautelare fino al passaggio in giudicato della sentenza di merito è venuto meno per effetto dell'introduzione (con la riforma del 1990) dell'art. 669 *novies*, 3 co., c.p.c., che prevede la perdita di efficacia del provvedimento cautelare «se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso». L'elemento rappresentato dalla presenza,

ne è stata privata del suo fondamento positivo¹⁰⁰.

Sulla base di queste premesse, la dottrina in esame finisce per considerare anticipatori, tra gli altri, anche i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., i quali non hanno struttura cautelare, sono costruiti secondo la tecnica dell'anticipazione, e rispondono alla funzione immediata di questa tutela e solo mediatamente a quella della tutela cautelare¹⁰¹.

8. - *Il significato tecnico-processuale di anticipazione come concorso di fattispecie volte alla produzione del medesimo effetto finale. Possibile coesistenza tra tutela cautelare e tutela anticipatoria nei provvedimenti d'urgenza.*

La possibilità di considerare i provvedimenti d'urgenza come strumenti di tutela anticipatoria, senza con ciò negarne la struttura propriamente cautelare, è stata viceversa affermata da Tommaseo. Secondo tale Autore, il riferi-

nei provvedimenti cautelari, del giudizio di convalida è venuto meno per effetto dell'abrogazione degli artt. 680, 681, 682 c.p.c. che disciplinavano il procedimento per convalida del sequestro, ad opera dell'art. 89, legge n. 353/1990.

¹⁰⁰ Come riconosce lo stesso C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 19° ed., Torino, 2007, p. 225 e 226, nota 2, e prima già rilevato da M.F. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità nella gestione sociale*, Padova, 1994, p. 147 ss.; R. CONTE, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, cit., p. 55.

¹⁰¹ C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 564 ss. Nonostante il fatto che nella norma dell'art. 700 c.p.c. il rapporto tra provvedimento provvisorio e provvedimento definitivo sia delineato in senso strumentale e non meramente anticipatorio, l'elemento «funzionale immediato» cui risponde il relativo provvedimento è anticipatorio. Anche S. SATTA, *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, cit., c. 132 ss., riteneva che i provvedimenti d'urgenza avrebbero natura non cautelare ma anticipatoria e per questo sarebbero utilizzabili solo nelle ipotesi di diritti soggettivi assoluti. Ma diversamente da Mandrioli, Satta reputa che l'anticipazione soddisfattiva sia in contrasto con la funzione cautelare e conclude dunque nel senso della natura non cautelare dei provvedimenti d'urgenza.

mento al significato di anticipazione come anteriorità cronologica di un provvedimento rispetto a un altro provvedimento sarebbe limitativo e, sostanzialmente, non corretto ai fini della comprensione della tutela anticipatoria. In tale accezione, l'anteriorità sarebbe un fenomeno che potrebbe ricorrere solo all'interno di un determinato procedimento di cui modifica la disciplina temporale attraverso lo spostamento della collocazione di uno determinato atto della sequenza.

Così inteso, il fenomeno è idoneo a spiegare solo le ipotesi in cui si realizza una mera anticipazione di elementi di una specifica e unitaria fattispecie, mentre non spiegherebbe la diversa ipotesi in cui si assiste ad una anticipazione di effetti tra fattispecie con struttura differente. L'Autore osserva come si rinvenzano casi in cui una fattispecie più o meno complessa, quale è il procedimento, produce effetti che, interamente o anche solo parzialmente, corrispondono a quelli scaturenti da un'altra e diversa fattispecie: realizzando, dunque, un concorso di fattispecie.

Tale concorso si atteggia in modo differente secondo che gli effetti scaturenti dalla diverse fattispecie siano tra loro perfettamente coincidenti. In quest'ultima ipotesi, infatti, il concorso sarebbe solo astratto, perché la produzione dell'effetto di una fattispecie esclude che il medesimo effetto sia prodotto anche dall'altra¹⁰². Da qui nasce l'opportunità di distinguere i casi in cui il concorso avviene tra fattispecie alternativamente previste e quelli nei

¹⁰² Che un identico effetto sia riprodotto da una fattispecie successiva concorrente è logicamente impossibile, come rileva S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1951, p. 656 ss.

quali il concorso avviene tra fattispecie equivalenti¹⁰³. Nel primo tipo di concorso la realizzazione dell'una esclude la realizzazione della seconda, mentre nel secondo caso il verificarsi di una fattispecie è compatibile con il verificarsi dell'altra, poiché gli effetti originati dalla prima non sono perfettamente riproducibili dalla seconda.

Il concorso di fattispecie si fonda sull'identità, anche solo parziale, degli effetti giuridici finali¹⁰⁴ che le rispettive fattispecie producono al momento della loro perfezione: l'effetto prodotto da una fattispecie è destinato a prodursi dalla fattispecie in concorso solo in un momento successivo.

Secondo Tommaseo la tutela cautelare è idonea ad esprimere, sia sotto il profilo funzionale, sia sotto il profilo strutturale, una tutela anticipatoria fondata sul concorso di fattispecie produttrici di effetti in tutto o in parte identici. In particolare, il provvedimento d'urgenza può realizzare la produzione anticipata degli effetti finali della fattispecie concorrente, vale a dire della sentenza di merito. Ciò, tuttavia, non avverrebbe sempre, ma solo quando il provvedimento d'urgenza contenga quelle stesse statuizioni che si prevede saranno contenute nella sentenza¹⁰⁵.

Il concorso di fattispecie su cui si fonda la tecnica dell'anticipazione non è allora connaturale alla struttura cautelare, così che quest'ultima si risolva costantemente in una anticipazione. Esistono, infatti, delle misure cautelari

¹⁰³ Sulla distinzione tra concorso di fattispecie equivalenti e concorso di fattispecie alternative, seppur in ambito penale, v. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 8 s.

¹⁰⁴ Come osserva F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 21, per valutare se ricorre il concorso di fattispecie è necessario confrontare gli effetti finali, e non gli eventuali effetti prodromici o preliminari prodotti dai singoli elementi, perché questi ultimi «pur appartenendo alla fattispecie ne costituiscono solo una frazione».

¹⁰⁵ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 24 ss.

che hanno un contenuto conservativo e non realizzano, neppure in parte, l'anticipazione degli effetti della sentenza di merito: il contenuto di queste misure non è riproducibile nella sentenza, e perciò non si ha un concorso di fattispecie¹⁰⁶.

D'altra parte, la tutela cautelare, come non si risolve sempre in tutela anticipatoria, così non esaurisce il fenomeno dell'anticipazione. Mi sembra, infatti, che la tecnica anticipatoria, secondo la ricostruzione operata dall'Autore, ricorra anche in provvedimenti che non hanno struttura né forma cautelari, come negli accertamenti con prevalente funzione esecutiva e nei provvedimenti anticipatori di condanna: anche in questi, infatti, si realizza l'anticipazione di effetti.

Nella ricostruzione di Tommaseo, l'idoneità del provvedimento d'urgenza a realizzare l'anticipazione in senso tecnico degli effetti della sentenza di merito, non contraddice la struttura cautelare dei medesimi. Anche quando il provvedimento d'urgenza, anticipando gli effetti della sentenza, realizza la soddisfazione del diritto, o sia comunque idoneo a risolvere provvisoriamente il conflitto di interessi da cui è sorta la lite¹⁰⁷, esso non perde le sue caratteristiche cautelari, individuabili nella provvisorietà e nella stru-

¹⁰⁶ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 90 e p. 117 ss., ove rileva che con il provvedimento anticipatorio non possono ottenersi effetti giuridici non conseguibili con il normale giudizio di merito. Il bene attuato con le misure conservative, invece, «non è ricompreso nell'ambito del contenuto del diritto sostanziale, a differenza di quanto avviene per le misure strutturate con la tecnica dell'anticipazione».

¹⁰⁷ Cfr. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 251 ss., secondo cui «l'anticipazione satisfattiva» si realizza perché l'effetto anticipato si identifica nell'assoggettabilità alla sanzione esecutiva, che comporta il soddisfacimento coattivo del diritto, indipendentemente dalla cooperazione dell'obbligato, mediante il conseguimento da parte dell'avente diritto del bene dovuto. Il provvedimento d'urgenza, si precisa, anticipa «la restaurazione del diritto insita nella condanna, non invece la sua realizzazione concreta la quale avverrà solo quando il provvedimento d'urgenza verrà attuato».

mentalità rispetto alla decisione che anticipa, né i presupposti per la sua emanazione, vale a dire il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*. La natura cautelare della tutela d'urgenza anticipatoria è confermata dalla particolare natura della cognizione in essa svolta e che si risolve sempre in una valutazione di verosimiglianza, la quale non può mai fondare una decisione a struttura dichiarativa¹⁰⁸. Il provvedimento cautelare, ancorché anticipatorio e satisfattivo, non può di conseguenza pregiudicare la decisione nel merito della causa¹⁰⁹.

9. - *La tecnica dell'anticipazione nei provvedimenti anticipatori interinali e le sue differenze dall'anticipazione realizzabile nella tutela cautelare. La misura cautelare anticipatoria come provvedimento che potrebbe considerarsi anticipatorio solo in senso improprio.*

Alle conclusioni raggiunte dalla dottrina sui profili della tutela anticipatoria di cui si è dato brevemente conto, Carratta ha opposto una tesi fondata su un concetto tecnico di anticipazione sostanzialmente più ristretto che esclude, dal suo ambito, molti dei provvedimenti, e in particolare quelli cautelari, che la dottrina precedente aveva indicato come possibili strumenti di tutela anticipatoria.

Secondo tale Autore l'anticipazione, nel suo significato linguistico-giuridico, indica solo quel fenomeno in cui un provvedimento è pronunciato

¹⁰⁸ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 153 ss.

¹⁰⁹ Cfr. E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., p. 108, che rileva come la cognizione in sede cautelare, proprio perché è rivolta a giustificare la concessione della misura, fuori dal suo ambito non presenta efficacia.

in anticipo rispetto al provvedimento considerato definitivo, al ricorrere di determinati presupposti fissati dal legislatore, che devono essere omologhi a quelli previsti per la pronuncia del provvedimento anticipato; il provvedimento anticipante, inoltre, deve produrre effetti qualitativamente, ma non necessariamente anche quantitativamente, identici a quelli prodotti dal secondo. Da un punto di vista tecnico-processuale, l'anticipazione consiste nella produzione anticipata di effetti prima del tempo stabilito; nell'ambito del processo, questo significa produzione di alcuni dei medesimi effetti che sono ricollegati alla sentenza definitiva di merito.

Non può, invece, assumersi il significato di anticipazione come concorso di fattispecie per la produzione di un effetto identico, perché il provvedimento anticipante non concorre a produrre l'effetto finale del provvedimento anticipato, che si realizza a prescindere dall'esistenza del primo¹¹⁰.

Sulla base della nozione tecnica di anticipazione, l'orientamento in rassegna ricostruisce una categoria autonoma di provvedimenti propriamente anticipatori, dotata di caratteristiche strutturali e funzionali tipiche, idonee a distinguerla da altre categorie di provvedimenti, e in particolare da quelli cautelari, che solo impropriamente possono considerarsi di tutela anticipatoria perché anche qualora abbiano un contenuto anticipatorio, non posseggono la struttura e la funzione specifica della tecnica dell'anticipazione.

¹¹⁰ A me sembra, tuttavia, che tale conclusione non tenga conto, perlomeno in parte, del fatto che nel concorso tra fattispecie equivalenti, così come delineato da F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 20 ss., l'effetto finale non è il prodotto del verificarsi di entrambe le fattispecie, ma solo della successiva. Semplicemente, con il concetto di concorso si intende rilevare che anche la fattispecie anteriore può produrre alcuni degli effetti giuridici della fattispecie successiva; effetti che, tuttavia, non saranno identici a quelli prodotti da quest'ultima. Per concorso, allora, si intende solo dire che entrambe le fattispecie sono idonee a produrre effetti analoghi.

Da un punto di vista funzionale, si osserva che la tutela anticipatoria e la tutela cautelare rispondono entrambe alla generica opportunità di evitare che la durata del processo vada a danno della parte che ha ragione, ma affrontano tale compito con una tecnica e con strumenti diversi, caratteristici della differente funzione svolta.

La prima, infatti, garantisce propriamente l'esigenza di neutralizzare il danno derivante dalla durata del processo fino alla sentenza, qualora emerga, durante il suo corso, che la parte abbia ragione. Il meccanismo di cui si avvale è costituito dalla predisposizione di un provvedimento che possa essere pronunciato nel corso del procedimento sulla base delle risultanze acquisite fino al momento della sua pronuncia¹¹¹ e che anticipi gli effetti dichiarativi o esecutivi della sentenza, realizzando provvisoriamente la regolamentazione dei rapporti tra le parti secondo quella che probabilmente sarà realizzata con la sentenza¹¹².

La tutela cautelare, invece, risponde propriamente all'esigenza di evitare che a causa della durata del processo si verifichino a carico della parte che risulterà avere ragione eventi pregiudizievoli idonei a impedire l'esecuzione pratica della sentenza. Anche quando abbiano contenuto anticipatorio, le mi-

¹¹¹ Il riferimento alle risultanze probatorie che, al momento dell'emissione del provvedimento dimostrano che la parte ha ragione, e sarebbero idonee a dimostrarlo se il processo si concludesse con la sentenza in quel momento, lascia apprezzare come la tutela anticipatoria realizzi la finalità di riequilibrare la posizione sostanziale di entrambe le parti. Tale finalità rappresenta l'elemento funzionale che più differenzia la tutela anticipatoria da quella cautelare (sul punto, v. A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 122 e 123, nonché nota 118).

¹¹² La funzione di realizzare l'esecuzione anticipata degli effetti definitivi, vale a distinguere i provvedimenti anticipatori da quelli decisori sommari, che sono finalizzati a far ottenere alla parte un «rapido accertamento fonte di giudicato» e «hanno l'attitudine a produrre l'accertamento ad ogni effetto» (così L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, cit., a p. 94). Al di là della diversa funzione, entrambi i provvedimenti sarebbero caratterizzati dalla sommarietà della cognizione.

sure cautelari rispondono sempre alla funzione di annullare i mutamenti che la situazione di fatto potrebbe subire durante il tempo occorrente per giungere alla decisione di merito; mutamenti che renderebbero inutile o molto difficile il soddisfacimento del diritto realizzato dalla sentenza¹¹³.

In base a tali considerazioni può apprezzarsi la differenza di qualità degli effetti che scaturiscono dai provvedimenti appartenenti alle due tipologie di tutela. Nel caso dei provvedimenti propriamente anticipatori, gli effetti prodotti sono identici a quelli della sentenza di merito e provvisoriamente soddisfattivi della pretesa fatta valere¹¹⁴; mentre nel caso dei provvedimenti cautelari gli effetti prodotti non sono della medesima qualità, perché non sono finalizzati alla anticipata soddisfazione del diritto, ma solo a evitare eventi pregiudizievoli sulla situazione esistente.

L'identità di effetti, che i provvedimenti propriamente anticipatori producono rispetto alla sentenza di merito, è giustificata in base al fatto che identici appaiono essere gli elementi che fondano il provvedimento anticipante e quello anticipato.

Nella tutela anticipatoria, diversamente dalla tutela cautelare, è richiesta l'acquisizione di un accertamento tale che, se il processo terminasse nel momento dell'emissione del provvedimento, legittimerebbe la pronuncia di una sentenza favorevole alla parte che ottiene il provvedimento. Ciò non significa che la cognizione svolta nella tutela anticipatoria non sia sommaria e

¹¹³ Anche nel caso di provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio, rileva A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 123, si assisterebbe solo alla prenotazione degli effetti definitivi, e non alla loro anticipata esecuzione.

¹¹⁴ In questo senso A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 128 secondo il quale, determinando di per se stesso la soddisfazione della pretesa, il provvedimento propriamente anticipatorio, a differenza di quello cautelare, «appare come un provvedimento che riluce di luce propria».

provvisoria¹¹⁵, bensì solo che, data la funzione di questa tutela, il grado di accertamento richiesto è qualitativamente identico a quello presupposto dalla pronuncia i cui effetti sono anticipati: accertamento pieno dei fatti costitutivi del diritto fatto valere, anche se, in ragione dell'anticipazione, provvisorio e non definitivo¹¹⁶.

È evidente, allora, seguendo questa linea di ragionamento, la diversità della tutela propriamente anticipatoria dalla tutela cautelare. In questa, infat-

¹¹⁵ La qualità della cognizione svolta non costituirebbe, infatti, un criterio da solo sufficiente a differenziare i provvedimenti propriamente anticipatori da quelli cautelari. L'assenza di effetti qualitativamente identici a quelli della sentenza non dipende dal tipo di giudizio su cui è fondato il provvedimento, bensì dalla funzione svolta: sul punto v. A. CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 257 ss.

¹¹⁶ Sulla particolare qualità dell'accertamento nella tutela anticipatoria, v. A. CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 264 ss. Secondo l'Autore, due sarebbero i modelli di accertamento utilizzati dal legislatore nei provvedimenti propriamente anticipatori. Nel primo il giudice dovrebbe fondare il proprio convincimento sulle prove assunte secondo le forme dell'ordinario processo di cognizione, ma senza potersi pronunciare in maniera definitiva. Tale modello sarebbe seguito anzitutto nelle ipotesi in cui la pronuncia del provvedimento anticipatorio presuppone il raggiungimento della prova dei fatti costitutivi, ovvero all'accertamento pieno del diritto (come nel caso dell'ordinanza di cui all'art. 423, 2 co., c.p.c.; dell'ordinanza di cui all'art. 186 *quater* c.p.c.; dell'ordinanza di cui all'art. 24, legge 24 dicembre 1969, n. 990; dell'ordinanza di cui all'art. 18 Statuto dei lavoratori). Sarebbe inoltre adottato anche nei casi in cui la pronuncia del provvedimento anticipatorio è subordinata all'accertata non contestazione dei fatti costitutivi della domanda da parte dell'avversario (come per le ordinanze di cui all'art. 186 *bis* c.p.c., all'art. 423, 1 co., c.p.c., all'art. 264, ult. co., c.p.c. e all'art. 666 c.p.c.) e nei casi in cui la pronuncia sia subordinata all'acquisita certezza dei fatti costitutivi della domanda con la riserva della valutazione delle eccezioni di lunga indagine del convenuto (come avviene nell'artt. 665 e 648 c.p.c.; nell'art. 4, legge 607/1966; nell'art. 30, ult. co., legge n. 392/1978). La medesima qualità dell'accertamento, con i dovuti adattamenti, sarebbe richiesta anche in relazione ai provvedimenti anticipatori modellati sul procedimento monitorio (art. 186 *ter* c.p.c. e decreto ingiuntivo) ancorché al risultato dell'accertamento pieno si arrivi con la previsione di una valutazione privilegiata delle prove. Nel secondo modello di accertamento, invece, il legislatore fa riferimento all'acquisizione di sommarie informazioni. Anche in questo caso, secondo l'Autore, non può prescindersi dall'accertamento pieno dei fatti costitutivi (come nell'ipotesi previste dall'art. 28, St. lav., e dall'art. 15, legge n. 903/1977), e il riferimento alle sommarie informazione starebbe ad indicare solo che la cognizione è sommaria, in quanto non deve seguire le forme del processo ordinario. In questo modello, dunque, per apprezzare compiutamente le differenze rispetto alle altre tutele sommarie acquista un ruolo fondamentale la considerazione della funzione (propriamente anticipatoria) svolta da questi provvedimenti.

ti, la cognizione sommaria è finalizzata alla verifica dei presupposti di emissione della misura cautelare, vale a dire del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, e non all'accertamento del diritto, che sono oggetto solo di un giudizio di verosimiglianza e meramente probabilistico. La diversità dei presupposti rispetto a quelli previsti per il provvedimento definitivo di merito spiega la ragione per la quale gli effetti della tutela cautelare non possono avere natura soddisfattiva neppure quando, in concreto, incidano sul rapporto sostanziale in modo assimilabile a quello che farà la sentenza di merito¹¹⁷.

L'identità degli elementi su cui si fonda la pronuncia del provvedimento anticipatorio rispetto a quelli che fondano la sentenza di merito, giustifica, inoltre, l'idoneità del primo a sostituirsi alla seconda, nell'ipotesi in cui quest'ultima non sia pronunciata¹¹⁸. Nel caso delle misure cautelari, invece, la loro struttura processuale, che risente della funzione strumentale e assicurativa svolta, impedisce loro non solo di sostituirsi al provvedimento definitivo di merito, ma anche di sopravvivere a quest'ultimo o alla sua eventuale mancanza.

Nell'inquadramento operato da Carratta, gli ulteriori presupposti, oltre all'accertamento pieno del diritto, in virtù dei quali un provvedimento a contenuto anticipatorio può considerarsi strutturato con la tecnica dell'anticipazione, e dunque rientrare nell'ambito della tutela anticipatoria ve-

¹¹⁷ Così A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 369 ss.; *contra*, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 140 ss.

¹¹⁸ Cfr. A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 129 ss., secondo cui il provvedimento, proprio per la qualità dell'accertamento che presuppone, possiede tutte le qualità per diventare definitivo. La strumentalità che necessariamente lega, in ogni rapporto di anticipazione, il provvedimento anticipante a quello anticipato, nel caso dei provvedimenti anticipatori si presenterebbe particolarmente labile (più labile rispetto ai provvedimenti decisori, ma assai meno che rispetto a quelli cautelari) e sarebbe una «sorta di strumentalità condizionata risolutivamente all'estinzione del processo».

ra e propria, sono l'esercizio dell'ordinaria azione di cognizione¹¹⁹ e la pendenza del processo¹²⁰.

10. – *La tutela anticipatoria e i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata. La tutela cautelare come uno degli strumenti che il legislatore utilizza per realizzare la tutela anticipatoria. Prime conclusioni e transizione.*

Lo studio di qualsiasi istituto di diritto processuale non può prescindere dall'esame della sua struttura¹²¹ e della sua funzione¹²². Funzione e struttura, inoltre, si influenzano reciprocamente e ciò giustifica e impone che l'analisi funzionale proceda di pari passo con l'analisi strutturale¹²³. Fondare esclusivamente sull'una o sull'altra lo studio di un istituto è operazione che comporta alcuni, inevitabili, limiti nella comprensione dell'istituto stesso¹²⁴.

Se è vero, infatti, che tendenzialmente a una struttura positiva corri-

¹¹⁹ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 190 ss.

¹²⁰ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 216 ss.

¹²¹ Per funzione deve intendersi non tanto il generico fine (*lato sensu* di politica del diritto) che il legislatore si è prefisso con l'introduzione di un istituto, quanto piuttosto il rapporto che passa tra il provvedimento e il risultato oggettivo che questo consente di ottenere. Sul punto, cfr. C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 553, quando parla di «scopo obiettivo» e rileva che «solo ciò che è riferito a questo scopo obiettivo appartiene, sia pure indirettamente, al diritto positivo, e non può essere arbitrario, come lo sono invece i riferimenti diretti allo scopo come l'intende l'interprete»

¹²² C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 555

¹²³ N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 63 ss., p. 89 ss., p. 121.

¹²⁴ C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, cit., p. 555, ove rileva che «se la funzione o la natura anticipatrice vanno cercate non sulla base di libere considerazioni funzionali, ma in quanto tradotte in norme, esse non possono andare disgiunte da elementi strutturali».

sponde una funzione tipica¹²⁵, è anche vero che fra struttura e funzione non vi è un rapporto di necessaria corrispondenza biunivoca, in quanto una medesima struttura può essere alla base di diverse funzioni¹²⁶: da qui l'esigenza di procedere all'analisi tenendo conto sempre di entrambe¹²⁷.

Proprio sulla base dell'analisi parallela di funzione e di struttura, la dottrina che più si è occupata del tema della tutela anticipatoria ha potuto inquadrare gli istituti che ne sono espressione ed espungere dagli stessi i provvedimenti cautelari, ancorché anticipatori degli effetti delle sentenze in quanto irrimediabilmente strumentali, sia a livello funzionale, sia, e soprattutto, a livello strutturale, all'emanazione della sentenza di merito¹²⁸.

Tali conclusioni devono ora, a mio avviso, tenere conto della nuova re-

¹²⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2° ed., Roma, 1946, p. 7, che distingue l'analisi secondo la funzione e la struttura, in quanto «se il diritto si paragona a ... un meccanismo, è facile capire perché, al fine di conoscere come sia fatto, giovi far procedere l'indagine del fine, a cui tende, e del risultato, che ottiene» (corsivo dell'Autore); ID., *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico di prova*, Roma, 1915, rist., Milano, 1992, p. 15 ss. e p. 53 ss.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 131 ss., p. 214 ss., p. 337 ss.; ID., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., p. 3 ss. e p. 97 ss.; ID., *Lite e processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, p. 23 ss., spec. p. 99 ss. (pubblicato anche in *Studi di diritto processuale*, III, Padova, 1939, p. 21 ss.); ID., *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, I, p. 433 ss. (pubblicato anche in *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, 1961, p. 231 ss.); ID., *Profilo dei rapporti tra scienza e metodo sul tema del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 367 ss. Sugli spunti di Carnelutti relativi all'analisi degli istituti giuridici e sul loro utilizzo in un discorso più ampio intorno alla teoria generale del diritto, si vedano N. BOBBIO, *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Giur. it.*, 1949, IV, p. 113 ss.; E. FAZZALARI, *Francesco Carnelutti teorico generale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1 ss.

¹²⁶ Cfr. V. ANDRIOLI, voce *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 10 ss., ove osserva che «è buon canone di ermeneutica interpretativa che dalla funzione non si può, con matematica certezza, delineare la struttura di un istituto, potendo ad uno stesso scopo servire istituti di diversa natura».

¹²⁷ N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto*, cit., 121, quando rileva che l'analisi strutturale e funzionale non possono procedere separatamente perché in questo modo rischiano di portare a risultati sbagliati, ma devono continuamente alimentarsi a vicenda «senza che la prima [...] eclissi la seconda».

¹²⁸ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 120 ss., p. 203 ss., p. 306 ss.

gola della strumentalità attenuata e del regime di stabilità dei provvedimenti cautelari anticipatori, contenuti nell'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c. introdotto dalla legge n. 80 del 2005. In base a tale norma, infatti, i procedimenti anticipatori non perdono efficacia se il giudizio di merito non è instaurato né, se instaurato, si estingue.

Non v'è dubbio, e salvo poi vedere fino a quale punto, che tale novità abbia inciso sulla funzione e sulla struttura dei provvedimenti cautelari anticipatori¹²⁹. Da un lato, il provvedimento è in grado di dare alla parte la medesima utilità sostanziale della tutela di merito, attraverso l'anticipazione degli effetti (soprattutto) esecutivi della sentenza; dall'altro, quel provvedimento non ha più bisogno, per conservare efficacia e realizzare quella utilità sostanziale, che il processo di merito sia instaurato o che giunga a una decisione. Sotto entrambi i profili, di cui il primo attiene alla funzione, mentre il secondo alla struttura, tali provvedimenti si avvicinano in modo significativo ai provvedimenti che, secondo la dottrina sopra riportata, realizzano la tecnica anticipatoria.

Dal punto di vista funzionale, infatti, non emerge alcuna differenza tra quanto è possibile ottenere con un provvedimento anticipatorio interinale, e un provvedimento anticipatorio cautelare: a seguito di entrambi la parte potrà realizzare coattivamente la pretesa fatta valere e riconosciuta fondata. Gli effetti prodotti dai due provvedimenti sono analoghi: entrambi anticipano quelli che produrrebbe la sentenza.

In secondo luogo, e questa è una delle conseguenze più significative delle novità introdotte nel 2005, entrambi i provvedimenti ora non perdono

¹²⁹ Si vedano, in proposito, i paragrafi 2, 3 e 4 del Capitolo III.

efficacia se il processo si estingue. Viene meno, così, una delle differenze fondamentali tra le due categorie di provvedimenti, sulla quale si era basata, da parte di autorevole dottrina, l'esclusione dei provvedimenti cautelari da quelli che esprimono una tecnica anticipatoria. L'autosufficienza e l'autonomia rispetto alla sentenza e al proseguimento del giudizio di merito, che è una delle caratteristiche della tutela anticipatoria, deve ormai riconoscersi anche ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata.

Da ciò discende che il legame con la sentenza di merito, che è un elemento tipico della tecnica dell'anticipazione, diviene per i provvedimenti cautelari anticipatori analogo a quello che caratterizza i provvedimenti interinali propriamente anticipatori. Ed è un legame che, per entrambi, si svolge in due direzioni, una funzionale e una strutturale: per un verso gli effetti sostanziali del provvedimento devono coincidere con quelli che produrrebbe la sentenza, non potendo l'anticipazione realizzare utilità diverse; per altro verso, la sentenza, qualora intervenga, prenderà il posto del provvedimento anticipatorio e la situazione sostanziale resterà regolata dalla prima, anche travolgendo il secondo, se di segno opposto.

Non può più affermarsi, tuttavia, che il provvedimento cautelare manifesterebbe un legame ulteriore, nel senso che la sentenza sarebbe necessaria per la sua sopravvivenza e per la realizzazione del suo scopo¹³⁰.

¹³⁰ Secondo la tradizionale concezione di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 14 ss., p. 21 ss., sulla quale si veda il paragrafo 4. Tuttavia, come cercherò di dimostrare successivamente (paragrafi 2 e 3 del Capitolo III), i provvedimenti cautelari anticipatori, soprattutto dopo l'introduzione della regola della strumentalità attenuata, devono considerarsi autosufficienti rispetto alla sentenza di merito, dal momento che la loro efficacia non dipende più dall'instaurazione del processo di merito, o dalla sua prosecuzione fino alla sentenza. Ritengo altresì che i provvedimenti cautelari anticipatori non realizzino più esclusivamente la funzione di assicurare gli effetti della futura decisione di merito, giacché essa può ormai mancare, ma anche una funzione di soddisfa-

Le analogie funzionali e strutturali consentono, a mio avviso, di affermare che i provvedimenti cautelari anticipatori sono espressione della tecnica anticipatoria in senso proprio, con ciò, dunque, superando almeno in parte le diverse conclusioni cui era pervenuta la dottrina in precedenza.

Ciò non significa che non permangano ancora altre, significative, differenze strutturali tra i provvedimenti interinali anticipatori e i provvedimenti cautelari anticipatori; e tali differenze impediscono, a mio avviso, di ridurre a unità le due categorie¹³¹.

L'analisi strutturale e funzionale dei provvedimenti cautelari anticipatori e della loro disciplina positiva, se da un lato permette di considerare questi ultimi come espressione della tecnica anticipatoria, dall'altro mette in evidenza che essi rimangono strutturati anche come cautelari. I presupposti di concessione sono, infatti, quelli tipici e tradizionali della tutela cautelare, vale a dire il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*¹³²; e dunque assai distanti dai presupposti dei provvedimenti interinali che, per quanto variamente fissati dal legislatore (ad esempio, mancata contestazione, documenti di particolare efficacia probatoria) possono essere considerati analoghi a quelli che giustificerebbero la pronuncia della sentenza.

Ma se dal piano teorico si passa a quello della realtà della prassi dei tribunali, ci si avvede, a mio avviso, che il *fumus boni iuris* sovente viene valutato con particolare rigore e approfondimento, sì che il convincimento del giudice non diverge poi molto da quello sul quale egli fonderebbe la pronuncia

zione immediata della pretesa del ricorrente, vale a dire una funzione propriamente anticipatoria. Tali aspetti saranno approfonditi in seguito.

¹³¹ Come invece mi sembra concludere L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, p. 149 ss.

¹³² Si veda, sul punto, il paragrafo 4 del Capitolo III.

di merito. Da questo punto di vista, dunque, le differenze con i provvedimenti interinali non appaiono così forti.

La vera differenza, a mio avviso, discende dal secondo presupposto: l'urgenza di provvedere, la quale non è mai richiesta per i provvedimenti interinali e rimane, invece, il presupposto di concessione di quelli cautelari, ancorché anticipatori.

Un altro elemento che la dottrina ha riconosciuto come caratteristica della tutela propriamente anticipatoria, e che l'ha condotta a escludere dal suo ambito i provvedimenti cautelari, è rappresentato dall'accertamento pieno, ancorché non definitivo¹³³, che caratterizza i provvedimenti interinali e che li rende idonei ad acquisire, a certe condizioni, l'autorità del giudicato¹³⁴.

Tale elemento vale sicuramente a distinguere le due categorie di provvedimenti, ma, a mio parere, non caratterizza la tecnica anticipatoria.

L'accertamento pieno del diritto non è tanto un presupposto della possibilità che da un atto, e in particolare da un provvedimento, conseguano effetti esecutivi, quanto piuttosto che il provvedimento acquisti l'autorità del giudicato¹³⁵. Ma la cosa giudicata non incide sull'efficacia della sentenza, né sugli effetti da questa prodotti, ma attiene alla immutabilità e alla irretrattabilità della pronuncia¹³⁶. Come tale, allora, non può essere certo considerato un

¹³³ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 221 ss.

¹³⁴ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 503 ss., spec. p. 543 ss.

¹³⁵ Autorità che i provvedimenti cautelari, pur caratterizzati da stabilità, non sono idonei ad acquisire. Si vedano, al riguardo, i paragrafi 6, 7, 8 e, in particolare, 9 del Capitolo III.

¹³⁶ È questa la nota tesi di E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, (rist.), 1983, *passim*; ID., voce *Giudicato*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 1 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 1 ss., spec. p. 3 ss. (in risposta allo studio di A. ATTARDI, *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 257 ss.); ID., *Manuale di diritto pro-*

effetto della sentenza anticipabile, né mi sembra un elemento rilevante nell'individuare le caratteristiche della tutela anticipatoria, la quale ne prescinde ed anzi, per certi versi, è un elemento che forse dovrebbe essere considerato estraneo alla tecnica dell'anticipazione come strumento deflativo dei giudizi di merito¹³⁷.

Credo infatti che l'utilità e la giustificazione della tecnica dell'anticipazione stia soprattutto nel fornire alle parti una tutela che anticipi gli effetti della sentenza, in modo da evitare che le parti medesime siano incentivate a proporre, o coltivare, il giudizio ordinario o le sue impugnazioni.

cessuale civile, II, 4° ed., Milano, 1984, p. 419 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 7° ed., a cura di V. Colesanti, E. Merlin, E.F. Ricci, Milano, 2007, p. 269 ss. L'Autore distingue infatti tra efficacia e autorità della sentenza, intendendo fare riferimento con la prima espressione all'attitudine della sentenza a produrre i suoi effetti e l'effettiva produzione degli stessi e con la seconda espressione proprio alla «qualità degli effetti della pronuncia [...] costituita dalla loro immutabilità». La tesi di Liebman è stata seguita da gran parte della dottrina successiva: si vedano, tra gli altri, E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 17 e 18; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della "cosa giudicata"*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 589 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 461 s., ove afferma che l'efficacia della sentenza e la cosa giudicata «non si identificano; né può dirsi che sia il passaggio in giudicato a proiettarne gli effetti nella sfera sostanziale; [...] la sentenza si proietta nel patrimonio delle parti per forza propria, cioè in virtù della sovraordinazione del giudice»; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 2° ed., Padova, 2000, p. 530; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1515 ss.; C. CAVALLINI, *L'efficacia (riflessa) della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1221 ss.

Contra, nel senso che l'autorità consisterebbe invece nell'efficacia di accertamento propria della cosa giudicata S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 407 ss., p. 413; M. VELLANI, *Appunti sulla natura giuridica della cosa giudicata*, Milano, 1958; F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, I, p. 205 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 785 ss.

¹³⁷ Ed è quello che si evince, mi sembra, da quanto afferma 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, tenuto a Roma il 27 maggio 1995, Milano, 1996, p. 106, ove auspica 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.

Nel momento in cui il provvedimento anticipatorio acquisisce l'autorità della cosa giudicata se non opposto, se il processo si estingue, o se non è proposta una impugnazione, divenendo così, per certi versi, una sentenza, le parti saranno probabilmente incentivate a proseguire il processo o impugnare il provvedimento, con ciò contrastando uno degli scopi principali della tecnica anticipatoria, vale a dire l'economia dei giudizi.

Sotto questo aspetto, anzi, i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata rappresentano, a mio avviso, un'espressione piena della tutela anticipatoria. Mi sembra allora che, riprendendo considerazioni già svolte nella parte iniziale del presente lavoro, la tecnica anticipatoria è realizzata nell'ordinamento italiano, e non solo¹³⁸, mediante due categorie di provvedimenti: gli uni interinali ed emessi nell'ambito della tutela di merito; gli altri cautelari. Entrambe le categorie sono accomunate dalla stessa funzione, e, a seguito dell'introduzione della regola della strumentalità attenuata, da alcuni, rilevanti, elementi strutturali. Si differenziano, invece, per altri aspetti, sempre a livello di struttura, che impediscono una *reductio ad unitatem* dei due gruppi di istituti e impongono, invece, un loro inquadramento separato.

Ma il riconoscimento che i provvedimenti cautelari anticipatori sono espressione della tecnica dell'anticipazione in senso proprio consente di operare una distinzione di questi da quelli conservativi; distinzione che rende ammissibile, all'interno della tutela cautelare, inquadrare, in quanto dotata di tipiche caratteristiche funzionali e strutturali, la tutela cautelare anticipatoria da quella cautelare conservativa.

¹³⁸ Si veda, in proposito, il Capitolo II, dedicato ai provvedimenti anticipatori previsti negli ordinamenti francese e tedesco.

CAPITOLO II

PROFILI COMPARATIVI: LA TUTELA ANTICIPATORIA IN FRANCIA E IN GERMANIA

SOMMARIO: 1. Cenni sul rapporto tra anticipazione, tutela cautelare e tutela provvisoria negli ordinamenti giuridici di alcuni Paesi europei. - 2. La tutela anticipatoria nell'ordinamento francese. La *procédure en référé*. - 3. (Segue) Il *référé classique* e il *référé de prévention ou de remise en état*. - 4. (Segue) Il *référé provision* e il *référé injonction*. - 5. (Segue) Alcune considerazioni sulle forme con le quali è realizzata l'anticipazione nei *référés*. - 6. L'anticipazione cautelare nell'ordinamento tedesco. Le *einstweilige Verfügungen* e la tendenza verso una forma di tutela satisfattiva inidonea al giudicato.

1. - *Cenni sul rapporto tra anticipazione, tutela cautelare e tutela provvisoria negli ordinamenti giuridici di alcuni Paesi europei.*

L'opportunità di affrontare lo studio e l'analisi della disciplina degli istituti processuali italiani anche alla luce delle soluzioni adottate da altri ordinamenti giuridici è sempre più avvertita¹. Se da un lato si osserva il persistere di una tendenza alla frammentazione e al localismo degli strumenti e

¹ Su tale aspetto, v. M. TARUFFO, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 551 ss., in particolare a p. 555, ove sottolinea che la conoscenza di altri sistemi non è interessante in sé solo sotto il profilo culturale, ma anche come il modo migliore per conoscere il proprio sistema e per progettare riforme che abbia qualche speranza di essere efficaci.

delle discipline processuali, che discende dalle peculiarità culturali e politiche di ciascun ordinamento², dall'altro si assiste anche a un spinta verso la globalizzazione e l'uniformità di un crescente numero di istituti giuridici rilevanti³. Tale tendenza è in parte connessa alla globalizzazione dell'economia e in parte conseguenza dell'affermazione di ordinamenti giuridici sovranazionali; tali fenomeni informano, in modo sempre maggiore, il diritto dei singoli ordinamenti sia a livello di evoluzione verso soluzioni analoghe, sia a livello concettuale e terminologico, con la ricerca di nozioni in qualche modo comuni e comunque raffrontabili⁴.

L'opportunità di trarre spunti e riflessioni dall'osservazione del diritto di ordinamenti stranieri è ancora più evidente nella materia oggetto del presente lavoro⁵. Ciò sostanzialmente per due ragioni: intanto perché l'esigenza di neutralizzare la durata dei processi ordinari con l'adozione di procedi-

² In proposito, v. le considerazioni di L. MOCCIA, *Comparazione e studio del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 973 ss., spec. a p. 981 s., sul fatto che la comparazione giuridica sia, prima di tutto, «scienza del contesto, che si preoccupa cioè di guardare oltre, sopra, sotto e intorno al dato normativo (precettivo), testuale o fattuale che sia».

³ Per un'approfondita riflessione su tali problematiche, v. M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1047 ss., spec. a p. 1058 ss.

⁴ Su questo punto, v. le considerazioni e gli sforzi ricostruttivi compiuti da L.P. COMOGGIO-C. FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e rilievi comparativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 963 ss. Gli Autori, tra l'altro, rilevano come «a prescindere dalla varietà delle espressioni riscontrabili, pure nel panorama comparativo si profila una sostanziale convergenza di concetti». La necessità di nozioni uniformi è sottolineata, seppure nell'ambito della normativa europea, da G. TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 321 ss., spec. p. 323 s.

⁵ Sull'argomento, v. le interessanti riflessioni di G. TARZIA, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 240 ss., secondo il quale vi sono dei tratti comuni tra le diverse esperienze in tema di tutela sommaria e si può cogliere una linea di sviluppo comune a tutti i sistemi, soprattutto se essi «vengono esaminati, non staticamente, ma nel loro dinamico sviluppo». Non si può non notare come le parole dell'Autore siano, dopo le recenti riforme, ancora più significative.

menti sommari idonei a fornire una tutela rapida del diritto, tutela minore di quella del processo di merito, ma pur sempre, almeno di fatto, soddisfattiva della pretesa e dunque, per certi versi, alternativa alla tutela ordinaria, in alcuni Paesi è un dato ormai incontestabile e ha raggiunto livelli di sviluppo assai maggiori che nel nostro; e poi perché il legislatore italiano, nelle recenti riforme finalizzate a garantire quella esigenza, si è ispirato, dichiaratamente o no, a quelle esperienze.

I due rilievi spiegano, e in parte giustificano, la scelta di limitare lo sguardo alle esperienze degli ordinamenti francese e tedesco, trascurando le (seppure interessanti) esperienze di altri ordinamenti le quali, tuttavia, non sembrano avere costituito fonte di ispirazione per il nostro legislatore e per la nostra dottrina nella materia dei provvedimenti anticipatori.⁶

⁶ Da questo punto di vista risulta assai interessante l'esperienza inglese, la quale conosce forme di provvedimenti sommari cautelari e non cautelari, che anticipano gli effetti della pronuncia finale. Si fa riferimento, anzitutto, all'*interlocutory injunction* che contiene un ordine di fare o di non fare, e ha natura provvisoria, anticipatoria e cautelare, quando è reso nel corso della fase *pre-trial* del giudizio; è una vera e propria condanna nel merito, con efficacia preventiva o inibitoria, quando viene emanata dopo la fase del trial. Altro provvedimento interessante è costituito dall'*interim payment* che è un provvedimento anticipatorio e tendenzialmente definitivo di condanna al pagamento di una somma di denaro. Sulle misure provvisorie del diritto inglese, si veda, tra gli altri, V. VARANO, *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese, con particolare riferimento all'interlocutory injunction*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12 e 13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 235 ss.; e le recenti considerazioni comparatistiche di L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 69 ss. Sul processo civile inglese, v. M. TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1990, p. 324 ss.; ID., *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.; L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1353; E. VIANELLO, *Appunti sulle recenti riforme processuali in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 893 ss.

Interessante anche il sistema spagnolo, per molti aspetti analogo al nostro. Tuttavia, in controtendenza sia rispetto alle recenti riforme processuali in Italia, sia all'esperienza degli

Prima di procedere con l'analisi di quegli ordinamenti è opportuno segnalare che le problematiche relative al rapporto tra anticipazione, tutela sommaria e tutela cautelare sono assai meno avvertite di quanto stia accadendo in Italia. Da un lato quelle esperienze sono più risalenti, non costituiscono più una novità così dirompente e la prassi della giurisprudenza le ha, in qualche modo, ormai assimilate; dall'altro non si coglie quella esigenza, percepita con grande intensità dalla nostra dottrina, di inquadrare la tutela anticipatoria come una tutela diversa da quella cautelare e dotata di caratteristiche tipiche e incompatibili con le caratteristiche di quest'ultima.

Ciò non significa che dalle esperienze di questi Paesi non si possano trarre invece utili e interessanti spunti, in particolare per quanto concerne la

altri Paesi qui considerati (Francia e Germania) in Spagna la domanda cautelare può essere proposta solo quando sia già stata presentata una domanda di merito. La tutela cautelare nell'ordinamento spagnolo si caratterizza dunque per la presenza di un principio di strumentalità necessario. Sui provvedimenti cautelari spagnoli v. J. MONTERO AROCA, voce *Proceso civile (Spagna)*, trad. it. P. Della Vedova, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XV, Torino, 1997, p. 176 ss., spec. a p. 230 s.; ID., *Les mesures indéterminées dans le procès civil espagnol*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, cit., p. 189 ss. Per un approfondito esame comparatistico delle misure cautelari in Spagna e in Italia, v., da ultima, L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 90 ss.

Significativa anche l'esperienza in materia di tutela anticipatoria, cautelare e non, dell'ordinamento brasiliano. In particolare, l'art. 273 c.p.c. brasiliano prevede la possibilità di ottenere provvedimenti non cautelari anticipatori, parziali o totali, della pretesa fatta valere in caso di «*fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*» e in caso di «*abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório de réu*» (su tale provvedimento, v. L.G. MARINONI, *La tutela anticipatoria nella riforma del processo brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 254 ss.). È riconosciuta la possibilità di ottenere provvedimenti anticipatori anche in sede cautelare ai sensi degli artt. 798 e 799 c.p.c. brasiliano: sul punto, v. J.C. BARBOSA MOREIRA, *Le misure cautelari nel processo latino-americano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1097 ss., spec. p. 1101, il quale rileva come la prassi mostra che sovente il provvedimento cautelare fuoriesce dalla nozione tradizionale di tutela cautelare quale tutela accessoria e strumentale rispetto al processo principale di merito, e «non sempre si limita a porre in essere le condizioni della piena effettività di un processo distinto ed ulteriore, ma a volte accorda subito all'istante la protezione integrale di cui il suo diritto ha bisogno»).

compatibilità logica tra tutela cautelare e tecnica dell'anticipazione.

2. - *La tutela anticipatoria nell'ordinamento francese. La procédure en référé.*

Nel diritto francese manca una sistemazione unitaria delle misure provvisorie, dal momento che esse non sembrano possedere né una regolamentazione comune né una definizione precisa⁷. La mancanza di omogeneità riguarda anche i provvedimenti pronunciati in *référé*⁸, ai quali si limiterà lo sguardo, perché rivestono importanza fondamentale all'interno della tutela sommaria francese e perché hanno costituito il modello al quale il nostro legislatore si è dichiaratamente ispirato nelle recenti riforme, salvo poi osservare che in dottrina non vi è affatto univocità di vedute sulle modalità con le quali tale modello sarebbe stato adottato nel nostro ordinamento. Basti pensare, in proposito, che esso è stato richiamato sia in relazione all'art. 23, d.lgs. n. 5/2003 in tema di provvedimenti cautelari *ante causam* a strumentalità attenuata⁹ (e parimenti rispetto alla previsione generale analoga inserita nel

⁷ R. PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, cit., p. 149 ss., spec. a p. 150, ove definisce «totale» l'assenza di omogeneità in materia.

Secondo il contenuto, le misure provvisorie francesi sono state suddivise in tre categorie: misure provvisorie *d'attente*, misure anticipatorie della decisione finale (*les provision*), misure anticipatorie dell'esecuzione. Sotto il profilo del procedimento, esse possono distinguersi in misure concesse con la procedura *en référé* e misure concesse *par voie de requêt*, secondo che il contraddittorio sia garantito prima della pronuncia del provvedimento.

⁸ Cfr. C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei «référés»*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss., spec. c. 10.

⁹ G. TARZIA, *Introduzione*, cit., p. XXXVI, ove, a proposito dell'auspicata attenuazione del vincolo di strumentalità tra misura d'urgenza e processo ordinario, fa riferimento al mo-

codice di procedura civile), sia in relazione al procedimento sommario non cautelare previsto dall'art. 19, d.lgs. 5/2003¹⁰.

Tale diversità di vedute dipende anche dalla circostanza che con il termine *référé* non si indica un provvedimento, ma una procedura speciale sommaria¹¹, utilizzabile prima dell'instaurazione del processo di merito, per

dello del *référé*; G. MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé*, in AA. VV., *La riforma del processo civile*, (a cura di F. CIPRIANI e G. MONTELEONE), Padova, 2007, p. 454 ss., spec. a p. 457 s., quando sottolinea che il legislatore, con le innovazioni in materia cautelare, ha deciso di introdurre, «seppure in forma indiretta e surrettizia», l'istituto del *référé*; A.A. ROMANO, *Riflessioni sui nuovi provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1173 ss., a p. 1175 s., il quale rileva che, pur non essendo fallace il richiamo al *référé* anche in riferimento all'art. 19, d.lgs. n. 5/2003, «l'impronta del *référé*, il quale tuttora si presenta in buona parte ancorato al *periculum in mora* e da sempre resiste alla mancata instaurazione della causa di merito, è soprattutto visibile nei nuovi precetti dettati per la materia cautelare»; un richiamo al sistema del *référé* come modello utilizzato dal legislatore italiano in riferimento sia alla riforma del processo cautelare (societario e generale) sia al procedimento sommario di cui all'art. 19, d.lgs. n. 5/2003 è svolto da J.V. D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 873 ss.

¹⁰ L'ispirazione dell'art. 19, d.lgs. n. 5/2003 al *référé* francese, pur con specifici distinguo, è stata messa in luce, tra gli altri, da C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit. a p. 291; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 146, ove l'Autore, pur rilevando una certa analogia tra i due istituti sotto il profilo della esecutività e della provvisorietà, nota come, alla fine, le differenze prevalgono sulle somiglianze; nello stesso senso, ID., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1378; S. MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 1102, quando sottolinea che il procedimento sommario di cui all'art. 19, d.lgs. n. 5/2003 si situa a metà strada tra il *référé* e i provvedimenti sommarî autonomi del nostro ordinamento; A. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, cit., p. 478-480; B. SASSANI, *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, p. 12, che qualifica il provvedimento come «*référé* all'italiana»; A. RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione (Art. 19)*, in *Il nuovo processo societario*, diretto da S. CHIARLONI, cit., p. 523 ss., spec. a p. 527, quando richiama la relazione di accompagnamento nella quale si afferma che, pur con alcune varianti, l'istituto è ispirato al *référé*; R. TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle liti societarie*, cit. p. 281.

¹¹ Evidenziano la natura di procedimento del *référé*, tra gli altri, D. BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 575 ss., spec. p. 584 s., il quale rileva come la procedura di *référé* sia unica, ma i *référés* possono essere diversi e, in alcuni casi, ci possono essere dei falsi *référé*, essendo in realtà delle decisioni di merito, passibili di acquistare autorità di giudicato (il riferi-

ottenere provvedimenti tra loro assai eterogenei, con presupposti e finalità sensibilmente diversi: alcuni conservativi e di netta natura cautelare, altri paragonabili, con le opportune differenze, ai nostri provvedimenti d'urgenza, altri infine propriamente anticipatori e non cautelari.

La procedura dei *référés* è disciplinata, in via generale e nei suoi tratti essenziali, nel primo libro del *nouveau code de procédure civile* (n.c.p.c.), titolo quattordicesimo (*les ordonnances de référé*), agli articoli 484 - 492, con norme applicabili, almeno in linea tendenziale, a tutte le forme di giurisdizione. Tale disciplina, tuttavia, non è completa né autonoma, dovendo essere integrata dalle disposizioni previste per i singoli *référé* di ciascuna giurisdizione¹².

mento è alle azioni «*comme en matière de référé*»); A. JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 121 ss., spec. p. 123, ove sottolinea che il *référé* è essenzialmente una procedura; ID., *Il référé provision*, Torino, 2005, p. 11.

¹² Così i *référés* davanti al *tribunal de grande instance* (corrispondente al nostro tribunale) sono disciplinati dagli artt. 808-811 n.c.p.c.; i *référés* di fronte al *tribunal d'instance* (analogo al giudice di pace italiano), in modo pressoché identico, dagli artt. 848-850 n.c.p.c.; i *référés* davanti al presidente del *tribunal de commerce* dagli artt. 873-874 n.c.p.c.; i *référés* davanti al *tribunal paritaire des baux ruraux* dagli artt. 893-896 n.c.p.c.; in materia di diritto del lavoro, i *référés* davanti al *conseil de prud'hommes* dagli artt. R. 516-30 fino a R. 516-35 del *code du travail*; i *référés* davanti alla *Cour d'appel*, dagli artt. 956-957 n.c.p.c.

Accanto ai principali tipi di *référé* appena segnalati, possono individuarsi una serie di procedimenti che si svolgono *en la forme de référé*, o *comme en la forme prévue en référé*, che rappresentano la categoria dei c.d. *référés au fond* o dei *faux référés*. Tali procedimenti sono accomunati dalla caratteristica di svolgersi secondo la disciplina generale prevista dagli artt. 484 ss. n.c.p.c. in quanto compatibile (non sono richieste, di solito, né l'urgenza né l'assenza di contestazioni serie), ma si distanziano notevolmente per quanto riguarda gli effetti, in quanto il provvedimento finale non riveste carattere provvisorio, ma tende ad ottenere una decisione finale *au principal* idonea ad acquisire l'autorità della cosa giudicata. Le ipotesi più significative sono previste in materia di urbanistica dagli artt. L. 451-1 e da R. 451-1 a R. 451-4 del *code de l'urbanisme*; in materia di distanze legali e di servitù *altius non tollendi*, dall'art. 1084 c.c. relativo alla modifica del trattamento economico; in materia di *exequator* di decisioni straniere dall'art. R. 13-39 del *code de l'expropriation* sulle difficoltà di esecuzione delle decisioni del giudice dell'espropriazione; in materia di assicurativa, per le particolari controversie disciplinate dal decreto 7 gennaio 1959, n. 59-135; in materia di arbitrato e recesso di un socio da una società di costruzioni, dall'art. 11, legge 16 luglio 1971. Per un approfondimento

Dalla definizione fornita dall'art. 484 n.c.p.c. si ricava che l'*ordonnance de référé* è una «*décision provisoire*», resa su domanda di parte da un giudice non investito del merito («*qui n'est pas saisi du principal*»), in contraddittorio con l'altra («*présente ou appelée*»), che porta alla immediata pronuncia di «*mesures nécessaires*». I presupposti, le condizioni di applicazione e la funzione di ciascun *référé* sono tuttavia, come accennato, specificati dalle altre norme contenute nel secondo libro del n.c.p.c. e relative alle singole giurisdizioni.

Limitando lo sguardo ai *référés* generali¹³, e tenuto conto delle ultime riforme, possono individuarsi quattro ipotesi di provvedimenti *en référé*: il *référé classique* (o *référé en cas d'urgence*) previsto dall'art. 808 n.c.p.c.; il *référé (de prévention ou) de remise en état*, disciplinato dall'809, 1 co., n.c.p.c.; il *référé provision*, disciplinato dall'art. 809, 2 co., n.c.p.c.; il *référé injonction de faire*, previ-

delle procedure *comme en référé*, v., nella dottrina italiana, L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 64 ss.

¹³ Quelli pronunciati dal *président du tribunal de grande instance*, giudice monocratico che corrisponde, grossomodo, al presidente di tribunale italiano. Dai *référé* generali è possibile distinguere dei *référé* speciali, che si caratterizzano vuoi per la previsione di un contenuto specifico, vuoi per l'assenza dei requisiti e delle condizioni di ammissibilità previsti per quelli generali. Dal primo punto di vista, *référé* speciali sono stati individuati nella nomina di un liquidatore in caso di dissoluzione di una società civile professionale (artt. 65 e 74, decreto 2 ottobre 1967, n. 67-868), nelle misure che l'ispettore del lavoro può richiedere per far cessare il rischio di compromissione dell'integrità fisica dei lavoratori in caso di infrazione delle disposizioni legali (art. 273-1 *code du travail*). Dal secondo punto di vista, *référé* speciale sono stati considerati il *référé probatoire*, disciplinato dall'art. 145 n.c.p.c. in tema di istruzione probatoria preventiva che, secondo la giurisprudenza, non richiede né l'urgenza né l'assenza di una seria contestazione, ma solo un «*motif légitime*» (su tale *référé*, v. C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, p. 219 ss.); e il c.d. *référé contractuel*, con le quali le parti del contratto stabiliscono una clausola risolutiva, nella quale indicano quale obbligazione contrattuale parzialmente o totalmente inadempita comporta l'annullamento o la risoluzione del contratto, su semplice constatazione dell'avvenuto inadempimento operata dal giudice adito *en référé*, senza che sia necessaria la dimostrazione dell'urgenza. Su tale tipo di *référé*, v. C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei «référés»*, cit., c. 13, nota n. 17.

sto dalla seconda parte dell'art. 809, 2 co., n.c.p.c.

3. - (Segue) *Il référé classique e il référé de prévention ou de remise en état.*

Il primo tipo di *référé* è disciplinato dall'art. 808 n.c.p.c. a norma del quale «*dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend*». Dalla norma si ricava che i presupposti per l'emanazione del *référé classique* possono sostanzialmente ricondursi all'esistenza di una situazione di urgenza, congiuntamente all'assenza di una seria contestazione sulla misura o, in alternativa, all'esistenza di una effettiva controversia sul diritto.

Si tratta di un provvedimento d'urgenza che è stato avvicinato, per certi aspetti, al provvedimento dell'art. 700 c.p.c.¹⁴. Al pari di quest'ultimo, infatti, al *référé classique* si fa ricorso in uno spettro molto ampio ed eterogeneo di casi ed esso può avere un contenuto sia anticipatorio sia conservativo¹⁵. La possibilità di realizzare l'anticipazione del contenuto e degli effetti della senten-

¹⁴ Cfr. L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 49 s., la quale, giustamente, sottolinea comunque la prudenza con cui si deve procedere nell'accostare misure appartenenti ad ordinamenti diversi.

¹⁵ Sui possibili contenuti che il *référé classique* può avere, v. l'approfondita analisi di C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 168 ss., e spec. p. 197 ss., e le ampie citazioni di giurisprudenza e dottrina ivi svolte, le quali giustificano l'affermazione che il contenuto che i provvedimenti sono suscettibili di assumere è il più vario, dipendendo dalle esigenze di tutela poste dalle posizioni sostanziali, come pure, parimenti differenziata, è la natura delle liti su cui il giudice può intervenire.

za di merito si presenta, tuttavia, in modo assai diverso nei provvedimenti dei due ordinamenti. Ciò, a mio avviso, è conseguenza dei diversi presupposti, ulteriori all'esistenza di una situazione d'urgenza, a cui i due tipi di provvedimenti sono subordinati.

Nel provvedimento italiano, il giudice deve procedere alla verifica, anche se solo probabilistica, della fondatezza del diritto (*fumus boni iuris*), mentre al giudice del *référé classique* è sempre impedito di risolvere una questione di merito e di procedere a una valutazione della attendibilità del diritto, se non nei limiti ristretti della verifica dell'assenza di una seria contestazione¹⁶.

È sulla base di questo limite del potere del giudice del *référé* che è stata risolta l'apparente contraddizione tra il presupposto dell'assenza di una seria contestazione e quello, alternativo, della presenza di una effettiva controversia. A prima vista il secondo presupposto sembra annullare il primo, con la conseguenza che sarebbe possibile emettere il *référé* in ogni caso d'urgenza¹⁷. La contraddizione è stata invece superata da un orientamento, ormai consolidato, in forza del quale ricorre il secondo presupposto quando la controversia costituisce proprio la giustificazione e la ragione del provvedimento

¹⁶ Cfr. D. BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, cit., 590 ss., ove rileva che il compito assegnato al giudice del *référé* è quello di offrire una regolamentazione provvisoria ad una situazione litigiosa, «in modo da non prendere posizione sul merito della lite ed anzi di isolare e congelare il diritto conteso, lasciando al giudice del merito il compito di esaminare la materia del contendere e dare il provvedimento *secundum ius*». Non vi può mai essere, dunque, «una valutazione di attendibilità anticipata della situazione sostanziale controversa».

¹⁷ Così C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 184. Sul punto, rilevano, H. SOLUS-R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, Paris, 1995, p. 1078 che il legislatore sembra cancellare con una mano quello che ha scritto con l'altra.

d'urgenza¹⁸. In questi casi, tuttavia, il giudice del *référé* non può né fondare il provvedimento sulla soluzione della controversia né, tanto meno, risolverla egli stesso con il provvedimento d'urgenza¹⁹. Entrambi questi poteri restano di competenza del solo giudice di merito.

Se si esaminano i casi nei quali la giurisprudenza francese concede il *référé* sulla base del presupposto dell'«*existence d'un différend*» ci si avvede come, tendenzialmente, il provvedimento abbia un contenuto conservativo (usando la terminologia giuridica francese, possiamo dire che in queste ipotesi il *référé* si configura come *mesure d'attente*) e non anticipatorio. Il *référé*, infatti, in questi casi non mira a risolvere la controversia, ma, data l'esistenza di quest'ultima, si limita a regolare provvisoriamente il rapporto in modo da evitare che la situazione subisca pregiudizi o per proteggere i diritti controversi²⁰. La misura, da un certo punto di vista, si presenta come neutra rispetto alla controversia: non la risolve né soddisfa l'uno o l'altro dei diritti coinvolti, limitandosi a regolare le concrete modalità di gestione e di svolgimento

¹⁸ H. SOLUS-R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, cit., p. 1078, ove affermano che «*est précisément l'existence d'un différend sérieux entre les parties qui rend nécessaire l'intervention rapide du juge des référés*». Nello stesso senso C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 185 secondo cui «la misura è concessa in presenza della contestazione seria quando quest'ultima costituisce la ragione stessa su cui si fonda l'istanza».

¹⁹ Sul punto, v. D. BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, cit., 590 s., quando rileva che il giudice del *référé* è carente di potere ove sia costretto, per giustificare la misura, a decidere una questione di merito.

²⁰ Sul punto, v. C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 185, la quale sottolinea come la misura di *référé* non possa essere concessa quando la contestazione comporti una valutazione del merito della lite o quando la misura richiesta incida sul diritto controverso, implicando una soluzione, seppur provvisoria, della contestazione medesima.

del rapporto²¹.

Nel caso in cui manchi una seria contestazione e non vi sia una effettiva controversia, la misura di *référé* potrà invece assumere un contenuto e una funzione anticipatoria. Il provvedimento non sarà, neppure in questo caso, diretto alla soluzione di una effettiva controversia sul diritto, che manca, ma a porre in essere quelle misure a tutela del diritto non contestato.

Il secondo tipo di *ordonnance en référé* da prendere in considerazione (*référé de prévention ou de remise en état*) è regolato dall'art. 809, 1 co., n.c.p.c., ai sensi del quale «*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*».

Le possibilità di ottenere questo provvedimento sono più ampie rispetto al *référé classique*, dal momento che può essere emanato anche in presenza di una contestazione seria. Tuttavia, diversamente da quanto accade nel primo, il *référé de prévention ou de remise en état* può essere emanato solo per prevenire un danno imminente o per far cessare una turbativa manifestamente illecita. Il requisito dell'urgenza non è espressamente richiamato, ma si ritie-

²¹ Cfr. D. BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, cit., 592, il quale rileva come nell'ipotesi dell'«*existence d'un différend*» la contestazione non è sui *moyens* posti a fondamento delle posizioni sostanziali delle parti, ma proprio sulla gestione di un rapporto. In questi casi, il giudice si limiterà «a prendere atto del rapporto litigioso e cercherà di trovare provvisoriamente una regolamentazione dello stesso».

ne che esso sia in qualche modo implicito ai due concetti²².

Le due condizioni del *dommage imminent* e del *trouble manifestement illicite* sono speculari: nella prima la violazione di legge e il conseguente pregiudizio non si sono ancora verificati ma sono sul punto di esserlo, e il provvedimento è richiesto proprio per impedirne la realizzazione; nel caso, invece, della turbativa manifestamente illecita, la condotta in violazione di legge si è già verificata e al giudice del *référé* è chiesto di porvi termine.

La diversità delle due situazioni influisce sulla funzione del provvedimento e, quindi, sul suo possibile contenuto. Nel caso del *dommage imminent*, il *référé* avrà normalmente carattere conservativo, e talvolta anche inibitorio; nel caso di una violazione già in atto, la misura tenderà ad avere carattere ripristinatorio, repressivo o, frequentemente, inibitorio.

Pur nella differenza formale di condizioni alle quali i due tipi di *référé* sono subordinati, dal punto di vista pratico essi svolgono una funzione analoga, anche se il *référé* dell'art. 809, 1 co., n.c.p.c. esprime maggiore potenzialità applicativa. L'analisi della giurisprudenza d'oltralpe sui due *référé* dimostra l'ampia elasticità e l'eterogeneità del contenuto che essi sono idonei a rivestire. Nei *référés* di cui agli artt. 808 e 809, 1 co., n.c.p.c., si registra infatti l'emissione di misure inibitorie, finalizzate a interdire il compimento o la

²² L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 52; C. CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1135; C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., a p. 188 e 197 s., la quale sottolinea, tuttavia, che il mancato richiamo agevola la posizione della parte richiedente, perché quest'ultima non è tenuta a provare l'urgenza e il giudice a constatarla né a darne conto nella motivazione del provvedimento.

prosecuzione di attività dannose; misure conservative, o *d'attente*; misure ripristinatorie della situazione di fatto o di diritto; infine misure propriamente anticipatorie della decisione di merito, con la previsione di provvisori.

La prassi dimostra, inoltre, come le due forme di *référé* d'urgenza rivestano particolare importanza proprio nel diritto industriale e della concorrenza. In questo settore le misure *en référé* hanno spesso un contenuto inibitorio del comportamento lesivo o illecito, accompagnate, talvolta, anche dalla fissazione di *astreinte* per costringere all'adempimento del provvedimento²³.

Accanto a queste ipotesi di *référé* generale, nel diritto della proprietà industriale e intellettuale il legislatore francese ha previsto una particolare competenza del *président du tribunal de grande instance* a emanare provvedimenti di tutela sommaria specifici per il settore, che si differenziano per alcuni aspetti dalle due forme di *référé* di cui si è fin qui trattato.

L'art. 332-1 del *Code de la propriété intellectuelle* disciplina alcune misure tipiche a tutela delle opere letterarie e artistiche: in particolare è previsto il sequestro delle riproduzioni illecite e di quelle in corso di fabbricazione, la sospensione della fabbricazione e il sequestro dei proventi di tale attività ille-

²³ Se si analizza la giurisprudenza in materia, si ricava che tali misure possono consistere, ad esempio, nell'ordine di sospensione di una determinata attività commerciale in violazione di una clausola di non concorrenza (Trib. grande instance Nanterre, 19 marzo 1980, in *Gaz. Pal.*, 1981, 1, Somm., p. 104); nell'ordine di sospensione di una vendita a prezzi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge per un determinato prodotto (come in ipotesi di vendite di carburanti, v. Cass. comm., 15 maggio 1985, in *J.C.P.*, 1985, IV, p. 261; o di vendite di prezzi ribassati in misura superiore a quella legale, v. Trib. grande instance Paris, 4 giugno 1984, in *J.C.P.*, 1985, II, p. 20357, con *observations* di J.L. FOURGOUX); nell'interdizione della vendita di determinati prodotti di lusso nei grandi magazzini da parte del distributore qualora sia mancato il gradimento del produttore (Court d'appelle Toulouse, 8 luglio 1985, in *Gaz. Pal.*, 1986, I, Somm., p. 25).

cita, con l'eventuale prestazione di una cauzione da parte del richiedente. Tali provvedimenti hanno l'evidente finalità di reperire e immediatamente bloccare i prodotti dell'attività illecita. In ragione di tale finalità, l'emissione di questi provvedimenti avviene in prima battuta non in via di *référé*, ma in via di *requête*, che porta all'emissione della misura *inaudita altera parte*, dal momento che il contraddittorio garantito nella procedura di *référé* potrebbe pregiudicare l'utilità del provvedimento. La procedura di *référé*, con il recupero delle garanzie a tutela del soggetto che subisce la misura, può tuttavia essere attivata da quest'ultimo, al fine di ottenere un riesame ed eventualmente la revoca della misura ordinata attraverso la procedura di *requête*²⁴.

In materia di brevetti e marchi, il *Code de la propriété intellectuelle* (rispettivamente negli artt. 615-3 e 716-6) disciplina delle misure tipiche a protezione dei relativi diritti²⁵. Tali norme attribuiscono alla competenza del *président du tribunal de grande instance* il potere di vietare, in via provvisoria e con la previsione di *astreinte*, la prosecuzione dei comportamenti di contraffazione ovvero di consentirne la prosecuzione previa costituzione di idonea garanzia per l'eventuale futuro risarcimento dei danni²⁶.

²⁴ L'art. 332-2, 1 co., *Code de la propriété intellectuelle*, dispone che la parte contro cui è emessa la misura o il terzo che subisce il sequestro con il procedimento di *référé* possano ottenere la «*mainlevée de la saisie ou d'en contonner les effets, ou encore d'autoriser la reprise de la fabrication ou celle des représentations ou exécution publiques, sous l'autorité d'un administrateur constitué séquestre*».

²⁵ Le due misure, anche se disciplinate separatamente nelle rispettive sezioni di appartenenza del *Code*, sono strutturate in modo del tutto analogo.

²⁶ L'art. 716-6, 1 co., *Code de la propriété intellectuelle*, prevede che «*Lorsque le tribunal est saisi d'une action en contrefaçon, son président, saisi et statuant en la forme des référés, peut interdire, à titre provisoire, sous astreinte, la poursuite des actes argués de contrefaçon, ou subordonner cette*

La particolarità del meccanismo processuale di queste misure è costituita dalla subordinazione della misura, peculiare per l'ordinamento francese (e in controtendenza con quanto prevede ormai il nostro legislatore), alla pronta attivazione del giudizio di merito. Il potere di emettere il provvedimento, ordinando l'interdizione dell'attività o la sua prosecuzione previa costituzione di idonea garanzia, sorge «*Lorsque le tribunal est saisi d'une action en contrefaçon*» e dunque solo dopo l'instaurazione di un giudizio di merito sulla contraffazione.

Altra peculiarità di questo procedimento sommario è data dal fatto che la misura è subordinata anche al vaglio del *fumus* circa la fondatezza dell'azione di contraffazione²⁷, mentre negli altri due tipi di *référé* generale, al giudice è di solito preclusa qualsiasi verifica del merito, anche solo nelle forme del *fumus boni iuris*.

poursuite à la constitution de la garanties destinées à assurer l'indemnisation du propriétaire de la marque ou du bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation».

²⁷ La necessità che il giudice del *référé* proceda alla verifica del *fumus* è si ricava dall'art. 716-6, 2 co., *Code de la propriété intellectuelle*, il quale dispone, infatti, che «*La demande d'interdiction ou de constitution de garanties n'est admise que si l'acton apparaît sérieuse et a été engagée dans un bref délai à compter du jour où le propriétaire de la marque ou le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation a eu connaissance des faits sur lesquels elle est fondée. Le juge peut subordonner l'interdiction à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du préjudice subi par le défendeur si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée*».

4. - (Segue) *Il référé provision e il référé injonction.*

Le ultime due forme di *référé* generale sono previste entrambe dall'art. 809, 2 co., n.c.p.c. La prima parte del comma disciplina il noto *référé provision*, disponendo che il *président du tribunal de grande instance* «*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier*». La seconda parte, invece, prevede il c.d. *référé injonction*, stabilendo che, nelle medesime circostanze, il giudice possa «*ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire*»²⁸.

Oggetto di questi provvedimenti possono essere sia le obbligazioni pecuniarie, indipendentemente dalla loro origine²⁹, sia le obbligazioni di fare, anche infungibile³⁰. L'unico presupposto a cui è subordinata la pronuncia del *référé provision* e del *référé injonction* è rappresentato dal fatto che l'obbligazione di cui si chiede tutela non sia seriamente contestabile³¹. Diver-

²⁸ Tale norma è stata aggiunta dal decreto, 17 dicembre 1985, n. 85-1330. Precisano H. SOLUS-R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, cit., p. 1097 che, nel linguaggio giuridico corrente, il *référé injonction* è annoverato al *référé provision*.

²⁹ Sulla possibilità che il *référé provision* abbia ad oggetto obbligazioni pecuniaria di origine legale, contrattuale, illecita, civile e commerciale, v. C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 210.

³⁰ Le obbligazioni di non fare, invece, qualora possano qualificarsi come *trouble manifestement illicite*, trovano protezione attraverso il *référé de prévention ou de remise en état* di cui al primo comma dell'art. 809 n.c.p.c. Su tale punto, v. H. SOLUS-R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, cit., p. 1097.

³¹ Cfr. R. PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, cit., p. 164. Su tale presupposto, v. inoltre J. NORMAND, voce *Processo civile (Francia)*, trad. it. R. Marinoni, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XV, Torino, 1997, p. 100 ss., a p. 107, il quale ritiene che ai fini della pronuncia del *référé* «è sufficiente che il diritto del ricorrente sia evidente, e che la situazione creata da colui il quale resista alla domanda cautelare sia manifestamente sfornita di qualsivoglia fondamento giuridico. Si avrebbe invece una contestazione seria se taluno degli argomenti di difesa opposti al ricorrente non dovesse apparire manifestamente votato al rigetto, ovvero se

samente da quanto avviene nel *référé classique* e nel *référé de remise en état*, l'urgenza non è un requisito, neppure implicito, del provvedimento³².

Il *référé provision* (ma anche il *référé injonction*) è un provvedimento propriamente anticipatorio, potendo il giudice del *référé* accordare anche *le plein de la demande*³³. Proprio l'idoneità a coprire l'intera pretesa, ha decretato il notevole successo del *référé*, che rappresenta ormai nella prassi una vera e propria tutela in qualche modo alternativa a quella ordinaria di merito³⁴, la qua-

si dovesse profilare una incertezza in ordine a ciò che potrebbe decidere, ove fosse adito, il giudice del merito».

³² In verità, al momento dell'introduzione dell'istituto, l'urgenza era ritenuta un presupposto per la concessione della misura. In questo senso deponava, dapprima, la collocazione del *référé provision* nell'ambito del dettato legislativo dell'art. 73, decreto n. 71-740 del 1971, che faceva riferimento, nel primo comma relativo al *référé classique*, ai casi di urgenza; ma anche dopo il venir meno di questo dato letterale, avendo la codificazione del 1975 collocato il *référé provision* in una norma indipendente (art. 809, 2 co., n.c.p.c.), per alcuni anni la giurisprudenza e la dottrina avevano continuato ad includere l'urgenza tra i presupposti del provvedimento, e questo sostanzialmente per ragioni storiche, essendo la procedura dei *référés* nata come istituto condizionato proprio dall'urgenza. Su tali problematiche, v. l'approfondita analisi, anche storica, di A. JOMMI, *Il référé provision*, cit., p. 53 ss.

³³ La possibilità che in sede di *référé* la *provision* coincida con l'intero ammontare del credito per molti anni è stata oggetto di contrasti, sia in giurisprudenza sia in dottrina, anche se l'orientamento maggioritario appariva favorevole (la ammettevano, già all'indomani dell'introduzione dell'istituto, ad esempio App. Paris, 5 marzo 1975, in *Gaz. Pal.*, 1975, 2, p. 590; id., 21 giugno 1976, in *Gaz. Pal.*, 1976, 2, p. 629 e in *Rev. trim. droit civ.*, 1978, p. 714, con *observations* favorevoli di J. NORMAND; Trib. Grande Instance, Lyon, 16 dicembre 1980, in *Gaz. Pal.*, 1981, 1, Somm., p. 160.; nel senso che, invece, l'importo della provvisoria non poteva che riguardare solo una frazione del credito, App. Versailles, 9 ottobre 1978, in *Gaz. Pal.*, 1979, I, Somm., p. 268). Il dibattito è stato definitivamente risolto in senso positivo da Cass. comm., 20 gennaio 1981, in *Rev. trim. droit civ.*, 1981, p. 679 ss., con *observations* positive di J. NORMAND, la quale afferma il principio per cui «*le montant de la provision n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée*». Su tale possibilità concorda ormai anche la dottrina prevalente: tra gli altri, v. R. PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, cit., p. 165).

³⁴ In questo senso, R. PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, cit., p. 153; H. SOLUS-R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, cit., p. 1102; E.F. RICCI, *Commento all'art. 7 l. 20 dicembre 1995, n. 534*, cit., p. 648 s., in nota n. 39, ove rileva che il *référé* è utile come forma di tutela sommaria anticipata rispetto al processo ordinario, «tanto che tende a creare una forma di tutela potenzialmente alternativa a quella offerta da tale proces-

le, di solito, non viene attivata³⁵.

Al pari di tutti i provvedimenti resi *en référé*, anche il *référé provision* resta una misura provvisoria che non è idonea ad acquisire l'autorità del giudicato³⁶, anche se, come tutte le misure anticipatorie, possiede una forte stabilità di fatto³⁷, accentuata dalle ampie possibilità di impugnazione della misura che l'ordinamento francese prevede espressamente³⁸. Il *référé provision* non

so»; ID., *Verso un nuovo processo civile?*, cit., p. 214; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 146; C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 25; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 58; C. CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., a p. 1132.

³⁵ Su tali dati statistici, v. A. JOMMI, *Il référé provision*, cit., p. 99, nota n. 277 e p. 153, in part. nota n. 115, ove rileva come in oltre quattro casi su cinque il provvedimento non è seguito da alcuna controversia di merito. È interessante notare anche che le statistiche rivelano come il *référé* è impugnato solo nel 6,2% dei casi (contro una percentuale del 14,2% di appello contro le decisioni di merito). Tali dati non solo dimostrano il buon funzionamento dei *référés*, ma anche che il giudice di questa procedura «difficilmente (...) si sbaglia».

³⁶ L'art. 488 n.c.p.c. esclude espressamente tale efficacia, disponendo che «*L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles*». Sull'autorità dell'ordinanza, v. A. JOMMI, *Il référé provision*, cit., p. 97 ss. *Contra*, L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 58 ss., in particolare a p. 62 ss., la quale, sulla base anche della previsione del secondo comma dell'art. 488 n.c.p.c. e dell'efficacia esecutiva attribuita all'ordinanza, reputa invece che essa nasca «dotata della *autorité de chose jugée*, in quanto esecutiva *ex lege* indipendentemente dal fatto che vengano proposti contro di essa mezzi di impugnazione», anche se non quella autorità di cosa giudicata per come è intesa nell'ordinamento italiano.

³⁷ H. SOLUS-R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, cit., p. 1060, ove rilevano che il *référé* «*fait un devoir au juge d'examiner le fond, théoriquement à titre provisoire, mais parfois en fait de façon définitive*».

³⁸ Oltre al controllo operato sull'ordinanza dall'istituto della revoca e modifica previsto dall'art. 488, 2 co., n.c.p.c., è previsto che al *référé* si estenda la disciplina per le impugnazioni delle sentenze di merito. Contro l'ordinanza, infatti, sono esperibili sia i mezzi di impugnazione ordinari sia straordinari. Così è possibile impugnare l'ordinanza con: l'appello (previsto dall'art. 490 n.c.p.c.); l'opposizione (prevista dall'art. 490, 2 co., n.c.p.c.) con la quale, nell'ordinamento francese, si intende il mezzo di impugnazione offerto alla parte contumace a fronte di una decisione giurisdizionale pronunciata in un unico grado a seguito di citazione non consegnata nelle mani del convenuto; il ricorso per cassazione (tale possibilità è pacifica, anche se le norme generali dettate in materia di *référé* non lo prevedono espressamente); l'opposizione di terzo, che, dopo una prima fase in cui era stata esclusa, perché non

può tuttavia incidere sull'eventuale successivo giudizio di merito nel quale, in linea teorica, potrebbe essere negata la tutela concessa in sede di *référé*.

L'assenza del requisito dell'urgenza fa seriamente dubitare della natura cautelare del *référé provision*³⁹, natura che invece mi sembra attribuita in modo sostanzialmente pacifico al *référé classique* e al *référé de remise en état*.

L'importanza pratica di tale questione mi pare assai ridotta, essendo tutte le misure assoggettate, quale che ne sia la natura, alla medesima proce-

avrebbe avuto alcuna utilità, è oggi ammessa in modo pacifico sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza (in effetti l'art. 585 n.c.p.c. la ammette contro ogni decisione giurisdizionale, a meno che la legge non disponga altrimenti; ciò che la disciplina sui *référé* non fa). In virtù della possibilità di revocare e modificare l'ordinanza ai sensi dell'art. 488, 2 co., n.c.p.c., si esclude l'ammissibilità di proporre contro di essa il ricorso in revisione. Sul regime di impugnazione dell'ordinanza, v. A. JOMMI, *Il référé provision*, cit., p. 101 ss. e J.V. D'AMICO, *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés*, cit., p. 894 ss.

Aspetto diverso è invece quello della possibilità che l'ordinanza sia rimessa in discussione davanti al giudice del merito, che attiene alla sua natura provvisoria e non impatta sul regime delle impugnazioni.

³⁹ Mi sembra che neghino la natura cautelare del *référé provision*, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit. a p. 291, ma solo implicitamente, quando l'Autore afferma che il modello del provvedimento ex art. 19, d.lgs. n. 5/2003 (che non ha natura cautelare) è costituito da questo *référé*; ID., *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1518, espressamente, ove riconosce che il *référé provision* non integra «neppure una misura cautelare volta a paralizzare uno specifico *periculum*»; C. CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., a p. 1132, il quale rileva come la giurisdizione di *référé*, nata come tutela cautelare, si emancipa, soprattutto attraverso la prassi dei tribunali, dai presupposti cautelari in senso stretto; E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, cit., p. 214; A. JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, cit., a p. 148, ove espressamente rileva che la funzione del *référé provision* va trovata altrove rispetto all'ambito della tutela cautelare; D. BUONCRISTIANI, *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, cit., p. 587 s., il quale afferma espressamente che il *référé provision* e il *référé injonction de faire* «non hanno nulla a che fare con la tutela urgente o con la tutela cautelare».

In senso contrario, A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 43 s., il quale ritiene che l'assenza del requisito dell'urgenza, non influisce in alcun modo «sulla natura dell'ordinanza», che rimane una «decisione provvisoria di natura cautelare»; C. CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 446 e p. 449, ove afferma espressamente la «chiara natura cautelare» del *référé provision*.

dura.

5. - (Segue) *Alcune considerazioni sulle forme con le quali è realizzata l'anticipazione nei référés.*

Varie sono, a mio avviso, le caratteristiche della procedura en *référé* che in questa sede meritano di essere sottolineate.

Un primo, importante, elemento ricavabile dalla disciplina dei *référé* è l'esistenza di un sistema di tutela, diverso da quello ordinario di merito, in cui il regolamento richiesto dalle parti in lite, pur rimanendo provvisorio, è idoneo a stabilizzarsi di fatto e negli effetti che esplica sul rapporto sostanziale, non essendo limitata nel tempo la sua efficacia. Tale caratteristica inevitabilmente impatta sul rapporto tra la tutela del *référé* e quella di merito, nel senso di rendere, tendenzialmente, autosufficiente la prima rispetto alla seconda⁴⁰.

Tale autosufficienza, a mio avviso, risulta confermata dall'efficacia esecutiva attribuita a ogni provvedimento di *référé*⁴¹. Ciò comporta, infatti, che la misura provvisoria fornisce alla parte che l'ottiene una tutela che, pur non

⁴⁰ L'autonomia del provvedimento en *référé* rispetto al giudizio di merito è riconosciuta, tra gli altri, da E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, cit., p. 214; C. CECHELLA, *Il référè italiano nella riforma delle società*, cit., a p. 1136-1137; A. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, cit., p. 483.

⁴¹ Lo prevede espressamente l'art. 489, n.c.p.c., stabilendo che «*L'ordonnance de référè est exécutoire à titre provisoire*».

essendo definitiva nel senso dell'immutabilità, sotto il profilo dell'esecuzione permette di ottenere un'utilità pari a quella che fornirebbe la sentenza di merito. Il fatto che l'ordinanza costituisca titolo esecutivo manifesta, in tutta la sua pienezza, la funzione propriamente anticipatoria del *référé*, giacché l'effetto anticipato, quello esecutivo, è pari a quello fornito dalla sentenza di merito⁴².

Su di un ultimo punto è infine interessante soffermarsi. Con il sistema di tutela sommaria dei *référés* possono ottenersi, se si guarda a tale sistema con l'occhio del giurista italiano e alla luce delle categorie del nostro ordinamento, sia provvedimenti di natura cautelare, sia provvedimenti di natura non cautelare, secondo che, nella concessione della misura, assuma rilevanza il presupposto dell'urgenza. Tale natura del provvedimento, tuttavia, non dipende affatto dalla struttura del procedimento, che è sempre il medesimo. Allo stesso modo l'attitudine della tutela dei *référés* a porsi come alternativa a quella ordinaria, fornendo alla parte un'utilità pari, di fatto, a quella di merito, non poggia sulla diversa natura attribuibile alle ordinanze in questione, ma solo sugli effetti conseguibili con il provvedimento provvisorio; effetti

⁴² Per certi aspetti l'efficacia esecutiva dell'ordinanza, pur provvisoria, è ancora più intensa di quella delle sentenze di merito. Tale ordinanza, infatti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 489 n.c.p.c. e dell'art. 514, 2 co., n.c.p.c. è «*exécutoire de (plein) droit à titre provisoire*». Mentre la sentenza del giudice di merito di primo grado suscettibile di opposizione e di appello non è provvisoriamente esecutiva se non in forza di espressa pronuncia in tal senso del giudice che l'ha emanata, acquisendo altrimenti efficacia esecutiva solo decorsi i termini per le impugnazioni, o a seguito dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione, il provvedimento ottenuto con la procedura di *référé* è di diritto provvisoriamente esecutivo. L'esecuzione provvisoria, inoltre, essendo di diritto, non può essere sospesa neppure dal presidente della corte d'appello ai sensi dell'art. 524 n.c.p.c.

che non sembrano influenzati dalla previsione, tra le condizioni di emissione, dell'urgenza⁴³ e che dimostrano la funzione satisfattiva di questa forma di tutela provvisoria.

Questa considerazione, ritengo, può essere utilmente sviluppata anche rispetto al nostro sistema. Se è vero, infatti, che nell'ordinamento italiano si distingue tra tutela sommaria non cautelare e tutela sommaria cautelare, le quali si caratterizzano per presupposti e discipline differenti, non per questo si deve negare che anche la tutela cautelare anticipatoria manifesti ormai una propria capacità satisfattiva della pretesa, anche se, sotto il profilo della stabilità, non intensa quanto quella fornita dalla sentenza di merito.

6. - *L'anticipazione cautelare nell'ordinamento tedesco. Le einstweilige Verfügungen e la tendenza verso una forma di tutela satisfattiva inidonea al giudicato.*

Nell'ambito del diritto tedesco si è assistito a una evoluzione dell'utilizzo della tutela cautelare in funzione anticipatoria per certi aspetti analoga allo sviluppo che si è registrato nel nostro Paese. Benché il processo civile in Germania duri mediamente assai meno che in Italia⁴⁴, e dunque non così impellenti, in linea teorica, appaiano essere le esigenze di garantire

⁴³ Lo nota anche A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 43 s.

⁴⁴ Sulla durata del processo civile in Germania, v. R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 26 ss., a c. 27, che nota come alla sentenza definitiva si giunga in media in due anni (il primo grado e l'appello durano infatti un anno ciascuno, mentre il ricorso in cassazione non è frequente, data la previsione di rigidi filtri).

L'effettività della tutela attraverso procedimenti diversi e più rapidi rispetto a quello ordinario, la tutela provvisoria cautelare ha acquisito un'importanza pratica notevole. In alcuni campi del diritto, e in particolare in quello della proprietà industriale e della concorrenza sleale, la tutela cautelare si pone come vera e propria alternativa alla tutela di cognizione, tant'è che nella prassi, solitamente, le parti si accontentano della misura cautelare e non instaurano il processo di merito⁴⁵.

Come è noto, nel codice di procedura civile tedesco è possibile individuare due categorie di misure cautelari: l'*Arrest*, vale a dire il sequestro conservativo⁴⁶, e le *einstweilige Verfügungen*, che, letteralmente, sono traducibili con il termine «provvedimenti interinali».

Non mi soffermerei sul primo tipo di provvedimento cautelare dal momento che si tratta di una misura tipica meramente conservativa e dunque interessa meno l'oggetto del presente lavoro⁴⁷. Concentrerei l'attenzione, invece, sui provvedimenti che rientrano nella seconda categoria.

La legge prevede due forme di *einstweilige Verfügungen*: le *Sicherun-*

⁴⁵ Su tale fenomeno, v. W. GRUNSKY, voce *Processo civile (Germania)*, trad. it. A. Della Chà, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., XV*, Torino, 1997, p. 142 ss., a p. 163; R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 27, il quale afferma che in tale ambito la tutela cautelare «ha soppiantato il processo di cognizione».

⁴⁶ L'*Arrest* è disciplinato dai parr. 916-934 *Z.B.O.* ed è diretto ad assicurare crediti pecuniari e crediti che possono essere convertiti in una somma di denaro. È interessante notare che la disciplina dell'*Arrest* ha subito pochissime modifiche da quando è entrata in vigore il 1° ottobre del 1879.

⁴⁷ Peraltro le *einstweilige Verfügungen* hanno ormai un'applicazione assai maggiore dell'*Arrest*. Ciò non toglie che la disciplina del sequestro sia molto importante perché su di essa viene costruita la disciplina delle altre misure: il par. 936 *Z.P.O.* prevede infatti l'applicazione delle disposizioni sull'*Arrest* anche alle *einstweilige Verfügungen* a meno che le norme che regolano queste ultime non prevedano altrimenti.

gsverfügungen e le *Regelungsverfügungen*. Nella prassi, tuttavia, le due forme non sono facilmente distinguibili, perché i relativi confini non sono netti⁴⁸. I presupposti per il rilascio delle *einstweilige Verfügungen*, analoghi a quelli previsti per i provvedimenti cautelari in Italia, sono l'accertamento della probabile esistenza del diritto del ricorrente (*Verfügungsanspruch*) e del *periculum in mora* (*Verfügungsansgrund*)⁴⁹.

Le *Sicherungsverfügungen* sono disciplinate dal par. 935 Z.P.O., il quale stabilisce che possono chiedersi al giudice misure provvisorie in relazione all'oggetto del processo quando vi sia il rischio che un mutamento della situazione esistente impedisca o renda notevolmente più difficile l'attuazione del diritto della parte («*Einstweilige Verfügungen in bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig wenn zu besorgen ist dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwiklinchung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte*»).

L'ambito di applicazione della *Sicherungsverfügung* è piuttosto ampio e può riguardare domande di condanna, domande costitutive e di accertamen-

⁴⁸ La difficoltà di individuare con precisione la linea di confine tra i due tipi di provvedimenti è confermata dalla prassi di richiamare, nel ricorso, contemporaneamente le due norme; si ritiene, infatti, che l'istante non abbia l'onere di specificare quale dei provvedimenti richiede, potendo il giudice accogliere la richiesta ai sensi di una norma sulla base dell'altra. Come rileva R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 31 s., ciò «si risolve indubbiamente in un'attenuazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Per una rassegna delle opinioni sui criteri distintivi delle due forme di provvedimento, v. H.J. MUSIELAK, *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, Munich, 1999, p. 2076.

⁴⁹ Per l'accertamento dei due presupposti il par. 920, 2 co., Z.P.O. non richiede la piena prova, bensì solo la *Glaubhaftmachung*: la sussistenza dei presupposti deve essere «credibile» («*Der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen*»).

to⁵⁰. La misura può consistere in un sequestro, oppure può avere ad oggetto una prestazione individuale (*Individuelleistung*) diversa dal pagamento di una somma di denaro, contenendo, in questo caso, l'ordine o il divieto di compiere un atto⁵¹.

Anche se non è agevole applicare con precisione alle *einstweilige Verfügungen* la distinzione tra provvedimenti cautelari di natura conservativa e provvedimenti cautelari di natura anticipatoria, si può affermare che, tendenzialmente, le *Sicherungsverfügungen* hanno natura conservativa e finalità assicurativa.

La *Regelungsverfügungen* sono invece disciplinate dal par. 940 Z.P.O. che consente di ottenere una regolamentazione provvisoria del rapporto giuridico controverso, specialmente se si tratta di un rapporto durevole, quando vi sia la necessità e l'urgenza di evitare il pericolo di un notevole pregiudizio o di una minaccia di violenza o per altri motivi («*Einstweilige Verfügungen sind auch 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*»)⁵².

La misura cautelare prevista dal par. 940 Z.P.O. può rivestire contenuto

⁵⁰ Cfr. A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 43.

⁵¹ Secondo L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 83 il par. 935 Z.P.O. presenta «una spiccata analogia con l'art. 700 c.p.c.».

⁵² La dottrina tradizionale è solita affermare che tale provvedimento costituisce il modello al quale il legislatore del 1942 si è ispirato nella formulazione dell'art. 700: v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile, IV, Dei provvedimenti speciali*, 3° ed., Napoli, 1964, p. 247.

sia conservativo sia anticipatorio⁵³. In quest'ultimo caso, alcuni ritengono che la regolamentazione provvisoria sia finalizzata dalla necessità di assicurare la c.d. pace giuridica («zur Sicherung des Rechtsfriedens»)⁵⁴ per il tempo occorrente a garantire la tutela definitiva, altri, invece, che abbia lo scopo di assicurare l'adempimento di una prestazione⁵⁵. Il provvedimento, comunque, sarebbe caratterizzato da una tendenziale strumentalità con il giudizio di merito e non acquisterebbe una propria autonomia rispetto alla sentenza⁵⁶. Tuttavia il nesso di strumentalità nelle *einstweilige Verfügungen* non appare rigido: il giudizio di merito, infatti, deve essere iniziato entro un termine perentorio solo se vi è un'apposita istanza di parte al giudice, il quale, in questo caso, fissa il termine medesimo⁵⁷.

⁵³ Tra gli esempi di provvedimenti con contenuto anticipatorio possono richiamarsi i casi in cui il giudice adotti l'atto che il gestore di affari rifiuti di compiere, o il caso in cui il giudice ordini al locatario di compiere alcuni lavori di manutenzione dell'immobile senza i quali questo subirebbe un deterioramento. Per una rassegna di provvedimenti di questo tipo, v. H.J. MUSIELAK, *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, cit., p. 2085-2086; W. HABSCHEID, *Les mesures provisoires en procédure civile – droits allemand et suisse*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, cit., p. 33 ss., p. 46.

⁵⁴ Per questa considerazione, v. W. HABSCHEID, *Les mesures provisoires en procédure civile – droits allemand et suisse*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, cit., p. 33 ss., spec. p. 45 ss.

⁵⁵ Su tale dibattito, v. R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 31, nota n. 27.

⁵⁶ Nella dottrina tedesca è frequente l'affermazione per cui le *einstweilige Verfügungen* avrebbero un oggetto che è «minus» o «aliud» rispetto alla sentenza di merito e che il provvedimento provvisorio non può e non deve comportare il pieno soddisfacimento del ricorrente, perché è compito della sentenza di merito attribuire alla parte esattamente ciò di cui ha diritto. Sul punto, v. H.J. MUSIELAK, *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, cit., p. 2082, quando afferma che «... Die einstweilige Verfügung darf die Hauptsache nicht vorwegnehmen, sondern muss gegenüber dem Hauptsachenanspruch stets ein Minus und Aliud zugleich sein».

⁵⁷ Così prevede espressamente il par. 926, 1 co., Z.P.O. («Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Arrestgericht auf Antrag ohne mündliche Verhandlung anzuordnen, dass die Partei, di eden Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe»). Nel caso in cui la parte non instauri il giudizio nel termine perentorio così fissato, il giudice pronuncia

La possibilità che il provvedimento cautelare non perda efficacia in caso di mancata instaurazione del giudizio di merito giustifica la tendenza della giurisprudenza tedesca a fornire con le *einstweilige Verfügungen* una misura di vera e propria anticipazione provvisoria di quel soddisfacimento che sarebbe ottenibile solo con la sentenza⁵⁸. Proprio il consolidamento di tale tendenza ha portato alla elaborazione, soprattutto da parte della giurisprudenza, di un terzo tipo di misura cautelare-interinale, il cui fondamento normativo è fatto risalire al par. 940 Z.P.O.: le *Leistungsverfügungen* o *Befriedigungsverfügungen*.

Con tali provvedimenti è possibile ottenere tutela in un'ampia gamma di situazioni: si ammettono, infatti, *Leistungsverfügungen* a tutela di situazioni possessorie⁵⁹, *Leistungsverfügungen* di condanna al pagamento di una somma di denaro⁶⁰, al rilascio di dichiarazioni di volontà⁶¹, al compimento di altri at-

con sentenza, su istanza di parte, la revoca del provvedimento cautelare (par. 926, 2 co., Z.P.O.: «Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes durch Endurteil auszusprechen»).

⁵⁸ W. GRUNSKY, voce *Processo civile (Germania)*, cit., p. 163 s.

⁵⁹ L'ammissibilità di tutelare con le *Leistungsverfügungen* le pretese di manutenzione e reintegrazione del possesso trova il suo fondamento nel carattere urgente intrinseco alla tutela possessoria, riconosciuta dalle norme del codice civile (in particolare il par. 863 B.G.B.).

⁶⁰ Si può affermare che questi rappresentino i casi di *Leistungsverfügungen* più rilevanti nella prassi. L'ammissibilità di tali provvedimenti è ormai pacifica quando siano indirizzati alla tutela di esigenze di natura alimentare. Si ammette, in giurisprudenza, anche la tutela del diritto alla rendita in favore di un soggetto danneggiato da un atto illecito, i crediti di lavoro, i crediti derivanti da atto illecito. Ma la dottrina ritiene tutelabili tutti i crediti pecuniari, nei casi in cui il creditore versi in stato di bisogno esistenziale; sul punto, v. W. GRUNSKY, in F. STEIN- EINKONAS, *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, 21° ed., 7, 1, Tübingen, 1996, p. 343 ss., a p. 485.

⁶¹ Cfr. R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 37.

ti⁶²; e infine *Leistungsverfügungen* contenenti inibitorie di comportamenti lesivi⁶³. In casi eccezionali, la giurisprudenza ammette anche che tali provvedimenti anticipino una pronuncia di mero accertamento⁶⁴.

Dalla breve disamina del sistema delle misure cautelari nel diritto tedesco, si può osservare come si sia assistito, prima nella prassi giurisprudenziale e poi anche nelle elaborazioni dottrinali, a una evoluzione verso un utilizzo della tutela cautelare in funzione satisfattiva delle pretese, per molti aspetti analoga a quella registrabile nel nostro Paese. È un dato, infatti, facilmente rilevabile che il provvedimento d'urgenza, ancorché provvisorio, in alcuni settori chiude la controversia⁶⁵. Tale capacità dimostra da un lato l'idoneità del provvedimento medesimo a fornire un risultato utile sul piano degli ef-

⁶² La cui ammissibilità, peraltro, è contestata in dottrina: v. W. GRUNSKY, in STEIN-JONAS, *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, cit., a p. 491 s.

⁶³ La possibilità di emettere provvedimenti a contenuto inibitorio è riconosciuta soprattutto nei casi di tutela della concorrenza e dei diritti della personalità; v., per questi e altri casi di inibitoria, W. GRUNSKY, in STEIN-JONAS, *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, cit., a p. 489. Provvedimenti inibitori sono espressamente previsti da alcune norme di leggi speciali. In particolare, è interessante notare che la legge contro la concorrenza sleale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) prevede al par. 25 che possano essere emessi provvedimenti cautelari di inibitoria «anche se non ricorrono i presupposti previste dai parr. 935 e 940 Z.P.O.». L'interpretazione della norma è nel senso che l'inibitoria sia subordinata solo alla verifica dell'esistenza del diritto e non anche del *periculum in mora*, perché quest'ultimo è già valutato in astratto dal legislatore alla stregua di un *id quod plerumque accidit*.

⁶⁴ I limiti di ammissibilità di provvedimenti cautelari dichiarativi sono controversi nella dottrina tedesca: v., sul punto, l'analisi di R. CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, cit., c. 38 s. Anticipo fin d'ora che l'ammissibilità di anticipare in sede cautelare una sentenza di mero accertamento (così come una sentenza costitutiva) è una questione assai dibattuta anche in Italia. Si rimanda, al riguardo, all'approfondimento che mi propongo di svolgere nel prosieguo.

⁶⁵ È significativo di questa tendenza il fatto che la prassi tedesca conosca infatti una vera e propria dichiarazione scritta delle parti (c.d. *Abschlussklärung*) con la quale esse si accordano espressamente per accettare la decisione provvisoria emessa in sede cautelare come definitiva.

fetti e dall'altro che il procedimento di emanazione si svolge in forme sufficienti, o ritenute tali dalle parti, a garantire il diritto di difesa e una decisione giusta⁶⁶.

Tale fenomeno, che per molti aspetti riguarda tutti gli ordinamenti giuridici qui considerati, acquista, in relazione all'ordinamento tedesco, un significato peculiare. Se, infatti, nel nostro Paese, nel quale i tempi per ottenere una sentenza di merito nel giudizio ordinario sono assai lunghi, esso è legato in modo evidente all'esigenza di ottenere una tutela rapida, in Germania, ove, invece la durata del processo è breve e del tutto accettabile, la spiegazione di tale fenomeno va, a mio avviso, ricercata anche altrove. Credo, infatti, che esso sia la manifestazione che, in certi settori del diritto, l'esigenza di ottenere decisioni definitive coperte dal giudicato, che solo il processo di merito può realizzare, non sia poi così rilevante, perché le parti ritengono utile un risultato minore, non solo immediato, ma anche più conforme alle effettive necessità di protezione del loro diritto.

⁶⁶ Sul punto v. le corrette considerazioni di L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 88 s.

CAPITOLO III

STRUTTURA E FUNZIONE DELLA TUTELA CAUTELARE ANTICIPATORIA. LA STABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Strumentalità, provvisorietà, immediata efficacia del provvedimento e carattere ipotetico del giudizio come elementi strutturali distintivi della tutela cautelare. – 2. Le conseguenze del venir meno del nesso di strumentalità necessaria sui profili funzionali e strutturali della tutela cautelare. L'autosufficienza del provvedimento cautelare anticipatorio – 3. (*Segue*) L'autonomia del provvedimento cautelare anticipatorio e la pronuncia sulle spese *ex art. 669-octies*, comma 7, c.p.c. (introdotto dalla legge n. 69/2009). La qualificazione del provvedimento compiuta dal giudice cautelare in sede di pronuncia sulle spese e la sua inefficacia vincolante rispetto al giudice chiamato a decidere sulla caducazione del provvedimento *ex art. 669-novies* c.p.c. – 4. (*Segue*) Il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* nei provvedimenti cautelari anticipatori. – 5. L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 669-octies c.p.c. e l'individuazione dei provvedimenti cautelari anticipatori. – 6. La stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio. La tendenza al consolidamento degli effetti sul piano sostanziale. I provvedimenti che esauriscono immediatamente i loro effetti. – 7. (*Segue*) La stabilità «interna» del provvedimento anticipatorio e il reclamo. – 8. (*Segue*) La stabilità «esterna». La revoca e la modifica del provvedimento. La riproposizione della domanda cautelare. – 9. L'autorità del provvedimento cautelare e la sua inidoneità ad acquisire l'immutabilità e l'irretrattabilità proprie del giudicato. Il conflitto tra provvedimenti cautelari. L'efficacia del provvedimento cautelare come prova in altri processi. – 10. L'eventuale processo di merito successivo al provvedimento cautelare anticipatorio e il suo oggetto.

1. - *Strumentalità, provvisorietà, immediata efficacia del provvedimento e carattere ipotetico del giudizio come elementi strutturali distintivi della tutela cautelare.*

Per comprendere le conseguenze del venir meno del nesso di strumentalità necessaria tra provvedimento cautelare e giudizio di merito, è opportuno individuare le caratteristiche essenziali e distintive della tutela cautelare, così come sono state elaborate prima della riforma, e verificare se le novità rendano opportuno un loro ripensamento. La dottrina tradizionale ha affrontato la questione della funzione e della struttura della tutela cautelare seguendo una pluralità di approcci e ha proceduto all'analisi ora sotto il profilo dell'azione¹, ora sotto l'aspetto del procedimento², ora da quello del provve-

¹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 225 ss. Sulla concezione di Chiovenda della tutela cautelare come «mera azione» perché «esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista» si rinvia al paragrafo 3, capitolo I. Per una ricostruzione analoga si veda, più recentemente, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 302, ove rileva che «l'azione cautelare non deduce quindi un proprio autonomo diritto soggettivo sostanziale (sia pure secondario, ossia avente ad oggetto la cautela), ma può dirsi un'ipotesi di azione mera, che si protende però anch'essa verso la tutela del medesimo diritto sostanziale oggetto della causa di merito».

² F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 60 ss.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 132 e 205 ss.; ID., *Carattere e limiti della opposizione alla sentenza che dichiara il fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, II, p. 234 ss.; ID., *Carattere della sentenza di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 159 ss., a p. 165 ss., quando dopo aver ammesso che «parlando del processo cautelare nel secondo volume delle mie lezioni, non sono ben sicuro di aver saputo definire la sua posizione rispetto al processo giurisdizionale e al processo esecutivo», rileva che «il processo cautelare non costituisce tanto un terzo tipo di processo accanto al processo di cognizione e al processo di esecuzione, quanto un sottotipo di questo e di quello. Il carattere di sottotipo sta nella composizione provvisoria anziché nella composizione definitiva della lite». Concetti, questi, che l'Autore ribadisce anche dopo l'introduzione del codice di procedura civile del 1940: ID., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, p. 39, quando definisce cautelare «il processo, quando, anziché stare a sé, serve a garantire (costituisce una cautela per) il buon fine di un altro processo (definitivo)».

L'accento sul procedimento è posto anche da E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., p. 248 ss., secondo il quale il procedimento cautelare ha una struttura unitaria, perché al suo interno non si può distinguere un fase di cognizione e una di esecuzione. Su

dimento³. Ma al di là degli approcci e dei diversi accenti posti sull'una o sull'altra caratteristica, si può notare come vi sia sempre stata una certa uniformità di vedute nell'individuare la strumentalità⁴, la provvisorietà⁵,

tale premessa, l'Autore, in posizione contrapposto a quella di Carnelutti, conclude nel senso che «il processo cautelare si contrappone come *tertium genus* a quello di cognizione ed a quello di esecuzione». La tesi di Liebman sull'unitarietà del procedimento cautelare sarà approfondita nel paragrafo 2, Capito IV, quando si tratterà dell'attuazione del provvedimento cautelare di condanna.

³ P. CALAMANDREI, *Introduzione alla studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 4; ID., *In tema di provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, p. 9 ss., p. 10 ss.; ID., *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 279 ss., a p. 283 ss. Rispetto alle ricostruzioni precedenti, il passo fondamentale compiuto da Calamandrei consiste nell'aver impostato l'inquadramento della tutela cautelare sulla base della funzione da questa assolta e, di conseguenza, dal contenuto del relativo provvedimento. Sul punto si rimanda al paragrafo 4, Capitolo I.

⁴ La strumentalità come caratteristica tipica e fondamentale è riconosciuta in modo pacifico. Si vedano, tra gli altri, P. CALAMANDREI, *Introduzione alla studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 9 ss., p. 17 s., 21 s., 58 ss. e 143; A. DIANA, *Le misure conservative interinali*, cit., p. 213 ss., che, in proposito, parla di «sussidiarietà»; E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., p. 252 s.; C. CALVOSA, *La tutela cautelare*, cit., p. 300 ss.; F. BUCOLO, *Effetti della sentenza non esecutiva sulle pronunce esecutive anteriori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1542 ss., a p. 1555; M. VELLANI, *La decisione di merito e il provvedimento cautelare*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, III, Padova, 1956, p. 710 ss., a p. 714 ss.; G. TARZIA, *Sulla strumentalità dell'accertamento tecnico preventivo*, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, p. 819 ss.; ID., *Introduzione*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, cit., p. XXI ss.; E. FAZZALARI, *Profili della cautela*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Due note in tema di tutela cautelare*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 145 ss., c. 147 ss.; C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, Milano, 1991, p. XLIII ss.; G. OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, p. 136 ss.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 40 ss. e p. 214 ss.; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Il nuovo processo civile: legge n. 353/1990*, Napoli, 1991, p. 164 ss.; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 393 ss., spec. p. 430 ss.; G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968, p. 58 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, p. 40 ss.; ID., *Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 1 ss.; A. SCHERMI, voce *Provvedimenti cautelari*, in *Enc. forense*, V, Milano, 1959-1960, p. 1110 ss., p. 1126; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 599 ss.

⁵ Sottolineano la provvisorietà del provvedimento cautelare come suo tratto tipico, tra gli altri, P. CALAMANDREI, *Introduzione alla studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 9 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 598 ss.

l'immediata efficacia del provvedimento⁶ e il carattere ipotetico del giudizio⁷ come elementi strutturali propri di questa forma di tutela.

Tali caratteristiche costituiscono il riflesso, nell'ambito del procedimento e del provvedimento, della funzione della tutela cautelare che, in senso generale, ma non distintivo perché comune ad altre forme di tutela, è quella di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale⁸; mentre in senso proprio, tale da differenziare la cautela da altre forme di tutela, è stato indicato nell'esigenza di preservare gli effetti, anche anticipandone l'esecuzione, di una futura pronuncia di merito.

In questa prospettiva si coglie appieno il significato e la portata del concetto di strumentalità sotto i suoi due profili più rilevanti: da un lato, la tutela cautelare è al servizio di un'altra forma di tutela, e dunque non è autosufficiente, e dall'altro il provvedimento cautelare è preordinato alla sentenza di merito, alla quale, logicamente prima ancora che strutturalmente, è inevitabilmente collegato; di conseguenza, per sopravvivere esso ha bisogno che il processo di merito, finalizzato all'ottenimento di quella sentenza, sia già in-

⁶ Sull'intrinseca esecutorietà dei provvedimenti cautelari, intendendosi per tale l'attitudine del provvedimento medesimo a produrre immediatamente e direttamente nella sfera giuridica dell'intimato, si vedano, tra gli altri, L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 118; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 331 ss.; ID., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 856 ss., p. 883; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 302; E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 41 ss., spec. p. 45; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, 2° ed., Padova, 1985, p. 316; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 415.

⁷ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 170 ss., ove sottolinea che le valutazioni del giudice cautelare sul diritto cautelando e sul *periculum in mora* «sono svolte, nella loro essenza, in termini di probabilità».

⁸ L'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale è la finalità che giustifica sempre il ricorso a forme di tutela sommaria e anticipatoria, cautelari e no. Si rinvia, sul punto, al paragrafo 1, Capitolo I.

staurato o lo sia in breve tempo. La strumentalità della tutela cautelare può allora apprezzarsi sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello strutturale⁹.

Va inoltre sottolineato che la strumentalità è di carattere ipotetico, con ciò volendosi sottolineare che lo scopo del provvedimento cautelare è ancorato a un elemento strutturale riguardante la qualità della cognizione che vi si svolge¹⁰. Il giudice al quale è proposta la domanda cautelare, infatti, deve effettuare un giudizio prognostico sulla plausibile esistenza del diritto che si vuole cautelare (*fumus boni iuris*). Il provvedimento cautelare è strumentale alla tutela giurisdizionale di un diritto che, nel momento in cui viene emanato, non è ancora accertato (perché la sentenza non è ancora stata emessa o addirittura perché il relativo giudizio neppure è stato instaurato), e che la decisione finale può anche ritenere inesistente.

⁹ La strumentalità come caratteristica strutturale indefettibile della tutela anticipatoria è stata per la verità posta in dubbio da una parte della dottrina. Si fa riferimento alla tesi di E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 419-420, secondo la quale la nozione di provvedimento cautelare è subordinata solo a un'accezione di strumentalità di ordine meramente funzionale, intesa come rapporto che lega immancabilmente ogni provvedimento cautelare ad un provvedimento principale, il rendimento del quale si trova, in virtù del primo, agevolato ed assicurato in anticipo. Tale tesi è argomentata con altre due considerazioni. Da un lato, infatti, Merlin osserva che la «strumentalità strutturale» è una connotazione della tutela cautelare che non si giustifica sul piano teorico-generale, ma che rappresenta piuttosto il riflesso della disciplina positiva del nostro ordinamento (art. 669-octies e 669-novies). In tal senso, attribuire una funzione selettiva alla «strumentalità strutturale» determinerebbe uno scorretto capovolgimento della prospettiva da cui si deve muovere: infatti, da un punto di vista sistematico e alla luce dell'art. 669-quaterdecies c.p.c. si devono prima stabilire i criteri generali in base ai quali un provvedimento possa essere definito cautelare, e poi vagliare l'applicazione delle singole norme del rito uniforme, sulla base del criterio di compatibilità. In un'ottica teorica e generale, di inquadramento della tutela cautelare, Merlin opta per una ricostruzione in virtù della quale «la presenza di una manifestazione genuina di tutela cautelare non può essere negata [...] ogniqualvolta si sia al cospetto di un provvedimento che, oltre che essere provvisorio, 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 tutela giurisdizionale ordinaria».

¹⁰ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 58 ss.; ID., *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)*, cit., a p. 287. S.

La strumentalità informa anche la caratteristica della provvisorietà che, nell'ambito della cautela, si presenta con aspetti specifici e differenti da quelli di altri provvedimenti. Anzitutto il provvedimento cautelare è destinato a venire meno nel momento in cui la sentenza di merito è emanata¹¹; ma in questo senso la provvisorietà è comune anche ad altri provvedimenti provvisori non cautelari. Rispetto a questi ultimi, tuttavia, la misura cautelare, in quanto strumentale, è provvisoria anche nel senso che l'eventuale estinzione del processo di merito conduce alla sua caducazione, così come essa perde efficacia nel caso in cui il giudizio ordinario di merito non sia instaurato tempestivamente.

Come si ricava dalle brevi considerazioni svolte, la strumentalità rappresenta il *proprium* della tutela cautelare e ispira tutto l'impianto normativo del procedimento cautelare uniforme, costituendo la ragione e la giustificazione di tutte le altre caratteristiche strutturali tipiche di questa forma di tutela.

2. - *Le conseguenze del venir meno del nesso di strumentalità necessaria sui profili funzionali e strutturali della tutela cautelare. L'autosufficienza del provvedimento cautelare anticipatorio.*

La centralità funzionale e strutturale del concetto di strumentalità nel sistema della tutela cautelare rende evidente, in prima battuta, l'importanza

¹¹ In caso di accoglimento della domanda dell'attore ricorrente cautelare, il provvedimento viene sostituito dalla sentenza; in caso di rigetto, invece, esso viene caducato.

delle riforme recentemente introdotte nell'ambito di questa forma di tutela¹². Prima con le norme del procedimento cautelare del rito societario, e poi con quelle, analoghe, inserite nel codice di procedura civile per tutti i procedimenti cautelari, a prescindere dalla natura dei diritti oggetto di tutela, è stata eliminata la sanzione dell'inefficacia relativamente ai provvedimenti cautelari anticipatori e agli altri provvedimenti individuati in modo specifico, nel caso in cui il giudizio di merito non sia istaurato e nel caso in cui esso, già pendente, si estingua¹³.

Tratterò più avanti la questione, importante e dibattuta, dell'individuazione dell'ambito di applicazione del nuovo regime¹⁴; ora intendo invece affrontare, in generale, l'impatto della novità sulle caratteristiche proprie della tutela cautelare così come sono state individuate dalla dottrina e di cui ho dato conto, in breve, nel paragrafo precedente.

L'ampiezza delle ricadute sistematiche della riforma è oggetto di un vivace dibattito in dottrina e si registrano posizioni contrastanti e tra loro non sempre conciliabili. Tali posizioni, fondamentalmente, oscillano tra un orientamento più restrittivo, secondo il quale il venire meno del nesso di strumen-

¹² Si comprende l'esigenza di riconsiderare alcuni aspetti strutturali e funzionali della tutela cautelare anche solo considerando che, secondo Calamandrei e la dottrina che si è sviluppata sulla sua impostazione (vedi, al riguardo, ID., *Introduzione alla studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 21, quando afferma che in difetto del provvedimento definitivo, in previsione e in attesa del quale il provvedimento cautelare nasce e vive, quest'ultimo «non solo non aspira a trasformarsi in definitivo, ma è addirittura destinato a venir meno per mancanza di scopo»; su questo, e gli altri aspetti della ricostruzione di Calamandrei, si rinvia al paragrafo 4, Capitolo I) il presupposto fondamentale per individuare come cautelare un determinato provvedimento è dato dal fatto che *ex lege* si ricavi la sua decadenza in caso di pronuncia del provvedimento definitivo o in caso di estinzione del processo. Il secondo aspetto, per i provvedimenti anticipatori, è venuto meno.

¹³ Per una panoramica delle scelte in concreto adottate dagli altri sistemi processuali europei in tema di rapporti tra procedimenti cautelari e giudizi di merito, si rinvia a R. GIOR-DANO, *La tutela cautelare uniforme. Prassi e questioni*, Milano, 2008, p. 149 ss.

¹⁴ V. il paragrafo 4.

talità necessario non contraddirebbe la strumentalità e non sarebbe idoneo a rendere funzionalmente autonoma la tutela cautelare anticipatoria rispetto a quella di merito, essendo l'autonomia solo cronologica¹⁵, e un orientamento più estensivo, il quale reputa invece che le nuove norme abbiano decretato la scomparsa della strumentalità, sia sotto il profilo funzionale sia sotto il profilo strutturale, avanzando addirittura qualche dubbio sulla stessa natura cautelare dei provvedimenti anticipatori¹⁶.

Tra questi due estremi, si situano poi vari orientamenti che, con diversi accenti e prospettive, da un lato valorizzano la portata delle novità, perlomeno sul piano funzionale, ma dall'altro non giungono a negare la struttura e la natura cautelare dei provvedimenti anticipatori. Le diverse posizioni si riflettono anche sul piano terminologico: a proposito dell'impatto delle nuove norme sulla strumentalità, si parla infatti di attenuazione¹⁷ e di allentamento

¹⁵ Cfr. C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1505 ss., cit., p. 1518, ove rileva come la possibilità per i provvedimenti cautelari anticipatori di autonomizzarsi non ne contraddice la strumentalità, in quanto «l'autonomia è solo cronologica non funzionale, sì che costante rimane la esigenza di assicurare gli effetti di un'altra tutela, anticipata o meno che sia».

¹⁶ In questo senso, F. CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 7 ss., a p. 26 s. e G. MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé. Osservazioni generali*, cit., p. 457, il quale, invertendo l'affermazione di A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 120 ss., secondo cui i provvedimenti d'urgenza sarebbero anticipatori solo in senso improprio, ritiene che tali provvedimenti «non sono più cautelari in senso proprio, ma anticipatori»; L. GUAGLIONE, *Commento agli artt. 669-quinquies - 669-terdecies c.p.c.*, in *La riforma del processo civile*, a cura di F. CIPRIANI-G. MONTELEONE, Padova, 2007, p. 480, secondo cui, nei provvedimenti anticipatori a strumentalità attenuata, della cautela «rimane ben poco, e precisamente soltanto l'urgenza di provvedere, la quale secondo l'impostazione tradizionale non sarebbe sufficiente a qualificare un provvedimento come cautelare».

¹⁷ A. SALETTI, *Commento sub art. 23*, in AA. VV., *La riforma delle società - Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino, 2003, p. 222; ID., *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia-A. Saletti, Padova, 2008, p. 289 ss.; D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in AA. VV., *Sulla riforma del processo civile - Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2006, p.

del nesso di strumentalità¹⁸, o di strumentalità forte e debole¹⁹ o ancora di autonomizzazione del provvedimento²⁰.

Come ho già accennato²¹, è indubbio che le innovazioni incidano sui limiti funzionali della tutela cautelare. L'idoneità dei provvedimenti cautelari anticipatori a far ottenere l'utilità sostanziale richiesta dal ricorrente e quel medesimo «bene della vita» che gli fornirebbe la sentenza di merito, comporta il riconoscimento che tali provvedimenti realizzano una funzione anticipatoria. La realizzazione di questa funzione, tuttavia, non implica, a mio avvi-

71 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 651 ss., p. 654; M. MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1248 ss.; C. CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1140; G. FRUS, *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2004, p. 667; R. TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cd. strumentalità attenuata e il cd. giudizio abbreviato*, in *www.judicium.it.*; G. RUFFINI, *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante "modifiche urgenti al codice di procedura civile" e nella legge delega di riforma del diritto societario*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 187 ss., a p. 198 ss.; L. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, cit., p. 374; A. VALITUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori*, Padova, 2004, I, p. 55; A. AMBROSIO-A. AMENDOLA, *Nuovi procedimenti societari*, Milano, 2004, p. 187; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1181 ss., a p. 1183 ss.; M. PACILLI, *Il vincolo di strumentalità a doppio binario tra tutela anticipatoria e tutela di merito nella novellazione del 2005*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1365 ss., a p. 1368. Critico rispetto all'utilizzo della locuzione strumentalità attenuata si mostra G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, 4° ed., vol. III, Bari, 2007, p. 290, ove rileva che «se di "attenuazione" vuol discorrersi, dunque, essa potrebbe più correttamente riferirsi alla *provisorietà*» (corsivo dell'Autore).

¹⁸ A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1 ss., spec. c. 14; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, cit., p. 1370; ID., *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, cit., c. 145, il quale sembra utilizzare indifferentemente i termini attenuazione e allentamento.

¹⁹ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., Milano, 2007, p. 217 s..

²⁰ S. CHIARLONI, *Introduzione*, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da S. CHIARLONI, 2° ed., Bologna, 2008, p. 17 ss., a p. 23, secondo cui «l'autonomizzazione» dei procedimenti anticipatori merita un'adesione completa.

²¹ Si vedano, in proposito, i paragrafi 2 e 10, Capitolo I.

so, che nei provvedimenti anticipatori scompaia la funzione cautelare²². Quand'anche, infatti, essi consentano di raggiungere, con l'anticipazione degli effetti della sentenza di merito, la soddisfazione della situazione sostanziale, non perciò si deve negare che essi, contestualmente, assicurino anche l'effettività della tutela ordinaria o esecutiva²³.

La possibilità che la funzione anticipatoria e quella cautelare coesistano all'interno di un unico provvedimento risulta confermata dai rapporti tra tutela cautelare e tutela di merito, ed è coerente con la nuova disciplina normativa di essi. Da un lato, la tempestiva instaurazione e il proseguimento fino a sentenza del processo di merito non è più condizione del permanere dell'efficacia del provvedimento cautelare, potendo quest'ultimo continuare ad avere effetto anche per un tempo indefinito. Dall'altro lato, tuttavia, nel caso in cui intervenga la sentenza di merito, gli effetti del provvedimento cautelare cessano e il rapporto sostanziale trova la sua intera regolamentazione esclusivamente nelle statuizioni della sentenza.

Questo legame connota tutti i provvedimenti cautelari anticipatori, perché allo stato potenziale è sempre presente; tuttavia non è un legame necessario, in quanto tali provvedimenti sono idonei a realizzare immediatamente, e senza dover attendere una decisione che accerti il diritto in modo incontrovertibile, la tutela della situazione sostanziale. Ma la realizzazione della tute-

²² In questo senso, E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, in *AIDA*, 2006, p. 246 ss., a p. 250, secondo la quale «la funzione anticipatoria di questi provvedimenti non impedisce agli stessi di continuare a svolgere la funzione propriamente cautelare»; D. LONGO, *Commento all'art. 23 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 427, secondo cui il provvedimento cautelare in materia commerciale è configurato come un provvedimento a perdurante efficacia esecutiva, ancora cautelare ma con funzione non più soltanto strumentale e privo dell'autorità di giudicato.

²³ Cfr. G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 329.

la neppure è in previsione di quella decisione che si anticipa, la quale ben può non arrivare mai, senza che questo comporti il venir meno dello scopo del provvedimento cautelare²⁴, perché due sono ora gli obiettivi che esso assume anticipando gli effetti della sentenza: fornire immediatamente una tutela, minore ma sufficiente, al rapporto sostanziale e garantire l'effettività di quella, più completa e idonea ad acquisire, con il passaggio in giudicato, il carattere dell'incontrovertibilità, fornita dalla sentenza nel caso in cui quest'ultima sia emanata.

L'idoneità del provvedimento a fornire immediatamente l'utilità sostanziale senza che la sua efficacia sia subordinata al giudizio di merito comporta, a mio modo di vedere, che la tutela cautelare debba ritenersi autosufficiente²⁵.

Neppure da tale considerazione, tuttavia, consegue che il legame con la tutela di merito non sia invece sempre presente anche sotto il profilo del contenuto della tutela. L'utilità sostanziale che il provvedimento cautelare fornisce deve essere quella stessa conseguibile con il giudizio di merito. Il regolamento di interessi provvisorio deve ricalcare quello che, in ipotesi, sarebbe dichiarato dalla sentenza. Non può essere diverso, altrimenti il provvedimento si situerebbe fuori dall'ambito della tutela cautelare anticipatoria e rientrerebbe in quello della tutela cautelare conservativa e non possiederebbe quella doppia funzione che costituisce la caratteristica solamente della prima.

²⁴ Così, invece, P. CALAMANDREI, *Introduzione alla studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 21

²⁵ S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, vol. I, Milano, 2006, p. 71 ss., a p. 74, ove giustamente rileva che le misure cautelari che anticipano gli effetti della pronuncia di merito sono «affrancate dal requisito della provvisorietà e vedono attenuato il requisito della strumentalità, divenendo autosufficienti».

Tale duplice funzione o, in altri termini, il doppio scopo che informa la tutela cautelare anticipatoria, costituisce l'elemento caratterizzante i provvedimenti cautelari anticipatori, idoneo, da un lato a distinguerli dagli altri provvedimenti interinali che realizzano la funzione anticipatoria senza essere cautelari²⁶, e dall'altro dai provvedimenti cautelari che non realizzano la funzione anticipatoria.

Le due funzioni si riflettono, a mio avviso, anche sugli altri elementi strutturali propri della tutela cautelare, i quali, nella cautela anticipatoria, non vengono meno, ma per qualche aspetto si differenziano da come sono stati ricostruiti finora, e che approfondirò più avanti. Per quanto concerne la provvisorietà, qui è sufficiente rilevare, salvo poi tornare sull'argomento, come essa acquisti un nuovo significato, e in questo nuovo significato rivesta un ruolo centrale nella struttura dei provvedimenti cautelari anticipatori. Essa non può più essere intesa come temporaneità necessariamente limitata nel tempo, potendo, infatti, il provvedimento durare a tempo indefinito; ma deve intendersi come provvisorietà potenzialmente stabile a tempo indeterminato e perciò suscettibile di consolidarsi dal punto di vista del rapporto sostanziale, ma anche permanentemente soggetta, e salva la stabilizzazione, di fatto, dei suoi effetti, alla possibilità di superamento del provvedimento a opera di una successiva sentenza di merito.

La provvisorietà tipica dei provvedimenti cautelari anticipatori, come è stato correttamente rilevato, si risolve fondamentalmente nella inettitudine

²⁶ Sui provvedimenti sommari anticipatori non cautelari si veda il paragrafo 2, Capitolo I.

alla cosa giudicata²⁷. In tale significato, la provvisorietà da un lato vale a distinguere i provvedimenti cautelari anticipatori dagli altri provvedimenti sommari interinali inseriti nel processo ordinario, e dall'altro si mostra coerente sia con il rilievo che con tali provvedimenti è possibile ottenere una tutela minore rispetto a quella della sentenza di merito, sia con il persistere, anche per i provvedimenti anticipatori, del giudizio solo ipotetico, tipico dei provvedimenti cautelari in generale.

La considerazione che i provvedimenti qui considerati, pur svolgendo una funzione anticipatoria, non perdono la loro natura cautelare, è, a mio avviso, indirettamente confermata a livello sistematico dalla recente introduzione del procedimento sommario generale di cui ai nuovi artt. 702-*bis* ss. c.p.c., il quale, ricordiamo, non ha certamente natura cautelare²⁸ e si conclude con un provvedimento idoneo ad acquisire l'irretrattabilità e l'immutabilità della cosa giudicata²⁹.

Proprio tali caratteristiche strutturali segnano la differenza tra le due tipologie di provvedimenti sommari e valgono a rimarcare la natura cautelare dei provvedimenti anticipatori oggetto del presente lavoro. Entrambi i provvedimenti, infatti, svolgono una funzione anticipatoria ma, essendo dotati di strutture tra loro assai diverse, non si sovrappongono.

²⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 304.

²⁸ I presupposti di emanazione del provvedimento sommario di cui agli artt. 702 ss. c.p.c. non hanno nulla a che vedere, infatti, con il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* né con l'urgenza di provvedere.

²⁹ Su tale procedimento si rinvia al paragrafo 5 del Capitolo I.

3. - (Segue) *L'autonomia del provvedimento cautelare anticipatorio e la pronuncia sulle spese ex art. 669-octies, comma 7, c.p.c. (introdotto dalla legge n. 69/2009). La qualificazione del provvedimento compiuta dal giudice cautelare in sede di pronuncia sulle spese e la sua inefficacia vincolante rispetto al giudice chiamato a decidere sulla caducazione del provvedimento ex art. 669-novies c.p.c.*

Una conferma dell'autosufficienza del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito può ricavarsi, a mio avviso, dalla recente modifica dell'art. 669-octies c.p.c., nel quale è stato inserito un nuovo comma 7 che fa obbligo al giudice, quando pronuncia uno dei provvedimenti cautelari anticipatori di cui al comma 6 prima dell'inizio del processo di merito, di provvedere sulle spese del procedimento³⁰. In questa direzione si era peraltro già orientata la giurisprudenza di merito³¹ e la dottrina³², sulla base dell'applicazione della regola generale sancita dall'art. 91 c.p.c. in forza della quale, in sede di emanazione di qualsiasi provvedimento potenzialmente idoneo a concludere il giudizio, il giudice è tenuto a emanare la pronuncia di condanna alle spese³³; e sulla scorta della disposizione contenuta nella disci-

³⁰ Su tale modifica, si vedano G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., punto 7; R. GIORDANO, in C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *La riforma del processo civile, dal 2005 al 2009*, cit., p. 128 s.

³¹ Trib. Reggio Calabria, 6 novembre 2006, in *www.dejure.giuffre.it*; Trib. Verona, 10 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 1939 ss., con nota di G.P. DEMARCHI, *La liquidazione delle spese nei provvedimenti cautelari anticipatori*.

³² A. SALETTI, *La disciplina cautelare in materia «societaria»*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. Tarzia-A. Saletti, 3° ed, cit., p. 676; P. COMOGLIO-P. DALLA VEDOVA, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Milano, 2006, p. 438; E. DALMOTTO, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile. Commentario* diretto da S. CHIARLONI, vol. II, Bologna, 2007, p. 1259.

³³ In questi termini, rispetto ai provvedimenti possessori, si è espressa la Corte Costituzionale (sentenza 14 novembre 2007, n. 379) che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 703 e 669-octies c.p.c., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedevano che, mediante il provvedimento che accoglie la domanda

plina del procedimento cautelare del rito societario³⁴. L'espressa previsione ora contenuta nell'art. 669-*octies*, comma 7, c.p.c., tuttavia, rafforza, anche dal punto di vista della disciplina positiva, la considerazione che il provvedimento cautelare anticipatorio è idoneo, in astratto, a chiudere la controversia e a definire la lite, senza necessità, neppure sotto il profilo della regolamentazione delle spese, di agire in via ordinaria.

possessoria, il giudice debba provvedere anche sulle spese, essendo possibile un'interpretazione del complesso normativo del procedimento cautelare uniforme conforme alla Costituzione, attribuendo rilievo al principio di economia dei giudizi, espressione di quello, fondamentale, di ragionevolezza. La Corte costituzionale aveva in questo senso rilevato che nell'ordinamento esiste già un principio generale, applicabile anche ai provvedimenti provvisori a strumentalità attenuata, secondo il quale il giudice che emette un provvedimento conclusivo di un procedimento, anche solo ipoteticamente idoneo a divenire definitivo, deve provvedere sulle spese.

³⁴ Si fa riferimento alla disposizione dell'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 5/2003. Al riguardo, era discusso se la pronuncia sulle spese dovesse essere contenuta nei soli provvedimenti a strumentalità attenuata e non, piuttosto, in tutti, indipendentemente dal contenuto e dalla natura della misura concessa e dal regime ad essa applicabile. Nel primo senso, v. S. DE MATTEIS, *Il procedimento cautelare in materia commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 913 ss., a p. 918; L. GUAGLIONE, *Il nuovo processo cautelare*, Napoli, 2006, p. 323 s.; A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1173 ss., p. 1194 s.; Trib. Napoli, 29 aprile 2004, in *Giur. napoletana*, 2004, p. 255 ss.; Trib. Verona, 10 aprile 2006, cit., con nota di G.P. DEMARCHI, *La liquidazione delle spese nei provvedimenti cautelari anticipatori*, cit.

Contra, nel senso che la pronuncia sulle spese debba accompagnare sempre il provvedimento, quale che sia la sua natura, A. SALETTI, *La disciplina cautelare in materia «societaria»*, cit., p. 676; G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 350; P. COMOGLIO-P. DALLA VEDOVA, *Lineamenti di diritto processuale societario*, cit., p. 439; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1200; G. FRUS, *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 679; D. LONGO, in AA. VV., *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, p. 480; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, 19° ed., cit., p. 354; F. SANTAGADA, *Il procedimento cautelare*, in E. D'ALESSANDRO-M.C. GIORGETTI-M.A. ZUMPAÑO, *Il nuovo processo societario*, cit., p. 177 ss., p. 190. In giurisprudenza, Trib. Roma, 28 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 338 ss., con nota di M. FALASCHI, *Il nuovo rito societario al banco di prova su cessazione del contendere cautelare (ante causam) e condanna alle spese giudiziali*; Trib. L'Aquila, 11 agosto 2004, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 547 ss., con nota di A.F. FERRI, *I nodi delle misure cautelari ex art. 146, terzo comma, legge fallim., fra rito cautelare uniforme, procedura fallimentare e nuovo processo societario*; Trib. Bologna, 18 agosto 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 274 ss.; Trib. Bologna, 31 marzo 2005, in *Foro it.*, I, c. 1567 ss.

Si può poi pensare che la previsione dell'obbligo del giudice di pronunciare sulle spese relative al procedimento cautelare solo nel caso in cui esso si chiuda con un provvedimento che anticipa gli effetti della sentenza di merito, e non invece nel caso in cui il provvedimento non sia anticipatorio, imponga al medesimo giudice di prendere posizione sulla natura del provvedimento stesso. Tale presa di posizione, a mio avviso, comporta alcune conseguenze sul procedimento per la dichiarazione di inefficacia del provvedimento, disciplinato dall'art. 669-*novies* c.p.c. Nella parte che qui più interessa, quella relativa alla dichiarazione di inefficacia per mancata instaurazione del giudizio di merito perché la misura pronunciata non sarebbe anticipatoria e non godrebbe quindi della strumentalità attenuata, la norma prevede una duplice competenza, secondo che vi sia o non vi sia contestazione. In quest'ultimo caso, la competenza spetta al giudice che ha emanato il provvedimento; nel primo, la competenza è invece attratta all'ufficio giudiziario nel suo complesso, aprendosi così la strada a una rinnovata designazione *ex art. 669-ter*, comma ultimo, c.p.c., del «magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento», che potrà, ma non dovrà, coincidere con quello che ha emanato la misura. Ci si può chiedere, allora, se la presa di posizione del giudice che ha emanato il provvedimento, risultante dalla pronuncia sulle spese, sia in qualche modo vincolante per il giudice chiamato a dichiarare l'inefficacia³⁵.

³⁵ Allo stesso modo ci si è domandati se la qualificazione presupposta dal giudice che, nell'emettere una misura cautelare, fissi il termine per l'instaurazione del giudizio di merito, sia vincolante. Al riguardo, si può individuare una tendenza a considerare irrilevante la qualificazione operata in concreto dal giudice. Sul punto, anche per alcuni spunti critici, si veda R. GIORDANO, *Qualificazione del provvedimento cautelare e obbligo di instaurare il giudizio di merito* (in nota a Appello Milano, 14 febbraio 2007, che aderisce all'impostazione prevalente), in *Giur. merito*, 2008, p. 55 ss.

Tale efficacia vincolante deve, a mio avviso, escludersi. Come è stato osservato in dottrina, l'esistenza di contestazioni sulla caducazione del provvedimento trasforma il procedimento di dichiarazione di inefficacia in una vera e propria causa ordinaria da decidersi con una sentenza provvisoriamente esecutiva³⁶, impugnabile, di conseguenza, nei modi consueti³⁷ e non con il reclamo cautelare³⁸. L'esito di tale controversia dipende proprio dalla qualificazione della misura come anticipatoria o conservativa. In questa prospettiva, attribuire efficacia vincolante rispetto a tale qualifica, implicitamente presupposta dalla pronuncia sulle spese compiuta dal giudice cautelare, equivarrebbe, a mio parere, ad attribuire al provvedimento cautelare un'autorità in un diverso processo che l'art. 669-*octies*, ult. comma, c.p.c. esclude invece espressamente³⁹.

4. - (Segue) *Il fumus boni iuris e il periculum in mora nei provvedimenti cautelari anticipatori.*

La rilevanza funzionale dei due presupposti di concessione del provvedimento cautelare è innegabile. È lecito allora domandarsi se essi siano inte-

³⁶ E. MERLIN, *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. Tarzia-A. Saletti, 3° ed, cit., p. 448.

³⁷ In questo senso Trib. Genova, 28 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 330, con nota di M. CURTI; Trib. Trani, 30 settembre 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 150 ss.; nel senso invece che il procedimento si svolga secondo le forme camerale, Trib. Trani, 20 marzo 1998, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 443 ss.; Trib. Salerno, 26 febbraio 1998, in *Foro it.*, I, c. 2296 ss.; Trib. Piacenza, 5 settembre 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1441 ss.

³⁸ Così Trib. Verona, 19 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 2067 ss.

³⁹ Sull'argomento in generale e sulla portata dell'art. 669-*octies*, ult. comma, c.p.c. si veda il successivo paragrafo 9.

ressati, e in qualche modo influenzati, dalla duplice funzione, cautelare e anticipatoria, che è ora attribuibile alla tutela cautelare quando questa anticipi gli effetti della sentenza.

Per quanto concerne il c.d. *fumus boni iuris*, con il quale si è soliti indicare il giudizio prognostico sull'esistenza del diritto che deve compiere il giudice della cautela⁴⁰, a mio avviso la sua persistenza come condizione di concessione della tutela si mostra del tutto coerente con la funzione anticipatoria svolta nella forma cautelare. Si è visto, infatti, che il provvedimento cautelare anticipatorio consente di ottenere la medesima utilità sostanziale della sentenza, anticipando i suoi effetti. Tale risultato, tuttavia, è raggiunto attraverso un provvedimento che non acquista mai la forza della cosa giudicata e resta soggetto al possibile, anche se solo eventuale, suo superamento con la sentenza di merito nel caso in cui sia instaurato il relativo giudizio ordinario.

Questa soggezione, riflesso della provvisorietà del provvedimento, è giustificata proprio dall'assenza di qualsiasi accertamento del diritto, che rimane invece oggetto solo di una valutazione di verosimiglianza. Ciò che è anticipato, infatti, è solo l'effetto della sentenza, e non l'accertamento pieno del diritto, il quale è il presupposto della possibilità che la decisione acquisti il carattere dell'incontrovertibilità, ma non invece dell'utilità sostanziale che il provvedimento giurisdizionale è idoneo a fornire.

Così come, a mio parere, la provvisorietà non si pone in contrasto con la realizzazione della funzione anticipatoria, allo stesso modo la limitazione della cognizione alla probabilità dell'esistenza del diritto non contraddice la

⁴⁰ Sulla nozione di *fumus boni iuris*, e sulle graduazioni che esso può assumere con riguardo ai diversi provvedimenti cautelari, si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 307 s.

possibilità che il provvedimento cautelare anticipatorio sia idoneo a tutelare, con un risultato equivalente a quello della sentenza, il diritto bisognoso di protezione, né che i suoi effetti siano idonei a stabilizzarsi sul piano sostanziale.

È proprio il fatto che la cognizione del giudice in sede cautelare abbia a oggetto la verosimiglianza del diritto e non il suo accertamento che differenzia, ancora una volta, la tutela anticipatoria cautelare dalla tutela anticipatoria sommaria non cautelare. Quest'ultima, infatti, diversamente dalla prima, si esprime con provvedimenti idonei ad acquisire la forza della cosa giudicata. Di conseguenza, la cognizione del giudice svolta al suo interno, ancorché sommaria, è orientata verso l'accertamento pieno del diritto.

Ma è solo la direzione della cognizione a essere diversa, non la sua qualità. Il tipo di cognizione svolta in sede cautelare, infatti, sarebbe di per sé idonea alla stabilità del provvedimento⁴¹ e sotto questo aspetto giustifica la possibilità che il risultato ottenuto con il provvedimento cautelare anticipatorio possa stabilizzarsi sul piano sostanziale. È utile osservare, al riguardo, come, nella prassi, la cognizione in sede cautelare risulti spesso completa e non inferiore a quella degli altri procedimenti giurisdizionali⁴². La tendenza dei giudici a svolgere, in sede cautelare, una cognizione approfondita (nei

⁴¹ Cfr. L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, cit., p. 101, secondo il quale l'inidoneità alla stabilità dei provvedimenti cautelari discende non tanto dalla qualità della cognizione compiuta, che può anche essere identica a quella che si svolge in sede di tutela sommaria decisoria, ritenuta invece idonea alla stabilità, quanto dal diverso rapporto con il giudizio a cognizione piena, la cui instaurazione non è eventuale e lasciata, come nella tutela sommaria, alla volontà delle parti, ma è resa obbligatoria in virtù della strumentalità necessaria.

⁴² Cfr. C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., a p. 126, quando nota che le pronunce rese in sede cautelare dimostrano nel complesso un livello di accuratezza argomentativi e talora anche di finezza ricostruttiva non comuni.

limiti, ovviamente, dell'esigenza di rapidità) e, dal punto di vista della qualità, sostanzialmente pari a quella svolta in altri ambiti, è probabile sia rafforzata dalla considerazione che i provvedimenti anticipatori potranno rimanere stabili per un tempo indefinito e che ad essi non dovrà seguire il giudizio ordinario di merito⁴³.

Anche la rilevanza strutturale e funzionale del secondo presupposto della tutela cautelare è evidente ed è pressoché pacifica la considerazione che il *periculum in mora* sia uno degli elementi che concorrono a individuare la natura cautelare di un dato provvedimento⁴⁴. Sotto il profilo funzionale, tale elemento è di solito individuato nella verosimile e probabile verifica di un danno che subirebbe il titolare del diritto dalla durata, o a causa della du-

⁴³ L'importanza che nei provvedimenti cautelari anticipatori si proceda alla verifica del *fumus boni iuris* con maggior rigore rispetto ai provvedimenti cautelari meramente conservativi è evidenziata da G. VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, Padova, 2006, spec. a p. 34, ove rileva che la valutazione del *fumus* dovrà essere «tanto più rigorosa quanto più il contenuto del provvedimento di urgenza che si richiede si avvicini a quello della statuizione futura sul merito». In senso analogo, anche E. DALMOTTO, *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 267 ss., a p. 269 s., il quale prevede che i giudici tenderanno ad accentuare l'indagine sul requisito del *fumus boni iuris*, «che probabilmente verrà valutato con maggiore severità rispetto al *periculum*, considerata la possibile assenza del giudizio di merito»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 305, ove osserva che la valutazione del *fumus boni iuris* deve essere diversamente intensa ed esigente secondo il tipo di provvedimento cautelare richiesto e del suo rapporto con la decisione di merito che si pronuncerà alla fine del processo di cognizione; in particolare essa deve essere «più accurata ed approfondita nel campo dei provvedimenti cautelari anticipatori».

⁴⁴ C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., a p. 32, nota n. 9, il quale rileva come il pericolo, lungi da poterlo qualificare come mera conseguenza della natura cautelare di un procedimento, invece costituisce all'opposto, se non l'esclusivo indice della cautelarietà, certamente l'indice principale di siffatta natura, unitamente a quello della strumentalità (ipotetica o tendenziale) rispetto alla causa di merito. La rilevanza del *periculum*, inteso come timore di un danno giuridico, nell'individuare la tutela cautelare traspare anche dall'analisi di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 224 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 235 ss.

rata, del processo ordinario⁴⁵. È notissima la specificazione, a questo proposito, del *periculum in mora* in pericolo da tardività e pericolo da infruttuosità⁴⁶. Nel primo caso la lesione del diritto è conseguenza diretta del tempo di svolgimento del processo e si risolve nella sua insoddisfazione protratta per l'intera durata di esso⁴⁷. Nel secondo la lesione si risolve nella circostanza che durante il corso del processo possono verificarsi dei fatti tali da rendere impossibile o molto più difficoltosa la possibilità pratica di attuazione delle sentenze⁴⁸. Tale distinzione, come si vedrà oltre, ha costituito la premessa per individuare i provvedimenti anticipatori o innovativi dai provvedimenti conservativi.

Così inteso, il concetto di *periculum in mora* riflette, sostanzialmente, solo il suo aspetto, e la sua valenza, funzionale⁴⁹; e infatti numerosi sono stati i

⁴⁵ Così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 598.

⁴⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 55 ss.. Tale distinzione è generalmente condivisa dalla dottrina. Si veda, tra gli altri, P. FRISINA, *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, cit., p. 377; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 601 s.

⁴⁷ Nel pericolo da tardività, secondo P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 55 ss., il provvedimento cautelare mira ad accelerare la soddisfazione in via provvisoria del diritto, dal momento che il *periculum in mora* è costituito non dal rischio di un mutamento della situazione di fatto o di diritto sui cui dovrà incidere la sentenza di merito, bensì proprio dal protrarsi, durante il corso del processo, dello stato di insoddisfazione del diritto di cui si contende nel processo a cognizione piena.

⁴⁸ Chiariva P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 55 ss., che nel caso di pericolo da infruttuosità il provvedimento cautelare non mira a rendere più celere la soddisfazione del diritto, bensì soltanto ad apprestare in anticipo i mezzi finalizzati a fare sì che l'esecuzione forzata di quel diritto, quando sarà possibile, avvenga in modo fruttuoso, e quindi praticamente utile.

⁴⁹ In questo senso, S. RECCHIONI, *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione tra eventi*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005, t. II, p. 1431 ss., spec. p. 1440 s., secondo cui la definizione di Calamandrei è esplicativa dello scopo della tutela cautelare, «quale rapporto di strumentalità ipotetica fra cautela e tutela, volta ad assicurare l'effettività della seconda; non già di un probabile danno materiale, ma del danno generato dalla durata del processo e quindi di antici-

tentativi della dottrina processualcivilistica, sulla scorta anche delle elaborazioni di quella penalistica, di specificare il concetto⁵⁰. Ma al di là di questi, pure interessanti, approfondimenti, che esulano però dall'oggetto della presente ricerca, quello che qui mi interessa rilevare è come tale elemento possa scindersi in due componenti, uno temporale, ed è il pericolo del ritardo, e l'altro materiale, inteso come relazione a struttura probabilistica tra un evento, da un canto, e una lesione o un danno temuto dall'altro⁵¹. Tale nozione di base è poi specificata nelle disposizioni sui provvedimenti cautelari tipici, e in quella sui provvedimenti d'urgenza, ove si parla di «pregiudizio imminente e irreparabile».

Io credo che il concetto di *periculum in mora*, nell'ambito dei provvedimenti cautelari anticipatori, assuma una valenza in parte diversa da quella tipica, e nella quale l'elemento materiale finisce per prevalere. Nella tutela cautelare anticipatoria, per quanto il legame con la tutela di merito non sia completamente rescisso, la funzione di assicurarne l'efficacia pratica cede il passo a quella di soddisfare subito il diritto del ricorrente, attraverso la rimo-

pazione lato sensu della tutela, ossia di quello che potrebbe essere il probabile risultato del processo principale».

⁵⁰ Lo stesso Calamandrei (ID., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 18 ss.) avvertiva la necessità di specificare il concetto, reputando il *periculum in mora* non il «generico pericolo di danno giuridico» che giustificerebbe la tutela preventiva, per la prevedibilità della lesione, ma trattandosi invece di «quell'ulteriore danno marginale» consistente nel danno da ritardo del provvedimento. Parzialmente diversa la posizione di Chiovenda (ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 226 s.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 251), che individuava il fondamento del provvedimento cautelare nel «bisogno effettivo ed attuale di rimuovere il timore di un danno giuridico» ossia «l'imminenza di un possibile danno a un diritto o a un possibile diritto». Sul tema, per tutti, la completa analisi di S. RECCHIONI, *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione tra eventi*, cit., *passim*, ove ampi riferimenti alla dottrina, anche penalistica.

⁵¹ Cfr. S. RECCHIONI, *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione tra eventi*, cit., spec. a p. 1443 ss.

zione del pregiudizio che quel diritto subisce⁵². In quest'ottica, il *periculum* non è tanto rapportato alla durata del giudizio di merito, che può non essere instaurato, quanto alla minaccia di danno che incombe sul diritto, di cui si chiede la soddisfazione anticipata⁵³. In altri termini, l'elemento sul quale parametrare l'esistenza del *periculum* non è la probabile durata del processo ordinario, bensì l'intensità del rischio che l'evento minacciato, o già posto in essere, produca una lesione o un danno al diritto del ricorrente.

Così ricostruito, il concetto base di *periculum* postula comunque l'esigenza di un intervento rapido di tutela. In questo senso si può apprezzare come esso costituisca non solo un imprescindibile elemento funzionale e strutturale della tutela cautelare⁵⁴ ma altresì come ne rappresenti il fonda-

⁵² Cfr. U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in Riv. dir. proc., 2006, p. 1251 ss., a p. 1267 s., ove osserva che «è innegabile che tale pericolo di pregiudizio al diritto (tradizionalmente connesso alla durata del processo ordinario, al “ritardo” con cui esso giunge al provvedimento finale), assume una valenza, immediatamente percepibile, del tutto diversa per le misure cautelari anticipatorie, ove si consideri che l'instaurazione di quel processo ordinario non è più necessaria, e che lo stesso ricorso alla tutela cautelare può effettuarsi non in funzione della tutela di merito bensì più semplicemente in funzione della rimozione di un pregiudizio imminente o attuale in sé riguardato» (corsivo dell'Autore).

⁵³ U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, cit., a p. 1267, secondo cui il ricorrente deve prospettare l'esistenza di una minaccia di un pregiudizio al diritto per potere accedere alla misura cautelare, ma senza che la stessa, e l'esigenza di porvi rimedio, «debbono essere correlate ai tempi necessari alla definizione di un giudizio ordinario».

⁵⁴ Interessante quanto afferma in proposito A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 2006, p. 2, secondo cui, se si volesse cogliere qualche conseguenza sistematica della nuova disciplina dettata per i provvedimenti cautelari, si dovrebbe rilevare che «le recenti novità legislative hanno esaltato il requisito del *periculum in mora* quale *proprium* della tutela cautelare». Da tale considerazione, discende, secondo l'Autore, che «in tutte le ipotesi (quali ad esempio l'ordinanza provvisoria di reintegra del sindacalista interno licenziato prevista dall'art. 18, 4° co., l. n. 300/1970) nelle quali il legislatore ha soppresso il requisito del *periculum in mora*, avendolo già prevalutato a livello di legislazione generale ed astratta, non sarebbe più da parlare di provvedimenti cautelari, sia pure anticipatori, ma puramente e semplicemente di provvedimenti sommari semplificativi esecutivi».

mento e la giustificazione⁵⁵. Ciò vale anche per i provvedimenti cautelari anticipatori. L'ammissibilità, infatti, di ottenere la medesima utilità sostanziale della sentenza attraverso un provvedimento anticipatorio, o in altri termini, la legittimità dell'utilizzo della tecnica anticipatoria, può fondarsi su vari presupposti, ma che possono fondamentalmente ricondursi a due categorie: presupposti analoghi a quelli che potrebbero fondare una pronuncia di merito, e dunque l'accertamento del diritto; e presupposti che si risolvono nella verifica solo probabilistica del diritto e nell'esigenza di provvedere con urgenza di fronte al probabile pregiudizio che altrimenti subirebbe il diritto⁵⁶.

In quest'ultimo caso, la possibilità che si realizzi l'anticipazione degli effetti della sentenza senza, o prima, che vi sia l'accertamento del diritto è giustificata proprio dall'esistenza del *periculum in mora*. I due presupposti devono considerarsi inscindibili e il secondo attribuisce il fondamento a considerare sufficiente, ai fini dell'anticipazione, anche la sola verosimiglianza del diritto.

Sembra invece lecito avanzare qualche dubbio sulla coerenza con la funzione anticipatoria non del *periculum in mora* in generale, quanto del più stringente requisito dell'imminenza e irreparabilità del pregiudizio previsto dall'art. 700 c.p.c. per i provvedimenti d'urgenza⁵⁷. Tuttavia l'importanza

⁵⁵ In questo senso, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 226 s.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 251.

⁵⁶ Cfr. E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 64.

⁵⁷ Cfr. E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 65, il quale, nell'esplicare le norme del progetto di legge delega proposto dalla Commissione Tarzia relative all'introduzione anche in Italia di un istituto, analogo al *référé* francese, che possa realizzare una tutela anticipatoria d'urgenza, afferma che nella disciplina di tali provvedimenti dovrebbe essere eliminato, tra i presupposti riconducibili al *periculum in mora*, il requisito della irreparabilità del danno, sul rilievo di come sia in virtù di tale requisito che «la antici-

pratica della questione, nel diritto industriale quale settore privilegiato di applicazione della tutela cautelare anticipatoria e che qui più interessa, pare in parte sfumarsi in virtù della prassi, direi consolidata, di apprezzare con una certa ampiezza la sussistenza del *periculum in mora*⁵⁸.

Non mi trova invece d'accordo quell'orientamento che, sulla considerazione della funzione anticipatoria, tende a qualificare il presupposto dell'art. 700 c.p.c. come mero timore che la tardività della tutela pregiudichi, oltre all'esistenza del diritto, anche solo il suo godimento⁵⁹. Mi sembra che in questo modo, infatti, oltre a negare la lettera della norma, si finisca in realtà per considerare solo l'aspetto temporale del *periculum in mora* e non anche quello materiale, di concreta o potenziale lesione.

pazione è stata sino ad oggi negata (o prevalentemente negata) per interi e significativi settori di situazioni giuridiche»; ID., *Intervento*, in *La tutela d'urgenza*, cit., p. 171.

⁵⁸ Sull'esistenza del *periculum in mora in re ipsa*, perlomeno quando l'illecito sia in atto o sia suscettibile di ripetizione, si vedano Trib. Venezia, 10 aprile 2006 (ord.), in *Giur. ann. dir. ind.*, 2006, 5016, secondo cui «in caso di contraffazione di marchio in *periculum in mora* è *in re ipsa*, dato che lo sviamento di clientela che costituisce il danno tipico di tale comportamento illecito sfugge ad ogni criterio soggettivo e certo di quantificazione»; in senso analogo, Trib. Milano, 25 novembre 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, 4696; Trib. Catania, 15 aprile 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, 4565; Trib. Bari, 1° luglio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, 4506; Trib. Milano, 12 febbraio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, 4408; Trib. Palmi, 14 agosto 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2001, 4226; Trib. Piacenza, 12 agosto 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, 4177.

⁵⁹ Così G. MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé. Osservazioni generali*, cit., p. 457, secondo cui non si tratterebbe più del timore di una lesione irreversibile, quindi irreparabile, del diritto tale da distruggerne l'oggetto, «ma molto più semplicemente del timore che una giustizia tardiva ne menomi comunque gli effetti, il contenuto, le potenzialità o il godimento».

5. - *L'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 669-octies c.p.c. e l'individuazione dei provvedimenti cautelari anticipatori.*

Una delle questioni applicative più complesse e importanti legata all'introduzione della nuova norma sull'efficacia nel tempo dei provvedimenti cautelari è quella dell'individuazione del suo ambito applicativo e dunque dei provvedimenti che godono del regime di stabilità. La norma dell'art. 669-octies, comma 6, c.p.c., infatti, non è chiara e si presta a diverse interpretazioni. Essa stabilisce che non perdono efficacia per la mancata instaurazione del giudizio ordinario i «provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e 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'articolo 688». La questione si era già posta con riguardo alla corrispondente norma del rito societario, in termini analoghi anche se non identici, data la non perfetta sovrapponibilità della lettera di quest'ultima con la previsione a carattere generale introdotta nel codice di procedura civile⁶⁰.

La soluzione della questione implica quella di due problemi diversi: da un lato comprendere se la strumentalità attenuata si applichi solo ai provvedimenti anticipatori, e dall'altro definire quest'ultima nozione.

⁶⁰ L'art. 23, d.lgs. n. 5/2003 prevedeva infatti che la regola della necessaria instaurazione del giudizio di merito non si applicasse «ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito», ma non faceva alcun riferimento ai provvedimenti nunciativi. Pone l'accento sulla diversità delle due norme, ai fini della questione in esame, A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie, Appendice di aggiornamento a Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, 2° ed., Padova, 2006, p. 15 ss.

Il primo problema si riduce, nei suoi tratti essenziali, alla verifica se tutti i provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. beneficiano del nuovo regime di stabilità, o se, invece, esso si applichi solo a quelli, tra questi, che anticipano gli effetti della sentenza. È noto, infatti, che i provvedimenti d'urgenza possono avere un contenuto conservativo e non anticipatorio⁶¹: in questi termini, si tratta allora di stabilire se il concetto di strumentalità attenuata coincida con quello di provvedimento anticipatorio.

Secondo un primo orientamento, l'idoneità ad anticipare gli effetti della norma non andrebbe riferita ai provvedimenti d'urgenza i quali, di conseguenza, a prescindere dal loro contenuto, godrebbero del regime di stabilità previsto dalla norma⁶². Tale interpretazione si fonda anzitutto sul tenore letterale della norma ed è confortata dal rilievo sistematico per il quale sarebbe incongruo sostenere che il carattere anticipatorio sia richiesto per i provvedimenti d'urgenza⁶³, mentre invece non lo è per i provvedimenti

⁶¹ Sul punto si vedano i rilievi di F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 19 ss., p. 22 s. e p. 243; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di C. Punzi-E.F. Ricci, Padova, 2005, p. 81 ss., a p. 91.

⁶² In questo senso D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 72; R. CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in AA. VV., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 137; ID., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 69 ss., c. 73; A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, *Postilla di aggiornamento*, cit., p. 2; G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in *www.judicium.it*, p. 3; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, Torino, 2005, vol. I, p. 28; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 297; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1190; D. AMADEI, *Il procedimento cautelare e il rito abbreviato*, in D. AMADEI-N. SOLDATI, *Il processo societario*, Milano, 2003, p. 100; G. ARIETA-F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 385 e nota 8; M. CRISTIANO, *I nuovi procedimenti in materia di diritto societario*, in *Giur. merito*, 2004, p. 1602 ss. In giurisprudenza, Trib. Reggio Calabria, 6 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 1014; Trib. Ivrea, 28 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 113;

dimenti d'urgenza⁶³, mentre invece non lo è per i provvedimenti nunciativi⁶⁴, a cui espressamente si applica la regola della strumentalità attenuata⁶⁵, i quali possono avere un contenuto anche meramente conservativo⁶⁶.

⁶³ Così D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 72; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 295.

⁶⁴ D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 71 s.; E. DALMOTTO, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile. Commentario diretto da S. Chiarloni*, vol. II, Bologna, 2007, p. 1250 e 1256; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 295; ID., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie, Appendice di aggiornamento a Il processo cautelare*, cit., p. 18 ss. Secondo quest'ultimo Autore, la circostanza che il carattere anticipatorio non sia richiesto per i provvedimenti nunciativi comporta che esso non sia richiesto neppure per quelli d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. Da ciò consegue che se per l'art. 23, d.lgs. n. 5/2003 l'anticipatorietà avrebbe dovuto essere riferita anche ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., per l'art. 669-octies, 6° co., c.p.c. non lo è più.

⁶⁵ Al riguardo può osservarsi che l'art. 60 del disegno di legge n. 2430 della XIV Legislatura prevedeva la regola della strumentalità attenuata solo per i provvedimenti di danno temuto. Tale scelta, secondo una dottrina, sarebbe stata giustificata dal rilievo che tali provvedimenti hanno, per lo più, un contenuto anticipatorio e sono idonei a soddisfare le istanze del denunciante, mentre le denunce di nuova opera presentano un contenuto essenzialmente conservativo, quindi non anticipatorio e inidoneo a regolare in modo stabile la situazione denunciata e i diritti controversi (in questo senso, si veda A. PATELLI, *I provvedimenti nunciativi*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, 2° ed., Padova, 2004, p. 93 ss., a p. 121 e 122. L'argomento è ripreso dall'Autore anche nella nuova edizione dell'opera citata: ID., *I provvedimenti nunciativi*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed, cit., p. 113, nota 7).

⁶⁶ I provvedimenti nunciativi, infatti, si legano strumentalmente ad azioni a tutela della proprietà, di altri diritti reali di godimento o del possesso, minacciati da una nuova opera illegittima o da edifici, alberi o altra cosa sita nel fondo del vicino e si concretizzano in comandi di sospensione dei lavori, nella imposizione di opportune cautele (art. 1171, 2° co., c.c.) ovvero in altre prescrizioni ritenute necessarie per far fronte al pericolo (art. 1172, 1° co., c.c.), e possono essere accompagnati dall'ordine di prestare idonea garanzia per i danni eventuali che potranno derivare al denunciante. Queste norme attribuiscono al giudice ampia discrezionalità nel determinare il contenuto della misura necessaria, e di conseguenza tali provvedimenti sono caratterizzati da una forte atipicità (si veda, sul contenuto atipico dei provvedimenti nunciativi, G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, cit., p. 78 ss.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 62 ss.; A. PATELLI, *I provvedimenti nunciativi*, cit., p. 114 ss.). Al riguardo si può osservare come, tendenzialmente, i provvedimenti di denuncia di nuova opera hanno un contenuto meramente conservativo, impedendo che la situazione di fatto si modifichi, mentre i provvedimenti di danno temuto, per quanto non abbiano mai un contenuto anticipatorio in senso proprio, possono tuttavia essere tali da soddisfare, con un regolamentazione provvisoria del rapporto, le istanze del denunciante.

Secondo tale orientamento, dunque, la strumentalità attenuata avrebbe un confine più ampio di quello dell'anticipatorietà, la quale sarebbe rilevante solo per i provvedimenti cautelari previsti dal codice civile o da leggi speciali, ma non per i provvedimenti d'urgenza⁶⁷.

Questa interpretazione ha certamente il pregio di semplificare il sistema, escludendo la rilevanza di un'indagine sul carattere anticipatorio dei provvedimenti d'urgenza emanati ai sensi dell'art. 700 c.p.c., indagine che potrebbe risultare complessa e dagli esiti non precisi, data l'ampiezza di contenuto che tali provvedimenti sono idonei a rivestire⁶⁸. Essa risulta, inoltre, coerente con il fine deflativo dei giudizi ordinari, che sicuramente rappresenta una delle finalità, e forse la più importante, che il legislatore si è prefisso con l'introduzione delle nuove norme.

Credo, tuttavia, che tale conclusione non sia corretta e che il requisito dell'idoneità ad anticipare gli effetti della sentenza vada riferito anche ai provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. con la conseguenza che beneficino della regola della strumentalità attenuata solo quelli tra essi che possiedano carattere anticipatorio⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 298, secondo cui, inoltre, la distinzione tra misure cautelari anticipatorie e conservative avrebbe perso importanza non solo in riferimento ai provvedimenti *ex art.* 700 c.p.c., ma, più in generale, con riguardo a tutte le misure cautelari tipiche, regolate dagli artt. 670 ss. c.p.c.

⁶⁸ Ne sono uno specchio le contrastanti pronunce della giurisprudenza con riguardo all'art. 23, d. lgs. n. 5/2003, ed in particolare in tema di sospensione delle delibere assembleari, di cui dà conto L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 787 ss., spec. p. 789 ss.

⁶⁹ In questo senso, anche C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1519; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 80 s., pur con la precisazione che l'anticipatorietà deve essere intesa in senso ampio, tale da ricomprendere anche quei provvedimenti non anticipatori in senso proprio, ma di regolamentazione provvisoria; R. TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cd. strumentalità attenuata e il cd. giudizio abbreviato*, cit., p. 6, seppur in riferimento all'art. 23,

A mio modo di vedere, militano a favore di questa interpretazione ragioni di carattere sistematico⁷⁰. Anzitutto mi sembra poco coerente che una stessa misura cautelare debba passare, o non passare, al vaglio dell'esame del carattere della anticipatorietà per godere della regola della strumentalità attenuata, secondo che sia, o non sia, prevista dal codice civile o da una legge speciale. Poniamo, infatti, il caso che una misura cautelare sia espressamente stabilita a tutela di uno specifico diritto da una norma di legge: ai sensi dell'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., essa, per non perdere efficacia a seguito della mancata instaurazione del giudizio di merito, dovrebbe essere sottoposta alla verifica della sua natura anticipatoria. Se per un altro diritto la misura non fosse espressamente prevista, tuttavia potrebbe ugualmente essere concessa ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il quale consente di rivestire di una vastissima gamma di contenuti il provvedimento d'urgenza. In questo caso, seguendo l'interpretazione sopra riportata, il provvedimento beneficerebbe

d. lgs. n. 5/2003; così, mi pare, anche M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in AA. VV., *Le nuove norme processuali e fallimentari*, cit., p. 92, quando afferma che «un'interpretazione prudenziale si lascia comunque preferire»; F.P. LUISO, *Appunti sulla riforma*, in *www.judicium.it*, p. 2, quando afferma che non si può «valutare a scatola chiusa i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., e dire che sono tutti anticipatori»; G. FRUS, *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 661 ss.; G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 338; M. MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, cit., p. 1249; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 267 e 268; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 134; S. MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. NIVARRA, Quaderni di AIDA n. 12, Milano, 2005, p. 87; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, cit., p. 656 ss.; L. GUAGLIONE, *Commento agli artt. 669-quinquies - 669-terdecies c.p.c.*, in AA. VV., *La riforma del processo civile*, a cura di F. Cipriani-G. Monteleone, cit., p. 482.

⁷⁰ Cfr. S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 80, secondo cui tale conclusione non solo si impone «per coerenza di sistema», ma è anche «consentita dal testo della norma» e «non è incompatibile con la *ratio* della stessa».

della regola della strumentalità attenuata, anche se avesse carattere conservativo. Si avrebbe, allora, la conseguenza che una stessa misura cautelare sia sottoposta a un regime diverso non in virtù del suo contenuto e della sua funzione, ma solo in conseguenza della sua tipicità e dunque della sua concessione ai sensi dell'art. 700 c.p.c. o di un'altra norma; ciò che, a mio parere, non appare giustificato e risulta poco coerente a livello sistematico⁷¹.

Al di là di questa considerazione, credo che a favore della tesi restrittiva si ponga un'ulteriore ragione. Come ho già cercato di spiegare, i provvedimenti cautelari anticipatori svolgono, oltre alla funzione propriamente cautelare, un'ulteriore e precisa funzione, che rende possibile distinguerli dai provvedimenti conservativi: quella di fornire l'utilità sostanziale della quale il ricorrente abbia necessità per tutelare e soddisfare il suo diritto. Tale utilità sostanziale, come detto, coincide con quella che potrebbe fornire la sentenza di merito, e la regolamentazione degli interessi realizzata con il provvedimento deve dunque corrispondere a uno dei possibili assetti del diritto sostanziale. Tale funzione è idonea a rendere autosufficiente e autonoma, nel senso sopra chiarito, la tutela cautelare anticipatoria dal giudizio di merito. In questa prospettiva, appare allora del tutto coerente l'eliminazione della necessità di instaurare il giudizio di merito. Il provvedimento cautelare anticipatorio, infatti, fornisce già la tutela satisfattiva del diritto e di quel processo di merito non v'è, a questo fine, alcun bisogno.

⁷¹ S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 80, ove osserva che la soluzione che vede tutti i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. godere della strumentalità attenuata, a prescindere dal loro contenuto, attribuisce, senza ragione, una disciplina differenziata a provvedimenti meramente conservativi, secondo che siano o non siano emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

A conclusioni opposte deve invece giungersi per i provvedimenti conservativi. La funzione da essi svolta, infatti, è quella di preservare la situazione di fatto o di diritto in attesa della decisione finale di merito. Essi, come vedremo tra poco, non solo non attribuiscono mai un' utilità che sul piano del diritto sostanziale corrisponde a quella fornita dalla sentenza, ma neppure fissano una regolamentazione degli interessi che corrisponde a uno dei possibili modi di atteggiarsi del diritto sostanziale⁷². Come efficacemente è stato rilevato, i provvedimenti cautelari conservativi attribuiscono un bene di natura processuale e non sostanziale⁷³. Da un punto di vista funzionale, questi ultimi sono strumentali a garantire l'efficacia del provvedimento che quel bene della vita, quell' utilità sostanziale, fornirà. Tale funzione è realizzata attraverso misure che non anticipano la soddisfazione del diritto e, per questo motivo, esse non possono mai considerarsi, rispetto alla tutela di merito, autosufficienti⁷⁴. Queste misure necessitano che, a un certo momento, il provvedimento definitivo, di cui assicurano l'efficacia, sia emanato, perché, da un punto di vista sostanziale, non sono idonee ad attribuire alcun bene della vita

⁷² F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 220, secondo cui, al contrario del provvedimento anticipatorio, quello conservativo «contiene una *regola iuris* che non è tratta dal diritto sostanziale, sebbene dal diritto processuale; l'assetto di interessi, la situazione che si realizza è disciplinata dal diritto processuale».

⁷³ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 117, quando afferma che il bene che attua la misura conservativa «non è ricompreso nell'ambito del contenuto del diritto sostanziale, a differenza di quanto avviene per le misure strutturate con la tecnica dell'anticipazione. In senso analogo, F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 220.

⁷⁴ Cfr. F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 220, ove rileva che «l' utilità che chi ha ricevuto il provvedimento cautelare ottiene non è spendibile sul piano del diritto sostanziale, non circola, non produce ricchezza, non è soggetta a stabilizzarsi mediante gli istituti propri del diritto sostanziale».

e l'assetto che da queste discende, non corrispondendo a un assetto possibile di diritto sostanziale, non può restare indefinitamente in vita⁷⁵.

Che si acceda all'uno o all'altro orientamento, è comunque necessario, per definire il campo di applicazione della norma, procedere all'individuazione della linea di confine tra provvedimenti anticipatori e provvedimenti conservativi. Tale compito presenta molte difficoltà perché il legislatore ha recepito nella norma una distinzione di matrice dottrinale, senza fornire alcun indice normativo di riferimento.

Il punto di partenza per individuare il criterio di distinzione è rappresentato dalla funzione del provvedimento anticipatorio, che si è visto essere quella di fornire immediatamente la soddisfazione del diritto del ricorrente. Tuttavia l'elemento funzionale non è ancora sufficiente per delimitare in modo certo i confini della fattispecie anticipatoria. Al riguardo la dottrina ha proposto due tesi.

La prima tesi, restrittiva, fonda la distinzione del carattere anticipatorio sul contenuto e sull'oggetto del provvedimento anticipante rispetto al contenuto e all'oggetto del provvedimento anticipato: affinché il provvedimento

⁷⁵ In questo senso, si vedano C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1519, secondo cui la ragione del discrimine tra provvedimenti anticipatori e provvedimenti assicurativi-conservativi rispetto alla regola della strumentalità attenuata «risiede nella inaccettabilità sistematica di una durata indefinita di regolamentazioni non coincidenti con le tutele finali previste dalla legge sostanziale»; F.P. LUISSO, *Appunti sulla riforma*, cit., p. 2, quando mette che il sequestro non fornisce mai un risultato anticipatorio e che possa reggere senza una successiva decisione di merito, dal momento che esso non indica a chi appartengono i beni sequestrati né chi li possa utilizzare: «questi beni sono processualmente bloccati, non sono sostanzialmente disponibili da alcuno. Ecco perché a mio avviso il sequestro è un provvedimento conservativo. Bisognerà pure sciogliere la situazione, non possiamo lasciare *sine die* i beni sequestrati in magazzino, senza sapere che cosa devo loro accadere».

possa qualificarsi come anticipatorio è necessario che vi sia l'identità, anche solo parziale, fra tali elementi⁷⁶.

L'altro orientamento, che può definirsi estensivo perché idoneo a ricomprendere un maggior numero di provvedimenti nell'ambito della anticipatorietà, fonda invece la distinzione sostanzialmente sulla base degli effetti prodotti dai due provvedimenti: così può qualificarsi anticipatorio il provvedimento che anticipi l'utilità pratica e gli effetti (esecutivi) della sentenza, ancorché non vi sia coincidenza di contenuti e di oggetto⁷⁷.

⁷⁶ C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1519; G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 334; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1190, ove rileva che il provvedimento anticipatorio è quello che, pur essendo qualitativamente diverso dalla sentenza in quanto provvisorio, è «quantitativamente uguale perché almeno una porzione del contenuto della sentenza è già racchiuso nel provvedimento cautelare»; nel senso di una interpretazione restrittiva, anche G. ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. 3°, t. primo, Padova, 2005, p. 35 s.; M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, vol. I, Padova, 2007, p. 176 ss.; L. GUAGLIONE, *Commento agli artt. 669-quinquies - 669-terdecies c.p.c.*, in AA. VV., *La riforma del processo civile*, a cura di F. CIPRIANI-G. MONTELEONE, cit., p. 484; F. CARBONARA, *Limiti oggettivi dell'"anticipazione" giuridica, "strumentalità attenuata" ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L. LANFRANCHI-A. CARRATTA, Torino, 2005, p. 373 ss.

⁷⁷ A. SALETTI, *Commento sub art. 23*, cit., p. 223; ID., *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 300; F.P. LUISO, *Appunti sulla riforma*, cit.; R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, cit., p. 71 ss.; ID., *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, cit., c. 135 ss.; D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 74 s.; L. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia, 2° ed., cit., p. 327; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, cit., p. 71 ss.; S.A. VILLATA, *Impugnazione di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 503 ss.; E. DALMOTTO, in *Le recenti riforme del processo civile. Commentario diretto da S. CHIARLONI, II*, cit., p. 1247; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 85 s.; L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, cit., p. 812 ss.; F. SANTAGADA, *Il procedimento cautelare*, in E. D'ALESSANDRO-M.C. GIORGETTI-M.A. ZUMPANO, *Il nuovo processo societario*, cit., p. 188; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 252; F. CORSINI, *Le misure cautelari a*

La considerazione del profilo funzionale, nei termini che ho già individuato, consente di allargare il concetto di provvedimento anticipatorio anche a quelle misure che, seppure tecnicamente non anticipano il contenuto né, in senso stretto, gli effetti della sentenza, consentono di ottenere la stessa utilità sostanziale di quest'ultima. Mi riferisco a quelle misure che sono state definite assicuratorie innovative o di regolamentazione provvisoria⁷⁸, che sono emesse in funzione anticipatoria delle sentenze di accertamento o costitutive e rispetto alle quali, come vedremo⁷⁹, non si può parlare in senso tecnico di anticipazione degli effetti dichiarativi o modificativi. Tali provvedimenti dettano una regolamentazione provvisoria del rapporto e sono idonei ad anticipare i capi condannatori e gli effetti conseguenti a quella che sarebbe la pronuncia di accertamento o costitutiva.

La considerazione della funzione della tutela anticipatoria permette inoltre di fissare il limite del contenuto e degli effetti del provvedimento: esso deve attribuire alla parte un bene sempre di natura sostanziale, che coincida con uno dei possibili assetti di diritto sostanziale e rispetto al quale sia di conseguenza possibile attuare i meccanismi di stabilizzazione del diritto sul piano sostanziale⁸⁰. Sotto il profilo dei limiti del provvedimento anticipatorio, il confronto dunque avviene non tanto tra provvedimento anticipante e

tutela del software, cit., p. 103; S. DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2005, p. 56 ss..

⁷⁸ Così S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 84.

⁷⁹ V. Paragrafi 4 e 5, Capitolo IV.

⁸⁰ F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 220.

provvedimento anticipato, quanto tra il primo e l'assetto del rapporto sostanziale che viene anticipato⁸¹.

6. - *La stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio. La tendenza al consolidamento degli effetti sul piano sostanziale. I provvedimenti che esauriscono immediatamente i loro effetti.*

L'allentamento del nesso incide su un'altra caratteristica tipica e tradizionale della tutela cautelare, vale a dire la provvisorietà del provvedimento. A ben guardare, la provvisorietà di un provvedimento giurisdizionale può osservarsi da tre prospettive, diverse ma tra loro connesse: sotto il profilo degli effetti sul piano sostanziale; sotto il profilo dell'efficacia del provvedimento nel medesimo procedimento; sotto il profilo della sua efficacia rispetto ad altri giudizi.

Per quanto concerne il primo profilo, l'allentamento del nesso di strumentalità introdotto nella nuova disciplina dei provvedimenti cautelari anticipatori si risolve in una ultrattività dei provvedimenti medesimi: essi, infatti, non perdono efficacia se il giudizio di merito non venga instaurato né, se instaurato, si estingua. Ciò comporta che gli effetti del provvedimento sono suscettibili di permanere per un tempo indeterminato e, fino a quando la sen-

⁸¹ Cfr. D. BUONCRISTIANI, *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria*, in *www.judicium.it*; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 254.

tenza non sarà emanata, il rapporto giuridico sostanziale resterà regolato dal provvedimento cautelare⁸².

La regolamentazione fornita dal provvedimento cautelare, tuttavia, di per sé non può considerarsi definitiva. Essa, infatti, resta sempre soggetta a subire la regolamentazione affermata dalla sentenza, che, in ipotesi, potrà essere non solo diversa ma arrivare anche a negare quella stabilita in sede cautelare. In questo senso, il provvedimento cautelare, anche se anticipatorio, rimane sempre provvisorio⁸³ e resta tale per un tempo indefinito⁸⁴.

Il provvedimento cautelare anticipatorio deve considerarsi provvisorio anche rispetto alle vicende del procedimento cautelare medesimo. Il punto sarà approfondito successivamente, qui basti osservare che il provvedimento è suscettibile di essere revocato o modificato nel caso in cui venga meno il

⁸² A meno che la situazione, sul piano sostanziale, non si sia definitivamente consolidata in forza dell'operatività degli istituti di diritto sostanziale.

⁸³ La regola della strumentalità attenuata valorizza la distinzione operata da P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 168, tra il concetto di provvisorietà e il concetto di temporaneità: «provvisorio è ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo», mentre temporaneo è «semplicemente ciò che non dura sempre, ciò che, indipendentemente dal sopravvenire di un altro evento, ha per sé stesso una durata limitata». In quest'ottica, i provvedimenti cautelari anticipatori non sono temporanei, ma bensì solo provvisori.

⁸⁴ Cfr. S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 91, quando rileva che «la regolamentazione giuridica che la misura impone al diritto soggettivo controverso è, allo stesso tempo, provvisoria e stabile»; D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 78, ove parla di «potenziale stabilità» coniugata con una «sostanziale precarietà»; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 309, secondo cui il provvedimento cautelare anticipatorio dà vita a «una situazione essenzialmente precaria, che non potrà più essere rimessa in discussione solo allorquando si sarà definitivamente consolidata per la sopravvenuta usucapione o per la prescrizione dell'avversario diritto»; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1190, quando parla di «stabilizzazione della precarietà»; C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., p. 80 la quale, a proposito del provvedimento *en référé*, utilizza la locuzione «provvisorio a tempo indeterminato».

presupposto del *periculum in mora*⁸⁵, non avendo la riforma coinvolto la disciplina uniforme applicabile a tutti i provvedimenti cautelari.

Non esiste dunque alcuno strumento in forza del quale il provvedimento cautelare anticipatorio possa acquistare, da un punto di vista processuale, carattere irretrattabile, al pari di ciò che avviene per i provvedimenti conservativi. Tuttavia, diversamente da questi ultimi, gli effetti del provvedimento anticipatorio sono idonei a stabilizzarsi sul piano sostanziale. Ciò è conseguenza del contenuto del provvedimento anticipatorio e della regola della strumentalità attenuata a esso applicabile.

La possibilità che il provvedimento non perda efficacia se il giudizio di merito non è istaurato comporta che, in mancanza della sentenza e fino a quando essa non sopraggiunga, la situazione sostanziale sarà regolata dal provvedimento cautelare, secondo una disciplina tratta dal diritto sostanziale. Ciò significa che l'assetto, derivante dall'attuazione del provvedimento cautelare e coincidente con uno degli assetti possibili di diritto sostanziale, è idoneo a stabilizzarsi mediante gli istituti tipici di quest'ultimo, vale a dire la prescrizione, il non uso e l'usucapione⁸⁶.

Non è dunque il provvedimento a stabilizzarsi bensì la situazione di diritto sostanziale. Ciò tuttavia segna un'importante distinzione tra i provvedimenti anticipatori e quelli conservativi. L'assetto degli interessi che deriva

⁸⁵ In questo senso E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 254; S. DE MATTEIS, *Il processo cautelare societario*, in *www.judicium.it*; G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 329. Qualche dubbio sull'idoneità del venir meno del *periculum in mora* quale motivo di revoca del provvedimento cautelare anticipatorio è stata espressa da D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 82.

⁸⁶ In questo senso, A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 309; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 219;.

da questi ultimi, essendo tratto dal diritto processuale e non da quello sostanziale, non è mai idoneo a stabilizzarsi⁸⁷.

Un caso particolare, non sempre approfondito dalla dottrina, è rappresentato da quei provvedimenti cautelari che contengono l'ordine di adempimento di un obbligo di fare o di sopportare che si esauriscano in modo immediato. In questi casi la regolamentazione provvisoria del rapporto sostanziale espressa dal provvedimento di solito esaurisce il bisogno di tutela del diritto e dunque il provvedimento è pienamente soddisfacente⁸⁸.

Con riguardo a questi provvedimenti, non credo possa parlarsi in senso stretto di stabilizzazione degli effetti⁸⁹. Una volta attuato, il provvedimento esaurisce immediatamente la sua efficacia e la sua portata, con effetti spesso irreversibili. In questi casi la stessa provvisorietà della tutela cautelare si connota di caratteristiche peculiari. Il provvedimento con il quale viene concessa, in sé, resta infatti provvisorio; ma i suoi effetti sulla situazione sostanziale, in quanto istantanei e tendenzialmente irreversibili, di fatto divengono anche definitivi⁹⁰. La caratteristica di questi provvedimenti incide anche sulle conseguenze della loro revoca e sul rapporto con il giudizio di merito; aspet-

⁸⁷ Cfr. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 220.

⁸⁸ Cfr. Cass. 25 febbraio 2005, n. 4082, ove si afferma che la irreversibilità degli effetti «si riscontra in tutti i casi in cui, per la natura del diritto sottoposto a cautela ed il carattere anticipatorio della misura cautelare, questo è in sé sufficiente per soddisfare l'interesse del soggetto che la ha richiesta»; G. VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, cit., p. 163 e 164, ove rileva che, in relazione a tali provvedimenti, «la regolamentazione provvisoria del rapporto coincide con la integrale soddisfazione del diritto dedotto in giudizio».

⁸⁹ Cfr. E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 78, ove osserva che «il problema di una perdurante efficacia del provvedimento può porsi in concreto soltanto nei casi, in cui il provvedimento stesso è effettivamente idoneo ad avere effetti di lunga durata: come non accade, ad esempio, quando il provvedimento del giudice incida su un episodio della vita destinato ad esaurirsi in tempi brevi».

⁹⁰ Cass. 25 febbraio 2005, n. 4082, cit., secondo cui «la irreversibilità di fatto della situazione modificata dalla esecuzione del provvedimento cautelare emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. è possibile caratteristica dell'esecuzione di gran parte di questi provvedimenti».

ti, questi, che saranno approfonditi in seguito⁹¹. In entrambi i casi, comunque, vi sarebbe spazio solo per l'eventuale e conseguente risarcimento del danno e non per il ripristino della situazione precedente⁹².

7. - (Segue) *La stabilità «interna» del provvedimento anticipatorio e il reclamo.*

Abbiamo visto che dopo la riforma del 2005 è possibile attribuire al provvedimento cautelare anticipatorio una certa stabilità di effetti sul piano sostanziale, dovuta alla regola per cui il medesimo provvedimento non perde efficacia se il giudizio di merito non è instaurato o si estingue.

Si tratta ora di affrontare il tema della stabilità del provvedimento da una prospettiva interna al procedimento di concessione della misura e da una esterna⁹³. Nel primo senso viene in rilievo l'istituto del reclamo, così come introdotto con il rito cautelare uniforme nel 1990 e riformato nel 2005. Nel secondo senso, la stabilità del provvedimento deve essere messa in relazione con una pluralità di istituti diversi, e in particolare, rispetto al provvedimento di accoglimento, con la revoca e la modifica, e rispetto al provvedimento di rigetto, con la riproposizione della domanda cautelare. Le due prospettive sono tra loro connesse: la natura e le caratteristiche del reclamo influiscono

⁹¹ Su tali argomenti si vedano, rispettivamente, i paragrafi 8 e 10.

⁹² Cass. 25 febbraio 2005, n. 4082, cit., quando afferma che «la irreversibilità di fatto della situazione creata dalla esecuzione del provvedimento è caratteristica comune a molte azioni umane ed è sempre giuridicamente emendabile indirettamente, quando non sia possibile la modifica della situazione predetta, con attività di equivalente segno contrario o con il risarcimento del danno».

⁹³ Per la ripartizione della questione della stabilità nelle due prospettive, si veda F. MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 761 ss.

direttamente sulla definizione e l'ampiezza degli istituti della revoca e modifica e della riproposizione della domanda cautelare.

Premesso che la disciplina del reclamo è la stessa sia che il provvedimento impugnato abbia carattere conservativo sia che abbia carattere anticipatorio e sotto questo aspetto, dunque, la regola della strumentalità attenuata non sembra incidere sull'istituto, ciò che è opportuno verificare ai fini della presente ricerca è piuttosto il ruolo che quell'istituto riveste all'interno del sistema della tutela cautelare anticipatoria.

Sulla natura e la struttura del reclamo cautelare vi è sempre stato un ampio dibattito sul quale la riforma del 2005 sembra incidere. Anzitutto è stato sostituito il primo comma dell'art. 669-terdecies c.p.c. sull'oggetto del reclamo, individuato ora espressamente nella «ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare». Si tratta di una novità di portata solo relativa, perché il legislatore si è limitato ad adeguarsi alla sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consentiva il reclamo anche avverso l'ordinanza di rigetto della domanda cautelare⁹⁴.

⁹⁴ Si tratta della nota sentenza della Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 669-terdecies c.p.c. nella parte in cui non ammetteva il reclamo anche contro l'ordinanza con cui fosse stata rigettata la domanda cautelare. Tale sentenza è pubblicata in *Giur. it.*, 1994, I, p. 409, con nota adesiva di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*; in *Foro it.*, 1994, I, 2005, c. 120, con nota critica di B. CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, secondo cui la Corte avrebbe affrontato la questione in modo del tutto avulso dal contesto del procedimento cautelare uniforme; in *Corr. giur.*, 1994, p. 948 ss., con nota favorevole di F. TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*; in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 669 ss., con nota adesiva di G. GUARNIERI, *Note in tema di reclamabilità del provvedimento di rigetto della domanda cautelare*; in *Giur. cost.*, 1994, p. 2033 ss., con nota di G. ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*. L'art. 669-terdecies c.p.c. è stato oggetto anche di una successiva questione di legittimità costituzionale (solleva-

Più significative appaiono le novità collegate all'aggiunta di un comma dopo il terzo, il quale prevede che «Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti. Non è consentita la rimessione al primo giudice».

Le novità introdotte nel 2005, unitamente alle previsioni che la norma già conteneva, consentono di chiarire i poteri del giudice del reclamo e i motivi che possono essere adottati a fondamento del reclamo medesimo. Sotto il primo aspetto, il giudice in sede di reclamo può concedere la misura prima negata, confermare, revocare o modificare quella concessa⁹⁵. Per quanto concerne i motivi posti a fondamento del reclamo, nel silenzio della norma, si ritiene che essi possano riguardare sia le condizioni, di legittimità e di opportunità, della misura cautelare, sia vizi di rito attinenti al procedimento di concessione, sia censure relative all'ingiustizia del provvedimento, anche solo in ordine al suo contenuto⁹⁶. Con il reclamo è poi ora espressamente consentita la deduzione di circostanze e fatti sopravvenuti, espressione che deve

ta da Trib. Verbania, 11 ottobre 1994, ord., in *Corr. giur.*, 1995, p. 105) nella parte in cui non prevedeva la reclamabilità contro il provvedimento di rigetto della domanda cautelare per incompetenza. La Corte ha rigettato tale questione (Corte Cost., 26 maggio 1995, n. 197), dichiarandola infondata dal momento che essa, con la dichiarazione di incostituzionalità emessa in precedenza in forma additiva, aveva già provveduto ad estendere il reclamo «contro ogni provvedimento di diniego dell'invocata cautela senza possibilità di distinguere a seconda della ragioni - di merito e di rito, ivi comprese quelle attinenti alla competenza - del diniego stesso». La sentenza è pubblicata in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 369, con nota di C. CONSOLO, *Rigetto per incompetenza, reclamo cautelare (e l'ombra del regolamento di competenza)*; e in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 922 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*.

⁹⁵ Così Trib. Milano, 14 febbraio 1995, in *Dir. ind.*, 1995, p. 1009 ss.;

⁹⁶ In questo senso, G. TARZIA-M.F. GHIRGA, *Il Reclamo, in Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA - RZIAALETTI, cit., p. 540, secondo cui oggetto di controllo sono anzitutto le condizioni, di legittimità e di opportunità, della misura cautelare, richiesta e concessa.

intendersi in senso ampio, come comprensiva di tutti gli elementi di fatto, delle prove, specie documentali, delle modifiche normative, anche relative all'intervento della Corte Costituzionale, che si siano verificati o formati dopo la pronuncia dell'ordinanza⁹⁷.

Tale previsione pone, evidentemente, un problema di coordinamento con la disciplina della revoca e modifica del provvedimento, che sarà affrontata nel paragrafo successivo. Qui è sufficiente notare come la previsione di uno strumento di natura impugnatoria, diretto al controllo sui presupposti di concessione della misura cautelare, è idonea a delineare un sistema di preclusioni delle deduzioni delle parti che ha portato una parte della dottrina a parlare, in senso atecnico, di giudicato cautelare⁹⁸.

La disciplina del reclamo chiarisce che si tratta di una impugnazione a critica molto ampia, che consente al giudice l'intero riesame del provvedimento impugnato⁹⁹, non ristretto al mero controllo degli *errores in iudicando* o *in procedendo* compiuti nella fase di prime cure¹⁰⁰, ma aperto anche a nuove allegazioni e nuove prove¹⁰¹. Si tratta, come a ragione la dottrina maggiorita-

⁹⁷ S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 93.

⁹⁸ Su tale nozione si rinvia al successivo paragrafo 8.

⁹⁹ È controverso se il riesame in sede di reclamo incontri il limite di quanto richiesto dalla parte reclamante. In questo senso, si vedano C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., p. 193; G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., p. 854; G. TARZIA-M.F. GHIRGA, *Il Reclamo*, cit., p. 539 s.; Trib. Padova, 13 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 460, con nota di M. DE CRISTOFARO; *Contra*, v. F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, p. 117 ss.; G. ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 415 ss., p. 417.

¹⁰⁰ Così pare orientata la maggior parte della giurisprudenza di merito: Trib. Catania, 23 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2271; Trib. Torino, 3 dicembre 1993, in *Giur. it.*, I, 2, c. 765; Trib. Napoli, 25 marzo 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 2271 ss., con nota di M. DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*.

¹⁰¹ G. TARZIA-M.F. GHIRGA, *Il Reclamo*, cit., p. 541, ove rilevano che in sede di reclamo, è consentito al giudice «un ampio riesame del provvedimento impugnato, non solo in merito

ria ritiene, di un mezzo di impugnazione a struttura devolutiva e non rescindente, e di natura sostitutiva¹⁰², essendo il procedimento di reclamo destinato a concludersi con una nuova decisione sulla domanda cautelare¹⁰³.

Le caratteristiche del reclamo cautelare, pur non differenziandosi per i casi di impugnazione di provvedimento anticipatorio o di provvedimento meramente conservativo, si inseriscono, a mio avviso, in modo coerente nel sistema di tutela anticipatoria realizzato in sede cautelare. Al riguardo è opportuno segnalare come l'ampiezza del giudizio consentito nella fase di riesame del provvedimento acquista una particolare importanza nell'ipotesi di provvedimenti anticipatori proprio perché questi ultimi, a differenza di quelli conservativi, sono potenzialmente idonei a definire la lite e rimanere efficaci per un tempo indeterminato.

agli elementi di fatto e di diritto già considerati, ma anche a quelli non considerati perché ritenuti assorbiti e a quelli in precedenza non dedotti o non provati»; in questo senso anche G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., p. 854; C. CONSOLO, in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, cit., p. 719; R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 511 ss., a p. 527; G. ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, cit., p. 420.

¹⁰² In questo senso, F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 123 ss.; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 415; G. ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, cit., p. 420; C. CONSOLO, in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, cit., p. 718 s.; ID., *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3 della Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 376 ss.; ID., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., a p. 191 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, cit., c. 216 ss. (Nota critica a Trib. Napoli, 25 marzo 1993); S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 94; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, cit., p. 113. *Contra*, per la natura solo rescindente del reclamo, Trib. Bologna, 11 ottobre 1994 e Trib. Bologna, 12 agosto 1994, entrambe in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 731 ss., con nota critica e contraria di C. CONSOLO, *Del procedimento di sequestro fallimentare (fra g.d. e g.p.c.) e delle modalità del suo reclamo, che non potrà comunque avere un esito solo rescindente* (nota pubblicata anche in ID., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., a p. 149 ss.).

¹⁰³ G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, cit., p. 9; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, cit., p. 114; C. PETRILLO, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 241.

Tali rilievi, infatti, dovrebbero portare ad assegnare un ruolo ancora maggiore all'impugnazione del provvedimento che, di fatto, potrebbe rappresentare la sede privilegiata nella quale, data la non necessità di instaurare il processo di merito, le parti spenderanno tutte le loro censure, non solo, o non tanto, rispetto alla correttezza del provvedimento, ma anche, e soprattutto, rispetto all'assetto sostanziale che il provvedimento presuppone e dispone. E quanto più ampia è la possibilità di fare valere tutte le censure e gli elementi, anche probatori, sopravvenuti, tanto più l'instaurazione del giudizio di merito, in funzione di censura della tutela fornita in sede cautelare, sarà, probabilmente, evitata perché ritenuta, data anche la lunghezza del processo ordinario e i suoi costi, superflua e non utile.

La previsione di un mezzo di reclamo sommario, che partecipa di tutte le caratteristiche proprie della tutela nel quale si inserisce, appare del tutto coerente con la funzione di far ottenere un'utilità sostanziale immediata, ancorché non definitiva, propria dei provvedimenti anticipatori di natura cautelare.

Non sono mancate, in questa prospettiva, voci in dottrina che, sulla base della funzione dei provvedimenti cautelari anticipatori e della loro idoneità a decidere la lite, hanno sottolineato l'opportunità dell'introduzione della possibilità di ricorrere, contro la decisione emessa in sede di reclamo, davanti alla Corte di Cassazione¹⁰⁴. Tale possibilità, tuttavia, non espressamente pre-

¹⁰⁴ F. CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 7 ss., a p. 27 ss. L'esigenza di consentire il ricorso per cassazione avverso il provvedimento cautelare reso in sede di reclamo, ricorso consentito ad esempio in Francia contro l'*ordonnance de référé*, è avvertita dall'Autore non solo in relazione al fatto che i nuovi provvedimenti cautelari anticipatori tendono a consolidarsi e a essere pienamente soddisfatti, ma anche in relazione alla eventualità, oggi espressamente ammessa, che la misura cautelare anticipatoria sia concessa per la prima volta dal giudice proprio in sede di reclamo.

vista, è finora stata esclusa dalla Corte stessa con un orientamento consolidato¹⁰⁵.

8. - (Segue) *La stabilità «esterna». La revoca e la modifica del provvedimento. La riproposizione della domanda cautelare.*

Al di là del riesame in sede di reclamo, il provvedimento cautelare può perdere efficacia in seguito alla richiesta di revoca o modifica. L'art. 669-*decies* c.p.c., applicabile pacificamente anche ai provvedimenti anticipatori, ai quali fa espresso riferimento il secondo comma della disposizione¹⁰⁶, prevede che in presenza di «mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare», può essere chiesta la revoca o la modifica del provvedimento medesimo.

La possibilità di fare valere anche con lo strumento del reclamo motivi sopravvenuti al provvedimento cautelare (poneva e) pone un problema di coordinamento tra questo istituto e quello della revoca e modifica. La soluzione del problema deve tenere conto di alcuni dati ricavabili dalle norme. Anzitutto l'art. 669-*decies*, commi 1 e 2, c.p.c., nell'attribuire il potere di decidere sulla domanda di modifica e revoca in capo rispettivamente al giudice

¹⁰⁵ Cass. 7 luglio 2006, n. 15579; Cass., Sez. un., 8 marzo 2006, n. 4915 (ord.); Cass. 10 maggio 2000, n. 5935; Cass., 11 febbraio 2000, n. 1500.

¹⁰⁶ Una parte della dottrina ha sottolineato come il nuovo secondo comma della disposizione sarebbe stato predisposto proprio in relazione ai provvedimenti cautelari anticipatori: G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 364 s.; A. BUCCI, in A. BUCCI-A.M. SOLDI, *Le riforme del processo civile*, Padova, 2006, p. 59 s.; G. CAMPESE-A. SCARPA, *I procedimenti cautelari e possessori. Le novità della riforma*, Milano, 2005, p. 77; F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 226.

istruttore o allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento cautelare, secondo che sia, o non sia, pendente il giudizio di merito, prevedono che tale potere sussista salvo che sia proposto reclamo nel primo caso, ed esaurita la fase di reclamo nel secondo.

Nel delineare i confini tra reclamo e revoca, il legislatore sembra dunque aver fissato nel primo la sede naturale, nel caso in cui i termini per proporre l'impugnazione siano pendenti, per fare valere il mutamento delle circostanze¹⁰⁷. In dottrina, prima della riforma del 2005, si registravano due orientamenti contrapposti per quanto concerne l'esclusività del mezzo. Secondo un primo orientamento la pendenza dei termini per impugnare l'ordinanza comportava che il mutamento delle circostanze dovesse essere fatto valere unicamente in sede di reclamo, a pena di preclusione dell'istanza di revoca o modifica che, se proposta, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile¹⁰⁸.

Una diversa tesi reputava invece che solo l'effettiva proposizione del reclamo e la pendenza del relativo giudizio comportasse l'obbligo per la parte di spendere in quella sede le nuove circostanze¹⁰⁹. Tale conclusione è stata riaffermata anche dopo le recenti modifiche, sostanzialmente perché sarebbe più conforme alla lettera della norma e più coerente con ragioni di economia processuale. Sotto il primo aspetto, infatti, si sostiene che le disposizioni in

¹⁰⁷ M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, cit., p. 101 e 102.

¹⁰⁸ G. ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, cit., p. 424; R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, cit., p. 525, secondo cui l'area coperta dalla pronuncia sul reclamo coincide «con quella di ciò che, a sua volta, deve necessariamente farsi valere soltanto con il reclamo finché questo è esperibile». Per una critica di questo orientamento, si veda F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 149 ss.

¹⁰⁹ G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., p. 855; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 419.

esame, per quanto abbastanza equivoche, sembrano significare che solo l'effettiva pendenza del reclamo o comunque il mancato esaurimento della fase di impugnazione, già proposta, vincolino la deduzione delle nuove circostanze in quella sede¹¹⁰. Dal punto di vista dell'economia processuale, si osserva come, se le parti non hanno altre censure da svolgere contro il provvedimento cautelare, sarebbe poco logico precludere loro la possibilità di chiedere l'adeguamento del provvedimento alla nuova situazione *extraprocessuale* avvalendosi del procedimento di revoca o modifica, con il limite solo del principio che *electa una via, non datur recursum ad alteram*¹¹¹.

A mio avviso deve essere preferita la prima soluzione. Essa, infatti, appare più coerente, a livello sistematico, con il nuovo regime di strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari anticipatori che tende, pur nei limiti della natura cautelare dei provvedimenti in questione, alla massima stabilizzazione dei loro effetti. In questa ottica mi sembra più corretto che tutti i fatti sopravvenuti in pendenza del termine per impugnare l'ordinanza, siano spesi nell'impugnazione medesima, con la conseguente preclusione, al fine di fondare la revoca o la modifica, dell'allegazione di quei fatti¹¹².

¹¹⁰ G. TARZIA-M.F. GHIRGA, *Il Reclamo*, cit., p. 546 s.

¹¹¹ Così, ancora, G. TARZIA-M.F. GHIRGA, *Il Reclamo*, cit., p. 544 ss.; *contra*, C. PETRILLO, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 206.

¹¹² G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, cit., p. 4, secondo cui il mutamento delle circostanze può essere fatto valere solo con il reclamo fino a quando questo sia proponibile. Alla medesima conclusione mi sembra pervenire, implicitamente, anche S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 95, quando afferma che «la revoca non è ammessa contro il provvedimento di primo grado ancora reclamabile»; in senso analogo anche G. VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, cit., p. 196, secondo cui in pendenza del termine per la proposizione del reclamo si ripete un fenomeno uguale a quello della pendenza del reclamo stesso: «l'istanza di revoca o modifica, in se stessa, è inammissibile trattandosi di pretesa cautelare (lo è anche quella tesa alla revoca di un provvedimento già dato) deducibile esclusivamente

Il primo presupposto che giustifica la revoca o la modifica del provvedimento è costituito dai «mutamenti di circostanze». L'esatto significato dell'espressione è controverso. Secondo un orientamento, l'espressione si riferisce a tutte le circostanze *extraprocessuali* e solo ad esse¹¹³, comprensive, per alcuni, anche dello *ius supervenies*¹¹⁴. Secondo un'interpretazione più estensiva, invece, l'espressione utilizzata dal legislatore sarebbe idonea a ricomprendere qualsiasi mutamento destinato a incidere sulla perdurante legittimità della misura cautelare concessa, e quindi anche i fatti preesistenti

con il rimedio del reclamo»; C. PETRILLO, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 206, ove rileva che «l'eventuale preventiva istaurazione del procedimento ex art. 669-decies non è idonea a "salvare" dalla decadenza la parte che dette circostanze o motivi non abbia riproposto in fase di reclamo»; A. BUCCI, in A. BUCCI-A.M. SOLDI, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 59. In questo senso, prima della riforma, anche G. ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, cit., p. 424; VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, cit., p. 525 s.

¹¹³ C. CONSOLO, *Il processo cautelare: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 329 ss.; F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 96 s.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 19° ed., cit., p. 253; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 411; A. SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, in AA. VV., *Studi in onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1993, p. 645 ss.; G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., p. 856; F. TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della legge 26 novembre 1990, n. 353*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 95 ss., p. 103, secondo cui, tuttavia, le nuove circostanze si esauriscono esclusivamente nei fatti storici sopravvenuti; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991, p. 254; G. BASILICO, *I rimedi nei confronti dei procedimenti cautelari*, in *Giur. it.*, 1994, IV, c. 25; C. CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997, p. 142 ss.; R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, cit., p. 525; E. MERLIN-A. HENKE, *La revoca e modifica, in Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, cit., p. 462 s.; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, cit., p. 697 s.; G. VERDE, in G. VERDE-L. DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991, p. 257 s. In giurisprudenza, si vedano Trib. Napoli, 11 maggio 2000, in *Giur. nap.*, 2000, p. 287; Trib. Trani, 22 gennaio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2540 ss.; Trib. Parma, 13 giugno 1994 e Pret. Parma, 4 marzo 1995, entrambe in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 488 ss.; Trib. Bari, 15 febbraio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 952 ss.

¹¹⁴ A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 254; C. CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, cit., p. 143; G. VERDE, in G. VERDE-L. DI NANNI, *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, cit., p. 258.

non allegati, le nuove prove o comunque le risultanze acquisite anche nel processo di merito che eventualmente sia seguito al procedimento cautelare¹¹⁵.

Su tale dibattito incide l'introduzione, a opera della riforma del 2005, dell'espressa deducibilità anche dei fatti preesistenti, ma solo a condizione che la parte dia la prova di esserne venuta a conoscenza dopo l'emissione della misura cautelare. In questi termini, il coordinamento tra i due presupposti va a mio avviso risolto nel senso che i mutamenti di circostanze non comprendono i fatti preesistenti, che potranno ora essere dedotti, come mo-

¹¹⁵ In quest'ottica, dunque, il mutamento di circostanze era interpretato nel senso di una sostanziale identificazione con le evoluzioni della situazione processuale dovute allo svolgimento dialettico del giudizio di merito, quali le prove nuove, comprendenti i documenti prodotti per la prima volta nel giudizio di merito o l'esito delle prove costituendo qui esperite. In questo senso, si vedano: A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 305 e 357; B. SASSANI, in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, cit., p. 501; I.A. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 65 ss., c. 80; G. FRUS, *Commento all'art. 74 legge n. 353/1990 (669-decies c.p.c.), Revoca e modifica*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 1992, p. 737 ss., p. 740; M. CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, p. 41 ss.; F. MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 789, ma limitatamente alle nuove allegazioni; G. OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 75; G. TRISORIO LIUZZI, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, 1993, p. 910; F. CARPI-V. COLESANTI-M. TARUFFO, *Commentario breve al c.p.c. Appendice di aggiornamento*, a cura di F. Carpi-M. Taruffo, Padova, 1991, p. 231; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Il nuovo processo civile: legge n. 353/1990*, cit., p. 149 s. In giurisprudenza, Trib. Roma, 23 ottobre 1996, in *Foro padano*, 1997, I, p. 138 ss.; Trib. Firenze, 15 maggio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1097 ss.; Trib. Udine, 14 dicembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2295, relativamente a nuove risultanze istruttorie, anche se in funzione di una integrazione estensiva più che di una revoca del provvedimento originariamente concesso; Trib. Foggia, 12 luglio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2983 s., con riferimento ai fatti preesistenti non conosciuti al resistente; Trib. Bari, 25 marzo 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1680 s., limitatamente alla deduzione di fatti preesistenti non allegati.

Da ciò tale interpretazione consegue che il procedimento di revoca si risolva in una sorta di costante verifica della giustificazione del provvedimento concesso: in questo senso si veda A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 357, ove afferma che la revoca-modifica deve poter essere messa in relazione alla semplice introduzione od emersione di «elementi nuovi nella valutazione del maggiore o minore grado di probabile esistenza del diritto e del *periculum in mora* a cautela del quale il provvedimento era stato concesso».

tivo di revoca o modifica del provvedimento, ai sensi della norma così come riformata, solo nei limiti in cui si fornisca la prova della loro conoscenza successiva.

Detto questo, le circostanze sopravvenute che giustificano la revoca o la modifica del provvedimento cautelare sono in primo luogo quelle che incidono sui presupposti di concessione della misura, e dunque sul *periculum in mora* e sul *fumus bonis iuris*. Tale considerazione deve valere, a mio avviso, anche per i provvedimenti cautelari anticipatori a strumentalità attenuata. Nonostante una parte della dottrina segnali la singolarità della revoca di una misura destinata a regolare i rapporti tra le parti in modo potenzialmente definitivo sulla base del venir meno del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*¹¹⁶, il rilievo che l'art. 669-*decies* c.p.c. si riferisca espressamente anche a tali misure, come la circostanza, già evidenziata, che esse non hanno perso la loro natura cautelare, induce, a mio avviso, a non ammettere una soluzione che contraddice la lettera delle norme. Deve ritenersi, perciò, che anche i provvedimenti anticipatori siano soggetti alla revoca e alla modifica per la sopravvenuta mancanza delle condizioni di concessione della misura¹¹⁷.

La previsione di uno specifico mezzo di impugnazione del provvedimento cautelare, quale il reclamo disciplinato dall'art. 669-*terdecies* c.p.c. chiarisce che all'istituto della revoca e modifica è estranea qualsiasi funzione di riesame della legittimità e opportunità originarie del provvedimento¹¹⁸.

¹¹⁶ Si vedano i dubbi espressi sul punto da D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 69; E. DALMOTTO, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile. Commentario* diretto da S. Chiarloni, vol. II, cit., p. 1279.

¹¹⁷ Cfr. A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 311; E. MARINUCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 254.

¹¹⁸ Così E. MERLIN-ALBERT HENKE, *La revoca e modifica*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, cit., p. 462 e 468. Sulla nozione di revoca in generale e la «revo-

Ciò comporta che la revoca e la modifica solitamente non avranno efficacia retroattiva¹¹⁹, diversamente dal provvedimento emesso in sede di reclamo, che tenderà, invece, ad avere efficacia *ex tunc*, a meno che anch'esso non sia fondato su circostanze nuove sopravvenute.

Tale impostazione consente inoltre di individuare un limite nel concreto utilizzo dello strumento della revoca e della modifica ai casi in cui la misura cautelare disponga effetti destinati a proiettarsi in modo continuativo nel tempo oppure ai casi in cui la misura non sia stata, interamente o parzialmente, eseguita. Questa conclusione di principio deve essere tenuta in conto soprattutto rispetto a quei provvedimenti cautelari anticipatori che si risolvono *uno actu* e che producono effetti destinati a esaurirsi istantaneamente: in questi casi, infatti, la revoca e la modifica devono ritenersi escluse, a meno che la misura non si mostri, in realtà, dotata di effetti a estensione continuativa.

Un'eccezione alla regola dell'efficacia non retroattiva è rappresentata, come correttamente ha rilevato la dottrina, dai casi in cui la revoca si fonda su mutamenti di circostanze giuridiche che proiettano la loro rilevanza anche nel passato¹²⁰. Il riferimento è alla sopravvenienza di una norma sostanziale retroattiva o alla dichiarazione di incostituzionalità della normativa che è sta-

ca in senso stretto o proprio» quale potere non implicante il riesame del provvedimento emesso in precedenza, si veda l'ampio lavoro di G. BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, p. 30 e p. 243 ss.

¹¹⁹ Cfr. in linea di principio G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., p. 856; A. SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, in AA. VV., *Studi in onore di E. Fazzalari*, III, cit., a p. 650 ss.; E. MERLIN-ALBERT HENKE, *La revoca e modifica*, cit., p. 468 ss.

¹²⁰ Cfr. E. MERLIN-ALBERT HENKE, *La revoca e modifica*, cit., p. 469, i quali rilevano che, in queste ipotesi, la revoca finisce «per funzionare secondo modalità un poco anomale, più prossime alla funzione tipica dell'*actio nullitatis*, che non a quella propria dello strumento della revoca sul piano generale».

ta applicata al rapporto sostanziale controverso. In queste ipotesi deve ritenersi che anche la revoca esprima un'analogia efficacia retroattiva, annullando i benefici goduti dal destinatario della misura durante il periodo intercorso tra la pronuncia del provvedimento cautelare e la circostanza sopravvenuta.

Al di fuori delle ipotesi di reclamo, revoca e modifica, il provvedimento cautelare anticipatorio resta stabile non potendo essere rimesso in discussione quanto ne discende.

Alla misura a strumentalità attenuata, anche se essa non può mai esprimere alcuna autorità della cosa giudicata in altri processi¹²¹, può invece riconoscersi una, seppur limitata, efficacia preclusiva rispetto a una nuova domanda cautelare.

L'ordinanza di rigetto per motivi di merito o di rito diversi dall'incompetenza impedisce infatti la riproposizione dell'istanza negata a meno che non «si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto» (art. 669-*septies*, comma 1, c.p.c.). Il primo dei requisiti, a cui la norma subordina la possibilità di presentare il ricorso cautelare, fa riferimento a sopravvenienze, che devono intendersi come circostanze *extraprocessuali* e che non potevano prospettarsi, in quanto sopravvenute, al giudice che ha rigettato l'istanze cautelare.

Il secondo presupposto fa riferimento a nuove ragioni di fatto o di diritto. Le prime attengono a tutti quegli episodi che incidono sia sul *fumus boni iuris* sia sul *periculum in mora*. Sul carattere della novità di tali fatti, mi sembra vi sia sostanzialmente uniformità nella dottrina e nella giurisprudenza, a par-

¹²¹ Tale punto sarà trattato nel paragrafo successivo.

te qualche voce dissonante, nel ritenere che nuovi possono considerarsi tutti gli elementi non dedotti nel primo giudizio cautelare, pur se deducibili¹²².

Per quanto concerne le nuove ragioni di diritto, la norma è interpretata in senso elastico, come riferimento, oltre allo *ius supervenies*, a ogni argomentazione e prospettazione, o motivo di carattere giuridico, che siano tali da dare autonomo fondamento al provvedimento, in precedenza rigettato¹²³.

Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza sarebbe sufficiente, ai fini di superare il limite preclusivo alla proposizione di un nuovo ricorso cautelare, la riqualificazione giuridica della domanda così come il mutamento della domanda di merito collegata a quella cautelare¹²⁴. Tali novità, secondo alcuni, integrerebbero addirittura gli estremi della modificazione della domanda cautelare medesima, con la conseguente possibilità di una sua proposizione al di là dei limiti di cui all'art. 669-septies, comma 1, c.p.c.¹²⁵.

¹²² Cfr. G. TARZIA-M. GIORGETTI, *Il provvedimento negativo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, cit., p. 492 ss., anche per ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza.

¹²³ In questo senso C. CONSOLO, in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, cit., p. 637 s.; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 411. In giurisprudenza, v. Trib. Verona, 21 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 266 ss., con nota di C. CONSOLO, *Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare respinta*, che ha escluso sia sufficiente la sola e migliore più ampia illustrazione delle medesime ragioni già azionate con la prima domanda di cautela.

¹²⁴ C. CONSOLO-S. RECCHIONI, *sub art. 669-septies*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUISO, 3° ed. diretta da C. Consolo, cit., p. 4756. Dubita che il mero reinquadramento della stessa vicenda oggetto del precedente diniego in diverse fattispecie giuridiche possa consentire il superamento delle preclusioni di cui all'art. 669-septies c.p.c., F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 171 s.; in senso analogo, in giurisprudenza, Trib. Trani, 14 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1828 ss.

¹²⁵ S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, cit., p. 596 ss.

La sostanziale identità degli elementi che fondano l'ammissibilità della riproposizione della domanda cautelare con quelli che legittimano il reclamo, pone un problema di coordinamento tra i due istituti, che è stato risolto, sulla base del rilievo che non potrebbe riproporsi il ricorso cautelare fino all'esaurimento del primo procedimento, compresa la sua fase di impugnazione, sia nel senso che la domanda riproposta vada rigettata in rito per litispendenza¹²⁶, sia nel senso che il secondo procedimento subisca la sospensione¹²⁷.

9. - *L'autorità del provvedimento cautelare e la sua inidoneità ad acquisire l'immutabilità e l'irretrattabilità proprie del giudicato. Il conflitto tra provvedimenti cautelari. L'efficacia del provvedimento cautelare come prova in altri processi.*

Dal quadro unitario degli istituti trattati nei precedenti paragrafi emerge che il provvedimento cautelare tende ad assumere una certa stabilità, non solo sul piano degli effetti sul rapporto sostanziale, ma anche rispetto a nuove pronunce rese in sede cautelare sul medesimo oggetto. Anzitutto, come si è visto, la revoca e la modifica sono possibili solo in presenza di circostanze sopravvenute o di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza solo successivamente al provvedimento. Tali circostanze, inoltre, se pendenti i termini per proporre il reclamo, devono essere dedotte in quella sede. Il provvedimento positivo tende dunque a coprire il dedotto e, parzialmente, il deducibile.

¹²⁶ Cfr. C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, cit., a p. 184 ss.

¹²⁷ E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 410 ss.

In secondo luogo una certa stabilità deve assegnarsi anche al provvedimento di rigetto del ricorso cautelare: la riproposizione della domanda cautelare non è consentita illimitatamente, bensì solo allegando dei *nova* rispetto agli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento del primo ricorso rigettato.

Sulla base di questo regime, una parte della dottrina ha proposto la nozione di giudicato cautelare¹²⁸. Tale concetto troverebbe la sua base proprio nel rilievo che dal provvedimento negativo promani un'efficacia preclusiva simile, anche se più limitata dal punto di vista oggettivo, a quella sancita dall'art. 2909 c.c.

La differenza, dal punto di vista quantitativo, tra il giudicato e l'efficacia preclusiva del provvedimento cautelare di rigetto, è rappresentata dal fatto che quest'ultima copre il dedotto, e non il deducibile, dal momento

¹²⁸ Da questo punto di vista, parlano di giudicato cautelare A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 241; F. AULETTA, *Variazioni sul tema del giudicato cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 1 ss., c. 5; C. CONSOLO, *Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare respinta*, cit., p. 267; ID., in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, cit., p. 638; ID., *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3 della Costituzione*, cit., p. 376; ID., *Ricorsi cautelari ante causam, pluralità di competenze e impedimento da litispendenza*, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, c. 1857. Nel senso della configurabilità parziale, in materia cautelare, di alcune caratteristiche del giudicato v. E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 410 s.; E. MERLIN-ALBERT HENKE, *La revoca e modifica*, cit., p. 462, ove, (nota 10) riconoscono, però, che si tratta di una nozione atecnica; G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., p. 849. Anche P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 78 ss., faceva riferimento all'espressione giudicato cautelare, ma solo per designare «l'accertamento definitivo della esistenza delle condizioni necessarie e sufficienti, per ottenere la costituzione *ope iudicis* di un rapporto giuridico a termine, destinato ad avere efficacia, *rebus sic stantibus*, fino all'emanazione del giudicato principale» (*ibidem*, p. 85 s.), per poi aggiungere che, essendo l'accertamento contenuto nella misura cautelare rivolto verso il futuro, e non verso il passato, non fosse lecito ravvisare gli estremi della cosa giudicata.

che vi è la possibilità di riproporre la domanda cautelare fondata su «nuove ragioni di fatto o di diritto»¹²⁹.

Per quanto riguarda il provvedimento di accoglimento il discorso è un poco più complesso. In questo caso, infatti, l'efficacia preclusiva è maggiore di quella del provvedimento di rigetto¹³⁰, perché copre non solo il dedotto, e in modo pieno, ma anche il deducibile, seppure in modo solo parziale¹³¹. Ma anche rispetto all'efficacia preclusiva del provvedimento di accoglimento della richiesta di misura cautelare si coglie appieno la sua diversità rispetto al giudicato. L'oggetto della cognizione del giudice in ambito cautelare è rappresentato dalle condizioni di concessione della misura, e non dal diritto, le quali, come tali, sono prive di una consistenza giuridica sostanziale¹³².

Rispetto al contenuto del provvedimento cautelare, sia positivo che negativo, rimane estraneo, a mio avviso, non solo qualsiasi effetto di accertamento del diritto in senso stretto, spendibile, come tale, in processi diversi¹³³,

¹²⁹ Cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 241; C. CONSOLO, in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, cit., p. 636 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 302; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 411; F. MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 783 s.

¹³⁰ F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 96; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 96, nota 55.

¹³¹ In ordine al deducibile, gli effetti preclusivi sono soltanto parziali perché non risultano pregiudicati quei fatti che, sebbene preesistenti, non erano in precedenza conosciuti e quelle risultanze istruttorie che, pur relative a mezzi di prova di cui già poteva essere domanda l'acquisizione o l'assunzione, si sono formate successivamente all'interno del giudizio di merito.

¹³² Cfr. E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., p. 253, il quale, ritenendo che la cognizione in sede cautelare non ha ad oggetto «un diritto od un rapporto giuridico delle parti, ma soltanto i presupposti di fatto per l'applicazione di una norma strumentale», esclude che sia possibile attribuire alla decisione cautelare l'autorità della cosa giudicata.

¹³³ Osserva correttamente in proposito S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 91-92, che i provvedimenti cautelari non possono

ma anche la possibilità che la verifica delle condizioni acquisti un carattere di irretrattabilità, potendo sia la pronuncia resa in sede cautelare essere modificata, seppure nei limiti delle sopravvenienze e del mutamento della situazione, dal giudice che l'ha resa, sia essere ripresentata la domanda già rigettata. In considerazione di queste caratteristiche, le differenze tra la stabilità del provvedimento cautelare rispetto alla cosa giudicata si apprezzano non solo dal punto di vista quantitativo, ma anche sotto il profilo qualitativo¹³⁴. In questo senso, allora, la stessa espressione «giudicato cautelare» manifesta la sua equivocità¹³⁵.

Il regime di preclusioni ricavabile dalla disciplina degli istituti trattati nei paragrafi precedenti consente, invece, di parlare di stabilità e, in un senso limitato, di immutabilità del provvedimento rispetto a successivi interventi giurisdizionali. Ma tale fenomeno si manifesta, e si esaurisce interamente, nell'ambito della tutela cautelare e non si proietta verso altre forme di tutela, non vincolando in alcun modo il giudice del merito il quale, sul diritto oggetto di cautela, può sempre liberamente statuire e l'accertamento che egli compie in sede di merito non è mai vincolato a quanto stabilito dal giudice cautelare.

In questo senso, a mio avviso, deve essere letto il principio espresso dall'art. 669-*octies*, comma 8, c.p.c., secondo il quale «L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un altro processo», norma che riecheggia quella già contenuta nell'art. 23 d.lgs. n. 5/2003. L'espressione utilizzata

essere invocati in posteriori giudizi cautelari relativi a diritti connessi, «per ottenere un condizionamento del giudice circa l'esercizio del potere cautelare riguardo a questi ultimi».

¹³⁴ Cfr. F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 95 s.

¹³⁵ Cfr. F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 94 e 95, secondo cui «la pur suggestiva espressione "giudicato cautelare" appare abbastanza impropria, costituendo niente più di un ossimoro, visto che accosta due realtà antitetiche».

dal legislatore è assai poco chiara e riflette l'ambiguità del legislatore delegante¹³⁶ che intendeva ricollegare alla mera facoltatività del giudizio di merito una certa definitività degli effetti del provvedimento cautelare anticipatorio, volendo, con la norma citata, escludere che tale caratteristica potesse costituire un vincolo per il giudice di merito. Così intesa, la norma sembra possedere un valore pleonastico ed enfatico e risulterebbe, tutto sommato, inutile¹³⁷.

Peraltro, il riferimento all'autorità appare, dal punto di vista sistematico, impreciso: il termine, infatti, evoca la nozione di giudicato, alla quale i provvedimenti cautelari sono del tutto estranei¹³⁸. È noto che l'espressione autorità viene utilizzata in due accezioni diverse. Secondo la tesi di Liebman, l'autorità si identifica con la cosa giudicata: essa non consiste in un effetto della sentenza, bensì indica un modo di manifestarsi degli effetti che vengono rafforzati con la cosa giudicata, la quale attribuisce loro il carattere dell'irretrattabilità e dell'immutabilità¹³⁹. Secondo il contrapposto orientamento, l'autorità consisterebbe invece nell'efficacia di accertamento propria

¹³⁶ C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1519.

¹³⁷ A. BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008, p. 215.

¹³⁸ In questo senso, C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1519.

¹³⁹ E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, cit., *passim*; ID., voce *Giudicato*, I) *Diritto processuale civile*, cit., p. 1 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, cit., p. 1 ss., spec. p. 3 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., p. 419 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 269 ss. L'Autore distingue infatti tra efficacia e autorità della sentenza, intendendo fare riferimento con la prima espressione all'attitudine della sentenza a produrre i suoi effetti e l'effettiva produzione degli stessi e con la seconda espressione proprio alla «qualità degli effetti della pronuncia [...] costituita dalla loro immutabilità». La tesi di Liebman è stata seguita da gran parte della dottrina successiva: si vedano, tra gli altri, E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, cit., p. 17 e 18; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della "cosa giudicata"*, cit., p. 589 ss.; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 2° ed., cit., p. 530; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, cit., p. 1515 ss.

della cosa giudicata¹⁴⁰. Il termine autorità, riferito ai provvedimenti cautelari, non sembra poter essere intenso in alcuno dei due modi.

L'espressione autorità sembra invece rappresentare una sorta di sintesi dell'intervento legislativo finalizzato ad accrescere la stabilità dei provvedimenti cautelari anticipatori, realizzato prima con il rito societario e poi generalizzato con le modifiche al codice di procedura civile.

In questo senso, il riferimento all'autorità del provvedimento, se si rapporta il significato di autorità con quello elaborato con riguardo alle sentenze, appare impreciso, così come il riferimento al concetto di giudicato cautelare. La forza del provvedimento cautelare non si proietta mai verso il giudizio di merito: né in quello che eventualmente segue sullo stesso diritto alla misura cautelare, né in alcun altro¹⁴¹. Tale forza, che impropriamente il legislatore chiama autorità, si riflette unicamente nell'ambito della tutela cautelare. In questo limite, connaturale alla funzione e alla struttura della tutela cautelare, al provvedimento cautelare vanno tuttavia, a mio avviso, riconosciute caratteristiche di stabilità e di definitività non solo sul piano degli effetti sul rapporto sostanziale, ma anche sul piano processuale.

L'efficacia vincolante del provvedimento, dunque, non trascende mai i limiti della tutela cautelare¹⁴². Rispetto a procedimenti aventi la medesima natura e il medesimo oggetto, il provvedimento cautelare è però idoneo a

¹⁴⁰ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., p. 407 ss., p. 413; M. VELLANI, *Appunti sulla natura giuridica della cosa giudicata*, cit., 1958; F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, cit., p. 205 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 785 ss.

¹⁴¹ C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1522.

¹⁴² Così E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 269, ove rileva che «la forza vincolante del provvedimento cautelare è tuttavia limitata a futuri procedimenti cautelari».

produrre effetti preclusivi, anche se minori, di quelli della cosa giudicata¹⁴³. In quest'ottica si pone la regola per cui la revoca e la modifica del provvedimento sono consentite solo nei ristretti spazi individuati dall'art. 669-*decies* c.p.c., i quali, tra l'altro, valgono a chiarire che non è ammissibile un provvedimento cautelare in grado di neutralizzare gli effetti del provvedimento anticipatorio¹⁴⁴.

Allo stesso modo, deve tenersi conto dell'efficacia preclusiva del provvedimento di rigetto. Tale efficacia risulta minore di quella del provvedimento positivo perché, stando alla lettera della norma, copre solo il dedotto e non, neppure parzialmente, il deducibile. Ma le caratteristiche di stabilità dei provvedimenti cautelari anticipatori dovrebbero, a mio avviso, indurre gli interpreti a considerare in senso restrittivo lo spazio di operatività dei nuovi motivi di fatto e di diritto che consentono la riproposizione della domanda cautelare.

Chiariti questi concetti, è opportuno affrontare la questione del conflitto tra provvedimenti cautelari, premettendo che nell'ambito della tutela cautelare, dato che si è in presenza della verifica del *fumus boni iuris* e manca

¹⁴³ S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 91, ove rileva che i provvedimenti cautelari hanno «efficacia vincolante circoscritta a futuri procedimenti cautelari, riguardanti lo stesso diritto soggettivo e miranti a vanificare gli effetti del primo, mediante la realizzazione di risultati opposti ed incompatibili rispetto a quelli già attuati».

¹⁴⁴ Come osserva M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 191, l'esistenza di specifici strumenti per fare valere l'ingiustizia del provvedimento, impedisce alla parte che l'abbia subito o ad un terzo di richiedere ed ottenere, in un nuovo e autonomo procedimento cautelare, un provvedimento cautelare a contenuto incompatibile con la precedente misura cautelare.

l'accertamento del diritto, viene in rilievo più che altro il conflitto pratico e non quello logico¹⁴⁵.

La possibilità dell'emergere di un conflitto pratico si mostra molto concreta¹⁴⁶, data l'attitudine esecutiva di tutte le misure cautelari, e acquista un'importanza ancora maggiore con riguardo ai provvedimenti cautelari anticipatori. Tale conflitto emerge sostanzialmente in due ipotesi: nel caso in cui siano emanati sia un provvedimento che anticipa gli effetti della sentenza, attribuendo al ricorrente il medesimo bene della vita che potrebbe vedersi attribuito in forza di quest'ultima, sia un provvedimento di rigetto dell'istanza; e nel caso in cui siano emanati due provvedimenti contenenti ordini tra loro incompatibili, sulla base di una valutazione opposta del *fumus boni iuris*.

A evitare la possibilità che nasca il conflitto pratico tra provvedimenti vale l'operatività degli istituti della revoca e modifica e della riproposizione della domanda cautelare. Nel caso in cui essi non funzionino, si devono definire dei criteri in forza dei quali individuare quale provvedimento prevalga.

Nel caso di contrasto tra due provvedimenti diversi, uno di accoglimento e l'altro di rigetto, la dottrina ritiene che debba prevalere quello positivo, sulla base della considerazione che non si avrebbe una vera e propria con-

¹⁴⁵ È noto che il conflitto logico, a differenza di quello pratico, viene in rilievo quando «due decisioni passate in giudicato e relative a rapporti sostanziali diversi ma soggettivamente connessi, abbiano risolto in maniera difforme la stessa questione di fatto o di diritto» (così E. VULLO, *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, p. 184). Il conflitto pratico, viceversa, almeno nei suoi tratti basilari, si presenta quando vi è l'impossibile coesistenza di due divergenti accertamenti che non possono contestualmente produrre tutti i propri effetti, perché entrambi aventi ad oggetto la medesima posizione sostanziale delle parti.

¹⁴⁶ Come rilevano C. CONSOLO-E. MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 111 s.

tradizione negli effetti prodotti, giacché il provvedimento negativo non è idoneo a realizzare alcun effetto sostanziale¹⁴⁷.

Nell'ipotesi, invece, di due provvedimenti entrambi positivi ma materialmente incompatibili, si ritiene che prevalga il provvedimento posteriore, in forza della tesi che prevale sempre l'atto giuridico successivo¹⁴⁸.

Ci si può infine chiedere se all'espressione «autorità del provvedimento cautelare» possa assegnarsi anche un ulteriore significato, in aggiunta a quello sopra individuato, che faccia riferimento alla possibilità che il provvedimento cautelare sia introdotto come prova atipica in un diverso processo. In questo senso, allora, la norma dell'art. 669-*octies*, comma ult., c.p.c., secondo cui «l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo» andrebbe intesa anche come esclusione di qualsiasi valore probatorio del provvedimento cautelare.

La risposta deve, a mio avviso, essere positiva.

La produzione di un provvedimento cautelare, soggetto o non soggetto alla regola della strumentalità attenuata, in un diverso processo come prova, significa, infatti, invocare, in questo diverso processo, l'autorità del provvedimento e attribuirgli, indirettamente, una qualche efficacia vincolante nei confronti del giudice chiamato a decidere la nuova controversia; possibilità

¹⁴⁷ Cfr. C. CONSOLO-E. MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, cit., p. 112, secondo cui l'effetto preclusivo nascente dal rigetto della domanda cautelare «non si lascia concepire come effetto di accertamento (dell'insussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*) che possa entrare in collisione con quelli di un contrapposto provvedimento positivo», dal momento che la decisione di rigetto dell'istanza «non assicura infatti alcun bene della vita sostanziale». Così anche S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, cit., p. 608.

¹⁴⁸ In questo senso S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, cit., p. 479.

che la norma, invece, esclude espressamente¹⁴⁹. Tale conclusione circa l'impossibilità di utilizzare la misura cautelare come prova potrebbe peraltro trovare ulteriore sostegno nelle argomentazioni sulle quali si basa la tesi che mette in discussione la stessa ammissibilità della figura delle prove atipiche nell'ordinamento italiano¹⁵⁰. L'argomento sarà ripreso successivamente, quando tratterò della descrizione e delle altre misure di istruzione preventiva previste nel codice della proprietà industriale¹⁵¹.

10. - *L'eventuale processo di merito successivo al provvedimento cautelare anticipatorio e il suo oggetto.*

Il provvedimento cautelare anticipatorio non manifesta alcuna efficacia rispetto all'azione di merito corrispondente all'anticipazione cautelare ottenuta o subita, che ciascuna parte è libera di esercitare in qualsiasi momento. Anche se le parti non sono vincolate da alcun termine, è necessario coordinare la possibilità di instaurare il giudizio di merito con i meccanismi di stabilizzazione delle situazioni giuridiche sostanziali da un lato, e con l'operatività delle regole di decadenza dall'altro¹⁵².

¹⁴⁹ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 256.

¹⁵⁰ Il riferimento è alla tesi di B. CAVALLONE, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, in *Processo e giudizio*, Collana diretta da G. Tarzia, Padova, 1991, p. 335 ss.; *contra*, per tutti, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, p. 270 ss.; M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389 ss. Sul tema, si veda, di recente anche G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, *passim*.

¹⁵¹ Nel paragrafo 4, Capitolo V.

¹⁵² A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 312; ID., *Commento sub art. 23*, in AA. VV., *La riforma delle società - Il processo*, a cura di B. Sassani, cit., p. 226; M. MA-

Sotto il primo profilo, l'attore-ricorrente deve rispettare i termini di prescrizione del diritto di cui ha ottenuto tutela in sede cautelare, anche se, occorre rilevare, tali termini sono validamente interrotti dal ricorso introduttivo del giudizio cautelare *ex art. 2943*, comma 1, c.c.¹⁵³ e rimangono sospesi fino alla definizione del procedimento cautelare¹⁵⁴. Il convenuto-soccombente, a sua volta, se vuole evitare che la situazione di fatto che è conseguita a favore del ricorrente dall'attuazione del provvedimento cautelare si consolidi definitivamente con l'usucapione, deve instaurare il giudizio di merito prima che l'usucapione medesima si compia.

RINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, cit., p. 1248; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in AA. VV., *Le nuove norme processuali e fallimentari*, cit., p. 94; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 90; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1190; R. CAPO-
NI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in AA. VV., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, cit., c. 137; M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 189 e 191.

¹⁵³ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 269, nota 90; M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 191 s., nota 78.

¹⁵⁴ Le norme omettono di considerare, e perciò di risolvere, il problema della durata dell'effetto interruttivo della prescrizione. È noto che l'art. 2945, 2° co., c.c. dispone che se l'interruzione «è avvenuta mediante uno degli atti indicati nei primi due commi dell'art. 2943 [dunque, anche mediante il ricorso cautelare], la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio». Tale norma va tuttavia coordinata con il regime di strumentalità attenuata dei provvedimenti, in forza della quale il procedimento cautelare *ante causam* non deve essere necessariamente seguito dall'instaurazione del giudizio di merito: «la sentenza che definisce il giudizio», di conseguenza, potrebbe non arrivare mai o tardare alquanto. Se ci si fermasse all'interpretazione letterale delle norme, si dovrebbe pervenire alla conclusione che il decorso del termine di prescrizione rimane interrotto potenzialmente *ad infinitum*. E ciò non mi pare accettabile. Più corretta, allora, sembra l'interpretazione proposta nel testo, nel senso che il decorso del termine di prescrizione resti sospeso fino alla definizione del giudizio cautelare. In questo senso A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, cit., p. 1199 s., e nota 69, che motiva tale conclusione sulla scorta anche degli studi in materia di istruzione preventiva.

Sotto il secondo aspetto, sorgono problemi di coordinamento tra la possibile vigenza indefinita del provvedimento cautelare e l'impedimento della decadenza. Secondo una prima opinione, la notificazione dell'atto introduttivo del procedimento cautelare varrebbe ad impedire la decadenza¹⁵⁵; mentre, secondo un diverso orientamento, che ricollega l'impedimento alla formazione del giudicato, sarebbe necessaria la proposizione della domanda di merito entro i termini, con la conseguenza che, ove il processo di merito non fosse instaurato, si realizzerebbe la decadenza e l'estinzione del potere a esercizio giudiziale¹⁵⁶.

Svolte queste premesse, resta, tuttavia, da individuare l'oggetto di tale azione. Se a instaurare il giudizio di merito è il ricorrente in sede cautelare, non vi sono in verità grossi problemi: egli esercita l'azione di mero accertamento, di condanna o costitutiva relativa al medesimo diritto interessato dal provvedimento cautelare anticipatorio, e che avrà indicato nel ricorso cautelare¹⁵⁷.

Più complessa è l'individuazione dell'oggetto del giudizio di merito nel caso in cui esso sia instaurato dal resistente in sede cautelare, perché la legge non indica in quale modo egli può rimuovere gli effetti anticipati dalla misura cautelare. Per raggiungere questo risultato, l'azione di merito instaurata

¹⁵⁵ R. CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in AA. VV., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, cit., c. 136, nota 3.

¹⁵⁶ In questo senso D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 84, ove rileva, con riguardo all'impedimento del verificarsi della decadenza, che «si dà il caso infatti che l'unico effetto sicuramente non anticipato (cioè il giudicato) è proprio quello che è essenziale al fine di ottenere il risultato previsto dalla legge»; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 87; C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1519.

¹⁵⁷ Cfr. E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 269; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 315. Sulla necessità dell'indicazione della domanda di merito nel ricorso cautelare, si rinvia al paragrafo 1, Capitolo IV.

dal resistente deve essere speculare a quella proposta in sede cautelare dal ricorrente¹⁵⁸, e potrà essere, anzitutto, un'azione di accertamento di un diritto incompatibile con quello posto a fondamento e oggetto del provvedimento cautelare¹⁵⁹; oppure un'azione di accertamento negativo del medesimo diritto¹⁶⁰. In quest'ultimo caso, i problemi riflettono quelli che, più in generale, sorgono in relazione allo stesso inquadramento in chiave di tipicità e atipicità delle azioni di accertamento negativo, e ai limiti di tali azioni, e altresì ai dubbi che si accompagnano ad esse in relazione ai crediti¹⁶¹ e alle azioni costitutive¹⁶².

¹⁵⁸ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 269-270.

¹⁵⁹ Cfr. E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, cit., p. 27, ove rileva che «in un primo gruppo di ipotesi la negazione dell'altrui diritto è la negazione di un limite al diritto proprio [...]». In tali ipotesi, l'ammissibilità dell'accertamento negativo può essere considerata come una forma di tutela giurisdizionale del diverso diritto del quale si dichiara la mancanza di limiti».

¹⁶⁰ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 270; A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, p. 426 ss.; C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1520, ove osserva che «La causa di merito, che il già resistente cautelare promuove, altro non può essere se non la stessa (*rectius*: la più prossima, poiché il *petitum* c.d. immediato sarà diverso) causa di merito che avrebbe intentato il ricorrente che ha ottenuto la misura cautelare a parti invertite: ossia un'azione di accertamento negativo». Secondo, invece, G. OLIVIERI, *Riforma del procedimento cautelare, reclamabilità dell'inibitoria e opposizione all'esecuzione*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 23 ss., p. 36, la domanda che inizia il giudizio di merito, da chiunque proposta, «non è una domanda di accertamento negativo della pretesa del ricorrente, ma soltanto la richiesta di una pronuncia a cognizione piena su quella stessa domanda, allo scopo di ottenere una pronuncia idonea a produrre l'autorità del giudicato».

¹⁶¹ Sulla questione dell'ammissibilità della azione di accertamento negativo, si vedano, senza pretesa di completezza, L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, p. 92 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, p. 37 ss.; E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1064 ss.; V. TAVORMINA, *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 233 ss.

¹⁶² C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1520, quando osserva che «se però l'azione che voleva proporre l'attore (*rectius*: i cui risultati egli vuole cautelarmene anticipati) era di tipo costitutivo, la corrispondente e simmetrica azione di accertamento negativo, dal punto di vista dogmatico, si fa un po' fatica non solo ad am-

Per quanto concerne i primi dubbi, tuttavia, essi devono, a mio avviso, essere superati, sulla base di due considerazioni. Da un lato, infatti, l'ambito dei diritti di credito rappresenta una delle ipotesi nelle quali più frequentemente si hanno provvedimenti cautelari strutturalmente anticipatori, e dall'altro, il resistente non pare avere a disposizione altri strumenti per far valere l'ingiustizia del provvedimento cautelare e la cessazione degli effetti anticipati che quello dell'azione di merito di accertamento negativo¹⁶³.

Molte difficoltà sorgono nell'individuazione della speculare azione di merito che il convenuto deve istaurare nel caso in cui il provvedimento cautelare abbia anticipato gli effetti di una sentenza costitutiva. In questo caso, infatti, risulta difficile profilare una corrispondente azione di accertamento negativo. Ma al di là dei problemi di configurazione del *thema decidendum*, anche in questo caso si deve rilevare come il processo di merito di accertamento negativo potrebbe rappresentare l'unico strumento a disposizione del resistente per porre fine agli effetti anticipati attraverso il provvedimento cautelare¹⁶⁴.

metterla, ma anche solo a pensarla perché, a fronte di un'azione di (vero) annullamento, è difficile profilare quale sia la corrispondente azione di accertamento negativo»; M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 193, nota 81, ove rileva che il tema dell'accertamento negativo del diritto fatto valere dal ricorrente in sede cautelare, già molto complesso e delicato, è «ancora più drammatico nell'eventualità che l'attore abbia prospettato, già in sede cautelare, la futura proposizione di una domanda volta ad ottenere un accertamento costitutivo. È ben noto, infatti, che notevoli difficoltà si incontrano nella ricostruzione logica dell'accertamento negativo di un diritto potestativo ad una modificazione giuridica».

¹⁶³ Come rileva A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, cit., p. 1185, nota 24, l'interesse ad agire sarà integrato dall'esistenza del provvedimento cautelare anticipatorio.

¹⁶⁴ Coglie questo aspetto, Cfr. D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 87, ove giustamente rileva che si tratta di un'azione di «accertamento negativo *sui generis* perché non si basa su di un "vanto" o sul generico interesse ad ottenere certezza, ma sulla ben più concreta necessità di rimuovere un provvedi-

Per quanto concerne la distribuzione dell'onere della prova¹⁶⁵, la dottrina pare concorde nel ritenere che non vi sia alcuna sua inversione per il fatto che il giudizio sia instaurato dal resistente¹⁶⁶. La ripartizione della prova avviene dunque in base alla posizione sostanziale delle parti, e la circostanza

mento, che, in mancanza, continuerebbe a produrre i suoi effetti pregiudizievoli»; in senso analogo, anche G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 342 s., il quale sottolinea che l'instaurazione del giudizio di merito, da parte del soggetto che subisce la misura cautelare, non tende semplicemente ad eliminare una situazione di incertezza dalla quale possa derivargli un danno (come avviene nelle azioni di accertamento negativo), bensì ad ottenere la rimozione dello stesso provvedimento e delle eventuali conseguenze negative derivatane; così anche G. OLIVIERI, *Riforma del procedimento cautelare, reclamabilità dell'inibitoria e opposizione all'esecuzione*, cit., p. 36, secondo cui si tratta principalmente «(nella prospettiva che si può immaginare più frequente)» di un'azione diretta ad ottenere «una sentenza che dichiari inesistente il diritto a cautela del quale era stata concessa la misura o che comunque sia in grado di produrne l'inefficacia»

¹⁶⁵ Sulla distribuzione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo, si vedano i classici contributi di G.A. MICHELLI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 386 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Milano, 1974, p. 522 ss.

¹⁶⁶ A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., p. 412 ss., che sottolinea come in tutte le azioni di accertamento negativo l'attore non sia onerato dei fatti costitutivi del diritto del convenuto; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 89; C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, cit., p. 1521; D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 87; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1190; P. BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 563 ss., p. 568, nota 12; M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 193; E. DALMOTTO, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile. Commentario diretto da S. Chiarloni*, II, cit., p. 1267 s.; L. GUAGLIONE, *Il nuovo processo cautelare*, Napoli, 2006, p. 153 s.; F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 223; G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 342 s.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 19° ed., cit., p. 247, nota 42°; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 316; E. MARI-NUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., a p. 270. La dottrina pare dunque avere risolto i dubbi segnalati da A. PROTO PISANI, in AA. VV., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, cit., c. 93, che si domanda, laddove il processo di merito sia iniziato dal resistente, se «l'onere della prova graverà su questi, che sarà tenuto quindi al gravissimo onere di provare l'insussistenza del diritto già accertato esistente a livello di *fumus*, o invece – come sarebbe più ragionevole ma può essere difficile ritenere in assenza di una norma espressa – sul convenuto formale che ha richiesto e ottenuto il provvedimento cautelare anticipatorio?»; v. anche ID., *Verso la residualità dei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 58 ss.

che sia stato ottenuto un provvedimento cautelare che anticipa gli effetti della sentenza non rileva¹⁶⁷. Di conseguenza, il ricorrente deve provare i fatti costitutivi del suo diritto, che è stato oggetto di cautela, mentre il resistente è onerato della prova dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi del medesimo diritto¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Cfr. tuttavia M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 193, secondo cui la circostanza che il ricorrente abbia già fornito piena prova del proprio diritto in sede cautelare non consente che il successivo giudizio di merito si risolva solo in una sorta di *provocatio ad probandum*.

¹⁶⁸ Una parte della dottrina ha paragonato, dal punto di vista dell'onere della prova, la sequenza tra la misura cautelare anticipatoria e il processo di merito a quella tra procedimento di ingiunzione e opposizione: v. F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 223, quando parlano, espressamente, di *provocatio ad probandum*; G. BALENA, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 345; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 316 e 317; M. COMASTRI, *Commento all'art. 669-octies*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 193; G. OLIVIERI, *Riforma del procedimento cautelare, reclamabilità dell'inibitoria e opposizione all'esecuzione*, cit., p. 36 s.

CAPITOLO IV

GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

SOMMARIO: 1. Gli effetti della sentenza anticipabili in sede cautelare e la necessaria indicazione della domanda di merito nel ricorso. - 2. L'anticipazione degli effetti delle sentenze di condanna e l'attuazione del provvedimento cautelare. - 3. (*Segue*) L'attuazione del provvedimento cautelare contenente un obbligo di *facere* infungibile o di non fare e le misure di coercizione indiretta recentemente introdotte nel codice di procedura civile. - 4. La questione dell'anticipazione degli effetti delle sentenze di mero accertamento. Il problema dell'interesse ad agire e del *periculum in mora*. - 5. Il problema dell'anticipazione degli effetti delle sentenze costitutive.

1. - *Gli effetti della sentenza anticipabili in sede cautelare e la necessaria indicazione della domanda di merito nel ricorso.*

Si è visto come nei provvedimenti cautelari l'anticipazione avviene con la produzione, sul piano sostanziale, degli effetti della sentenza, attraverso la quale viene fornita al ricorrente quella stessa utilità che gli fornirebbe la pronuncia di merito definitiva¹. È venuto il momento di precisare quali siano gli effetti della sentenza che il provvedimento cautelare è idoneo ad anticipare, problema che il legislatore non affronta e che dunque è compito degli interpreti risolvere.

¹ Si rinvia, sul punto, ai paragrafi 2 e 9, Capitolo I, e al paragrafo 5, Capitolo III.

Il punto di partenza per procedere a tale individuazione è rappresentata dal limite funzionale che si è riconosciuto all'anticipazione: il provvedimento, per essere considerato anticipatorio, deve fornire la stessa utilità sostanziale della sentenza. Tale limite è imposto dalla possibilità che gli effetti del provvedimento, sul piano sostanziale, regolino i rapporti tra le parti in modo potenzialmente stabile e per un tempo indefinito². Per verificare se il limite sia rispettato, è necessario poter individuare già in sede cautelare la pretesa che il ricorrente farebbe valere in sede di giudizio di merito. Per questo motivo, a mio avviso, deve riconoscersi in capo al ricorrente in sede cautelare l'obbligo di indicare la domanda di merito anche nel caso in cui sia richiesto un provvedimento anticipatorio³. Con riguardo a quest'ultimo, anzi, tale indicazione risulta necessaria proprio al fine di

² Sul punto si rimanda al paragrafo 2, Capitolo III.

³ Per la necessità di individuare la futura causa di merito anche nell'ipotesi di provvedimenti cautelari che godono della regola della strumentalità attenuata, si veda, in giurisprudenza, Trib. Trani, 20 luglio 2007, in *www.judicium.it*, con nota di V. AMENDOLAGINE, *I caratteri di ultrattività, strumentalità e residualità della tutela cautelare d'urgenza rispetto al giudizio di merito*. Il Tribunale afferma espressamente che «Le recenti modifiche introdotte al procedimento cautelare uniforme, e segnatamente all'art. 669-octies, sesto comma, c.p.c., pur contemplando l'ultrattività del provvedimento cautelare, rendendo eventuale e non necessario il giudizio di merito, non significano necessariamente che tra il giudizio stesso, sia pure eventuale, e la tutela cautelare non debba continuare a sussistere un rapporto di funzionalità e strumentalità, risultando quest'ultima soltanto "attenuata" ma non superata. Infatti, anche a voler ritenere che il legislatore abbia inteso introdurre una procedura del tutto innovativa per il nostro ordinamento, in virtù della quale è possibile ottenere un provvedimento cautelare a seguito di una sommaria delibazione del diritto vantato, di carattere anticipatorio rispetto alla pronuncia a cognizione piena, ed anzi, assolutamente svincolato da quest'ultima, si ritiene necessario che l'azione di merito risulti comunque indicata, quanto meno al fine di valutare la fondatezza del *fumus boni iuris*, apparendo inammissibile la presentazione di una richiesta d'urgenza senza indicare il diritto in base al quale viene ad essere invocata, a prescindere dalla possibilità che la domanda di giustizia rimanga assorbita dalla sola pronuncia anticipatoria». In dottrina, si vedano D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 79; M. COMASTRI, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, cit., p. 186; E. DALMOTTO, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile. Commentario* diretto da S. Chiarloni, II, cit., p. 1264; S. DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, cit., p. 135 s. e 308; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 13 ss.; A. SALETTI, *Le misure cautelari*

tale indicazione risulta necessaria proprio al fine di individuare la natura anticipatoria o conservativa del provvedimento medesimo; questa finalità comporta, a mio parere, che all'indicazione deve essere riconosciuto un valore fondamentale⁴ che trascende l'esigenza di individuare il giudice competente, la quale, spesso, è posta dalla dottrina come fondamento dell'obbligo di indicare la domanda di merito.

Sulle conseguenze della mancata indicazione, la prassi non fornisce indicazioni univoche, registrandosi sostanzialmente due orientamenti: l'uno,

a strumentalità attenuata, cit., p. 303; Trib. Milano, 5 giugno 2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 1278 ss., con nota di R. GIORDANO, *Contenuto dei ricorsi cautelari ante causam e strumentalità c.d. attenuata*; e con riferimento alla strumentalità attenuata del rito societario, Trib. Rovereto, 14 giugno 2004, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 596 ss., con nota di M. FALASCHI, *Nuovo rito societario e strumentalità della tutela cautelare proposta ante causam*; nonché, in *Giur. merito*, 2004, p. 2481 ss., con nota di C. PEDRELLI, *Sulla necessità di individuare la domanda di merito nel cautelare ante causam proposto secondo il nuovo rito societario*; G. FRUS, *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 668 s. *Contra*, P. BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, cit., p. 567; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 4° ed., vol. II, Padova, 2007, p. 363; ID., *Il processo nelle controversie societarie ed assimilate*, Padova, 2004, p. 42, secondo cui «essendo venuto meno l'onere di instaurare la controversia ordinaria entro un termine perentorio a pena di inefficacia del provvedimento cautelare, il "preannuncio" della futura domanda di merito diventa del tutto superfluo, mentre resta la necessità di motivare adeguatamente in fatto e in diritto il ricorso».

⁴ Ciò non significa, tuttavia, che il rispetto di tale requisito debba valutarsi in modo eccessivamente formalistico, potendo esso risultare soddisfatto ogni qual volta sia possibile ricavare dal ricorso l'individuazione della domanda di merito, anche in mancanza di una vera e propria formalizzazione delle conclusioni di merito. Sul punto, si vedano Trib. Ivrea, 16 ottobre 2007, in *Juris data on line*, il quale, pur affermando la necessità che il ricorso cautelare contenga l'esatta individuazione della domanda di merito, con riferimento al *petitum* e alla *causa petendi*, ritiene che tale indicazione può essere desunta anche implicitamente dal contenuto del ricorso medesimo; Trib. Palmi, 28 marzo 2007, in *Juris data on line*, secondo cui «l'obbligo di enunciazione non deve essere inteso in modo eccessivamente formalistico, non essendo necessario che il ricorrente articoli in modo esplicito le conclusioni della futura azione a cognizione piena, risultando, piuttosto, sufficiente che le indicazioni contenute nel ricorso siano idonee a consentire alla controparte ed al giudice di avere chiara contezza dei fatti dedotti e della prospettazione giuridica cui sono funzionali»; Trib. Milano, 28 gennaio 2002, in *Riv. critica dir. lav.*, 2002, p. 365 ss.; Trib. Monza, 24 gennaio 2000, in *Il dir. ind.*, 2000, p. 253 ss.

per il quale il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile⁵, l'altro secondo cui la sanzione da applicare sarebbe quella della nullità⁶. A mio avviso, più corretto appare quest'ultimo orientamento. Come detto, il requisito dell'indicazione della domanda di merito, infatti, è strettamente legato alla funzione del provvedimento cautelare anticipatorio e consente di individuare gli effetti di cui si chiede l'anticipazione. La sanzione della nullità, con la possibilità di sanare o integrare l'elemento mancante, attraverso l'applicazione delle regole ordinarie in tema di integrazione e rinnovazione degli atti viziati, mi sembra sia più coerente con la funzione che deve riconoscersi a questo requisito di forma⁷.

Prima di affrontare la questione di quali siano gli effetti anticipabili con riguardo alle singole azioni, di accertamento, di condanna e costitutive, è opportuno domandarsi, in generale, se gli effetti anticipabili siano solo quelli principali o anche quelli secondari.

⁵ In giurisprudenza, in questo senso, si vedano Trib. Modena, 13 settembre 2007, in *Juris data on line*; Trib. Torino, 7 maggio 2007, in *Diritto e Giustizia*, 2007; Trib. Torino, 23 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 1834 ss.; Trib. Roma, 14 giugno 2001, in *Il lavoro nella giur.*, 2001, p. 1196 ss.; Trib. Catania, 26 agosto 1993, in *Giur. merito*, 1995, p. 405 ss. In dottrina, nel senso dell'inammissibilità del ricorso, L. QUERZOLA, *Il contenuto del ricorso cautelare: brevi spunti tratti dalla giurisprudenza successiva alla riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 647 ss.

⁶ Trib. Ivrea, 16 ottobre 2007, cit.; Trib. Palmi, 28 marzo 2007, cit.; Trib. Parma, 18 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 2, c. 1163 ss.; Trib. Trieste, 24 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1851 ss.; Trib. Napoli, 30 aprile 1997 e Pret. Vallo della Lucania, 19 marzo 1997, entrambe in *Giur. merito*, 1998, p. 674 ss.; Trib. Potenza, 29 marzo 1995 e Trib. Rovigo, 7 marzo 1994, entrambe in *Giur. merito*, 1995, p. 405 ss.

⁷ Così L. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, cit., p. 383 e 384. In tal senso, cfr. Trib. Palmi, 28 marzo 2007, cit., il quale afferma che «è consentito al giudice della cautela di far sanare il vizio invitando il ricorrente ad integrare o specificare l'originaria prospettazione mediante deduzione a verbale o deposito di memoria, ferma restando ovviamente la garanzia del diritto di difesa del resistente». Per un approfondimento di queste tematiche, si rinvia a M. CIRULLI, *Contenuto, nullità e sanatoria del ricorso cautelare ante causam*, in *Giur. merito*, 1994, p. 1007 ss.

È nota la distinzione tra le due categorie: i primi sono gli effetti che formano specifico oggetto della domanda e della decisione, e che si identificano con il risultato utile che la parte si prefigge di raggiungere con il provvedimento giurisdizionale; mentre gli effetti secondari sono quelli che la legge ricollega alla sentenza a prescindere dal fatto che siano stati oggetto, o no, di domanda e di apposita pronuncia del giudice⁸.

Come rilevato da autorevole dottrina, il provvedimento cautelare è idoneo a realizzare l'anticipazione dei soli effetti principali, sulla base del rilievo per cui, se il giudice anticipasse gli effetti secondari, egli si sostituirebbe al legislatore modificando la fattispecie normativa alla quale l'effetto secondario è ricollegato⁹.

Se tale conclusione sembra generalmente ammessa per quanto concerne uno degli effetti secondari più rilevanti, vale a dire l'iscrizione di ipoteca giudiziale, qualche incertezza si accompagna all'ammissibilità che con il

⁸ Per la distinzione tra effetti principali ed effetti secondari della sentenza civile e degli altri provvedimenti giurisdizionali, si veda E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, cit., p. 49 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4° ed., (rist.), Milano, 1984, p. 404; ID., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 7° ed., cit., p. 257. Secondo la tesi di Liebman (la quale è generalmente condivisa: tra gli altri, v. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 65; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 615), gli effetti secondari «o indiretti» sono quelli che la legge dispone «come conseguenza immediata e automatica» di taluno degli effetti principali e seguono ex lege al prodursi dell'effetto principale a cui accedono. Anche gli effetti principali si producono perché disposti dalla legge, ma, a differenza degli effetti secondari, si producono nell'area di applicazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e, per questo, devono essere riferiti a un'apposita domanda e a un'apposita pronuncia del giudice. Gli effetti secondari, invece, sono prodotti a prescindere da ciò, e devono quindi considerarsi effetti accessori e necessariamente consequenziali a quelli principali. Diversa impostazione degli effetti secondari è stata proposta da P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, p. 251 ss., secondo il quale gli effetti principali sarebbero quelli voluti dal giudice e quelli secondari gli effetti scaturenti dalla sentenza per volontà della legge e non del giudice.

⁹ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 244 ss.

provvedimento d'urgenza possa ordinarsi la cancellazione dell'ipoteca giudiziale o della trascrizione della domanda giudiziale. Sul punto si tornerà nel paragrafo successivo.

2. - L'anticipazione degli effetti delle sentenze di condanna e l'attuazione del provvedimento cautelare.

L'idoneità del provvedimento cautelare ad anticipare gli effetti delle sentenze di condanna è sempre stata riconosciuta in modo pacifico ed anzi la tutela di condanna rappresenta il campo privilegiato di applicazione della tecnica dell'anticipazione, non solo in sede cautelare.

Quanto si parla di effetti della sentenza di condanna si fa riferimento in primo luogo a quello esecutivo che, come è noto, consiste nell'attribuzione alla parte vittoriosa del potere di conseguire la realizzazione coattiva del suo diritto indipendentemente dalla cooperazione volontaria dell'obbligato. È opportuno precisare che il provvedimento cautelare anticipa la sanzione esecutiva, e non la sua realizzazione che è una vicenda ulteriore e su cui si tornerà tra breve.

Si è già detto che il provvedimento non è idoneo ad anticipare l'effetto secondario della sentenza di condanna rappresentato dall'iscrizione della ipoteca giudiziale, dal momento che tale provvedimento non rientra tra quelli ai quali l'art. 2818 c.c. espressamente subordina l'iscrizione.

Qualche dubbio è sorto invece con riguardo alla possibilità che il provvedimento contenga l'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale o la cancellazione di una iscrizione ipotecaria illegittima.

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Ai sensi dell'art. 2668 c.c. la prima è subordinata all'ordine impartito con sentenza passata in giudicato¹⁰, mentre la seconda può ottenersi, oltre che con l'ordine impartito nella sentenza passata in giudicato ex art. 2883 c.c., anche in forza del consenso espresso dalla controparte ai sensi dell'art. 2882 c.c.

Date le condizioni alle quali espressamente la legge subordina la cancellazione, non sembrerebbe ammissibile che alla medesima si proceda con un provvedimento cautelare. Tuttavia, l'esigenza di tutela del soggetto contro cui sono avvenute la trascrizione e l'iscrizione ha indotto una parte della giurisprudenza ad ammettere la cancellazione delle ipoteche nel caso in cui siano iscritte sulla base di provvedimenti a ciò inidonei¹¹; la riduzione di ipote-

¹⁰ Ricordo che il Trib. Verona, 9 marzo 2001, in *Corr. giur.*, 2001, p. 924 ss., con commento di R. CONTE, *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domande icu oculi infondate e incostituzionalità dell'art. 2668 cod. civ.*, ha sollevato la questione della illegittimità costituzionale dell'art. 2668 c.c. nella parte in cui non consente che la cancellazione delle trascrizioni delle domande giudiziali avvenga con provvedimento d'urgenza. La censura di illegittimità è stata, tuttavia, dichiarata inammissibile con ordinanza dalla Corte costituzionale: Corte cost., 6 dicembre 2002, n. 523, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1972 ss. e in *Danno e resp.*, 2003, p. 250 ss., con nota di A. PALMIERI.

¹¹ Cfr. Trib. Bari, 13 maggio 2005 (ord.), in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 186 ss., con nota di M.P. FUIANO, *Sul provvedimento d'urgenza per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'iscrizione ipotecaria*; secondo il tribunale, il giudice ordinario può, con provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., ordinare al concessionario per la riscossione delle imposte di cancellare l'ipoteca iscritta illegittimamente (nel caso di specie, l'ipoteca era stata iscritta sulla base di una cartella esattoriale non esecutiva); Trib. Milano, 17 ottobre 1999 (ord.) e Trib. Milano, 25 luglio 2000, n. 357 (ord. coll.), entrambe pubblicate in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 873 ss., con approfondita nota di T. PEZZANI, *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione e l'ipoteca giudiziale*; con la prima pronuncia i giudici hanno ordinato la cancellazione di una ipoteca giudiziale iscritta sulla base di un'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 186-*quater* c.p.c. e con la seconda hanno confermato il provvedimento; Trib. Milano, 7 agosto 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 524 ss., con nota di R. CONTE, *Provvedimento d'urgenza ed obbligo di cancellazione di formalità ipotecarie a seguito di riforma della sentenza di condanna*; Trib. Crema, 8 marzo 1982, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, p. 311 ss., con nota critica di N. SALANITRO, *Riduzione e cancellazione d'ipoteca con provvedimento d'urgenza. Contra*, Trib. Alba, 14 maggio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3211 ss; Trib. Bari, 4 giugno 2005 (ord.), in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 187 ss. (con nota di M.P. FUIANO, *Sul provvedimento d'urgenza per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'iscrizione ipotecaria*, cit.), secondo cui è inammissibile il ricorso cautelare ex art. 700

che iscritte per un valore eccessivo¹², ed infine la cancellazione della trascrizione di domande giudiziali non contemplate dagli artt. 2652 e 2653 c.c. tra quelle trascrivibili¹³. In tali ristretti limiti, la possibilità di incidere sul regime

c.p.c. con il quale si chiede al giudice di ordinare alla controparte di cancellare un'iscrizione ipotecaria.

¹² Cfr. Trib. Bari, 4 giugno 2005 (ord.), cit., (con nota di M.P. FUIANO, *Sul provvedimento d'urgenza per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'iscrizione ipotecaria*, cit.) secondo cui è, in linea di principio, possibile disporre con provvedimento d'urgenza la riduzione dell'ipoteca, anche se, nel caso di specie, è stata negata perché il ricorrente non ha indicato con precisione i limiti e l'ambito della richiesta; Trib. Vallo della Lucania, 17 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, c. 2071 ss., con nota di M. ALTIERI, *Brevi note in tema di riduzione d'urgenza dell'ipoteca «eccessiva»*; App. Lecce, 28 aprile 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 306 ss., con nota di A. RONCO, *Distonie fra cautele processuali ed extraprocessuali in tema di restrizione e di cancellazione d'ipoteca*; Trib. Lecce, 12 dicembre 1994, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 306 ss.; Pret. Lecce, 13 gennaio 1993, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 305 ss. *Contra*, nel senso dell'inammissibilità della riduzione disposta con provvedimento cautelare d'urgenza, Trib. Roma, 7 aprile 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 614 ss.

¹³ Trib. Mantova, 18 settembre 2008, pubblicata sul sito *www.ilcaso.it*, secondo cui può ordinarsi, con provvedimento emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., la cancellazione della trascrizione della domanda di risoluzione di contratto preliminare di vendita di immobile stipulato mediante scrittura privata non autenticata atteso che l'eseguita trascrizione riguarda una domanda non compresa fra le ipotesi di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c. e che l'art. 2668 c.c. è norma di carattere eccezionale; Trib. Bari, 7 luglio 2005 (ord.) e Trib. Foggia, 20 settembre 2004 (ord.), entrambe pubblicate in *Giusto proc. civ.*, p. 187 ss. (e annotate da M.P. FUIANO, *Sul provvedimento d'urgenza per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'iscrizione ipotecaria*, cit.), secondo le quali col provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. può ordinarsi alla parte di cancellare la trascrizione illegittima di domanda giudiziale non contenuta nella tassativa elencazione di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.; Trib. Milano, 1 dicembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, c. 308, che, pur confermando Trib. Milano, 17 novembre 2003, *ivi*, che aveva negato la tutela richiesta, ha precisato che la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale, ordinata ex art. 700 c.p.c. non all'Ufficio del Territorio, ma alla parte personalmente, è ammissibile quando la trascrizione medesima è avvenuta fuori dalle ipotesi tassativamente previste dalla legge, ovvero in modo abusivo, ovvero in assenza di un idoneo titolo; Trib. Milano, 24 gennaio 2001 (ord.) e Trib. 22 febbraio 2001 (ord. coll.), entrambe pubblicate in *Giur. it.*, I, c. 1155 ss. (con la seconda i giudici hanno confermato l'esperibilità del rimedio ex art. 700 c.p.c. per la cancellazione della trascrizione abnorme ammesso dalla prima ordinanza; Trib. Roma, 29 dicembre 1998 (ord.), in *Foro it.*, I, 2000, p. 1325 ss., con nota di B. GAMBINERI, secondo cui «è ammissibile il ricorso alla tutela urgente ex art. 700 c.p.c. per ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale che, atteso il suo contenuto contrario ad ogni previsione normativa, deve essere ritenuta utilizzazione abusiva del diritto di azione, da portare alla stregua di un mero atto emulativo»; Trib. Roma, 19 settembre 1995 (ord.), in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1239 ss., con nota di E. PICCOZZA, *Sull'ammissibilità di*

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

pubblicitario è stata giustificata da una parte della dottrina, in virtù dell'esigenza di sopperire ad una evidente lacuna nella tutela del soggetto che subisce l'iscrizione o la trascrizione¹⁴.

Infine, è pacifico che il provvedimento cautelare non sia idoneo ad anticipare quell'ulteriore effetto secondario della sentenza di condanna rappresentato dalla modificazione dell'eventuale prescrizione breve in prescrizione ordinaria decennale¹⁵. Tale effetto, infatti, è subordinato dall'art. 2953 c.c. al passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

*un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che disponga la cancellazione della trascrizione di domande giudiziali di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., con la quale i giudici hanno ritenuto «ammissibile un provvedimento cautelare d'urgenza che, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., ordini la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale resa art. 2652 e 2653 c.c., nei limiti della parte in cui il valore dei beni trascritti superi notevolmente il valore del credito per cui si agisce», essendo, in tal caso, secondo i giudici, insufficiente il rimedio del risarcimento del danno. Contra, nel senso che con il provvedimento cautelare d'urgenza non sarebbe possibile ordinare la cancellazione della trascrizione, Trib. La Spezia, 26 agosto 2004 e Trib. La Spezia, 28 settembre 2004, entrambe in *Giur. it.*, 2005, c. 1482 ss., con nota di BARALE; Trib. Milano, 17 novembre 2003, cit.; Trib. Rimini, 29 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2002, I, p. 1245 ss.; Trib. Verona, 9 marzo 2001, cit.; Trib. Modena, 11 giugno 1999, in *Giur. it.*, 2000, c. 1645 ss.; Trib. Torino, 30 marzo 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 1105, con nota di G. CANALE; App. Venezia, 29 agosto 1980, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 458 ss., con nota di E. SIMONETTO, «Cancellazione» di trascrizione ottenuta su titolo inesistente.*

¹⁴ L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., in Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA -A. SALETTI, 3° ed., cit., p. 249 ss., p. 282, ove rileva che l'ordinamento non appresta idonei strumenti a cancellare iscrizioni ipotecarie effettuate sulla base di titoli inidonei o trascrizioni di atti introduttivi di controversie non contemplate negli artt. 2652 e 2653 c.c., o trascrizioni di domande giudiziali che, pur rientrando tra quelli trascrivibili, risultano palesemente infondate nel merito. Su quest'ultimo aspetto, si veda Trib. Milano, 24 gennaio 2001 (ord.), cit., secondo cui «è ammissibile con provvedimento d'urgenza ordinare all'attore, che abbia trascritto una domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. per ottenere il trasferimento della proprietà di un immobile ovvero di revocatoria ordinaria, di provvedere immediatamente alla cancellazione di tale formalità laddove le domande da lui formulate appaiano manifestamente infondate».

¹⁵ Cfr. A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, cit., p. 309; D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 84; E. DALMOTTO, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile. Commentario* diretto da S. Chiarloni, II, cit., p. 1265; L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 284.

Abbiamo in più occasioni chiarito come l'anticipazione, per essere realmente tale e fornire la medesima utilità sostanziale che fornirebbe la sentenza di merito, debba comportare il soddisfacimento della pretesa con il conseguimento del bene in modo equipollente a quello che avverrebbe in sede di esecuzione forzata. È ora opportuno accennare brevemente alle modalità attraverso le quali la realizzazione della pretesa avviene in sede cautelare, per verificare se esse siano in effetti idonee a realizzare coattivamente la pretesa con efficacia analoga a quella che consegue alla sentenza di condanna: l'attuazione-esecuzione dei provvedimenti cautelari avviene, infatti, con le modalità specifiche stabilite dall'art. 669-*duodecies* c.p.c., in parte diverse da quelle previste in generale per le sentenze¹⁶.

¹⁶ È nota, al riguardo, la costruzione elaborata da E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., secondo la quale nel giudizio cautelare «le fasi e i momenti in cui l'organo conosce e quelli in cui eseguisce si seguono, senza soluzione di continuità, in un unico procedimento», il quale, di conseguenza, sarebbe da configurare come «un procedimento misto di cognizione e d'esecuzione» (op. cit., p. 248). La maggior parte della dottrina aderisce a tale tesi e ritiene che essa sia confermata dall'art. 669-*duodecies* c.p.c. introdotto nel 1990: L. MONTESANO, *Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 935 ss., spec. p. 936 s.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 57 ss., spec. c. 84; ID., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 364; A. SALETTI, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 443 ss., p. 453 ss.; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 2° ed., cit., p. 1177 s.; C. BALBI, *Provvedimenti d'urgenza voce*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 73 ss., a p. 121; G. GIUSTI, *La disciplina del procedimento cautelare nella riforma del processo civile*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 379 ss., a p. 396 e 397; P. POTOTSCHNIG, *L'esecuzione dei sequestri*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA - A. SALETTI, cit., p. 577 ss.; ID., *Commento all'art. 75 della legge 26 novembre 1990, n. 353*, in AA. VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di G. TARZIA-F. CIPRIANI, Padova, 1992, p. 422; M. GIORGETTI, *L'exécution des mesures provisoires et les voies de recours contre cette exécution*, in AA. VV., *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, diretto da J. Van Compernelle e G. Tarzia, Bruxelles, 1998, p. 279 ss., a p. 281; G. TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, cit., p. 555 ss., spec. p. 557.

La ricostruzione di Liebman, soprattutto dopo l'introduzione del rito cautelare uniforme e dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. è stata oggetto di critiche provenienti da una parte della dottrina, tese ad un superamento della c.d. unità del procedimento cautelare. Sul punto si

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Per quanto concerne l'attuazione dei provvedimenti cautelari aventi ad oggetto somme di denaro, l'art. 669-*duodecies* richiama le regole contenute negli «artt. 491 ss., in quanto compatibili», dunque le norme del codice di procedura dettate in tema di esecuzione. Ciò significa che l'attuazione di tali provvedimenti avviene nelle forme dell'espropriazione forzata nelle sue diverse tipologie previste dal libro terzo¹⁷. Il richiamo, oltre ad essere giustificato dal rilievo che non sembrerebbero concepibili forme soddisfattive di crediti pecuniari che si svolgano con modalità diverse da quelle previste dal libro terzo¹⁸ e dall'esigenza di garantire il diritto di difesa dell'obbligato e dei terzi

vedano, E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, p. 82 ss.; C. CECHEL-
LA, *Attuazione del provvedimento cautelare*, in R. VACCARELLA-B. CAPPONI-C. CECHELLA, *Il
processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 382 e 383; ID., *Il processo cautelare*, Torino, 1997,
p. 164 ss.; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 260 ss.; F.P.
LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 234 ss., ove esplicitamente afferma che «la
fase dell'attuazione è chiaramente distinta dalla fase di concessione» e questo per due ragio-
ni: «anzitutto perché può non esserci: ciò quando la controparte, di fronte al provvedimento,
spontaneamente si adegua. In secondo luogo perché comporta (quando si rende necessario)
un intervento diverso da quello della concessione (cioè un intervento di adeguamento della
realtà materiale al precetto contenuto nel provvedimento)»; ID., *Considerazioni e proposte su
impugnazioni e procedimenti cautelari*, in AA. VV., *La riforma del processo civile*, Padova, 1992, p.
272 ss., p. 280 e 281; R.G.A. FRASCA, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, in AA. VV., *La tute-
la sommaria. La tutela sommaria cautelare. La tutela sommaria non cautelare*, in *Quaderni del Consi-
glio Superiore della Magistratura*, n. 106, 1999, I, p. 277 ss., a p. 281 s.

¹⁷ Cfr. F. TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della legge 26 novembre 1990, n. 353*, cit.,
p. 106; B. CAPPONI, *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al paga-
mento di somme di denaro*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 88 ss. (ora anche in ID., *Studi sul processo di
espropriazione forzata*, Torino, 1999, p. 363 ss.).

¹⁸ Cfr. F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 236, ove rileva come
nell'espropriazione vi sono dei «momenti ontologicamente necessari (individuazione dei
beni del debitore; trasformazione dei beni in una somma di denaro; distribuzione della
somma ricavata), che non possono essere evitati neppure nel caso che l'attuazione sia conse-
guente ad un provvedimento cautelare». Sottolineano che il richiamo alle norme
sull'espropriazione forzata risponda anche all'esigenza di rinvenire forme certe, idonee a di-
sciplinare le complesse attività necessarie alla trasformazione dei beni dell'obbligato in de-
naro, G. GIUSTI, *La disciplina del procedimento cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p.
396; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit., c. 83.

eventualmente coinvolti¹⁹, risponde soprattutto alla fondamentale esigenza di garantire, anche nell'attuazione del provvedimento cautelare, il rispetto della *par condicio creditorum*²⁰.

Peraltro, il mancato richiamo alle norme contenute nel Titolo I del libro terzo, oltre a non comportare la necessità di ottenere la spedizione del titolo in forma esecutiva, né la notifica del precetto²¹, fa dubitare la maggior parte

¹⁹ G. VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 734 ss. e 745; B. CAPPONI, *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al pagamento di somme di denaro*, cit., a p. 114 ss.

²⁰ Se, infatti, il legislatore non avesse richiamato le norme in tema di espropriazione forzata si sarebbe corso il rischio di compromettere il principio della *par condicio creditorum*, perché il creditore in possesso del provvedimento cautelare sarebbe stato in posizione privilegiata, dato che avrebbe potuto agire con grande libertà e con le forme ritenute più idonee, rispetto, ad esempio, a un creditore munito di una sentenza coperta da giudicato, "costretto" alla forma del processo esecutivo. Sul punto, si vedano, G. VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, cit., p. 725 ss.; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 264 s.; F. TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della legge 26 novembre 1990*, n. 353, cit., p. 106; F.P. LUISO, in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 680; ID., *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 236; S. SATTI-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, (a cura di C. Punzi), 13° ed., Padova, 2000, p. 802; G. TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, cit., p. 567 e 568; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 19° ed., cit., p. 255, nota 60; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., cit., p. 659; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, 3° ed., III, Torino, 1999, p. 474; P. COMOGLIO, in P. COMOGLIO-C. FERRI-M. TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ed., Bologna, 1998, p. 387; C. CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 174; C. RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo procedimento cautelare*, in AA. VV., *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. TARUFFO, 1° ed., Torino, 1993, p. 477 ss., a p. 540; G. OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 730 ss., *Contra*, S. RECCHIONI, *I procedimenti cautelari*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, cit., p. 806 s.; C. DELLE DONNE, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Roma, 2005, p. 232 ss., spec. p. 255, il quale, valorizzando il più possibile la clausola di compatibilità contenuta nell'art. 669-duodecies c.p.c. e negando il valore di principio immanente dell'ordinamento del principio della *par condicio creditorum*, ritiene che «le norme strumentali alla realizzazione del concorso dei creditori e quelle che variamente lo presuppongono» sarebbero «incompatibili con l'attuazione degli ordini cautelari di pagamento e perciò ad essa non applicabili».

²¹ In questo senso, F. TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della legge 26 novembre 1990*, n. 353, cit., p. 106; A. SALETTI, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, cit., p. 458; G. GIUSTI, *La disciplina del procedimento cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 396. G. TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in AA. VV., *Il*

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

della dottrina della natura di titolo esecutivo dell'ordinanza cautelare²², anche se non mancano posizioni diverse che tale natura invece le assegnano²³, così come avviene, peraltro, in altri sistemi²⁴.

processo cautelare, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, cit., p. 560; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, p. 95 ss. e p. 152 s. Qualche dubbio esprime A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 362, che ritiene invece aperta la questione se il pignoramento debba essere o no preceduto dalla notificazione del titolo esecutivo e del precetto.

²² La questione, per la verità, ha perso parte della sua rilevanza, in quanto oggi vi è una disciplina normativa dell'istituto dell'attuazione: S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, (a cura di C. Punzi), 13° ed., cit., p. 802, secondo cui le scelte operate dal legislatore hanno risolto «ogni questione in ordine alla idoneità o meno del provvedimento cautelare a costituire titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c.»; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 95 ss. e p. 151 s.

L'esclusione della natura di titolo esecutivo era ed è fondata, per lo più, sulla considerazione che il provvedimento cautelare è munito di un'intrinseca esecutorietà e sulla premessa della ricostruzione in chiave strutturalmente unitaria del procedimento cautelare. In tal senso, si vedano, L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 118; ID., *Esecuzione dei provvedimenti d'urgenza ed esecuzione forzata per fare o disfare*, in *Temi romana*, 1967, p. 55 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., Milano, rist. 1966, p. 82; L. CALVOSA, *Il processo cautelare*, cit., p. 814; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966, p. 241 ss.; C. MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 16 ss.; R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, p. 189; E. PEDONI, *Intorno al modus exequendi dei provvedimenti interinali possessori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 693 ss., a p. 702; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700*, 2° ed., Padova, 1985, p. 313; più di recente, l'esclusione della natura di titolo esecutivo del provvedimento cautelare è stata ribadita da G. TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, cit., p. 561; A. TRINCHI, sub art. 474 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, II, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUISO, 3° ed. diretta da C. Consolo, cit., p. 3516 e 3517; S. RECCHIONI, *L'attuazione delle misure cautelari e le opposizioni esecutive*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, p. 25 ss., p. 31 ss.; C. CONSOLO-S. RECCHIONI, sub art. 669-duodecies c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, III, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUISO, 3° ed. diretta da C. Consolo, cit., p. 4840 s. Nel senso che il provvedimento cautelare non costituisca titolo esecutivo, perlomeno con riguardo alle misure non aventi ad oggetto somme di denaro, si veda Cass. 15 gennaio 2003, n. 481, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 573 ss., con nota adesiva di C. DELLE DONNE, *La Cassazione addossa al beneficiario di un provvedimento cautelare i costi del processo esecutivo intrapreso per ottenerne l'attuazione: finalmente un messaggio chiaro per l'attuazione cautelare?*.

²³ In tal senso, prima della riforma del 1990, si vedano G.A. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1955, p. 529; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, rist. 2° ed., I, Milano, 1955, p. 111; ID., *Diritto processuale civile*, rist. 2° ed., III, Milano, 1957, p. 95; M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni sog-*

CAPITOLO IV - GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Ma al di là di questo aspetto, le modalità con le quali è attuata la pretesa al pagamento di una somma di denaro contenuta nel provvedimento cautelare risultano del tutto equipollenti, in termini di efficacia, a quelle con le quali si esegue la sentenza di condanna²⁵.

gettive nel rapporto di lavoro, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1020 ss., a p. 1068, ove afferma espressamente che «il provvedimento d'urgenza è immediatamente esecutivo» e «ha implicito, per sua natura, il carattere di titolo esecutivo»; G. RICCIO, *In tema di esecuzione di provvedimenti cautelari*, in *Temi napoletana*, 1966, I, p. 183 ss., a p. 187; M. DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, 2° ed., Milano, 1957, p. 289 ss., e spec. p. 291; P. PAJARDI, *I provvedimenti d'urgenza atipici nel processo civile*, Milano, 1988, p. 32, secondo cui la libertà e discrezionalità nell'identificare le modalità esecutive del provvedimento cautelare innominato da parte del giudice cautelare «non deve far pensare che non si tratti di esecuzione forzata in senso proprio; diciamo piuttosto che è un'esecuzione forzata in senso speciale». Dopo la riforma, si veda E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 95 ss. e p. 145 ss., al quale si rinvia per più ampi riferimenti sulla questione; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 235, secondo il quale l'attuazione dei provvedimenti cautelari avviene secondo due alternative: le forme dell'esecuzione forzata per le misure cautelari aventi ad oggetto una somma di denaro e quelle dell'esecuzione in via breve per le misure contenenti un obbligo di fare o non fare. Le prime, secondo questa ricostruzione, costituirebbe un «normale titolo esecutivo».

²⁴ Come nell'ordinamento francese e in quello tedesco, nei quali il provvedimento cautelare costituisce titolo esecutivo.

²⁵ Cfr. A. SALETTI, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, cit., p. 458, ove afferma che l'attuazione di un provvedimento cautelare a contenuto pecuniario «mira a realizzare una situazione perfettamente identica a quella che si potrebbe ottenere con la successiva sentenza di condanna»; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 82 ss., spec. p. 90 s., il quale rileva come «l'esecuzione di una misura cautelare anticipatoria è sempre finalizzata a realizzare una situazione identica a quella che si potrebbe ottenere con la successiva sentenza di condanna» e che «la fase di attuazione coattiva di un provvedimento cautelare e quella di esecuzione forzata di una sentenza di condanna (o anche di un provvedimento anticipatorio che non abbia natura cautelare) non danno luogo, in sé considerate, a forme qualitativamente distinte di tutela» Nello stesso senso anche A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 260 ss. Anche dal punto di vista della stabilità degli effetti, la dottrina ha osservato come l'esecuzione di un provvedimento cautelare anticipatorio e quella di una sentenza di condanna non sembrano differenziarsi: G. VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, cit., p. 729 s., secondo cui «l'attuazione dei provvedimenti anticipatori cautelari produce conseguenze non meno stabili e definitive di quelle prodotte, ad es., da una sentenza provvisoriamente esecutiva, che sia stata poi annullata in sede di impugnazione».

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Più problematica appare la disciplina dell'attuazione dell'ordine di consegna, rilascio, di fare e non fare contenuto nella misura cautelare. Per queste ipotesi, l'art. 669-*duodecies*, comma 2, c.p.c. si limita a stabilire che l'attuazione delle misure cautelari diverse da quelle che hanno ad oggetto somme di denaro «avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione». L'assenza di un espresso richiamo alle norme che regolano l'esecuzione forzata dei medesimi obblighi comporta notevoli dubbi su quali possano essere in concreto le forme di attuazione di questi provvedimenti cautelari. Sul punto si registrano sostanzialmente due orientamenti.

Secondo una tesi, la quale valorizza la portata deformalizzatrice che connoterebbe la norma in questione, il giudice dell'attuazione-esecuzione della misura cautelare non sarebbe vincolato alle forme previste in tema di esecuzione forzata dagli artt. 605 ss. e 612 ss. c.p.c., rimanendo libero di individuare discrezionalmente le forme più idonee per realizzare coattivamente la pretesa²⁶.

²⁶ In questo senso, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 366, secondo cui il giudice sarebbe libero di individuare le forme da seguirsi nell'attuazione della misura cautelare, ai sensi degli artt. 121 e 131 c.p.c., con l'unico vincolo dell'idoneità di queste a raggiungere lo scopo; A. SALETTI, *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, cit., p. 454, nota 27, il quale afferma che i procedimenti per le esecuzioni forzate in forma specifica non costituiscono un paradigma vincolante in sede di attuazione del provvedimento cautelare; G. FRUS, *Commento all'art. 74 legge n. 353/1990 (669-duodecies c.p.c.), Attuazione*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 761 ss, p. 770; A. SIRACUSANO, *Osservazioni in tema di attuazione delle misure cautelari*, in *Giur. merito*, 1996, I, p. 921 ss., a p. 922; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 426, la quale rileva come il giudice dell'esecuzione cautelare possa adottare forme «più libere e consone alla celerità della procedura» rispetto a quelle previste nel Libro III del codice di procedura civile; I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit., c. 76 ss.; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, 3° ed., III, cit., p. 479, secondo cui un ulteriore vincolo è costituito dall'osservanza «dei limiti sostanziali dell'area di eseguibilità segnati dagli artt. 2930 ss. c.c., sia con riferimento al princi-

CAPITOLO IV - GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Per un diverso orientamento, più restrittivo, il giudice dell'attuazione è vincolato alle forme previste dalle norme che regolano l'esecuzione forzata in forma specifica, anche perché non sarebbero individuabili alternative concretamente praticabili diverse dalle forme previste nel terzo libro del codice di procedura²⁷.

Ma al di là di questo dibattito, credo che, di fatto, gli artt. 605 ss. c.p.c. per gli obblighi di consegna e rilascio e gli artt. 612 ss. c.p.c. per gli obblighi di fare o non fare, rappresentino, pur nella più ampia deformalizzazione consentita al giudice della cautela, i modelli al quale, tendenzialmente, tale giudice farà riferimento²⁸.

Anche con riguardo ai provvedimenti anticipatori di condanna, diversi da quelli aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, può affermarsi, a mio parere, che l'attuazione soddisfattiva della pretesa avvenga con modalità equipollenti, e comunque di pari efficacia, rispetto a quelle previste

pio del *nemo ad faciendum praecise cogi potest*, sia al limite sancito dal secondo comma dell'art. 2933». In giurisprudenza, si veda, ad esempio, Trib. Bari, 12 febbraio 1997 (ord.), in *Giur. it.*, 1998, p. 276, nella quale l'attuazione del provvedimento cautelare è stata demandata ad un commissario *ad acta*, trattandosi, nel caso di specie, di attività che, pur non concretizzandosi in un esercizio di potestà pubbliche, aveva tuttavia natura amministrativa.

²⁷ A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 266, secondo cui non vi sarebbe alcuna ragione per ritenere che il giudice, il quale abbia emesso un provvedimento a contenuto non pecuniario, sia soggetto a limiti diversi da quelli che incontra il giudice dell'esecuzione forzata ordinaria nei casi in cui la legge gli attribuisca un corrispondente potere; F.P. LUIO, in C. CONSOLO-F.P. LUIO-B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., p. 684 ss.; ID., *Considerazioni e proposte su impugnazioni e procedimenti cautelari*, in AA. VV., *La riforma del processo civile*, cit., p. 281; ID., *Diritto processuale civile*, IV, 4° ed., cit., p. 238, ove rileva che le modalità di attuazione «non sono sostanzialmente diverse da quelle previste negli artt. 605-612 c.p.c.», anche «perché non sono immaginabili modalità diverse»; C. CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 175 ss.; M. FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna del minore: contributo alla teoria dell'attuazione forzata in forma specifica*, Milano, 1991, p. 286; G. OLIVIERI, *Lineamenti del nuovo procedimento cautelare uniforme*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 106, I, cit., p. 41.

²⁸ Cfr. G. TREGLIA, *L'attuazione dei provvedimenti*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, cit., p. 569.

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

in tema di esecuzione forzata degli obblighi scaturenti dalla sentenza di condanna.

3. - (Segue) *L'attuazione del provvedimento cautelare contenente un obbligo di fare infungibile o di non fare e le misure di coercizione indiretta recentemente introdotte nel codice di procedura civile.*

Per quanto infine concerne l'attuazione dei provvedimenti cautelari anticipatori contenenti un obbligo di fare infungibile o di non fare, per lungo tempo e fino alle recentissime riforme che hanno interessato il codice di procedura civile, si è dovuto registrare l'assenza di qualsiasi misura coercitiva tesa a garantire l'effettivo adempimento di tali obblighi²⁹. La lacuna, invero, non ha riguardato la sola tutela cautelare, bensì l'intero sistema di tutela giurisdizionale civile, nel quale mancava una efficace disciplina dell'esecuzione indiretta capace di assicurare l'attuazione delle sentenze, ma anche degli altri provvedimenti, di condanna ad obblighi di fare infungibile³⁰; e in tale man-

²⁹ In tema di misure coercitive, vedi, oltre agli autori citati nella nota che segue, S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, *passim*.

³⁰ Esistendo, infatti, solo una forma di esecuzione specifica (art. 612 c.p.c.) per gli obblighi positivi di fare oppure di originariamente di non fare, ma i quali, a seguito della violazione del divieto di fare, sono divenuti anch'essi positivi, in quanto trasformati nell'obbligo di eliminare ciò che è stato fatto in violazione dell'originario obbligo di non fare. Sull'argomento, tra gli altri, si vedano C. MANDRIOLI, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Novissimo Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 764 ss.; ID., voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 649 ss.; L. MONTESANO, voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 540 ss.; G. BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, cit.; M. FORNACIARI, *I limiti dell'esecuzione forzata di obblighi a fare o di non fare*, in *Riv. es. forz.*, 2000, p. 397 ss.

canza, la dottrina ha da sempre ravvisato un *vulnus* nell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti³¹.

Nell'ordinamento italiano, infatti, la previsione di forme di esecuzione indiretta costituiva un fenomeno episodico e legato a specifici ambiti³². Tra le

³¹ Tale considerazione mi sembra comune a tutti gli autori che si sono occupati del tema, anche se poi si registrano soluzioni differenti. Si possono ricordare, tra gli altri, A. PROTO PISANI, *Condanna e misure coercitive*, in *Foro it.*, 2007, V, 1, c. 1 ss.; V. DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 130 ss.; ID., «Flashes» su accertamento e condanna, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 255 ss.; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 800 ss.; E.F. RICCI, *Recensione a Chiarloni*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 724 ss., a p. 725; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 160 ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile*, I, 5° ed., Napoli, 1999, p. 154; F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 110 ss., spec. p. 112; M. TARUFFO, *L'attuazione dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 142 ss., spec. p. 177; ID., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 635 ss., p. 669; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Napoli, 1978, p. 172; P. RESCIGNO, *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare e non fare*, in S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1978, p. XIX; A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, I, p. 11 ss., a p. 30 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, 2, 2° ed., Torino, 1998, p. 215 ss., spec. p. 352 ss.; ID., *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., p. 453 ss., spec. 455; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata*. III) *Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur.*, XIII, Milano, 1989, p. 2 ss.; F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in AA. VV., *La tutela sommaria. La tutela sommaria cautelare. La tutela sommaria non cautelare*, vol. I, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 106, Roma, 1999, p. 495 ss.; ID., *Intervento*, AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., p. 563 ss., spec. p. 568; C. RAPI-SARDA SASSOON, *Il nuovo procedimento cautelare*, cit., 541; A. GIUSSANI, *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996, p. 416; L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, p. 366; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 158 ss., p. 172; E. SILVESTRI, *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 41 ss., spec. p. 63; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727 ss.

³² È interessante osservare che un primo tentativo di tipizzazione generale di una forma di esecuzione indiretta si trova nel Progetto Carnelutti del 1926, ove agli artt. 667 e 668 si prevede che, in caso di mancata esecuzione di un obbligo di fare o di non fare, l'avente diritto possa domandare la condanna dell'obbligato al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo, a partire dal giorno stabilito dal giudice. Sul punto, si veda F. CARNELUTTI, *Lineamenti di riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 3 ss. Evidenti le analogie con l'istituto di cui all'art. 614-bis c.p.c. recentemente introdotto.

misure coercitive si segnalano quella prevista in tema di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro³³, quelle a tutela dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale³⁴ ed infine quella, più recente, che accompagna l'inibitoria a tutela degli interessi dei consumatori³⁵.

La mancanza di un generale sistema di misure coercitive è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina, che ha visto alcuni autori ravvisare in due

³³ L'art. 18, ult. co., Statuto dei lavoratori, prevede infatti che il datore di lavoro, il quale non ottemperi all'ordine di reintegrare nel posto di lavoro un lavoratore sindacalista interno all'azienda illegittimamente licenziato, non solo deve corrispondere a quest'ultimo la retribuzione, ma è altresì tenuto a versare al Fondo Adeguamento Pensioni «una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore».

³⁴ Già gli artt. 86, legge brevetti e 66, legge marchi, attribuivano al giudice, accertata la violazione dei diritti di brevetto di invenzione industriale o la contraffazione del marchio, il potere di fissare «una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza». Oggi analoga disposizione è contenuta negli artt. 124, 2° co., e 131, 2° co., Codice della proprietà industriale e nel pressoché identico art. 163, 2° co., legge sul diritto d'autore. Sul punto si tornerà diffusamente nel capitolo V.

³⁵ L'art. 3, 5° co., bis, legge n. 281/1998 (inserito dall'art. 11, legge 1° marzo 2002, n. 39, Legge comunitaria 2001, la quale aveva lo scopo di completare l'attuazione della Direttiva 98/27/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori), prevedeva che in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento del giudice o dal verbale di conciliazione, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito i giudizio, disponesse il pagamento di una somma di denaro (da euro 516 a euro 1.032) per ogni giorno di ritardo rapportato alla gravità del fatto. Tale somma doveva essere versata all'Entrata del bilancio dello Stato per essere poi riassegnata, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ad un Fondo pubblico, il cui scopo era finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori. La legge n. 281/1998 è stata abrogata dall'art. 146, Codice del consumo, ma analoga sanzione è ora prevista dall'art. 140, 7° co., Codice del consumo (e dall'art. 37, il quale a quello rimanda). Come correttamente rilevato da A. PROTO PISANI, *Condanna e misure coercitive*, cit., c. 4, il modello di questa misura di coercizione indiretta è rappresentato dalle *Zwangsstrafen* previste dai parr. 888 e 889 della ZPO tedesca (e dai corrispondenti parr. 354 e 355 della EO austriaca) e non dalle *astreintes* francesi.

Sulle problematiche connesse a questa misura coercitiva, v. E. MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 125 ss., spec. a p. 131, nota n. 12; F. TOMMASEO, *Azione inibitoria*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in P. SCHLESINGER-F.D. BUSNELLI, *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, p. 1154 ss., s p. 1197 ss.; D. AMADEL, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5-bis dell'art. 3 L. N. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 387 ss.; G. DE MARZO, *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 682 ss.

norme penali, segnatamente l'art. 388, comma 1, e l'art. 650 c.p., le disposizioni su cui tentare di fondare tale sistema³⁶, e la generalità degli altri auspicare³⁷ l'introduzione di strumenti di coercizione sul modello di quelli previsti

³⁶ È la nota tesi di Proto Pisani: v., A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 76 ss., e spec. p. 102 ss. (già pubblicata in *Appunti sulla giustizia civile*, cit., p. 121 ss.; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104 ss.; in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, II, p. 1667 ss.); ID., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, ivi, p. 167 ss., spec. 175 ss. (pubblicata anche in *Foro it.*, 1988, V, c. 177; in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., p. 39 ss.); ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 1 ss., spec. c. 9 e c. 16 s.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., cit., p. 160 ss. La tesi dell'Autore si fonda anche sulla tesi già formulata da G. VASSALLI, *La mancata esecuzione del provvedimento del giudice*, Torino, 1938. La tesi di Proto Pisani è stata critica da S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., spec. p. 175 ss.; ID., *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., p. 183 ss.

Lo stesso Autore, tuttavia, ha di recente preferito abbandonare il richiamo all'art. 650 c.p., dichiarandosi convinto delle critiche che gli erano state mosse (ID., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., p. 177) e, mi pare, anche il richiamo all'art. 388, 1° co., c.p. (ID., *Condanna e misure coercitive*, cit., c. 4, ove afferma che l'utilizzazione in funzione di misura atipica dell'art. 388, 1° co., c.p. «è stata respinta, direi definitivamente, dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti. È invece da ricordare l'art. 388, 2° comma, c.p., che sanziona con la reclusione o la multa l'elusione dei provvedimenti del giudice civile in tema di affidamento dei minori o incapaci ed in generale dei provvedimenti cautelari civili ("a difesa della proprietà, del possesso o del credito", recita la disposizione con formula chiaramente data)»). Sulla questione è intervenuta una recente sentenza delle Sezioni unite penali (Cass., Sez. un., 5 ottobre 2007, n. 36692), che ha enunciato il principio per cui «il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giudiziali previsti dall'art. 388, comma 2, c.p. non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento esigano per l'esecuzione il contributo dell'obbligato. Infatti l'interesse tutelato dal secondo come dal primo comma dell'art. 388 c.c. non è l'autorità in sé della decisione giurisdizionale, bensì l'esigenza costituzionale dell'effettività della giurisdizione». Su tale questione, si veda l'ampia nota di commento alla sentenza di M.S. SPOLIDORO, *Un'importante sentenza delle sezioni unite penali della Cassazione sul delitto di elusione dei provvedimenti cautelari e possessori del giudice civile: conseguenze e riflessioni nella prospettiva del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2008, p. 171 ss. Ricordo che l'art. 388, comma 1, c.p. è stato recentemente modificato nella parte in cui fa riferimento alla «sentenza di condanna», prevedendo ora un più generico «provvedimento di condanna».

³⁷ In questo senso, si vedano gli Autori citati nella nota n. 28. Qualche perplessità nutre invece S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., spec. p. 223, il quale auspica l'introduzione di forme di esecuzione indiretta soltanto in relazione a «fattispecie singolarmente individuate». L'Autore, infatti, conviene sull'assunto che «l'esecuzione per surroga-

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

negli ordinamenti europei, ed in particolare le *Zwangsstrafen* germaniche³⁸, il *contempt of court* anglo-americano³⁹ e soprattutto le *astreintes* francesi⁴⁰.

zione appare impotente o inadeguata rispetto ai bisogni di tutela emergenti che non possono contentarsi di una soddisfazione per equivalente», ma sembra individuare la strada da seguire per porre rimedio a questa situazione «nella specifica previsione legislativa di sanzioni – anche, in qualche caso, particolarmente severe e magari penali piuttosto che civili – nei confronti dell’obbligato inadempiente o, se lo si ritiene preferibile, inottemperante al provvedimento giurisdizionale che l’obbligo accerti». Ostile alla tecnica delle misure coercitive mi pare si dimostri G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi nella dottrina dell’esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 281 ss., e spec. p. 306 ss. pubblicato anche in AA. VV., *Studi in onore di T. Carnacini*, II, 2, Milano, 1984, p. 1467 ss.); ID., *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in AA. VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., p. 173 ss., spec. p. 180 s.

³⁸ Le *Zwangsstrafen* sono misure coercitive previste dai parr. 888 e 890 della ZPO tedesca e dai corrispondenti parr. 354 e 355 della EO austriaca. Si tratta di misure di coartazione della volontà del debitore che trovano applicazione nel caso di inadempimento di obblighi di fare infungibili (par. 888) o di obblighi di non fare, e quindi per loro natura non suscettibili di esecuzione forzata (par. 890). Questa misura può essere disposta solo su istanza di parte (a differenza delle *astreintes* che possono essere disposte anche d’ufficio) e consiste nella condanna al pagamento di una somma di denaro (*Zwangsgeld*) nel limite massimo stabilito dalle predette norme e, nel caso in cui la somma non possa essere riscossa, in una misura limitativa della libertà personale, vale a dire l’arresto del debitore (*Zwangshaft*). Il tratto più caratteristico delle *Zwangsstrafen* è rappresentato dal fatto che la pena pecuniaria non è pagata al creditore, bensì allo Stato (a differenza delle *astreintes*). Su tali misure, nella letteratura italiana, si vedano: V. COLESANTI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 800, *passim*; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, cit., p. 5 e 6; E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, p. 533 ss., p. 538 e 539.

³⁹ Il *contempt of court* è un istituto di *common law* di antiche origini, che tradizionalmente viene suddiviso in due figure: il *civil contempt* (o *contempt in procedure*) e il *criminal contempt*. La prima, la quale è l’unica che interessa per la presente ricerca, costituisce «una misura coercitiva nei confronti dell’inadempimento degli obblighi (soprattutto, ma non esclusivamente, degli obblighi di fare e di non fare) scaturenti da qualsiasi provvedimento giudiziale, a carattere tanto interinale quanto definitivo» (così C. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, cit., p. 7). In virtù del *contempt power* attribuito al giudice, questi può irrogare a carico del debitore una sanzione di natura patrimoniale (ammenda o sequestro di beni) o detentiva (la carcerazione) nel caso in cui egli non adempia all’obbligazione scaturente dal provvedimento giurisdizionale. Tale potere viene esercitato su istanza del creditore e principalmente nel suo interesse, ma al giudice è attribuita la discrezionalità non solo nel decidere la misura, ma altresì nel determinare in concreto quale sanzione irrogare e in che misura. Su tale istituto, si vedano, nella letteratura italiana, S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., spec. p. 235 ss.; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, cit., p. 7; C. CREMONINI, *An*

CAPITOLO IV - GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

In tale quadro, si inserisce la recentissima introduzione dell'art. 614-bis c.p.c.⁴¹, il quale stabilisce che il giudice, con la sentenza di condanna ad un

italian lawyer looks at civil contempo - From Rome to Glastonbury, in Civil Justice Quarterly, 1984, p. 133 ss.

⁴⁰ Sostanzialmente, l'*astreinte* consiste nella condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno (o diversa unità di tempo) di ritardo nell'adempimento di un'obbligazione. L'*astreinte* si risolve in un provvedimento di condanna accessoria rispetto a quella principale ed è suscettibile, una volta liquidato, di esecuzione forzata nelle ordinarie forme previste per i provvedimenti che dispongono il pagamento di una somma di denaro. L'*astreinte* può essere provvisoria o definitiva, può essere pronunciata da qualsiasi giudice e anche d'ufficio, e accede sia ad obbligazioni di fare e di non fare, sia di consegna o rilascio, sia, infine, di pagamento di una somma di denaro. La misura dell'*astreinte* è determinata, a discrezione, dal giudice e può essere modificata. La competenza esclusiva sulla liquidazione dell'*astreinte* è attribuita, di regola, al giudice dell'esecuzione (salva l'ipotesi in cui il giudice che ha pronunciato il provvedimento «*reste saisi de l'affaire*» oppure non la liquidazione non sia a lui riservata da una specifica norma di legge). L'*astreinte* può, in particolare, essere pronunciata anche in sede di *référé* (così, espressamente, dispone l'art. 491, n.c.p.c.). Il beneficiario dell'*astreinte* è il creditore. La letteratura sulle *astreintes* è sterminata, e numerosi sono anche i contributi dedicati all'argomento dagli autori italiani. Si ricordano, tra gli altri, il risalente lavoro di L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915; A. FRIGNANI, *La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 506 ss.; ID., *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 931 ss.; A. DONDI, *L'astreinte endoproceduale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 524 ss.; E. SILVESTRI-M. TARUFFO, voce *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, cit., p. 6 ss.; S. CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., spec. p. 86 ss.; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano*, cit., p. 157 ss., spec. p. 161 ss.; L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 333 ss., spec. p. 338 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Franca e Unione Europea*, cit., p. 727 ss., spec. p. 737 ss.; L. BOYER, *Le astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954, p. 121 ss. Per quanto concerne le analoghe *astreintes* di diritto olandese, si veda M.B. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 790 ss.; e per quelle di diritto belga, M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 602 ss.; M. STORME, *L'astreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 602 ss.

⁴¹ Il nuovo art. 614-bis c.p.c. recita: «1. Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. 2. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della con-

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

obbligo di fare infungibile o di non fare, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Per espressa disposizione della norma, tale provvedimento costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute⁴².

La norma sancisce l'ingresso nell'ordinamento di una forma di esecuzione indiretta modellata sulla tecnica delle *astreintes*⁴³, da tempo auspicata⁴⁴

troversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

⁴² Sulle misure coercitive introdotte con l'art. 614-bis c.p.c. si vedano D. AMADEL, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *www.judicium.it*; C. ASPRELLA, *Le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, la sospensione del processo esecutivo e il nuovo istituto dell'astreinte*, in C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *La riforma del processo civile, dal 2005 al 2009*, cit., p. 115 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., punto n. 20; M. BOVE, in M. BOVE-A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, cit., p. 70 ss.; ID., *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, cit., p. 20 ss.; A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., p. 91 ss.; C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 6, p. 737 ss., a p. 740 ss.; ID., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, Padova, 2009, p. 100 ss.; ID., *Commento sub art. 614 bis*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, *La riforma del 2009*, curato da C. CONSOLO assieme a M. DE CRISTOFARO, cit., p. 276 ss.; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, cit., c. 320 ss.; R. GIORDANO-A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commentario organico alla legge di riforma del processo civile*, cit., p. 459 ss.; F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, 5° ed., Milano, 2009, p. 234 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, IV, 20° ed.*, cit., p. 175 ss.; C. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, cit., p. 1227 s.; ID., *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, cit., p. 1203 s.; E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, cit., p. 1362 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile, Legge 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 88 ss., il quale esprime più di un dubbio sull'utilità della misura coercitiva; B. SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, cit., p. 7 s.; B. SASSANI-R. TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 14 s.

⁴³ Che l'*astreinte* abbia costituito il modello al quale si è ispirato il legislatore con l'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c., è riconosciuto da: F.P. LUIO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 605 ss., a p. 617; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile, Legge 18 giugno 2009, n. 69*, cit., p. 88.

e va giudicata positivamente, perché sopperisce a quella che è sempre stata riconosciuta come una grave lacuna nella effettività della tutela.

Al di là di queste brevi notazioni di carattere generale, per quello che riguarda il tema oggetto della ricerca, ci si può domandare se tali misure possano essere disposte anche in sede cautelare. La risposta, a mio avviso, deve essere positiva⁴⁵, in virtù di considerazioni sia di carattere letterale sia di ordine sistematico.

Sotto il primo profilo, si può notare anzitutto che la norma parla genericamente di provvedimento, e non di sentenza, lasciando dunque intendere che la tipologia della decisione non rileva⁴⁶. Si può peraltro osservare che la pronuncia delle penali costituisce una misura esecutiva, finalizzata a rafforzare l'attuazione della condanna: ciò che conta, allora, è solo che vi sia un provvedimento di condanna. Ma al di là di tale considerazione, la soluzione

⁴⁴ S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 354; F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un fare infungibile*, cit., p. 1284; P. RESCIGNO, *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare e non fare*, cit., p. XIX; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano*, cit., p. 172 ss. Pur con qualche remora e l'ammonimento di temperare gli entusiasmi per lo strumento delle *astreintes*, ne auspica l'introduzione anche L. MONTESANO, *Considerazioni su storia moderna e proposte di riforma della giustizia civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 597 ss., a p. 609.

⁴⁵ In questo senso, F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, 5° ed., cit., p. 236; ID., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, 5° ed., Milano, 2009, p. 221 s.; D. AMADEL, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., p. 7, secondo cui «non vi sono ragioni per escludere che la misura coercitiva possa essere disposta a corredo di un provvedimento cautelare che imponga un obbligo di fare infungibile o di non fare»; C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, cit., p. 102; ID., *Commento sub art. 614 bis*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, *La riforma del 2009*, curato da C. CONSOLO assieme a M. DE CRISTOFARO, cit., p. 286.

⁴⁶ Cfr. E. SILVESTRI, *Commento sub art. 614-bis c.p.c.*, in F. CARPI-M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2009, p. 1925 ss.; secondo C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, IV*, 20° ed., cit., p. 181, il riferimento alla condanna è «da intendersi piuttosto in senso sostanziale che formale (possibili ordinanze o decreti con sostanza di condanna)».

positiva si impone in virtù del fatto che, come si è detto, con il provvedimento cautelare è ammissibile anticipare qualsiasi effetto esecutivo della sentenza di condanna⁴⁷. Non v'è dubbio che l'*astreinte* si debba qualificare come tale, perché, anche se è pronunciata su richiesta di parte, costituisce, come detto, una misura esecutiva che si accompagna alla pronuncia di merito di condanna⁴⁸. Tuttavia, la circostanza che la misura sia subordinata all'istanza di parte, esclude, a mio parere, che tale misura possa considerarsi un effetto secondario la cui anticipazione con il provvedimento cautelare deve, come abbiamo visto, tendenzialmente escludersi⁴⁹.

Una seconda interessante novità in ambito cautelare che discende dall'introduzione della norma in questione è costituita dall'espressa qualifica della natura di titolo esecutivo del provvedimento che dispone la condanna all'*astreinte*. Tale natura va dunque riconosciuta anche al provvedimento cautelare anticipatorio che dispone la sanzione. Al di là dell'impatto sul dibattito

⁴⁷ Cfr. D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., p. 7, ove afferma che «La misura coercitiva può senz'altro essere considerata un effetto della sentenza di merito passibile di anticipazione in sede cautelare, accompagnandosi, tra l'altro, all'imposizione di un fare o non fare che a sua volta anticipa, ex art. 700 c.p.c., una condanna di merito ed i suoi effetti esecutivi. E comunque la misura dell'art. 614-bis si pone come regola generale di esecuzione indiretta ed il provvedimento cautelare impone sempre un comportamento, così come la sentenza di condanna, per cui, conformemente a quanto testualmente previsto nella nuova disposizione, il giudice della cognizione cautelare, pronunciando il suo provvedimento, potrà disporre anche la misura coercitiva»; C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, cit., p. 102; ID., *Commento sub art. 614 bis*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, *La riforma del 2009*, curato da C. CONSOLO assieme a M. DE CRISTOFARO, cit., p. 286; F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, 5° ed., cit., p. 221.

⁴⁸ F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, 5° ed., cit., p. 236 s.; C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, cit., p. 103, ove rileva che si tratta di una «misura coercitivo-sanzionatoria» e come tale, secondo l'Autore, potrebbe essere chiesta anche per la prima volta in appello, non cadendo nel divieto di domande nuove di cui all'art. 345 c.p.c.

⁴⁹ Si rinvia, in proposito, al paragrafo 2 del presente Capitolo.

circa la natura di titolo esecutivo del provvedimento cautelare di condanna a una somma di denaro, ciò crea dei problemi di coordinamento con la disposizione dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. che, come detto, non richiama le norme del Titolo I del libro terzo sulla spedizione in forma esecutiva del titolo e la notificazione del precetto.

La disciplina recentemente introdotta pone, a mio avviso, un ulteriore rilevante problema sulle modalità e le forme con le quali avviene la liquidazione della somma in concreto dovuta a seguito della violazione o del ritardo nell'esecuzione della condanna al *facere* infungibile; tale liquidazione, infatti, dovrebbe avvenire a seguito dell'accertamento della violazione dell'obbligo o del ritardo, ed essere quantificata di conseguenza⁵⁰. Ad un primo esame della norma, la previsione che la condanna all'*astreinte* costituisca titolo esecutivo farebbe presupporre che l'avente diritto possa iniziare senz'altro l'esecuzione; se così è, eventuali contestazioni del debitore sull'inadempimento, perché insussistente o perché dipendente da causa a lui non imputabile, dovrebbero allora farsi valere con lo strumento dell'opposizione all'esecuzione⁵¹. In questa direzione sembrano porsi tre elementi: la collocazione della norma nel libro terzo del codice di procedura;

⁵⁰ Cfr. i dubbi espressi da E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, cit., a p. 1363, ove si domanda «chi, con quale strumento ed in quale sede tale “inosservanza” debba essere accertata o verificata; e credo che, in qualunque senso sia la risposta, ne sorgano problemi dei quali si farebbe volentieri a meno».

⁵¹ In questo senso, M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, p. 21 e 22, ove rileva che «l'avente diritto potrà procedere per ottenere il pagamento della pena pecuniaria sulla base della sentenza di condanna che è titolo esecutivo evidentemente anche per essa. Pensare, al contrario, che l'interessato debba instaurare nuovamente un processo dichiarativo di condanna per far accertare la violazione dell'ordine del giudice, per poter solo successivamente agire esecutivamente, significa sottrarre alla misura coercitiva ogni effettività. Peraltro è ben possibile che l'esecutato contesti la presunta violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione della sentenza, proponendo a tal proposito opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.».

l'esplicita previsione, in tale senso, contenuta nel disegno di legge Mastella qui non riprodotta, ma sul quale la novità risulta ricalcata; e, infine, la considerazione che si tratta di una misura esecutiva.

Tuttavia, si deve anche osservare che il diritto del creditore di percepire la somma contenuta nelle penali è pur sempre subordinato alla violazione dell'ordine impartito con il provvedimento di condanna⁵². Come è stato correttamente osservato da autorevole dottrina in sede di primo commento della norma, anche l'efficacia esecutiva del provvedimento contenente le penali dovrebbe essere subordinata alla violazione di tale ordine. Di conseguenza, il titolo esecutivo dovrebbe consistere nel successivo provvedimento con il quale l'inosservanza è accertata o verificata, e, in funzione di questo accertamento e di questa verifica, liquidata nel suo preciso ammontare la somma fissata dal giudice nel provvedimento di condanna⁵³.

L'innesto di tali regole nel tessuto del procedimento cautelare e, in particolare, nella disciplina della sua attuazione consente, a mio avviso, di risolvere questo problema. Si è visto che, ai sensi dell'art. 669-*duodecies* c.p.c., l'attuazione delle misure contenenti un obbligo di fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emesso il provvedimento cautelare, il quale ne determina le modalità e risolve con ordinanza eventuali difficoltà e contestazioni. Dato che le penali, come detto, devono considerarsi una misura esecutiva, volta ad attuare in forma indiretta l'obbligo di fare o non fare, credo che l'art. 669-*duodecies* c.p.c. consenta di individuare nel giudice che ha

⁵² Vedi, ancora, i rilievi di E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, cit., p. 1363, a cui accede anche C. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, cit., p. 1204.

⁵³ In questo senso, E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, cit., p. 1363.

emesso il provvedimento cautelare quello competente a verificare l'inosservanza del provvedimento di condanna e a liquidare la somma in concreto dovuta⁵⁴. Tale soluzione, peraltro, si mostra rispettosa del diritto di difesa del debitore, dal momento che il procedimento di cui all'art. 669-*duodecies* c.p.c. garantisce il pieno contraddittorio tra le parti.

È significativo che questo schema sia stato accolto da una parte della giurisprudenza rispetto all'unica ipotesi di vera e propria *astreintes* già presente nell'ordinamento italiano: vale a dire le penali che accompagnano il provvedimento di inibitoria provvisoria emesso in sede cautelare a tutela dei diritti di proprietà intellettuale, e su cui torneremo⁵⁵.

La soluzione prospettata impone, a mio modo di vedere, di ammettere il reclamo del provvedimento con il quale il giudice verifica l'inosservanza dell'obbligo di fare o non fare e determina l'ammontare della somma dovuta. Tale possibilità, invero da taluno già riconosciuta per alcune ipotesi specifiche⁵⁶, è tuttavia stata finora smentita da una parte della dottrina⁵⁷ e della giu-

⁵⁴ Soluzione in parte analoga era già stata indicata come strumento generale, e non con riferimento ai provvedimenti cautelari, da A. PROTO PISANI, *Condanna e misure coercitive*, cit., c. 5, quando auspicava l'introduzione, anche in Italia, di misure coercitive sul modello delle *astreintes* francesi: «Quanto alla liquidazione della pena pecuniaria, previo accertamento dell'inadempimento e dell'entità del suo protrarsi, mi sembra si potrebbe adottare il ricorso alle forme previste dall'art. 669-*sexies* e 669-*terdecies*, salvo restando in ogni caso la possibilità di ricorrere al processo ordinario di cognizione».

⁵⁵ Si rinvia, sul punto, al paragrafo 11, Capitolo V.

⁵⁶ In giurisprudenza, per questo orientamento si vedano Cass. 12 maggio 1997, n. 4113, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1542 ss., con nota di G. BALENA, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzia costituzionali*, con riguardo a un caso di inefficacia; Trib. Trani, 23 gennaio 2007, in *www.giurisprudenzabarese.it.*, 2007; Trib. Roma, 23 luglio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2838 ss.; Trib. Torino, 2 dicembre 2005, in *Giur. merito*, 2006, 12, p. 2636; Trib. Bari, 29 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2914 ss. In dottrina, si vedano B. SASSANI, in in C. CONSOLO-F.P. LUISSO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario*, cit., p. 658; F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 236 ss., ma solo nelle ipotesi in cui il giudice dell'attuazione nel determinare il *quomodo* dell'esecuzione, modifichi il contenuto del comando cautelare in senso quantitativo o in senso qualitativo (in questo senso anche E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit.,

risprudenza. La nuova funzione che si è inteso assegnare al giudice cautelare in sede di attuazione della misura di coercizione indiretta, alla quale si accompagna la necessità di garantire il più possibile il diritto di difesa del debitore, comporta, a mio avviso, l'esigenza di ripensare questo orientamento restrittivo.

4. – *La questione dell'anticipazione degli effetti delle sentenze di mero accertamento. Il problema dell'interesse ad agire e del periculum in mora.*

La possibilità di anticipare in sede cautelare gli effetti della sentenza di mero accertamento è piuttosto dibattuta in dottrina⁵⁸. Anche la giurispru-

p. 209, nota 79; G. OLIVIERI, *Lineamenti del nuovo procedimento cautelare uniforme*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 106, I, cit., p. 45; A. SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 355 ss., a p. 453) e nel caso in cui il rifiuto di dettare le modalità di attuazione comporti l'inattuabilità della tutela (per questa ipotesi, v. anche Trib. Pisa, 10 agosto 1994 (ord.), in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1377 ss., con nota favorevole sul punto di F. FERRONI, *Provvedimenti d'urgenza aventi ad oggetto un obbligo di fare*), per la reclamabilità del provvedimento di attuazione di misure cautelari non aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, cit., p. 9; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, cit., p. 737 ss.; A.I. BARBERIO, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti di attuazione delle misure cautelari*, in *Giur. merito*, 2006, 12, p. 2636 ss.

⁵⁷ G. ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, cit., p. 431 ss.; ID., *Le tutele sommative. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, cit., p. 1073; G. TARZIA-M.F. GHIRGA, *Il Reclamo*, cit., p. 520; G. TARZIA-A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, cit., p. 854; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 419.

⁵⁸ In generale, per l'ammissibilità della tutela cautelare in relazione alle sentenze di mero accertamento, si sono espressi V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., IV, cit., p. 259 ss.; C. CALVOSA, *Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, 1970, p. 781 ss.; A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 592 ss., e spec. p. 615 e 616; V. DENTI, *La giustizia civile (Lezioni introduttive)*, Bologna, 1989, p. 130; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 254 ss.; ID., voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 871; ID., *Provvedimenti*

CAPITOLO IV - GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile, in *Studium iuris*, 1997, p. 1277 ss., spec. a p. 1278; ID., *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, cit., p. 1490 ss.; A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 18; ID., *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Apunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 382 ss., a p. 393 e 394; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 682; E.F. RICCI, *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, cit., p. 68; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, 3° ed., cit., p. 332 ss., spec. p. 354; G. ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. 3°, t. primo, cit., p. 582 s.; G. VERDE-B. CAPPONI, *Profili del processo civile, III, Processo di esecuzione e procedimenti speciali*, Napoli, 1998, p. 372; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994, p. 311 s.; ID., *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 66 ss.; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 113; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700, 2° ed.*, cit., p. 142 ss.; P. FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 885 ss., spec. p. 902; G. GUARNIERI, *Azione di mero accertamento, tutela d'urgenza e revoca degli amministratori*, in *Le Società*, 1992, p. 1125 ss., spec. a p. 1126; L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 277 ss.; R. CONTE, sub art. 700 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUISO, 3° ed. diretta da C. Consolo, cit., p. 5136 ss., a p. 5154 s.; E.A. DINI-G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, 7° ed., Milano, 1997, p. 394 ss.; M. CIRULLI, *Tutela cautelare urgente ed azioni di mero accertamento*, in *Giur. merito*, 1993, I, p. 103 ss.; G. VIGNERA, *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 504 ss., a p. 518; E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella legge n. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 945 ss., spec. p. 959 ss., seppur con qualche perplessità; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 19° ed., cit., p. 310 s.

Contra, nel senso di negare l'anticipazione cautelare delle sentenze di mero accertamento, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 218, ove, con decisione, afferma che «la tutela cautelare non può avere per definizione effetti dichiarativi, perché non ha la funzione di porre regole di condotta vincolanti per le parti: questa è la funzione della tutela dichiarativa e solo della tutela dichiarativa»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 322, ove rileva che «con un provvedimento cautelare, come tale venato di provvisorietà e instabilità (quale è anche quello atipico: artt. 669-novies e decies), non si possono anticipare gli effetti di un giudicato di accertamento o anche di accertamento costitutivo»; ID., *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 4, ove ritiene che «non si può sensatamente pensare di anticipare cautelarmene né l'accertamento né il giudicato»; ID., *Tutela d'urgenza e sospensione della riscossione tributaria davanti all'a.g.o.*, in *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 414, ove si legge che «i provvedimenti d'urgenza di accertamento e costitutivi appaiono, infatti, concettualmente inaccettabili»; G. SAMORÌ, *La tutela cautelare dichiarativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 949 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, 3° ed., Padova, 1999, p. 156; L. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968, p. 46 e 47; E. REDENTI, *Diritto processuale civile, II*, Milano, 1949, p. 246, ove rileva che i provvedimenti cautelari d'urgenza, «per ottenere lo scopo, devono essere suscettibili di esecuzione forzata»; P. COMOGLIO, in P. COMOGLIO-C. FERRI-M. TARUFFO, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ed., cit., p. 408.

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

denza mostra orientamenti non univoci, registrandosi pronunce sia a favore⁵⁹ che contro⁶⁰. Il problema non riguarda l'anticipazione degli effetti scaturenti dalle domande di merito accessorie o connesse con la domanda principale di mero accertamento, quali, ad esempio, le domande accessorie di condanna

⁵⁹ In giurisprudenza, per provvedimenti cautelari di anticipazione degli effetti delle sentenze di mero accertamento, v. Trib. Roma, 10 luglio 2003 (ord.), in *Giur. romana*, 2003, p. 411 ss. e in *Riv. dir. priv.*, 2004, con nota di A. GIUSSANI; App. Milano, 18 luglio 1995, in *Riv. it. dir. pubb. econ.*, 1995, p. 1355 ss.; Trib. Roma, 10 aprile 1995 (ord.), in *Giur. merito*, 1997, I, p. 630; Pret. Gela, 27 febbraio 1995, in *Rass. giur. Enel*, 1996, p. 490; Pret. Trani, 18 maggio 1992 (ord.), in *Foro it.*, 1992, I, c. 3185 ss.; Pret. Roma, 27 marzo 1992 (ord.), in *Le Società*, 1992, p. 1123, con nota di G. GUARNIERI, *Azione di mero accertamento, tutela d'urgenza e revoca degli amministratori*, cit.; Pret. Verona, 31 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1951 ss.; Pret. Gallarate, 15 dicembre 1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, c. 2134 ss.; Pret. Roma, 28 aprile 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1357 ss., spec. 1361 ss.; Pret. Roma, 11 marzo 1987, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 885 ss., con nota di P. FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, cit.; Pret. Terralba, 28 aprile 1980, in *Vita not.*, 1980, p. 896 ss.; Pret. Modugno, 12 dicembre 1977 (ord.), in *Foro it.*, 1978, I, c. 519, la quale è critica da G. CARBONARI, *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1598 ss.; Pret. Milano, 8 giugno 1978 (ord.), in *Foro it.*, 1978, I, c. 2651; Pret. Genova, 16 dicembre 1975 (ord.), in *Foro it.*, 1976, I, c. 242.

Numerose e interessanti sono le pronunce cautelari anticipatorie degli effetti delle sentenze di mero accertamento, anche negativo, che si registrano nel diritto della proprietà intellettuale: v. Trib. Firenze, 5 novembre 2004 (ord.), in *Giur. ann. dir. ind.*, 2005, p. 562 ss.; Trib. Roma, 4 dicembre 2002 (ord.), in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 208 ss., con nota adesiva di M. PATRINI, *Ancora in tema di accertamento negativo della contraffazione e provvedimenti cautelari*, ivi, p. 216 ss.; Trib. Napoli, 8 novembre 1996 (ord.), in *Dir. ind.*, 1997, p. 193 ss., con nota favorevole di C. BELLOMUNNO, *Accertamento arbitrario e marchio forte*; Trib. Pescara, 17 ottobre 1994 (ord.), in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, p. 616 ss.; Pret. Modena, 24 dicembre 1990, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, p. 786 ss., in

⁶⁰ Negano la possibilità di anticipare gli effetti delle sentenze di accertamento, Trib. Milano, 21 settembre 1994 (ord.), in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 396 ss., con nota di P. FADEL, *Giurisdizione tributaria dell'A.G.O., azioni di mero accertamento e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*; Pret. Milano, 15 febbraio 1990 (ord.), in *Foro it.*, 1990, I, c. 1746 ss. con nota di L. CASO; Pret. Roma, 14 agosto 1987 (ord.), in *Foro it.*, 1988, I, c. 2021 ss.; Pret. Roma, 14 aprile 1977 (ord.), in *Foro it.*, 1977, I, c. 2376 ss.; Pret. Milano, 18 marzo 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 549 ss., con nota di U. VITALI ROSATI, *Sull'ammissibilità della condanna all'adempimento in forma specifica di prestazioni lavorative*; Pret. Roma, 10 luglio 1976, in *Tem. romana*, 1977, p. 715 ss.; Pret. Roma, 11 aprile 1968, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1738 ss., con nota di G. CARAMAZZA, *Una lacuna legislativa sulla pubblicazione dei protesti illegittimi*.

Nella materia del diritto industriale, ritengono inammissibile la tutela anticipatoria di mero accertamento, App. Torino, 9 giugno 2000 (ord.), in *Il dir. ind.*, 2002, p. 276 ss., con nota critica di L. ARNAUDO; Trib. Milano, 31 luglio 1996 (ord.), in *AIDA*, 1996, p. 729 ss.

alle restituzioni o di reintegrazione del lavoratore⁶¹. In questo caso, infatti, gli effetti anticipati attengono al contenuto condannatorio e non a quello di semplice accertamento e, come è stato notato, si situano al di fuori dell'ambito della tutela cautelare anticipatoria degli effetti delle sentenze di mero accertamento⁶².

I dubbi sorgono quando il provvedimento abbia come unico oggetto l'anticipazione del mero accertamento del diritto. In questo caso, se oggetto di anticipazione dovesse considerarsi il vero e proprio effetto dichiarativo della sentenza, con l'attribuzione al richiedente del bene della assoluta certezza dei rapporti giuridici conseguibile solo con l'accertamento contenuto nella sentenza, dovrebbe, a mio avviso, escludersi che il provvedimento cautelare sia idoneo a fornire tale bene con la tecnica dell'anticipazione⁶³.

Ciò deve essere affermato anche dopo l'introduzione della regola della strumentalità attenuata. L'inidoneità non dipende infatti dalla provvisorietà

⁶¹ Numerosa la giurisprudenza favorevole a disporre la reintegrazione del lavoratore con provvedimento cautelare: v., tra le ultime, Cass. 20 gennaio 1997, n. 551, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 272 ss., con nota di G. DE MARINIS, *La reintegrazione nel posto di lavoro quale misura cautelare*; Pret. Roma, 23 settembre 1997 (ord.), in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1998, p. 499 ss., con nota di F.M. GALLO, *Nuovo procedimento cautelare uniforme: rapporto tra ordinanza e decisione sul reclamo*; Trib. Catanzaro, 1 luglio 1996, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 571 ss.; Pret. Latina, 15 dicembre 1995, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 272 ss.; Trib. Roma, 30 giugno 1995 (ord.), in *Gius*, 1995, p. 3877 ss.

In materia di contratti d'appalto, il provvedimento cautelare d'urgenza è stato utilizzato per far ottenere all'appaltatore la consegna del fabbricato e la restituzione del cantiere nelle controversie relative all'accertamento della responsabilità per inadempimento: v. Trib. Napoli, 30 novembre 1993 (ord.), in *Dir. e giur.*, 1993, p. 527 ss., con nota di A. SCOTTI, *Inadempimento del committente e diritto di ritenzione dell'appaltatore*; Pret. Trieste, 25 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 410 ss., con nota di E. VULLO;

⁶² Per questo rilievo, v. E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 20 s.; G. SAMORÌ, *La tutela cautelare dichiarativa*, cit., a p. 958 ss.; P. FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, cit., p. 905.

⁶³ Cfr. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 257 s.; ID., *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, cit., p. 1491 s.; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 83 s.

della misura cautelare, ma dalla incompatibilità della certezza dei rapporti giuridici con l'accertamento in termini di mera verosimiglianza del diritto dell'istante. In altri termini, la struttura cautelare del provvedimento, che abbiamo visto doversi riconoscere anche a quello anticipatorio, «impedisce di acquisire e trasmettere certezze sul diritto azionato»⁶⁴.

Tuttavia la prassi, nella duplice veste delle istanze dei consociati e delle risposte della giurisprudenza, anche se non univoche, dimostra l'esistenza di una esigenza di tutela urgente anche rispetto alle azioni di mero accertamento. Ciò induce, a mio avviso, a non accontentarsi della risposta e ad approfondire la questione. In quest'ottica ci si deve domandare se la valutazione in termini di sola probabilità del diritto dell'istante non sia comunque idonea a fare conseguire il bene giuridico di una certezza, di grado assai minore di quella, piena, conseguibile con l'accertamento contenuto nella sentenza di merito, ma pur sempre atta a soddisfare l'interesse del richiedente.

In questi termini, credo che non debbano esservi ostacoli a riconoscere la possibilità di fornire con il provvedimento cautelare tale inferiore grado di certezza e che essa sia idonea a soddisfare la concreta esigenza di tutela del richiedente. È necessario tuttavia chiarire che, in questo caso, non si può parlare di vera e propria anticipazione, giacché l'effetto anticipato non è quello dichiarativo, ma qualcosa di diverso e minore⁶⁵.

Gli esempi tratti dalla prassi mostrano che l'interesse del ricorrente sussiste in concreto quando egli si avvalga del provvedimento giudiziale per determinare il suo comportamento, dal quale, nel timore di compiere un atto illegittimo, si asteneva, con ciò pregiudicando la possibilità di gestire effica-

⁶⁴ Così F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 257.

⁶⁵ Cfr. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 257.

cemente i suoi interessi sostanziali⁶⁶. In questi casi, il provvedimento fornisce alle parti di un rapporto giuridico una *norma agendi* che regola la loro condotta futura⁶⁷.

Contro tale possibilità, è stato affermato che il provvedimento non sarebbe idoneo a fornire alle parti alcuna utilità funzionale oggettiva né una qualsiasi protezione giuridicamente rilevante. Secondo questa opinione, infatti, il provvedimento cautelare non realizzerebbe l'esigenza di certezza tipica della sentenza di accertamento; né creerebbe una regola di condotta, ulteriore a quella che l'istante già potrebbe e dovrebbe seguire in forza del diritto sostanziale, che lo ponga al riparo dalle conseguenze negative cui andrebbe incontro se il diritto oggetto di cautela venisse poi negato in sede di merito; né infine porrebbe una regola vincolante per il soggetto passivo, il quale non

⁶⁶ Sul punto, v. Pret. Modena, 24 dicembre 1990, cit., p. 786, che ha ritenuto sussistente il *periculum in mora* nella situazione del ricorrente il quale, dopo aver depositato domanda di brevetto di marchio, si è astenuto nelle more del procedimento di concessione, dall'utilizzare il segno nel timore di commettere un illecito.

⁶⁷ Sul rilievo che il provvedimento d'urgenza anticipatorio della sentenza di mero accertamento possa svolgere la funzione utile di rappresentare una *norma agendi* sulla base della quale le parti possano modellare il proprio comportamento, v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 113; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 67.

Sul punto, v. inoltre C. CONSOLO, *Tutela d'urgenza e sospensione della riscossione tributaria davanti all'a.g.o.*, cit., *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 414 e 415, secondo il quale, anche «se non si può anticipare cautelarmene il giudicato, poiché l'accertamento pieno e irretrattabile o vi è o non vi è ed il tempo occorrente per formarlo non può essere eliso con una *fictione*», il giudice cautelare può, in presenza di certi presupposti, emanare «un regolamento cautelare provvisorio di salvaguardia del futuro giudicato sostanziale di accertamento (o costitutivo), che ne presidi subito la piena futura valenza», al fine di preservare «la sfera giuridica di chi agisca in modo serio e plausibile da incisioni non ben riparabili». A me sembra, allora, che la distanza tra le conclusioni proposte nel testo e la tesi di questo Autore diminuisca, nella sostanza, grandemente. Per un analogo rilievo, v. F. TOMMASEO, *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, cit., p. 1491 e 1492, nota n. 45..

andrebbe incontro ad alcuna conseguenza per il caso in cui non uniformasse il proprio comportamento a detta regola⁶⁸.

Il primo elemento su cui si fonda l'obiezione si risolve, a mio avviso, nel problema di individuare se, nei singoli casi concreti, il minore grado di certezza basato sulla probabilità sia idoneo a fornire alle parti un'utilità spendibile sul piano sostanziale e a rimuovere una situazione di pregiudizio (*periculum in mora*). A me sembra che tale idoneità non possa escludersi a priori, dal momento che la prassi dimostra chiaramente come, in alcuni settori, e in particolare in quello del diritto industriale, sovente tale minore grado di certezza è ritenuto del tutto sufficiente a rimuovere una situazione di incertezza sul diritto e sui suoi precisi confini, con evidente beneficio alle attività economiche dei soggetti coinvolti⁶⁹.

⁶⁸ Per questi rilievi, v. G. SAMORÌ, *La tutela cautelare dichiarativa*, cit., a p. 963 ss. e spec. p. 971. In giurisprudenza, Trib. Milano, 31 luglio 1996 (ord.), cit., p. 729, secondo cui il provvedimento cautelare di accertamento sarebbe inammissibile poiché non idoneo a svolgere né la funzione conservativa né la funzione anticipatoria, trattandosi «di un provvedimento non vincolante ai fini della successiva decisione di merito, privo di qualsiasi concreto riflesso sulla definitiva valutazione dei comportamenti delle parti ai fini dell'accertamento delle rispettive responsabilità, inidoneo anche a dar luogo a responsabilità penale ex art. 388, 2° comma, c.p., in quanto per sua natura non eseguibile; capace (forse) solo di una blanda azione psicologica ed esaurentesi, in definitiva, in una sorta di vacuo (e non proprio della funzione giurisdizionale) parere *pro veritate*»; in senso analogo, anche Pret. Milano, 15 febbraio 1990 (ord.), cit., c. 1746.

⁶⁹ E non solo del ricorrente, ma anche del resistente: in proposito v. Pret. Modena, 24 dicembre 1990, cit., p. 786, che motiva la concessione della misura cautelare di accertamento anche sulla base del fatto che la situazione di incertezza «si traduce normalmente in un pregiudizio patrimoniale non solo per il brevettato, ma anche per il secondo industriale che si accinga all'attuazione in relazione alla diffidenza e alla resistenza del ceto commerciale ad adottare il nuovo prodotto per la possibilità di molestie da parte del titolare del diritto nonché della difficoltà di trovare credito». Significativo, in tale senso, è anche quanto afferma Trib. Roma, 4 dicembre 2002 (ord.), cit., p. 208, il quale, nel concedere la provvisoria anticipazione degli effetti di una sentenza di accertamento negativo, rileva come «il sistema vigente di regole dell'economia attribuisce al singolo imprenditore un diritto al libero esercizio della propria attività in un regime di leale concorrenza ed alla collocazione sul mercato dei beni oggetto di sua produzione purché non in violazione di diritti, anche di privata, altrui,

Per quanto concerne il secondo elemento, si può invece osservare che la regola di condotta individuata dal giudice cautelare, ancorché provvisoria, è certo tratta dal diritto sostanziale, ed anzi da questo non dovrebbe discostarsi, ma la sua precisa individuazione costituisce proprio ciò che le parti chiedono al giudice, perché tale regola rimane caratterizzata da incertezza. Sul fatto che il provvedimento cautelare, potendo essere travolto dal successivo giudizio di merito, non sia idoneo a porre al riparo le parti dalle conseguenze negative che un'opposta statuizione in sede di merito sul medesimo diritto comporterebbe, mi sembra che si tratti di un limite insito nella tutela cautelare anticipatoria, e non solo di quella che anticipa gli effetti delle sentenze di mero accertamento, e non costituisce, a mio avviso, un elemento su cui è possibile fondare l'inammissibilità di quest'ultima. Peraltro, tale limite vale, in generale, per tutte le sentenze ancora soggette ad impugnazione.

Sull'ultimo elemento, vale a dire il fatto che il provvedimento cautelare non sarebbe vincolante per le parti perché il suo mancato rispetto non avrebbe dirette conseguenze pregiudizievoli per il soggetto passivo della misura, mi sembra che esso, anzitutto, provi troppo, perché un medesimo rilievo potrebbe farsi anche in riferimento alle sentenze di mero accertamento, dal momento che esse non sono forzatamente eseguibili⁷⁰. Credo, invece, che il provvedimento cautelare, in quanto provvedimento giurisdizionale, sia del tutto vincolante per le parti del relativo procedimento, le quali sono tenute a conformare la propria condotta a quella stabilita dal provvedimento. Il pro-

e ogni contestazione della legittimità del suo agire, per slealtà della concorrenza o per lesione di diritti di esclusiva altrui, è causa di una situazione di incertezza giuridica e di destabilizzazione economica che, se infondata, costituisce di per sé un pregiudizio».

⁷⁰ Così L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 279.

CAPITOLO IV - GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

blema delle conseguenze del mancato rispetto della misura si pone su un piano distinto ed ulteriore⁷¹.

Al riguardo, è stato infatti rilevato come l'utilità funzionale dei provvedimenti cautelari anticipatori di una sentenza di accertamento è ravvisabile sotto due profili: dal lato passivo, nella «indiretta compulsorietà insita nell'ordine cautelare», quand'anche non sia suscettibile di esecuzione forzata⁷², e questo, a mio parere, anche a prescindere dal problema, assai dibattuto in dottrina e giurisprudenza, se la violazione del provvedimento cautelare costituisca un comportamento rilevante ai sensi dell'art. 388, comma 2, c.p., o ai sensi dell'art. 650 c.p.; e inoltre, nel fatto che il provvedimento rappresenta comunque una «fonte di legittimazione di comportamenti dello stesso soggetto attivo»⁷³.

Da un punto di vista prettamente empirico, si può comunque osservare come la pronuncia del giudice in sede cautelare sull'esistenza del diritto, per quanto solo in chiave di verosimiglianza e probabilità, costituisca certamente un elemento di rafforzamento del diritto stesso, tale da indurre tendenzialmente le parti ad uno spontaneo adempimento e a scoraggiare comporta-

⁷¹ Senza contare che, secondo Cass. 17 luglio 1979, in *Foro it.*, 1980, I, c. 25 ss., l'inosservanza della misura può comportare il risarcimento dei danni.

⁷² Così E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella legge n. 353/1990*, cit., p. 964; in senso analogo anche P. FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, cit., p. 907, quando rileva che in tutti i casi «ove il provvedimento cautelare non solo appare strumentalmente preordinato ad assicurare gli effetti della sentenza di mero accertamento, ma ha esso stesso contenuto meramente dichiarativo, l'idoneità della misura cautelare atipica è connessa con l'utilizzabilità dell'effetto compulsorio indiretto insito nell'ordine cautelare».

⁷³ Così E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella legge n. 353/1990*, cit., p. 967. Secondo l'Autrice (p. 963) su tali elementi è possibile affermare l'utilità funzionale della tutela cautelare di accertamento (e sul correlato interesse ad agire in via di cautela)».

menti difformi⁷⁴. Inoltre, con riguardo al nuovo regime di stabilità, può rilevarsi come, probabilmente, se le parti non intendono adeguarsi alla pronuncia cautelare, saranno indotte ad instaurare il giudizio di merito al fine di ottenere quella certezza piena che solo quest'ultimo è idoneo a fare conseguire.

Il problema, allora, si sposta, a mio avviso, dall'idoneità teorica del provvedimento cautelare ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, a quello di verificare se, in concreto, sussista da un lato l'interesse ad agire e, dall'altro, il *periculum in mora*⁷⁵. Ma questo è, per l'appunto, un problema diverso la cui soluzione dipende dal caso concreto, anche se è innegabile che, di fatto, ciò restringe l'operatività della tutela cautelare anticipatoria di accertamento.

Tali requisiti dovranno ritenersi sussistenti in presenza di una contestazione seria ed effettiva del diritto⁷⁶ e dell'idoneità di tale situazione a recare pregiudizio all'esercizio del diritto medesimo⁷⁷: in questi casi, il provvedi-

⁷⁴ L'effetto di coazione psicologica che si accompagna al provvedimento cautelare è sottolineato da L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 279 e 280; G. CUONZO-R. VALENTI, *Provvedimenti d'urgenza e tutela dichiarativa: le azioni di accertamento ex art. 700 c.p.c. nelle controversie relative a diritti di proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, p. 72 ss., a p. 85.

⁷⁵ Cfr. A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 18, ove rileva che le perplessità suscitate da una parte della dottrina e della giurisprudenza sull'ammissibilità della tutela d'urgenza di mero accertamento valgono «unicamente ad indicare la maggiore difficoltà a riscontrare in ipotesi di tale specie, la sussistenza in concreto del requisito della irreparabilità del pregiudizio (nonché dell'utilità di quella "certezza provvisoria" che il provvedimento d'urgenza consente di conseguire).

⁷⁶ Cfr. Trib. Pescara, 17 ottobre 1994 (ord.), cit., p. 616, il quale ritiene probabile la contestazione sulla base dell'«esistenza di un massiccio contenzioso fra le parti per marchi relativi agli stessi prodotti».

⁷⁷ V. sul punto Trib. Firenze, 5 novembre 2004 (ord.), cit., p. 562 ss., a p. 567, (in motivazione), ove rileva che l'ottenimento a notevole distanza di tempo di «una pronuncia in ordine alla liceità di un determinato prodotto o all'uso di un peculiare marchio, profili che controparte contesta o manifesta per chiari segni di volere contestare, svuoterebbe di ogni pratico significato l'invocata pronuncia, potendo da un lato risultare inutile, un domani più o

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

mento cautelare che anticipi, anche solo sul piano della probabilità e verosimiglianza, la valutazione sull'esistenza del diritto che il giudice compirà con un accertamento pieno in sede di merito, si dimostra idonea a fornire all'istante l'utilità di cui ha bisogno per vedere soddisfatta la sua esigenza di tutela⁷⁸.

Allo stesso modo va risolta, a mio avviso, la questione dell'anticipazione in sede cautelare delle sentenze di accertamento negativo, che una parte della giurisprudenza, in particolare nel settore del diritto industriale, ammette⁷⁹.

meno lontano, produrre e vendere un prodotto che altri oggi contesta e da un lato dovendosi considerar il grave nocimento economico che riceverebbe l'istante nel ritardare i notevoli investimenti che comporta la commercializzazione di un nuovo prodotto, o nel bloccare il ciclo produttivo una volta avviato fino all'emanazione di una pronuncia in sede cognitiva ordinaria». Il riferimento agli ingenti investimenti che il lancio di un nuovo marchio e prodotto comporta, come parametro per verificare la sussistenza del *periculum in mora*, è presente anche in Trib. Pescara, 17 ottobre 1994 (ord.), cit., p. 616.

⁷⁸ Cfr. Trib. Roma, 4 dicembre 2002 (ord.), cit., p. 208 e 209, secondo cui al ricorrente in sede cautelare deve essere riconosciuto «un interesse concreto ed attuale a domandare in via cautelare un provvedimento che elimini, ancorché in via provvisoria, l'incertezza sulla legittimità e liceità del suo agire sul mercato, eliminando, ancorché per il tempo necessario alla pronuncia di merito, ogni turbativa allo stesso e permettendogli di operare liberamente, con ciò assicurandogli gli effetti di una eventuale pronuncia di accertamento definitivo, che potrebbe invece essere data inutilmente se nel frattempo l'impresa è stata espulsa dal mercato».

⁷⁹ V. le già citate Trib. Roma, 4 dicembre 2002 (ord.), cit., p. 208 ss. e Trib. Firenze, 5 novembre 2004 (ord.), cit., p. 562 ss.

5. - *Il problema dell'anticipazione degli effetti delle sentenze costitutive.*

Molto controversa è anche la possibilità di realizzare l'anticipazione degli effetti delle sentenze costitutive, anche se la maggior parte della dottrina⁸⁰ e della giurisprudenza⁸¹ sembrano oggi ammetterla.

⁸⁰ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., IV, cit., p. 259 ss.; C. CALVOSA, *Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*, cit., p. 783 e 784; A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, cit., p. 615; V. DENTI, *La giustizia civile (Lezioni introduttive)*, cit., p. 130; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 260 ss.; ID., voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 871 e 873; ID., *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un fare infungibile*, cit., p. 1277 ss.; ID., *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, cit., p. 1490 ss.; ID., *Reviviscenza del rapporto locatizio d'immobile urbano: sequestro giudiziario o provvedimento d'urgenza*, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 495 ss.; A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 18; ID., *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 387 ss., spec. a p. 393; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 682; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, 3° ed., III, cit., p. 332 ss., spec. p. 357; G. ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, cit., p. 582 s.; G. VERDE-B. CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, *Processo di esecuzione e procedimenti speciali*, cit., p. 372; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., p. 59 ss.; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700*, cit., p. 151 s.; L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 280 ss.; R. CONTE, sub art. 700 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, 3° ed. diretta da C. Consolo, cit., a p. 5153 s.; E.A. DINI-G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, 7° ed., cit., p. 382 ss.; E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella legge n. 353/1990*, cit., p. 962 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 19° ed., cit., p. 310 s.

⁸¹ Si veda, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. Un., 27 ottobre 1976, n. 3899, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Giurisdizione civile», n. 182, in tema di servitù di passaggio; Cass., 18 febbraio 1956, n. 475, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1072 ss., sull'anticipazione urgente della servitù coattiva; nella giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Roma, 6 luglio 1995 (ord.), in *Foro it.*, 1996, I, c. 708 ss., con nota di F. MACARIO, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, e in *Foro pad.*, 1996, I, p. 225 ss., con nota di G. STUMPO, *La ristorazione collettiva tra appalto di servizi e negozio atipico, in materia di azioni determinative*; Trib. Milano, 30 marzo 1994 (ord.), in *Foro it.*, 1994, I, c. 1572, e in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 625 ss., e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1124, con nota di A. ALFANO, *Assicurazione sulla vita e violazione della libertà di associazione politica, nell'ambito di una controversia nella quale il cliente domandava lo scioglimento del contratto a seguito della conversione della società in partito-impresa, e con il provvedimento d'urgenza è stato imposto alla società di assicurazione il deposito dei premi versati dal cliente su di un libretto vincolato alla definizione dell'azione di merito*; Pret. Salerno, 29 maggio 1993 (ord.), in *Dir. giur.*, 1995, p. 253 ss., con nota di A. SCARPA, *Provvedimenti d'urgenza e credito cambiario*, con cui si è concesso con il

CAPITOLO IV – GLI EFFETTI DELLA SENTENZA ANTICIPABILI CON IL PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Per comprendere i termini del problema è opportuno accennare brevemente alle caratteristiche dell'azione costitutiva così come sono individuate dalla dottrina prevalente. È noto che la pronuncia della sentenza costitutiva si fonda sull'accertamento del diritto potestativo a ottenere la creazione *ex*

provvedimento d'urgenza la sospensione del protesto cambiario già sollevato o la annotazione sull'elenco ufficiale della camera di commercio delle circostanze dalle quali è dipeso il rifiuto del pagamento; Pret. Verona, 26 agosto 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 495 ss., con nota di ASTONE; Pret. Foggia, 23 marzo 1981, in *Giur. merito*, 1981, I, p. 1190 ss.; Pret. Roma, 3 aprile 1979 (ord.), in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 495 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Reviviscenza del rapporto locatizio d'immobile urbano: sequestro giudiziario o provvedimento d'urgenza*, cit., in tema di assicurazione degli effetti del ripristino di un rapporto di locazione attraverso il provvedimento d'urgenza; Pret. Roma, 30 maggio 1972, in *Giust. civ.*, I, p. 1337 ss.; Trib. Alba, 9 settembre 1957 (ord.), in *Foro pad.*, 1957, I, p. 1270 ss., con nota di SPERANZA, *Un'interessante applicazione dell'art. 700 c.p.c.*

Contra, nel senso dell'inammissibilità di provvedimenti cautelari anticipatori di sentenze costitutive, v. Trib. Torino, 12 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 538; Trib. Rovereto, 7 agosto 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 1395, con nota di L. BACCAGLINI; Trib. Fermo, 9 luglio 1993, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Provvedimenti d'urgenza», n. 28, ove si rileva che la tutela d'urgenza cautelare «è da escludersi in relazione a quelle situazioni giuridiche la cui esistenza dipende da una pronuncia giudiziale costitutiva, poiché in tal caso l'effetto anticipatorio del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* si risolverebbe in realtà in un anomalo effetto costitutivo della situazione giuridica». Si vedano anche le più risalenti pronunce di Trib. Ristretta, 29 marzo 1978 (ord.), in *Rep. Foro it.*, 1979, voce «Provvedimenti d'urgenza», n. 17 e in *Giur. agr. it.*, 1979, p. 429 ss., con nota di CAPIELLO, *Interclusione del fondo, danni alle culture e art. 700 c.p.c.*; Pret. Roma, 17 giugno 1967 (ord.), in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1370 ss.; Pret. Cecina, 22 aprile 1961 (ord.), in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1513 ss., che ha negato l'anticipazione degli effetti di una servitù di passaggio; Pret. Mascalcia, 2 febbraio 1959, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 371 e Pret. Torino, 19 giugno 1956 (ord.), in *Giur. it.*, 1956, I, 2, c. 738, che hanno entrambe escluso che il provvedimento cautelare possa anticipare la costituzione di una servitù di acquedotto *ex artt. 1033 ss. c.c.*, sulla base del rilievo che la tutela cautelare deve avere ad oggetto un diritto attuale e non un diritto ancora da costituire; App. Trento, 12 aprile 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, voce «Provvedimenti d'urgenza», n. 15, in tema di risoluzione contrattuale per inadempimento.

Nel diritto industriale, si veda Trib. Roma, 2 aprile 2004 (ord.), in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, p. 1003 ss., secondo cui «non può essere ordinata in via cautelare una misura di tipo costitutivo che disponga il trasferimento sia pure temporaneo fino al passaggio in giudicato della sentenza, di una domanda di registrazione di marchio da un soggetto a un altro, per mancata previsione normativa». La conclusione a cui pervengono i giudici romani, tuttavia, appare imposta dalla normativa di riferimento, la quale espressamente subordina il trasferimento dell'attestato di registrazione ad una sentenza avente efficacia retroattiva, qualora con sentenza passata in giudicato sia accertato che il diritto alla registrazione del marchio spetta a un soggetto diverso da quello che abbia depositato la domanda.

novum, l'annullamento o la modificazione dell'assetto preesistente di rapporti sostanziali⁸². Tale sentenza produce, fondamentalmente e per brevi cenni, effetti di due tipi: uno, di natura dichiarativa, sull'esistenza del diritto potestativo al mutamento della situazione giuridica sostanziale; l'altro, di natura propriamente costitutiva, di realizzare tale mutamento nella sfera giuridica sostanziale delle parti⁸³.

Su queste basi, autorevole dottrina ha escluso la possibilità di anticipare in sede cautelare gli effetti della sentenza costitutiva. Tale conclusione è fondata sostanzialmente su due rilievi. Anzitutto non sarebbe possibile tutelare in sede cautelare una situazione giuridica che nasce solo con la sentenza costitutiva, non potendosi ammettere la tutela di un diritto non ancora esistente nel momento in cui si propone la domanda cautelare⁸⁴. In secondo luogo, anche se si individuasse l'oggetto della tutela cautelare nel diritto potestativo, e non in quello che scaturisce dalla sentenza costitutiva, la conclusione non muterebbe poiché tale diritto potestativo, risolvendosi in una manifestazione

⁸² Questa è la ricostruzione che, sull'insegnamento di Chiovenda (*Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 181 ss.), è generalmente accolta. Si vedano, tra gli altri, E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 103 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 42 ss., e p. 209 ss.; A. ATTARDI, *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, cit., p. 290 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, II, 1, Torino, 1980, p. 146 ss. e p. 160 ss.; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p. 91 ss.; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, cit., p. 196 ss.

⁸³ In questo senso, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 177.

⁸⁴ In questo senso anche la recente pronuncia di Trib. Torino, 12 luglio 2003, cit., secondo cui «la tutela urgente deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al giudice, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; quindi le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotta con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando».

di volontà diretta a modificare la realtà, non sarebbe suscettibile di ricevere pregiudizio⁸⁵.

Tale orientamento dimostra, tuttavia, un fondamentale limite nel momento in cui non tiene conto che non è l'esercizio del diritto potestativo a poter subire un pregiudizio, in quanto esso è attuato *uno actu* con la proposizione della domanda giudiziale, bensì l'utilità, sul piano degli effetti, della sentenza che produce la modificazione giuridica. Negare la tutela cautelare in riferimento alle azioni costitutive significa, per questo aspetto, impedire la soddisfazione del diritto che, in questa tipologia di azioni, è data dal conseguimento delle utilità sostanziali scaturenti dal mutamento giuridico prodotto dalla sentenza⁸⁶.

Come abbiamo visto, la funzione della tutela cautelare anticipatoria è quella di fare conseguire la medesima utilità sostanziale che fornirebbe la sentenza. La considerazione di tale funzione è determinante, anche con riguardo al problema dell'anticipazione delle sentenze costitutive, ai fini di delimitare correttamente i limiti degli effetti anticipabili. L'oggetto dell'anticipazione, infatti, a mio avviso non è la creazione, la modificazione o l'estinzione della situazione giuridica, bensì sono gli effetti che, sul piano so-

⁸⁵ Questa è la tesi di S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, sub art. 700, cit., p. 270, per il quale dunque la tutela urgente del diritto potestativo appare inammissibile perché «attraverso le situazioni strumentali si mira a costituire un diritto e la costituzione provvisoria d'un diritto appare inconcepibile e contraddittoria»; ID., *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, cit., c. 132, (in nota a Trib. Milano, 5 novembre 1952, ord., con cui i giudici, pur ammettendo che il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* può essere invocato a tutela di un diritto di natura sia patrimoniale sia non patrimoniale, rigettavano una richiesta di provvedimento cautelare atipico relativo a una sentenza costitutiva).

⁸⁶ Cfr. F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 261, il quale, per questa considerazione, ritiene che l'orientamento contrario ad ammettere la tutela cautelare per le azioni costitutive sia «frutto di un esasperato concettualismo le cui conseguenze incidono gravemente sull'effettività della tutela giurisdizionale».

stanziale, da quel mutamento scaturiscono⁸⁷. In questo senso l'anticipazione si risolve nell'autorizzare l'esercizio delle facoltà, o di alcune di esse, che rappresentano il contenuto del diritto che verrà a nascere con la sentenza costitutiva⁸⁸.

In questa prospettiva è stato osservato come il provvedimento cautelare sovente imponga l'adempimento di obblighi consequenziali, aggiungendosi, dunque, all'anticipazione degli effetti che scaturiscono dal mutamento, l'anticipazione della condanna a un *pati*⁸⁹. L'osservazione è certamente corretta, se si guarda al lato passivo; tuttavia ciò non esclude che, dal lato del ricorrente, il provvedimento realizza l'anticipazione delle situazioni attive a suo favore.

⁸⁷ C. BALBI, *Provvedimenti d'urgenza* voce, cit., a p. 99; E. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, Torino, 2005, p. 1249 ss., a p. 1321 ss. Così anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 322 e 323, secondo cui, per quanto debba negarsi l'anticipazione cautelare dell'effetto modificativo sostanziale che perseguono le azioni costitutive in senso stretto, non può invece escludersi che all'art. 700 c.p.c. si possa fare ricorso, in questi casi, «per ottenere utilità più circoscritte di quelle proprie del giudicato costitutivo e della sua stabilità».

⁸⁸ F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 263 s., che, in proposito, nota come, sotto il profilo sostanziale, la tutela cautelare dell'accertamento costitutivo sia «la tutela cautelare dell'aspettativa del verificarsi di quel mutamento, del sorgere di quella nuova situazione giuridica che ha il proprio titolo nella sentenza»; CARBONARA, *Limiti oggettivi dell'anticipazione giuridica, strumentalità attenuata ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L. LANFRANCHI-A. CARRATTA, cit., p. 398 ss., ove rileva che i provvedimenti d'urgenza volti ad assicurare gli effetti di future sentenze costitutive non consentono al giudice di anticipare nell'ordinanza la modificazione del rapporto giuridico, che sarà poi disposta nella pronuncia di merito, quanto unicamente di anticipare obblighi e poteri consequenziali all'indispensabile sentenza costitutiva (così ad esempio non la costituzione della servitù coattiva, ma l'ordine provvisorio di consentire il passaggio sul fondo).

⁸⁹ Sul punto, A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., a p. 387, il quale rileva come, ad esempio nelle azioni costitutive di servitù, l'anticipazione attuata con l'ordine provvisorio di consentire il passaggio o di condurre le acque, riguarda l'obbligo di non fare incombente sul proprietario del fondo servente.

CAPITOLO V

I PROVVEDIMENTI CAUTELARI ANTICIPATORI NEL DIRITTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE ED INDUSTRIALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulle peculiarità del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza. L'importanza della tutela urgente e preventiva nella protezione dei relativi diritti. - 2. La tipicità delle misure cautelari nel diritto industriale e intellettuale. Il ruolo del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* - 3. Le singole misure cautelari e la loro natura conservativa o anticipatoria. Il diritto di informazione e l'efficacia delle informazioni rese in sede cautelare in altri processi. - 4. (*Segue*) La descrizione, l'accertamento e la perizia quali misure di istruzione preventiva. La loro efficacia come prova in altri processi. - 5. (*Segue*) Il sequestro e la questione della sua natura. - 6. (*Segue*) L'inibitoria provvisoria a tutela dei diritti di proprietà industriale e a protezione del diritto d'autore. Cenni sulla natura dell'inibitoria. - 7. (*Segue*) L'inibitoria cautelare in materia di concorrenza sleale. La sua natura e la questione dell'applicabilità ad essa del nuovo art. 614-*bis* c.p.c. - 8. (*Segue*) Le altre misure tipiche. In particolare: l'ordine di ritiro dal commercio, il provvedimento cautelare a tutela dei *domain names*, la pubblicazione del provvedimento cautelare. - 9. La questione della stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio in materia di proprietà intellettuale. La stabilità dell'inibitoria e dell'ordine di ritiro dal commercio alla luce dei nuovi commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 131 c.p.i. - 10. (*Segue*) La compatibilità del regime di strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari anticipatori con l'Accordo TRIPs e con la Direttiva CE 48/2004. - 11. Le penali. La questione delle penali per la violazione dell'ordine di ritiro dal commercio. Il problema della fissazione della penale. Il problema dell'accertamento della violazione e la liquidazione della penale. La costituzione di un valido titolo esecutivo e la questione dell'applicabilità dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. - 12. (*Segue*) La sorte delle penali nel caso di sopravvenuta inefficacia del provvedimento di inibitoria.

1. - *Considerazioni introduttive sulle peculiarità del diritto di proprietà intellettuale e della concorrenza. L'importanza della tutela urgente e preventiva nella protezione dei relativi diritti.*

Con la locuzione diritto della proprietà industriale e intellettuale si fa riferimento, con una certa approssimazione, ad un sistema di regole disciplinanti i diritti relativi alle opere letterarie, artistiche e scientifiche, ai brevetti per invenzione e modello, ai marchi e agli altri segni distintivi, alla concorrenza¹.

Nel presente lavoro non si farà invece riferimento, ancorché alcuni autori allarghino il contenuto di tale branca del diritto anche a questi aspetti, alle regole funzionalmente e direttamente orientate alla protezione del consumatore², ed in particolare a quelle sulla pubblicità³, né alla disciplina dell'*antitrust*, con le sue limitazioni legali e convenzionali alla libertà

¹ La nozione di proprietà industriale e intellettuale si ricava, tra l'altro, dall'art. 2, viii), della Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI, o WIPO, nel corrispondente acronimo inglese), ai sensi del quale nella nozione rientrano: «*les droits relatifs: - aux oeuvres littéraires artistiques et scientifiques, - aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de la radiodiffusions, - aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, - aux dessins et modèles industriels, - aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, - à la protection contre la concurrence déloyale, et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelles dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique*». Per una medesima nozione, v. anche R. FRANCESCHELLI, voce *Diritto industriale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 601 s.; F. BENUSSI, voce *Proprietà industriale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 415 s.;

² Ad esempio, M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 285 s.

³ In particolare, G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968, p. 6 s.

d'impresa, perché in essa si innestano regole di tutela giurisdizionale tipiche, affatto peculiari⁴, che proteggono interessi per lo più collettivi⁵; tale disciplina, dunque, esula per la sua specificità dall'oggetto e dai limiti della presente

⁴ L'affermazione svolta nel testo, in realtà, deve essere precisata, perché nel diritto *antitrust* non mancano ipotesi di intervento della giurisdizione ordinaria. L'art. 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287, dispone infatti che le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni contenute nei titoli da I a IV della medesima legge, sono promossi davanti alla Corte d'Appello competente per territorio. In base alla c.d. teoria del doppio binario, ora generalmente accolta, l'illecito *antitrust* viene considerato plurioffensivo, e come tale distintamente represso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la lesione dell'interesse pubblico e dell'interesse della collettività con la giurisdizione rimessa agli organi della giustizia amministrativa (T.A.R. del Lazio e Consiglio di Stato) e dal giudice ordinario per la violazione dell'interesse individuale del soggetto singolarmente leso mediante l'applicazione delle sanzioni civili sia in via ordinaria che cautelare. In tema di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria in materia di diritto antitrust si segnala la recentissima modifica dell'art. 134 c.p.i. ad opera dell'art. 19 della legge 23 luglio 2009, n. 99, in forza della quale, la competenza «in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e degli articoli 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la cui cognizione è del giudice ordinario» è devoluta alle sezioni specializzate previste dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, vale a dire alle sezioni specializzate in materia di diritto industriale e intellettuale istituite presso il Tribunale. A una prima lettura, può sorgere il dubbio che la norma incida sul riparto di competenza tra Corte d'appello e tribunale, che già caratterizzava il sistema della tutela giurisdizionale in materia di *antitrust*, secondo il quale la Corte d'appello è competente per le violazioni delle disposizioni della legge n. 287/1990 e il tribunale (ora la sua sezione specializzata in materia di diritto industriale e concorrenza) in materia di illeciti afferenti l'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale previsti dal c.p.i. e dalle norme comunitarie. Ma probabilmente, dato anche il fatto che l'art. 33 legge n. 287/1990 è rimasto immutato, la ripartizione della competenza tra Corte d'appello e tribunale permane invariata.

Tuttavia, dati gli interessi metaindividuali per lo più coinvolti, il sistema nel quale la tutela giurisdizionale si innesta rimane dotato di caratteristiche molto peculiari. Sul problema delle sanzioni, v. A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 5° ed., Milano, 2005, p. 540 s. Sulla tutela giurisdizionale nella disciplina dell'antitrust, v., per tutti, M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998. In particolare, sulla tutela cautelare, v. L. QUERZOLA, *La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni minime*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 279 ss.

⁵ Sugli interessi protetti dalla normativa antitrust, v. V. MANGINI, *Disciplina del mercato, Lineamenti generali*, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza*, 3° ed., Torino, 2009, p. 403 s.; F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988, p. 141 il quale, al fine di individuare gli interessi protetti, si affida al paradigma dell'interesse del consumatore.

ricerca.

Il diritto di proprietà industriale e intellettuale ha un oggetto ampio dai confini, per certi aspetti, dinamici, e che non è qui il caso di approfondire⁶. L'eterogeneità dei diritti e dei rapporti sostanziali cui si fa riferimento non toglie che gli istituti che ne fanno parte presentino, sia sotto il profilo funzionale sia sotto il profilo delle tecniche di protezione, alcuni elementi ricorrenti e omogenei, che giustificano una trattazione comune della disciplina della tutela anticipatoria cautelare loro applicabile.

Sotto il primo profilo, tutta la disciplina del diritto industriale esplica una funzione *lato sensu* concorrenziale⁷, che vale, tra l'altro, a ricomprendere all'interno dell'ampia disciplina anche quelle ipotesi patologiche che non si risolvono in una diretta violazione di diritti di proprietà industriale e intellettuale in senso stretto, come nel caso di concorrenza sleale c.d. non interferente, e alle quali non può essere esteso quello che subito sarà detto a proposito della struttura dominicale del diritto di proprietà industriale e intellettuale e della sua tutela reale, ma potranno invece esserlo altre riflessioni sugli strumenti di tutela giurisdizionale.

A parte l'ipotesi di concorrenza sleale, i diritti di proprietà industriale e intellettuale sono riconducibili a una struttura di tipo dominicale che ha ad

⁶ Sulla «mobilità tematica del diritto industriale», v. P. SPADA, *Il diritto industriale, Parte generale*, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., p. 4 s.

⁷ Cfr. P. SPADA, *Il diritto industriale, Parte generale*, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., p. 10, ove rileva che la repressione della concorrenza sleale è «*complementare alle privative* su segni distintivi, invenzioni, modelli» (corsivo dell'Autore).

oggetto beni c.d. immateriali⁸. Al pari di quanto avviene per il diritto di proprietà, tali diritti, sostanzialmente, da un lato garantiscono l'appartenenza del bene a colui che deve ritenersi tale secondo l'ordinamento giuridico, e dall'altro garantiscono allo stesso il godimento esclusivo, con l'obbligo per i terzi di astenersi dall'impedire, limitare o turbare tale godimento. L'appartenenza e l'esclusiva (o, come anche è detta, privativa), intorno alle quali ruota la tutela in questo campo del diritto, sono qualificabili come diritti soggettivi reali e assoluti⁹.

Il parallelismo nella ricostruzione del diritto tra proprietà in genere e proprietà industriale e intellettuale finora utilizzato tende a inclinarsi con riguardo all'oggetto dei due diritti, dal momento che, come accennato, la seconda ha ad oggetto beni immateriali¹⁰. Questi ultimi, a differenza dei beni

⁸ La qualificazione in termini proprietari dei diritti di proprietà industriale non è pacifica, ed è stata critica, ad esempio, da A. VANZETTI, *Capacità distintiva e confondibilità: segni registrati e non registrati*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 7 s., spec. p. 10 s. Ai fini del presente lavoro, tuttavia, la disputa, pur interessante, non è molto rilevante, poiché la ricostruzione in chiave domenicale non solo è espressione di una tradizionale e diffusa impostazione culturale, anche all'estero, ma soprattutto è quella accolta nel Codice della Proprietà intellettuale, nelle Convenzioni internazionali e, mi sembra, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Decisivo, credo, sia il rilievo che la tutela dei diritti di proprietà industriale è così strutturata.

⁹ Cfr. P. SPADA, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., p. 7 e 12 s.

¹⁰ Sulla nozione di bene immateriale, v. M. ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *Dir. autore*, 1958, p. 353 ss.; ID., voce *Beni immateriali*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 244 ss. e spec. p. 250 s., il quale lo definisce come «pura costruzione del pensiero individuale, fissata astrattamente in un momento determinato del divenire dello stesso, contrapposta al suo autore, ai soggetti ai quali si rivolge, nonché all'atto creativo e ciò con caratteristiche di originaria obiettività». Partendo da questa definizione, l'Autore individua le seguenti caratteristiche dei beni immateriali: necessità di estrinsecazione; trascendenza; circolabilità e riproducibilità; indistruttibilità. Il riferimento al concetto di bene immateriale quale oggetto dei diritti di proprietà industriale è stato peraltro contestato da R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali (Saggio di una critica del concetto)*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, p. 381 ss.; ID., *Trattato di diritto industriale*, II, Milano, 1960, p. 535 ss., secondo il quale le esclusive industrialisti-

materiali, sono sempre suscettibili di godimento contemporaneo da parte di una purità di soggetti; rispetto a quelli, infatti, essi non costituiscono una realtà fisica finita¹¹.

Tale caratteristica incide sulla protezione dell'esclusività del godimento che, per i beni materiali, tende a essere garantita dalla stessa appartenenza, mentre, per i beni immateriali, finisce per essere garantita solo dalla tutela giurisdizionale che renda effettivo il divieto gravante sui terzi di sfruttare economicamente a loro volta il bene, inibendo prima e poi sanzionando qualsiasi atto lesivo del diritto del titolare¹². In modo assai più evidente che nella

che avrebbero una natura diversa dal diritto di proprietà; v. anche i dubbi sulla natura di bene immateriale del marchio, in quanto il segno sarebbe da considerarsi piuttosto una qualità e un accessorio dell'organizzazione imprenditoriale, espressi da A. VANZETTI, *Funzione e natura giuridica del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, p. 16 ss., a p. 68 s.

Sul concetto di bene immateriale, in generale, si vedano anche F. CARNELUTTI, *Studi di diritto industriale*, Roma, 1916, spec. p. 29 ss.; ID., *Teoria generale del diritto*, cit., spec. p. 129 ss., il quale sottolinea che il bene immateriale ha come caratteristica l'«infinitezza»; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, spec. 230 ss.; F. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948; ID., voce *Beni immateriali*, in *Novissimo dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 356 ss.; F. MESSINEO, *Riflessioni sulla c.d. proprietà commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 281 ss.; A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 825 ss.; G. PUGLIESE, *Res corporales, res incorporales, e il problema del diritto soggettivo*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1951, p. 237 ss.; L. SORDELLI, *Il titolo dell'opera dell'ingegno e la sua configurazione come bene immateriale*, in *Dir. autore*, 1950, p. 154 ss.; ID., *Idee, opere dell'ingegno e invenzioni industriali come oggetto di diritti*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, I, p. 67 ss.

Per una analisi del concetto di bene immateriale in una prospettiva storico-comparatistica v. G. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici moderni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1137 ss.

¹¹ Già i giuristi romani intuirono che l'oggetto del diritto può non essere una entità corporea ed enunciarono la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*. Si legga, in proposito, Gai. Inst., II, 11: «*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae jure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae*».

¹² Cfr. G. FLORIDIA, *La tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà intellettuale*, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., p. 651 e 652, il quale osserva come il fatto che il bene sia suscettibile di contemporaneo godimento

proprietà di beni materiali, il diritto di godimento del bene immateriale, infatti, postula il rispetto da parte dei terzi dell'esclusiva¹³.

La tutela del diritto industriale (facendosi riferimento, ora sì, anche alla tutela della concorrenza) deve poi essere una tutela reale¹⁴, idonea a ripristinare la situazione concorrenziale precedente alla lesione, con misure che tendano all'interruzione della condotta lesiva, alla rimozione dei mezzi e dei risultati dell'uso, alla prevenzione dei futuri comportamenti illeciti, per mezzo della minaccia di sanzioni pecuniarie per le successive violazioni dell'esclusiva, e infine a rendere noto il comportamento illecito con l'eventuale pubblicazione del provvedimento giudiziale.

Nella maggior parte dei casi, infatti, la tutela risarcitoria per equivalente pecuniario del danno subito si rivela poco efficace¹⁵, anche perché il danno non sarebbe concretamente riparabile, essendo suscettibile di crescere espo-

incide fortemente sulle valutazioni di politica legislativa che stanno alla base della tutela giurisdizionale, dato che «mentre per le cose la regolamentazione dell'appartenenza e del godimento esclusivo sono rese necessarie *sine cives ad arma veniant*, con riferimento ai beni immateriali sono determinate in funzione della libertà d'azione dei terzi che non potranno compiere tutte quelle operazioni che la garanzia del bene immateriale vieta e rende illegittime».

¹³ Come nota G.L. NARDO, *I provvedimenti cautelari "speciali" a tutela dei brevetti e dei marchi*, in *www.judicium.it*, p. 21, il settore del diritto industriale «riguarda un ambito ad alta probabilità di violazioni di legge, e ciò perché il rischio e la frequenza di condotte *contra ius* ai più diversi livelli, è la conseguenza di un settore commerciale e di mercato in continua evoluzione e a rischio di contraffazione, sempre allo scopo di inserire nel mercato con costi ridotti ed a prezzi al di sotto del mercato stesso, prodotti non originali, ma comunque idonei ad essere commercializzati».

¹⁴ P. SPADA, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., p. 16 s.

¹⁵ Trib. Campobasso, 16 novembre 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, p. 558 ss; Trib. Milano, 16 luglio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, p. 252 ss.; id., 27 settembre 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, p. 660 ss.; Trib. Catania, 15 aprile 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, p. 922 ss.

nenzialmente alla durata della violazione del diritto¹⁶, e perché la prova delle sue dimensioni sarebbe difficilmente fornibile, se non addirittura impossibile¹⁷.

La sola previsione di una tutela reale non si dimostra tuttavia sufficiente a garantire la protezione dei diritti di esclusiva e del corretto e regolare svolgimento della concorrenza; per le ragioni sopra esposte è altresì necessario che essa sia fornita in modo tempestivo¹⁸. In questo più che in altri settori del diritto e dei rapporti economici, tutela effettiva significa tutela rapida, e, come da sempre dottrina e giurisprudenza rilevano, nonché la prassi dimostra, la tutela cautelare e preventiva¹⁹ riveste un ruolo essenziale²⁰.

¹⁶ In questo senso, E.T. LIEBMAN, *Disciplina dell'inibitoria nel processo per violazione di brevetti o di marchi*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 565 ss., il quale osserva che, «quanto al *periculum in mora*, esso è insito in questi rapporti *in re ipsa*, data la natura del rapporto controverso: la violazione di un diritto di brevetto o di marchio implica un danno che cresce continuamente quanto più si prolunga l'attività del violatore».

¹⁷ Cfr. in questo senso A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 504 e 505; Trib. Campobasso, 16 novembre 2002, cit., p. 558 ss.; Trib. Napoli, 26 marzo 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, p. 959 ss.; id., 20 aprile 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, p. 1047 ss.

¹⁸ Così E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 246 ss.

¹⁹ Generalmente si distingue, in relazione al momento in cui è richiesta la tutela, fra una protezione fornita ai diritti e gli interessi in via restitutoria-ripristinatoria a seguito di vanti, contestazioni e violazioni, vale a dire quando l'evento lesivo per il titolare del diritto o dell'interesse si è già verificato, e una protezione preventiva di tali beni e interessi, a prescindere dalla circostanza che sia già avvenuto l'evento lesivo. Il rapporto tra tutela cautelare e tutela preventiva sarà approfondito nel prosieguo del lavoro, quando si affronterà la questione dell'inibitoria; qui sia sufficiente anticipare come di prevenzione possa parlarsi in due modi: nel primo si fa riferimento alla tutela concessa anteriormente alla violazione, «che non l'impedisce ma ne riduce le possibilità e gli effetti dannosi. Ma di prevenzione può parlarsi in un senso diverso, come eliminazione totale della possibilità di danno o, se questa parola appare richiamare troppo da vicino la lesione materiale, come esclusione di una successiva situazione antinormativa» (così G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968, p. 18).

Il rapporto tra tutela cautelare e tutela preventiva è comunque oggetto di ampie riflessioni da parte della dottrina. Si rimanda, per il momento e salvo poi tornare sul tema più avanti, a C. RAPISARDA-M. TARUFFO, voce *Inibitoria (azione) - I) Diritto processuale civile*, in *Enc.*

È assai significativo, da questo punto di vista, il dato che nell'ambito del diritto industriale e intellettuale la tutela cautelare sembra ormai avere soppiantato, in termini numerici, la tutela ordinaria: i giudizi cautelari superano di gran lunga quelli di merito²¹. Tale dato, per un verso, conferma quanto detto sulla necessità che l'intervento a protezione dei diritti di proprietà industriale e intellettuale (e alla leale concorrenza) per essere efficace deve avvenire rapidamente. Ma alla luce della regola della strumentalità attenuata per i provvedimenti anticipatori, e dunque nel senso che, dopo la fase cautelare, al processo ordinario non si dà avvio, il dato riportato conferma altresì

giur., XVII, Roma, 1989, p. 15, che rilevano come «carattere essenziale e tipico dell'azione inibitoria è, dunque, quello di essere una tecnica di tutela giurisdizionale rivolta verso il futuro (...) piuttosto che verso il passato» e il tratto distintivo rispetto alla tutela cautelare riponderebbe nella mancanza di carattere preventivo della protezione cautelare, tesa invece ad attuare «una tutela anticipatoria degli effetti che potranno derivare dalla decisione di merito» (*ivi*, p. 12); a F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., a p. 133 s., ove osserva che la tutela cautelare manifesta «una spiccata funzione preventiva». Sulla prevenzione nello specifico campo della proprietà intellettuale e industriale, v. M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, p. 3 s.

²⁰ Come rileva T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 36, nella disciplina dei beni immateriali e della concorrenza «acquista importanza centrale non solo la rimozione degli effetti dell'atto o dell'attività vietata, ma la sua inibizione per il futuro». Il concetto si trova ribadito anche in altre parti dell'opera; R. FRANCESCHELLI, *Le misure provvisorie nel diritto industriale*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, cit., p. 283 ss., ove afferma che l'importanza della tutela provvisoria e d'urgenza nel diritto industriale e della concorrenza deriva da due ragioni: «da un lato la disciplina della concorrenza che impone di per sé l'esigenza di una tutela rapida ed efficace; dall'altro il particolare titolo su cui spesso tale tutela si basa – il brevetto, sia esso per invenzione o per marchio – che permette il ricorso a provvedimenti d'urgenza tipici e/o generali».

²¹ Cfr. i dati riportati da M. BARBUTO, *La Sezione specializzata di Torino e il progressivo ricorso alla tutela cautelare*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 118 ss., a p. 122, relativi alla Sezione di cui è Presidente. Negli anni di applicazione del Codice della proprietà industriale (dal 1° luglio 2003 al primo semestre 2007) i ricorsi cautelari sono stati 262 a fronte di un flusso di nuove cause ordinarie di 158, delle quali peraltro ben 60 definite senza giungere alla sentenza (né di merito, né di rito). Ciò significa che quasi il 70% dei contenziosi in materia industrialistica transitano per la fase cautelare.

che la tutela fornita in sede cautelare, come qui sostenuto, si mostra del tutto soddisfattiva dei diritti delle parti e idonea a definire la controversia, la quale non viene portata davanti al giudice ordinario²².

2. - *La tipicità delle misure cautelari nel diritto industriale e intellettuale. Il ruolo del provvedimento ex art. 700 c.p.c.*

Le caratteristiche dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale e l'importanza della tutela cautelare nella loro protezione spiegano perché quest'ultima è da sempre stata affidata principalmente a strumenti tipici, dimensionati alle esigenze di ciascuna privativa. Il sistema, infatti, prevede numerose misure nominate, di contenuto e natura vari, che riducono, come vedremo, l'utilizzo del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* ad ipotesi tutto sommato residuali²³.

²² Se infatti si confronta il numero dei ricorsi cautelari con quello degli atti introduttivi del processo ordinario, si evince che in 104 casi su 262 le parti si sono accontentate della tutela cautelare. Ma se a tale dato si aggiunge quello relativo ai giudizi di merito che non vengono portati a sentenza (60), si ricava inoltre come solo in 44 casi su 262 le parti ritengono di necessitare, ai fini della tutela e della soddisfazione dei loro diritti, della sentenza.

²³ Sul sistema di tutela giurisdizionale della proprietà industriale contenuto nel c.p.i. si vedano le interessanti riflessioni di M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 174 ss., ove rileva che con il codice della proprietà industriale «si accentua l'autonomia» della tutela giudiziaria e come vi sia motivo di credere che le relative norme processuali «formino sempre più un "sistema a sé stante" rispetto alle rimanenti norme processuale». Secondo l'Autore, «l'antinomia delle norme speciali rispetto a quelle generali conferma dal punto di vista logico l'argomento che si trae dall'esistenza di una fonte autonoma nella quale le norme speciali si atteggiano come "sistema" e come parti integranti di un "codice" che regola i diversi aspetti della materia».

I provvedimenti cautelari espressamente disciplinati nel Codice della proprietà industriale a tutela di marchi, brevetti, invenzioni e *domain names*²⁴ sono il diritto di informazione (art. 121-*bis*), il sequestro (art. 129), la descrizione (art. 130), l'inibitoria (art. 131), l'ordine di ritiro dal commercio (art. 131), la tutela cautelare dei nomi a dominio, attraverso l'inibitoria dell'uso e il provvisorio trasferimento (art. 133), il sequestro conservativo dei beni mobili ed immobili dall'autore della violazione di un diritto di privativa (art. 144-*bis*).

Le misure cautelari previste e disciplinate dalla legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633), così come modificata dal d.lgs. n. 140/2006²⁵, sono il diritto di informazione (art. 156-*ter*), la descrizione, l'accertamento, la perizia, il sequestro di ciò che si reputi costituire violazione del diritto di utilizzazione, il sequestro dei proventi dovuti all'autore dell'opera o del prodotto contestato (art. 161) e l'inibitoria (art. 163).

Ai procedimenti cautelari in materia di diritto industriale e d'autore, salvo quanto diversamente disciplinato dalle disposizioni del Codice della proprietà industriale e della Legge sul diritto d'autore, si applicano le norme

²⁴ La tutela concerne il nome a dominio aziendale, vale a dire utilizzato per fini imprenditoriali e, più in generale per fini di attività economica. In proposito, l'art. 22 c.p.i. sulla scorta della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza consolidata, ha considerato il nome a dominio aziendale come un segno distintivo il cui uso può essere oggetto di contraffazione di marchio. Sulla tutela giurisdizionale del *domain names*, si veda L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alla leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, p. 638 ss., ove ampi rimandi a dottrina e giurisprudenza.

²⁵ Si tratta della legge con cui è stata data attuazione alla Direttiva CE n. 48/2004 (c.d. *Direttiva Enforcement*).

del rito cautelare uniforme contenute nel codice di procedura civile²⁶.

La tutela cautelare prevista a protezione delle privative industrialistiche e quella a protezione del diritto d'autore si equivalgono. I principali provvedimenti tipici, vale a dire l'inibitoria, il sequestro e la descrizione, sono sostanzialmente identici nel codice della proprietà industriale e nella leg-

²⁶ L'art. 134 c.p.i., in realtà, nella sua originaria formulazione prevedeva il rinvio alle norme del rito societario. Tuttavia, ancora prima che quest'ultimo fosse abrogato dall'art. 54, 5 co., della Legge, 18 giugno 2009, n. 69, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 134 c.p.i. nella parte in cui prevedeva il rinvio alle norme del rito societario (Corte cost., sentenza 18 aprile-17 maggio 2007, n. 170). Sulla dichiarazione di incostituzionalità si vedano, tra gli altri, G. SENA, *Il «no» della Corte Costituzionale al rito societario per la proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, p. 129 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Requiem gioiosa per il rito societario applicato al diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, p. 123 ss.; B. SASSANI, *Eccessi di delega, rito societario e proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 240 ss.; I. LOMBARDINI, *Dichiarata incostituzionale l'estensione del rito societario ai giudizi in materia industrialistica*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 273 ss.; A. VIANELLO, *L'incostituzionalità dell'art. 134, codice della proprietà industriale: profili processuali*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1318 ss.

Come detto (nella nota 4, del paragrafo 1), l'art. 134 c.p.i. è stato modificato dall'art. 19, comma 5, della recentissima legge n. 23 luglio 2009, n. 99: mentre prima, l'articolo prevedeva (e così era rubricato) le norme di procedura applicabili alle controversie in materia di diritto industriale, oggi si limita a dettare le norme sulla competenza, stabilendo che «1. Sono devoluti alla cognizione delle sezioni specializzate previste dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168: a) i procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, nonché in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e degli articoli 81 e 82 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la cui cognizione è del giudice ordinario, e in generale in materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate; b) le controversie nelle materie disciplinate dagli articoli 64, 65, 98 e 99 del presente codice; c) le controversie in materia di indennità di espropriazione dei diritti di proprietà industriale, di cui conosce il giudice ordinario; d) le controversie che abbiano ad oggetto i provvedimenti del Consiglio dell'ordine di cui al capo VI di cui conosce il giudice ordinario». Anche se ora, dunque, non è previsto più alcun rinvio alle norme del codice di procedura civile, deve comunque ritenersi applicabile, in quanto non derogata da specifiche norme del c.p.i., la disciplina del rito cautelare uniforme, dal momento che essa costituisce la disciplina generale applicabile a qualsivoglia procedimento cautelare previsto anche in leggi speciali.

ge sul diritto d'autore²⁷. Quest'ultima, rispetto al primo, prevede altresì le ulteriori misure dell'accertamento e della perizia. Tuttavia si tratta di provvedimenti che, dal punto di vista del contenuto assunto e della funzione svolta, sono fondamentalmente analoghi alla descrizione, alla quale si affiancano, e appartengono alla categoria delle misure di istruzione preventiva²⁸. Una differenza tra le misure previste a tutela delle due categorie di diritti può invece ravvisarsi nella previsione, limitata alla protezione del diritto d'autore, del sequestro dei proventi che spettano all'autore dell'opera o del prodotto contestati, nei casi più gravi di violazione. Ma tale misura non vale a differenziare i due sistemi di tutela.

Oltre agli strumenti tipici, è poi possibile ricorrere ai provvedimenti d'urgenza innominati *ex art. 700 c.p.c.*²⁹. Tuttavia il loro ambito applicativo risulta, date le numerose misure espressamente previste, ristretto e la loro funzione residuale³⁰, anche se, nella prassi, spesso tale norma viene invocata,

²⁷ F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 89; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale. Ordinamento amministrativo e tutela giurisdizionale*, Milano, 2009, p. 304.

²⁸ G. FLORIDIA, P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., p. 672, ove afferma che la descrizione è «detta anche "accertamento" e "perizia" nella legge sul diritto d'autore».

²⁹ Cfr., per esempio, Trib. Catania, 3 luglio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, p. 382 ss., secondo il quale i provvedimenti cautelari innominati sono ammissibili «non solo per i casi in cui il contenuto o l'effetto del provvedimento non sia identificabile con quanto previsto dalle misure cautelari tipiche o non sia raggiungibile con esse o quando manchino i presupposti per richiederle ovvero quando in concreto si invocano misure di contenuto diverso o di effetto ulteriore rispetto a quello delle misure tipiche. Tanto vale nel caso in cui il ricorrente lamenti, oltre la violazione del diritto di marchio, l'esistenza di comportamento ed atti di concorrenza sleale posti in essere in violazione dell'art. 2598 c.c.»

³⁰ G. CASABURI, *Codice di proprietà industriale e sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 124 ss., a p. 134, il quale afferma che, data la presenza delle misure tipiche, l'art. 700 c.p.c. assume, conformemente alla sua funzione, «un ruolo del tutto residuale», come, ad esempio,

a fianco di quelle che prevedono misure specifiche, per consentire la maggiore elasticità possibile all'intervento del giudice³¹.

La tutela cautelare atipica parrebbe invece tornare a rivestire un'importanza fondamentale nell'ambito della protezione della lealtà della concorrenza, poiché in esso non sono previste misure cautelari tipiche³². Tuttavia, nel caso in cui le condotte illecite ai sensi dell'art. 2598 c.c. risultino in rapporto di connessione o dipendenza con un diritto di proprietà industriale, anche alla materia della concorrenza sleale si tenderanno ad applicare le disposizioni in tema di tutela cautelare contenute nel codice della proprietà industriale³³, con la conseguente riduzione dello spazio di applicazione della tutela innominata.

nei casi di accertamento negativo della contraffazione; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 304 s., ove rileva che le azioni innominate sono ristrette ad ipotesi eccezionali.

³¹ In proposito nota giustamente E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 265 che «la duttilità di questo provvedimento cautelare lascia tuttavia prevedere che esso continuerà ad essere largamente utilizzato anche in futuro».

³² Cfr. A. CARACÒ, *Sulla tutela cautelare avverso atti di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. impresa*, 2005, p. 449 ss.; G. CASABURI, *In tema di tutela cautelare della concorrenza sleale*, (nota a Trib. Milano, 22 settembre 2007), in *Foro it.*, 2008, I, c. 280 ss.

³³ Sul problema della concorrenza sleale c.d. interferente, che tra l'altro attrae la competenza a conoscere delle relative controversie a favore delle Sezioni specializzate, si vedano, tra gli altri, S. CASELLI, *La concorrenza sleale «interferente» e il rito societario*, (nota a Trib. Roma 23 aprile 2004), in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 304 ss., ove ampi rinvii a dottrina e giurisprudenza; M. COMASTRI, *Sui rapporti tra azione di contraffazione e azione di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 481 ss.; T. LOMONACO, *Sezioni specializzate e concorrenza sleale «interferente»: le nuove prospettive offerte dal codice della proprietà industriale*, (nota a Trib. Napoli, 15 dicembre 2005), in *Giur. it.*, 2006, p. 1206 ss.; C.E. MAYR, *La concorrenza sleale «interferente»*, (nota Trib. Venezia 4 dicembre 2003 e Trib. Venezia 19 febbraio 2004), in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 344 ss.; M. SCUFFI, *Sezioni specializzate e tutela giudiziaria dell'impresa*, in *Dir. e pratica società*, 2007, fasc. 10, p. 34 ss.; G. VISAGGIO, *La competenza delle sezioni specializzate in materia di concorrenza sleale ai sensi del C.p.i.*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 251 ss.; V. DI CATALDO, *La tutela giurisdizionale*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 51 ss.

A parte queste ipotesi, la tutela cautelare in tale materia è imperniata sulle misure previste in generale nel codice di procedura civile: non solo, dunque, il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, ma anche le misure di istruzione preventiva disciplinate dagli artt. 692 ss. c.p.c. La mancanza della previsione di misure tipiche non va però sopravvalutata. La tutela che ne deriva è sostanzialmente equivalente a quella tipica del codice della proprietà industriale, dal momento che con il provvedimento d'urgenza è possibile ottenere sia inibitorie provvisorie, sia il sequestro; mentre i provvedimenti di istruzione preventiva disciplinati dal codice di procedura civile non differiscono in modo significativo dalla descrizione.

Tuttavia vi è una importante differenza da rilevare. Se è vero che l'inibitoria ottenibile in materia di concorrenza sleale non differisce, per quanto attiene i presupposti e il contenuto, da quella tipica prevista nel codice della proprietà industriale e nella legge sul diritto d'autore, non altrettanto può dirsi sotto il profilo della sua efficacia³⁴. L'inibitoria ottenibile con il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* non può infatti essere assistita

³⁴ A. VANZETTI, *Brevi considerazioni in tema di inibitoria*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 167 ss., p. 168, ove afferma che «Il rafforzamento della tutela, anche in particolare in sede cautelare, dei "diritti di proprietà industriale» dà tuttavia luogo ad una divaricazione (che si somma a quella, irragionevole, che ci affligge riguardo alla competenza) tra questa tutela e quella contro gli atti di (mera) concorrenza sleale. In relazione a questi ultimi, infatti, da un lato non è prevista espressamente una possibilità di affiancare all'inibitoria cautelare (e per la verità neppure a quella definitiva) la previsione di penali, e dall'altro lato, non trattandosi di diritti su beni immateriali, neppure è possibile far conto sull'effetto dissuasivo dell'art. 388, secondo comma, c.p. perché non si tratta di "misura cautelare a difesa della proprietà, del possesso o del credito"». Di conseguenza, rileva giustamente l'Autore, un provvedimento cautelare di inibitoria di atti di concorrenza sleale risulta, almeno da un punto di vista pratico, «del tutto privo di rilievo, dato che la intrinseca incoercibilità di esso non è neppure sostituita dall'effetto dissuasivo di una norma penale violata»

dalla condanna al pagamento di penali, in quanto tale misura non è prevista come sanzione finale dall'art. 2599 c.c.³⁵; e questa differenza incide in modo significativo sull'efficacia della tutela. Tale conclusione, tuttavia, deve ora tenere conto della recente introduzione della misura coercitiva per l'adempimento degli obblighi di fare e non fare prevista dal nuovo art. 614-bis c.p.c. Sul punto tornerò comunque più avanti, quando tratterò dell'inibitoria³⁶.

3. - *Le singole misure cautelari e la loro natura conservativa o anticipatoria. Il diritto di informazione e l'efficacia delle informazioni rese in sede cautelare in altri processi.*

L'art. 121-bis c.p.i. e, in modo del tutto analogo, l'art. 156-ter l.d.a. prevedono che l'autorità giudiziaria, sia nei giudizi cautelari sia in quelli di merito, possa ordinare, su istanza «giustificata e proporzionata» del richiedente, che vengano fornite informazioni «sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazioni di servizi» che violano un diritto di privativa. Tale ordine può essere indirizzato non solo al presunto autore della violazione, ma anche ad altri soggetti che siano stati trovati in possesso delle merci o che utilizzino o forniscano su scala commerciale i servizi oggetto della violazione, o

³⁵ L'art. 2599 c.c. si limita a prevedere che «La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti».

³⁶ Sull'argomento si rinvia al paragrafo 7.

comunque che siano implicati nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi³⁷.

La misura si differenzia dalla *discovery* prevista dall'art. 121, comma 2, seconda parte, c.p.i. perché può rivolgersi anche nei confronti di soggetti del tutto estranei al giudizio in corso³⁸.

Le informazioni vengono acquisite dal giudice tramite l'interrogatorio³⁹ dei soggetti in questione e applicando le norme in tema di prova testimoniale prevista dal codice di procedura civile, che sono espressamente richiamate dalla disposizione in esame. Non solo: la parte, e il terzo,

³⁷ Al riguardo l'art. 8, Direttiva CE n. 48/2004 (c.d. Direttiva *Enforcement*) dispone che «1. gli Stati membri assicurano che, nel contesto dei procedimenti riguardanti la violazione di un diritto di proprietà intellettuale e in risposta a una richiesta giustificata e proporzionata del richiedente, l'autorità giudiziaria competente possa ordinare che le informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di proprietà intellettuale siano fornite dall'autore della violazione e/o da ogni altra persona che: a) sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; b) sia stata sorpresa ad utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale; c) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto; oppure d) sia stata indicata dai soggetti di cui alle lettere a), b), e c) come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti e nella fornitura di tali servizi. 2. Le informazioni di cui al paragrafo 1 comprendono, ove opportuno, quanto segue: a) nome e indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonché dei grossisti e dei dettaglianti; b) informazioni sulle quantità prodotte, fabbricate, consegnate, ricevute o ordinate, nonché sul prezzo spuntato per i prodotti e i servizi in questione. 3. I paragrafi 1 e 2 si applicano fatte salve le altre disposizioni regolamentari che: a) accordano al titolare diritti d'informazione più ampi; b) disciplinano l'uso in sede civile o penale delle informazioni comunicate in virtù del presente articolo; c) disciplinano la responsabilità per abuso del diritto di informazione; d) accordano la possibilità di rifiutarsi di fornire informazioni che costringerebbero i soggetti di cui al paragrafo 1 ad ammettere la loro partecipazione personale o quella di parenti stretti ad una violazione di un diritto di proprietà intellettuale; oppure e) disciplinano la protezione o la riservatezza delle fonti informative o il trattamento di dati personali».

³⁸ G. FLORIDIA, *Il diritto all'informazione*, in *AIDA*, 2006, p. 236 ss., a p. 243.

³⁹ Secondo G. DRAGOTTI, *L'attuazione della direttiva «enforcement»*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, p. 21 ss., a p. 26, tali soggetti non sarebbero però tenuti a prestare giuramento.

hanno l'obbligo, penalmente sanzionato, di dire la verità⁴⁰.

A mio avviso, la misura in esame pone una lunga serie di problemi, che non possono essere trascurati. Nelle intenzioni del legislatore, anche europeo, il diritto alle informazioni pare essere ricostruito in chiave di diritto «autonomo e indipendente»⁴¹. Cosa ciò significhi, tuttavia, non è affatto chiaro, come non lo è l'ambito applicativo della disposizione⁴²; in particolare non si comprende se la norma possa essere azionata esclusivamente all'interno di un giudizio diretto ad accertare la contraffazione⁴³, oppure autonomamente, in un giudizio a sé stante e finalizzato al solo ottenimento delle informazioni⁴⁴, come lascerebbe pensare la qualifica di diritto autonomo e indipendente.

Non sembra neppure che esso possa configurarsi come un vero e proprio mezzo di istruzione probatoria, preventiva e no, dal momento che non è diretto a provare l'illecito, ma a «far acquisire al titolare dei diritti informazioni sull'effettiva portata del fenomeno contraffattivo, in modo da consen-

⁴⁰ Lo dispongono espressamente l'art. 127, comma 1-bis, c.p.i. e l'art. 171-octies l.d.a.

⁴¹ M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 178; L. BENVENUTO, *Il sistema della discovery e del diritto di «informazione» nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 108 ss., a p. 118; G. FLORIDIA, *Il diritto all'informazione*, cit., a p. 243, secondo cui fuori dalla *discovery* il diritto di informazione ha dovuto essere configurato dal legislatore «come un diritto sostanziale».

⁴² Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 178, ove, rilevando i problemi di coordinamento che la norma fa sorgere, parla di misura ambigua.

⁴³ L. BENVENUTO, *Il sistema della discovery e del diritto di «informazione» nel codice della proprietà industriale*, cit., p. 118 s., secondo cui il diritto può essere esercitato «solo nel contesto di un procedimento giudiziale diretto ad accertare la contraffazione di un diritto di proprietà industriale».

⁴⁴ Cfr. Trib. Roma, 19 agosto 2006, inedita, secondo cui il diritto di informazione è azionabile autonomamente in un giudizio che viene definito dai giudici di «astensione». Nello stesso senso, G. FLORIDIA, *Il diritto all'informazione*, cit., p. 243; ID., *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006, p. 507.

tirgli di estendere l'azione già intrapresa da altri soggetti, oppure di intentarne una nuova, ovvero di chiedere tutela in sede penale»⁴⁵. In questo senso, tale diritto sembra essere ricostruito come diritto sostanziale e non processuale: un diritto di ottenere informazioni dall'autore della violazione o da terzi, onde consentire al soggetto richiedente di valutare se agire contro il primo, i secondi o entrambi.

A mio parere, la compatibilità di questa misura con il nostro sistema processuale è peraltro fortemente dubbia, dal momento che l'ordine impartito dal giudice può rivolgersi contro soggetti estranei al giudizio⁴⁶. I soggetti contro cui si rivolge l'ordine del giudice, così come sostiene una parte della dottrina e, parrebbe, la Relazione del legislatore, non dovrebbero essere tenuti a fornire informazioni sulla loro partecipazione alla contraffazione, date anche le possibili conseguenze penali⁴⁷. Una diversa conclusione, peraltro, sembrerebbe violare il principio *nemo contra se edere tenetur*.

Ma al di là di questi, a mio avviso fondati, dubbi di compatibilità della misura in esame con il nostro ordinamento, risulta molto difficile qualsiasi riflessione volta a comprendere se la misura in questione sia anticipatoria,

⁴⁵ Così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 140/2006. In senso analogo, il 21 cons. della Direttiva *Enforcement*, ove si legge che il diritto di informazione «consente di ottenere informazioni preziose sull'origine delle merci o servizi controversi, sui circuiti di distribuzione e sull'identità di terzi coinvolti nella violazione».

⁴⁶Cfr. G. FLORIDIA, *Il diritto all'informazione*, cit., p. 243, secondo cui il diritto di informazione è un istituto «più che incompatibile» con l'ordinamento processuale italiano.

⁴⁷ G. DRAGOTTI, *L'attuazione della direttiva «enforcement»*, cit., p. 27, secondo cui, per corollario il diritto di informazione appare efficace «soprattutto nei confronti di soggetti la cui responsabilità nell'illecito sia esclusa ma che ciò nonostante siano venuti in contatto con i beni o i servizi contraffatti».

perché dubbia è la sua stessa qualificazione. Da un lato, essa non sembra ascrivibile in senso proprio ai provvedimenti di istruzione preventiva, neppure a quelli tipici del diritto industriale: la misura, infatti, più che finalizzata alla precostituzione di una prova per il successivo giudizio di merito, sembra esserlo rispetto alla possibilità e all'opportunità di agire in contraffazione e all'individuazione dei soggetti contro cui agire (anche solo in sede cautelare)⁴⁸. In secondo luogo, la misura, una volta disposta dal giudice, si esaurisce immediatamente con l'attività del terzo che rilascia l'informazione. Infine essa non sembra attribuire alcun bene sostanziale al richiedente. In questi termini mi sembra che il provvedimento in esame sfugga alla possibilità stessa di essere inquadrato come misura anticipatoria o conservativa, e si risolva, invece, in un provvedimento *sui generis*, di indagine a contenuto esplorativo autorizzata e ordinata dal giudice civile, a metà strada tra la testimonianza e l'interrogatorio formale⁴⁹.

Non pare, peraltro, che tale provvedimento possa qualificarsi come cautelare in senso proprio. Ancorché la norma ne consenta l'emissione in sede di giudizio cautelare, l'ordine che dispone l'assunzione di informazioni

⁴⁸ Sul punto, C. DE SAPIA, *Un bilancio positivo per la Sezione specializzata milanese*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 135 ss., a p. 136, ove rileva che l'istituto in esame ha trovato attuazione in prevalenza nell'ambito del procedimento cautelare, «anche con un'udienza fissata dopo il provvedimento adottato», notando che anche prima dell'introduzione dell'art. 121-bis c.p.i., l'acquisizione delle informazioni veniva comunque disposta in sede cautelare, «sembrando tale misura funzionale ad una successiva azione nei confronti di terzi coinvolti, piuttosto che all'utilizzo nello stesso processo».

⁴⁹ Secondo M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 178 il diritto di informazione si atterrebbe a «potere endoprocedurale, ovvero ad un modo di raccogliere la prova, che sarebbe eccezionalmente disponibile, in luogo della consueta assunzione di "sommarie informazioni", anche in fase cautelare»

non è subordinato al *periculum in mora*, bensì ad una generica giustificazione e proporzionalità dell'istanza rispetto alla violazione sostenuta.

Resta da domandarsi quale sia l'efficacia delle informazioni, nel giudizio nel quale sono ottenute, e in uno eventuale e diverso. Nel primo caso alle dichiarazioni del terzo deve probabilmente riconoscersi il valore della prova testimoniale, se la controparte nel giudizio nel quale sono rese è persona diversa da quella che ha fornito le informazioni; e valore eventualmente di confessione, nel caso in cui la controparte e il soggetto che rende l'informazione coincidano.

Nel secondo caso, si tratta di chiedersi se quelle informazioni possano essere introdotte e utilizzate come prova in un diverso giudizio, di merito o cautelare.

A mio avviso, la conclusione varia secondo che il giudizio nel quale si vogliono utilizzare le informazioni sia diretto contro il soggetto che le ha rese, oppure contro un terzo ma parte del procedimento cautelare, oppure infine contro un terzo che non ha partecipato a tale procedimento. Nel primo caso deve probabilmente concludersi in senso affermativo, perché, a prescindere dalla questione se il soggetto possa legittimamente rifiutarsi di rispondere, una volta che invece fornisca le informazioni, queste potranno essere utilizzate come prova contro di lui. Nel secondo caso, invece, le informazioni possono essere trattate alla stregua di una prova testimoniale, salva l'opportunità di procedere nuovamente alla loro assunzione che il giudice del merito o del nuovo cautelare potrebbe ritenere di dovere disporre. Nel

terzo caso, invece, deve escludersi qualsiasi loro rilevanza, dal momento che esse sono rilasciate in un procedimento nel quale la controparte del successivo giudizio non era presente e non ha dunque potuto esercitare alcun diritto di difesa⁵⁰. Tali informazioni dovranno nuovamente essere assunte nel successivo giudizio, in forma di prova testimoniale e in contraddittorio con la parte.

4. - (Segue) *La descrizione, l'accertamento e la perizia quali misure di istruzione preventiva. La loro efficacia come prova in altri processi.*

La descrizione disciplinata dal c.p.i. e le analoghe misure della descrizione, dell'accertamento e della perizia previste dalla l.d.a.⁵¹ sono quei prov-

⁵⁰ Si aggiunga, peraltro, che l'utilizzo delle informazioni come prova in un diverso processo contrasta con l'art. 669-*octies*, ult. comma, c.p.c. ove esclude che l'autorità del provvedimento cautelare possa essere invocata in un altro processo (sul punto, v. il paragrafo 8, Capitolo III). Inoltre, l'ammissibilità di prove atipiche è nel nostro ordinamento è fortemente contestata: si ricorda, in proposito, la nota tesi di B. CAVALLONE, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 335 ss.; *contra*, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 270 ss.; M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 389 ss. Sul tema, si veda G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., *passim*. Per quanto concerne l'efficacia del provvedimento come prova in altri processi, si rimanda a quanto detto nel paragrafo 8, Capitolo III.

⁵¹ Come osserva F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 93, il legislatore del diritto d'autore non delinea i contorni delle tre misure né individua i caratteri del *periculum in mora* la cui sussistenza è presupposto di concessione della misura; «di conseguenza, la distinzione tra queste tre misure in molti casi tende ad essere opalescente».

È possibile cogliere la distinzione nell'intensità del risultato cui le dette misure pervengono. Così, si osserva che nella descrizione si avrebbe la mera rappresentazione della cosa prodotta in violazione del diritto; nell'accertamento si avrebbe in più la verifica dell'esistenza dei fatti affermati dal ricorrente; e nella perizia ci sarebbe anche la valutazione sommaria di tali fatti. Su tali aspetti, si veda B. CIACCIA CAVALLARI, voce *Autore (diritto di)*,

vedimenti con i quali il giudice cautelare dispone un accertamento delle caratteristiche dei prodotti e delle opere, di cui viene redatto verbale da parte dell'ufficiale giudiziario, assistito eventualmente dal consulente tecnico d'ufficio e dalla parte ricorrente. Si tratta di misure funzionali all'accertamento della contraffazione e della violazione di un diritto di proprietà intellettuale, finalizzate alla precostituzione di una prova certa dell'esistenza dei beni e delle opere in contraffazione o in violazione dei diritti di privativa o anche dell'entità della contraffazione e della violazione⁵². La misura si riferisce dunque sia ai prodotti e alle opere, sia ai mezzi impiegati per la loro produzione e creazione, sia infine ai documenti idonei a individuare l'ampiezza dell'attività compiuta in violazione dei diritti del ricorrente⁵³.

V) *Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Aggiornamento, 2002, p. 1 ss.; M. TAVASSI, *La nuova legge sul diritto d'autore: ampliamento della tutela civilistica o occasione mancata?*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, I, p. 12 ss.

La possibile distinzione tra le tre misure non toglie che si riconosca alle stesse una funzione e una struttura omogenea (in questo senso, M. FABIANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti di autore*, in *Dir. autore*, 1989, p. 284 ss.; F. GRECO, *Le misure cautelari dei diritti di autore*, in *Dir. autore*, 1952, p. 4 ss.).

⁵² G.L. NARDO, *I provvedimenti cautelari "speciali" a tutela dei brevetti e dei marchi*, cit., p. 9; G. CASABURI, *Il provvedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2884 ss.

⁵³ Cfr. Trib. Firenze, 15 giugno 2007, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 5154, p. 847, secondo cui «la descrizione va estesa a tutti gli elementi di prova concernenti la denunciata violazione di un marchio e la sua entità, ossia a qualsiasi elemento documentale che sia in grado di far apprezzare l'estensione del fenomeno di asserita contraffazione sul piano quantitativo, quali le scritture contabili del preteso contraffattore, comprese le fatture e le liste dei fornitori e dei clienti»; nello stesso senso, anche Trib. Modena, 7 gennaio 1999, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, n. 3974; Trib. Torino, 22 settembre 2003, in *Le Sezioni Specializzate*, 2004, n. 139; Trib. Monza, sez. distaccata di Desio, 31 maggio 2000, *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, n. 4160; Trib. Reggio Emilia, 21 marzo 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, Repertorio, 1999. *Contra*, nel senso che la descrizione «non può avere ad oggetto le scritture contabili della società descritta qualora la

Tali misure, che per alcuni aspetti possono avvicinarsi agli accertamenti tecnici preventivi di cui all'art. 696 c.p.c., differenziandosi, però, da questi perché più invasivi della sfera giuridica del resistente⁵⁴, appartengono, secondo l'interpretazione direi unanime, alla tipologia dei provvedimenti di istruzione preventiva⁵⁵ e non hanno natura anticipatoria⁵⁶. La disciplina normativa della descrizione contenuta nell'art. 128 c.p.i., oltre a richiamare

sottrazione e la distruzione delle stesse appaia del tutto ipotetica», Trib. Roma, 5 dicembre 2003, in *Le Sezioni Specializzate*, 2004, n. 118.

⁵⁴ In primo luogo, nella descrizione è previsto l'accesso dell'ufficiale giudiziario nel domicilio della parte nei cui confronti la misura viene eseguita. In secondo luogo, è espressamente stabilito che la descrizione può estendersi anche agli elementi di prova concernenti la violazione oppure «al prelevamento di campioni». Nella prassi, infatti, nel procedimento di descrizione si consente anche l'acquisizione di fotocopie di scritture contabili, di formule di sostanze chimiche o dei relativi procedimenti. Evidenziano il carattere maggiormente affittivo della misura rispetto all'accertamento preventivo, F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 93; M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 176, che, dopo aver rilevato come la descrizione invada la sfera possessoria del resistente, nota che «di fatto, la descrizione "scivola" sempre di più nella direzione del sequestro che, a sua volta, può riguardare "elementi di prova"»

⁵⁵ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 255; L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, Padova, 1998, p. 16; ID., *I sequestri di diritto industriale e d'autore ed i provvedimenti cautelari in materia societaria alla luce della novella sul processo civile del 1990*, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 803 ss.; M. SCUFFI, in M. SCUFFI-M. FRANZOSI-A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale, D.lgs. 10 febbraio 2005*, n. 30, Padova, 2005, p. 590; G. GIOIA, *La tutela giurisdizionale della proprietà industriale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, n. 1, p. 18.

⁵⁶ A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 5° ed., cit., p. 507; S. MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, in L. NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, Quaderni di AIDA, n. 12, Milano, 2005, p. 88; M. SCUFFI, in M. SCUFFI-M. FRANTOSI-A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit. p. 590; F. SPACCASASSI, *Codice della proprietà industriale e tutela cautelare ante causam*, in *www.altalex.com.*; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 80; F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 294 ss, p. 296 s.; G. CASABURI, *Il provvedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale*, cit., c. 2892; G. SENA-P.A.E. FRASSI-S. GIUDICI, *Codice di diritto industriale*, 4° ed., Appendice annotata, Milano, 2005, p. 77, nota 1; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 345.

alcune norme in materia di sequestri, e di rito cautelare uniforme, riproduce numerose disposizioni che il codice di procedura civile dedica ai procedimenti di istruzione preventiva. Analogamente, la disciplina della descrizione, dell'accertamento e della perizia di cui all'art. 162 l.d.a. stabilisce, in generale, che a tali procedimenti si applicano le norme del codice di procedura civile in tema di istruzione preventiva.

La possibilità che tali misure godano della regola della strumentalità attenuata è del resto esclusa dalla disciplina positiva loro applicabile. L'art. 128, comma 5, c.p.i. prevede infatti che «l'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'inizio del giudizio di merito». Da ciò si desume che se il giudizio ordinario non viene instaurato, la misura perde efficacia.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi anche con riguardo alla descrizione, all'accertamento e alla perizia previsti a protezione del diritto d'autore. Per la verità, l'art. 162 l.d.a. non brilla per precisione, dal momento che, tra le altre norme del rito cautelare uniforme, richiama l'art. 669-*octies* c.p.c. nella sua interezza, e dunque anche i suoi commi 7 e 8 che sanciscono la regola della strumentalità attenuata. Tuttavia, la funzione di preconstituire una prova attribuibile a queste misure da un lato, e dall'altro le disposizioni dell'art. 162-*bis*, comma 1, l.d.a., secondo cui «se il giudice, nel rilasciare il provvedimento cautelare, non stabilisce il termine entro cui le parti devono iniziare il giudizio di merito, quest'ultimo deve essere iniziato nel termine di

venti giorni lavorativi o di trentuno giorni di calendario, qualora questi rappresentino un periodo più lungo» e dal comma 3, in forza del quale «se il giudizio di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui al comma 1 ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde efficacia», inducono a ritenere che le misure dell'art. 162 l.d.a. non godano della regola della strumentalità attenuata e che il richiamo all'art. 669-*octies* c.p.c. vada limitato ai suoi primi sei commi⁵⁷.

È opportuno chiedersi se tali misure, non seguite dal giudizio di merito, per quanto non stabili in senso proprio, siano invece dotate di una qualche efficacia probatoria in altri giudizi come prove atipiche⁵⁸. Come già anticipato, deve negarsi che i provvedimenti cautelari siano idonei ad esprimere tale efficacia, perché ai sensi dell'art. 669-*octies*, comma 8, c.p.c. la loro autorità non è invocabile in un diverso processo⁵⁹. Se infatti si attribuisse al provvedimento cautelare il valore di mezzo di prova, significherebbe invocare nel diverso processo la sua autorità e attribuirgli un'efficacia vincolante nei confronti del giudice del diverso processo⁶⁰. E tale autorità, come già abbiamo visto, deve invece essere esclusa.

⁵⁷ Cfr. E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 255, e nota 36.

⁵⁸ Cfr. V. PICCARRETA, in V. PICCARRETA-F. TERRANO (a cura di), *Il nuovo diritto industriale*, Milano, 2005, p. 326, nota n. 82 il quale, giustamente, nega che tali misure possano essere introdotte in un diverso processo come prove atipiche.

⁵⁹ Si veda sull'argomento il paragrafo 9, Capitolo III.

⁶⁰ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 256, ove rileva che «la produzione in un processo di contraffazione di un provvedimento cautelare di descrizione significherebbe null'altro che invocare, in "un diverso processo", l'autorità dello stesso».

5. - (Segue) *Il sequestro e la questione della sua natura.*

L'art. 129 c.p.i. e l'art. 161, commi 1 e 3, l.d.a. prevedono la misura del sequestro. Oggetto del sequestro possono essere tutti gli oggetti costituenti violazione di un diritto di proprietà intellettuale, i mezzi adibiti alla produzione di tali oggetti, gli elementi di prova relativi alla violazione ed infine, ma solo nel sequestro previsto nella l.d.a. e nei casi più gravi, anche i proventi dovuti all'autore dell'opera o del prodotto contestato. Il sequestro può riguardare oggetti non appartenenti all'autore della violazione, ma a soggetti terzi, anche se questi non sono individuati nel ricorso cautelare.

Si tratta di un provvedimento dotato di caratteristiche affatto peculiari che lo rendono non assimilabile al sequestro conservativo e al sequestro giudiziale disciplinati nel codice di procedura civile né al sequestro penale⁶¹. Tale misura, infatti, può svolgere sia una funzione probatoria⁶², sia una funzio-

⁶¹ Cfr., sul punto, M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 244 s.; R. CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 1982, p. 82 ss.; L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, cit., p. 16 ss.; F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., p. 298, nota 52; G.L. NARDO, *I provvedimenti cautelari "speciali" a tutela dei brevetti e dei marchi*, cit., p. 18; M. SCUFFI, in M. SCUFFI-M. FRANTOSI-A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit. p. 596 ss.; G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 533 ss.; F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 96; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 257 s.

⁶² Il provvedimento di sequestro, infatti, priva della disponibilità del bene, senza che nel corso dell'esecuzione si proceda al suo esame; tuttavia, ciò non toglie che esso consegue anche l'effetto del «mantenimento della prova della violazione», acquisendo in tal modo anche una funzione probatoria (così L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, cit., p. 16). In senso analogo, anche M.S. SPOLIDORO, *Le nuove norme sui provvedimenti cautelari in materia di invenzioni e marchi registrati*, in *Decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198*, commentario a cura di P. AUTERI, in *Nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 71 ss., a p. 89 s.; G. CAVANI, *Commento sub art. 128 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D.

ne cautelativa e inibitoria⁶³, potendo rivestire al contempo natura anticipatoria e conservativa⁶⁴.

La misura in esame è idonea a rivestire il contenuto più vario e ad avere molti effetti, e, come è stato rilevato, è uno strumento assai duttile⁶⁵. Da questo punto di vista, viene in rilievo anzitutto il sequestro meramente probatorio, che concerne solo alcuni oggetti, mezzi di produzione o documenti, la cui funzione può essere avvicinata alla descrizione⁶⁶, pur permanendo ri-

DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale, Commento alla normativa derivante dai diritti di brevettazione e registrazione*, Milano, 2006, p. 332, ove rileva che la funzione anche probatoria del sequestro è confermata dalla possibilità che esso possa avere ad oggetto anche solo alcuni degli oggetti costituenti violazione del diritto.

⁶³ Il sequestro, infatti, "blocca" gli oggetti che costituiscono o producono l'illecito e così ne impedisce la perpetuazione. Sul punto si veda M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 353 s.; ID., in M. SCUFFI-M. FRANTOSI-A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit. p. 590; F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 96; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 257 s.; G. GIOIA, *La tutela giurisdizionale della proprietà industriale*, cit., p. 19; G. CASABURI, *Il provvedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale*, cit., c. 2884; F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., p. 298, spec. nota 52; S. MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, cit., p. 82; V. PICCARRETA, in V. PICCARRETA-F. TERRANO (a cura di), *Il nuovo diritto industriale*, cit., p. 327; G. FLORIDIA, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANGINI-G. OLIVIERI-M. RICOLFI-P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., p. 634; ID., *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 534.

⁶⁴ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 257 s.; S. MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, cit., p. 87; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 354; ID., in M. SCUFFI-M. FRANTOSI-A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit. p. 598; G. CAVANI, *Commento sub art. 129 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 337.

⁶⁵ M.S. SPOLIDORO, *Le nuove norme sui provvedimenti cautelari in materia di invenzioni e marchi registrati*, cit., a p. 89, ove osserva che si tratta di «uno strumento duttile nelle mani delle parti e del giudice: spetta cioè alle parti ed al giudice [...] il compito di forgiare il contenuto e la portata concreta del vincolo di indisponibilità che deriverà dal sequestro».

⁶⁶ Per un esempio di sequestro con finalità probatorie, la cui affinità con la descrizione è evidente, si veda Trib. Milano, 30 gennaio 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 5081, p. 191, secondo cui «In caso di contraffazione di marchio può essere autorizzato in via cautelare il

levanti differenze da quest'ultima. Ma è possibile che il sequestro abbia ad oggetto anche grandi quantitativi di prodotti, fino anche tutti i prodotti che si assumono oggetto di violazione del diritto di privativa, oppure mezzi di produzione di rilevante entità⁶⁷. In quest'ultimo caso, la misura, sottraendo al preteso violatore la disponibilità dei beni e delle attrezzature, ha una evidente funzione di soddisfare immediatamente il diritto del ricorrente, così svolgendo una funzione vicina a quella dell'inibitoria⁶⁸.

La natura del sequestro a protezione del diritto di privativa industriale e del diritto d'autore è oggetto di un ampio dibattito⁶⁹ che vede la maggior parte della dottrina negarne la natura anticipatoria, con la conseguente non applicazione della regola della strumentalità attenuata⁷⁰. Tale dibattito, peral-

sequestro delle fatture di acquisto e di vendita dei prodotti recanti il marchio, dei relativi documenti di trasporto, dei libri I.V.A. e dei registri di magazzino, autorizzando l'ufficiale giudiziario a procedere al sequestro delle copie fotostatiche di detti documenti restituendo gli originali».

⁶⁷ Cfr. E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 258.

⁶⁸ Ciò non esclude che le differenze tra sequestro e inibitoria permangano. Il sequestro, infatti, raggiunge l'obiettivo di impedire la prosecuzione della condotta in violazione del diritto di privativa senza la fattiva collaborazione del presunto violatore. L'inibitoria, invece, impone al violatore un obbligo di non fare. Su tali differenze, v. G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 534 s.; G. CASABURI, *I procedimenti cautelari nel C.p.i., tra conferme, innovazioni e nuovi problemi*, in *Dir. ind.*, 2006, p. 473 ss., a p. 482 e 483.

⁶⁹ Non escludono, implicitamente, la possibilità di qualificare il sequestro industriale come provvedimento anticipatorio: A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 5° ed., cit., p. 507; R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, cit., c. 75; F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., p. 300; G. CAVANI, *Commento sub art. 129 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 336; G. CASABURI, *Il provvedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale*, cit., c. 2892; Id., *I procedimenti cautelari nel C.p.i., tra conferme, innovazioni e nuovi problemi*, cit., a p. 482 e 483.

La ammettono, espressamente, E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 257 s.; G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 535.

⁷⁰ Negano che il sequestro possa avere natura anticipatoria, G. SENA-P.A.E. FRASSI-S. GIUDICI, *Codice di diritto industriale*, 4° ed., Appendice annotata, cit., p. 78; F. SPACCASASSI,

tro, riflette i dubbi che accompagnano anche la qualifica di provvedimento anticipatorio del sequestro giudiziale, dai più negata⁷¹.

L'estrema duttilità che caratterizza il sequestro industrialistico e quello previsto a protezione del diritto d'autore impediscono, a mio avviso, di risolvere la questione con una impostazione che valga in ogni caso, dovendo invece la soluzione del problema prendere le mosse dal contenuto di volta in volta rivestito dalla misura.

In questo senso, deve certamente escludersi la natura anticipatoria del sequestro con evidenti scopi probatori, i quali devono reputarsi presenti tendenzialmente ogni qualvolta l'oggetto del sequestro sia limitato solo ad alcuni esemplari del prodotto e non sia esteso agli altri della stessa specie.

Diversamente, credo vada invece riconosciuta la natura anticipatoria del sequestro, e di conseguenza applicata la regola della strumentalità attenuata, in tutti i casi in cui il provvedimento sia idoneo ad attribuire alla parte un bene della vita di natura sostanziale.

Ciò può accadere quando il sequestro abbia ad oggetto, ad esempio, tutti gli esemplari di cose oggetto della contraffazione o della violazione del diritto d'autore. In questa ipotesi, sotto il profilo dell'interesse del ricorrente,

Codice della proprietà industriale e tutela cautelare ante causam, cit.; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1190; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 81; F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 103 s.; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 219; D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 84.

⁷¹ Cfr., G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, cit., p. 13.

si deve rilevare come il provvedimento sia idoneo a soddisfare la sua richiesta di tutela, che consiste principalmente nell'esigenza di impedire la circolazione dei prodotti contraffatti o comunque che violano un suo diritto di privativa o d'autore. In tal caso, la misura, sotto il profilo sostanziale, anticipa gli effetti esecutivi della sentenza con cui viene fornita tutela reale al suo diritto attraverso la distruzione delle cose costituenti la violazione, prevista dall'art. 124 c.p.i. e dall'art. 158 l.d.a.⁷².

Come si è già detto, affinché un provvedimento possa considerarsi anticipatorio è sufficiente che esso anticipi gli effetti della sentenza, e non tanto il suo contenuto e il suo oggetto; tali effetti, inoltre, possono essere raggiunti anche attraverso una misura che fornisca alla parte una tutela minore, ma ugualmente soddisfattiva del suo interesse.

A tale conclusione potrebbe essere (ed è stato) obiettato che il sequestro, in realtà, attribuisce un bene di natura strettamente processuale e non sostanziale, e in quanto tale insuscettibile di durare per un tempo indefinito⁷³.

Tuttavia, prevale, a mio avviso, la considerazione che la misura produce gli stessi effetti, sul piano sostanziale e della soddisfazione dell'interesse del ricorrente, della distruzione. A ciò si aggiunga che nel caso in cui, come è possibile, la custodia sia attribuita al titolare stesso dei diritti di

⁷² In questo senso, E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 258.

⁷³ F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 103, ove osserva che il sequestro «presuppone sempre una custodia dei beni assoggettati al vincolo, la quale, come tale, non può protrarsi per un tempo indefinito, ma necessita strutturalmente di essere delimitata dal punto di vista cronologico».

privativa violati, questi potrebbe anche porre fine allo stato di sequestro dei beni, liberandosi degli stessi e dei relativi oneri (economici e giuridici) di custodia, domandando al giudice di essere autorizzato alla loro distruzione⁷⁴, con ciò realizzando la medesima situazione che scaturirebbe dalla sentenza, di cui verrebbero allora anticipati in senso pieno gli effetti⁷⁵. Le medesime considerazioni possono essere svolte anche nel caso in cui l'oggetto del sequestro non siano i prodotti, bensì i mezzi di produzione⁷⁶.

Tuttavia deve darsi conto che tale conclusione non è pacifica ed è stata criticata sulla base anzitutto della considerazione che non potrebbe farsi discendere l'applicabilità della regola della strumentalità attenuata da una attività della parte (la richiesta di autorizzazione alla distruzione) che potrebbe verificarsi, ma anche mancare; e in secondo luogo che, relativamente al sequestro a protezione del diritto d'autore, la disposizione normativa sembra ribadire il nesso di strumentalità tra la misura cautelare e le azioni (di merito)⁷⁷.

⁷⁴ G. CAVANI, *Commento sub art. 129 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 338.

⁷⁵ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 258.

⁷⁶ Nel caso in cui il provvedimento di sequestro attribuisca la custodia al sequestrante, la misura può considerarsi anticipatoria del provvedimento di cui all'art. 124 c.p.i. che li attribuisce in proprietà al titolare del diritto. Sul punto, si veda E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 259.

⁷⁷ Per tali rilievi, si veda F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 103 e 104.

6. - (Segue) *L'inibitoria provvisoria a tutela dei diritti di proprietà industriale e a protezione del diritto d'autore. Cenni sulla natura dell'inibitoria.*

La misura cautelare forse più tipica e di maggiore importanza pratica⁷⁸ nell'ambito della protezione dei diritti di proprietà industriale e intellettuale è costituita dall'inibitoria. Con il termine inibitoria, si intende «l'azione e correlativamente la pronuncia con la quale si domanda (e si concede) un ordine di cessazione e di non ripetizione di un comportamento illecito o comunque lesivo per un diritto»⁷⁹; tale provvedimento vincola per il futuro il contegno del soggetto nei cui confronti è pronunciata⁸⁰.

L'inibitoria provvisoria è disciplinata dall'art. 131 c.p.i. ai sensi del quale «il titolare di un diritto di proprietà industriale può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi violazione imminente del suo diritto e del proseguimento o della ripetizione delle violazioni in atto, ed in particolare può chiedere che siano disposti l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto». L'inibitoria definitiva è prevista dall'art. 124 c.p.i., ove si legge che «con la sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale [può] essere [disposta]

⁷⁸ G. CASABURI, *I procedimenti cautelari nel C.p.i., tra conferme, innovazioni e nuovi problemi*, cit., p. 483; A. SIROTTI GAUDENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, vol. I, Torino, 2008, p. 458.

⁷⁹ M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 29; S. MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, cit., p. 82.

⁸⁰ Cfr. E. MARINUCCI, *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1024 ss.

l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso delle cose costituenti violazione del diritto»⁸¹. In senso analogo dispongono gli artt. 156 e 163 l.d.a. rispettivamente per l'inibitoria definitiva e quella cautelare a protezione dei diritti d'autore.

Il confronto tra le due norme evidenzia che l'inibitoria cautelare contiene le stesse prescrizioni di quella definitiva: mi pare allora che non possa dubitarsi della natura anticipatoria della prima rispetto alla seconda, e in questo senso è orientata la dottrina sicuramente maggioritaria⁸².

Tuttavia tale conclusione, così in fretta raggiunta, deve forse essere un poco più meditata alla luce del dibattito sulla natura della sentenza di inibitoria⁸³, anche se, a mio avviso, tale conclusione poi non muta.

È noto che tale natura è alquanto controversa, e all'inibitoria è stata a-

⁸¹ Sull'inibitoria definitiva e provvisoria in materia di diritto industriale, si veda l'approfondito e recente studio di M. VANZETTI, *Contributo allo studio della misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, di prossima pubblicazione nella *Riv. dir. ind.*, 2010, e gentilmente fornitomi dall'Autrice.

⁸² E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 259; M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 194; F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 102; S. MAZZAMUTO, *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, cit., p. 88; F. SPACCASASSI, *Codice della proprietà industriale e tutela cautelare ante causam*, in *www.altalex.com.*; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 82; G. SENA-P.A.E. FRASSI-S. GIUDICI, *Codice di diritto industriale*, 4^o ed., Appendice annotata, cit., p. 79; M. SCUFFI, in M. SCUFFI-M. FRANTOSI-A. FITTANTE, *Il codice della proprietà industriale*, cit. p. 590 e p. 639; G. CAVANI, *Commento sub art. 128 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 351; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, cit., p. 1190; D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, cit., p. 84.

⁸³ Dibattito che ha preso nuova linfa dopo l'introduzione della inibitoria a tutela dei consumatori. Per una ricostruzione delle varie posizioni sulla natura dell'inibitoria in generale, si veda V. CARNEVALLI, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 63 ss; ID., *L'azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1117 ss.

scritta sia la natura di sentenza di accertamento della condotta illecita del convenuto⁸⁴, sia di sentenza di condanna⁸⁵, sia, infine, natura di sentenza costitutiva-normativa (o costitutiva-determinativa)⁸⁶.

⁸⁴ M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 25 ss., p. 81 e passim; ID., *Le inibitorie nel diritto industriale e nel diritto d'autore*, in AA. VV., *Atti del Convegno sui "Profili critici della proprietà intellettuale ed effettività della tutela civile e penale"*, Milano, 12 e 13 febbraio 2007, p. 8; ID., *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 182. In giurisprudenza, v. Cass., 25 luglio 1995, n. 8080, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, p. 185; App. Milano, 29 aprile 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2006, p. 794. Con riguardo alle inibitorie a tutela dei consumatori, si vedano A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, 5° ed., I, Padova, 1999, p. 107 s.; S. CHIARLONI, *Le controversie dei consumatori*, in G. VISENTINI (a cura di), *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 289, il quale parla di accertamento in futuro, A. CARRATTA, *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 1999, p. 137 ss., spec. p. 150.

⁸⁵ In questo senso, con riferimento all'inibitoria in generale, A. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 579 ss.; ID., *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 573 ss.; C. RAPISARDA-M. TARUFFO, voce *Inibitoria (azione) - I* *Diritto processuale civile*, cit., p. 10; A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna, in Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 118 s.; con riferimento all'inibitoria a tutela dei consumatori, si vedano F. TOMMASEO, *Commento all'art. 1469 sexies c.c.*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, p. 759; ID., *Azione inibitoria*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in P. Schlesinger-F.D. Busnelli, *Il codice civile, Commentario*, Milano, 2003, p. 1156; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 478; C. FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 938 ss.; A. GIUSSANI, *Considerazioni sull'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 345 ss.; ID., *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1064 ss.; A. BELLELLI, *La tutela inibitoria*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 955 ss.; C. PETRILLO, *L'azione inibitoria a tutela dei consumatori ed utenti ex art. 1469 sexies c.c.*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 1999, p. 150; V. CARNEVALI, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, cit., p. 63 ss.

⁸⁶ Con riferimento all'inibitoria in generale, L. MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. VASSALLI, vol. XIV, tomo IV, 2° ed., Torino, 1994, p. 230 ss.; ID., *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 775 ss.; con riferimento all'inibitoria in materia di tutela dei consumatori, ma con riflessioni che possono valere in generale, v. L. MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 3 ss.; G. NICOTINA, *Questioni processuali controverse in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 1999, c. 2223 ss.; E. MARINUCCI, *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista*

Per quanto mi riguarda, trovo assai persuasivi gli argomenti addotti a sostegno della natura costitutiva e normativa della inibitoria in generale. L'inibitoria, infatti, consiste in una nuova regola destinata a valere nei rapporti tra le parti per il futuro e tale nuova regola, che costituisce l'effetto della pronuncia, specifica e/o integra la norma di legge e rappresenta essa stessa una norma imperativa alla quale le parti devono attenersi⁸⁷.

Detto questo, la differenza rispetto alle sentenze di condanna non è così evidente, soprattutto nel caso in cui l'inibitoria sia accompagnata dalle penali per ogni violazione o ritardo nell'adempimento dell'obbligo sancito con l'inibitoria. In questo caso, a mio avviso, l'inibitoria, pur non perdendo la sua natura costitutiva e normativa, si avvicina in modo significativo al provvedimento di condanna, sì che le differenze paiono sfumarsi⁸⁸. Peraltro,

dall'art. 1469sexies c.c., in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 216 ss., spec. p. 241 ove ampi rinvii; ID., *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 125 ss., spec. p. 135 ss.; ID., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 1024 ss; F. CARBONARA, *Gli interessi collettivi e diffusi e l'azione inibitoria dell'art. 1469 sexies*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p. 482. Con riferimento all'inibitoria in tema di concorrenza sleale, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 168 e 169, quando parla di «efficacia determinativa dell'obbligo generico violato» della pronuncia inibitoria e ove rileva che «la sentenza inibitoria, determinando e specificando anche il comportamento che in concreto dovrà essere evitato, si avvicina - ma qui ciò avviene entro un "insieme" già contemplato dalla norma violata - piuttosto alla categoria delle sentenze costitutive, che innovano il diritto sostanziale».

⁸⁷ Cfr. E. MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, cit., p. 135.

⁸⁸ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 167, ove afferma che «Pur avvicinandosi alla sentenza di condanna, dal momento che impone e ordina all'obbligato di tenere un determinato comportamento omissivo, di adempiere quindi un obbligo di non fare, al sentenza inibitoria si distingue da quella normale di condanna appunto solo perché da essa non nasce l'azione esecutiva».

l'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c. sembra suffragare l'interpretazione che riconduce l'inibitoria ai provvedimenti di condanna⁸⁹.

Ora è opportuno chiarire che, come detto, il carattere anticipatorio dell'inibitoria provvisoria deve essere riconosciuto quale che sia la natura che si voglia attribuire alla sentenza di inibitoria definitiva⁹⁰. Si è visto, infatti, che l'anticipatorietà del provvedimento cautelare deve essere valutata non tanto in base all'identità del contenuto e dell'oggetto rispetto alla sentenza, quanto piuttosto sugli effetti che il primo produce rispetto a quelli prodotti dalla seconda. E si è aggiunto che, su tale premessa, è possibile ammettere

⁸⁹ Cfr. M. VANZETTI, *Commento sub art. 124*, in A. VANZETTI-G. SIRONI (a cura di), *Commentario al Testo Unico industriale*, Milano, in corso di pubblicazione, a p. 8 e 9 del manoscritto gentilmente fornitomi dall'Autrice.

⁹⁰ Una delle conseguenze più rilevanti della qualificazione della inibitoria come pronuncia di accertamento, costitutiva o di condanna è costituita dal problema della determinazione del momento in cui l'inibitoria acquista la propria efficacia. È noto che nella dottrina processualcivilistica vi è una divisione tra chi sostiene che solo le sentenze di condanna svolgono la propria immediata e provvisoria efficacia ai sensi dell'art. 282 c.p.c., dando immediatamente vita a un titolo esecutivo valido, potendo invece le sentenze di accertamento e quelle costitutive svolgere i propri effetti solo dopo la formazione della cosa giudicata (C. CONSOLO, *Il processo di cognizione in primo grado. La trattazione e le prove*, Padova, 2008, p. 75; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2007, p. 199; C. PUNZI, *Il processo civile, Sistema e problematiche*, vol. II, Torino, 2008, p. 219; G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, vol. II, Bari, 2007, p. 196); e chi ritiene invece che la regola generale sia quella della immediata efficacia delle sentenza di primo grado, quale che ne sia la natura, sebbene si tratti di una efficacia caducabile fino a che la sentenza non passi in giudicato formale (E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., p. 25; ID., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, cit., p. 257; accoglie la regola generale, pur rilevando che possano esserci varie eccezioni nel settore delle sentenze costitutive E.F. RICCI, *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti delle sentenza*, in *Enrico Tullio Liebman oggi, Riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano, 2004, p. 83 ss., a p. 92; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 274). Se si aderisce alla prima tesi, solo considerando la sentenza di inibitoria come riconducibile alle sentenze di condanna si può attribuirle immediata efficacia; se si aderisce alla seconda, anche la natura di accertamento o costitutiva consentono all'inibitoria di svolgere i propri effetti immediatamente.

Tale problema, tuttavia, non si presenta rispetto ai provvedimenti cautelari che, per definizione, sono immediatamente efficaci.

che il provvedimento cautelare anticipi gli effetti (ma non il contenuto e l'oggetto) delle sentenze di accertamento e costitutive. Non mi pare dubbio, allora, che l'inibitoria provvisoria sia anticipatoria di quella definitiva⁹¹.

A ciò può aggiungersi che gli effetti dell'inibitoria, rispetto a quelli di altre misure cautelari, si caratterizzano per tendere, potremmo dire strutturalmente, a stabilizzarsi sul piano sostanziale. Tale tendenza deriva dal fatto che il rispetto dell'obbligo di astenersi da un determinato comportamento, in un campo come quello del diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza, significa, nella maggior parte dei casi, perdere il momento nel quale gli investimenti e le scelte industriali hanno la possibilità di generare profitto e di fare acquisire al soggetto "bloccato" quote di mercato; il quale, dunque, non avrebbe probabilmente più interesse a riprendere l'attività inibita, ormai poco attuale e redditizia⁹².

⁹¹ G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 540 ove nota che l'inibitoria provvisoria strutturalmente e funzionalmente non differisce dall'inibitoria definitiva; F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 102; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 260. Si può rilevare come una dottrina riconduca all'inibitoria anche il provvedimento cautelare di accertamento negativo della contraffazione: così F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., p. 300; M.A. REVELLINO, *L'inibitoria come provvedimento cautelare nelle azioni per accertamento della contraffazione brevettuale*, in *Dir. ind.*, 2006, p. 508 ss., a p. 513; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 364.

⁹² In questo senso, si vedano le giuste osservazioni di G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 540, secondo cui l'inibitoria è la misura cautelare che, si direbbe per definizione, può formare oggetto di stabilizzazione, ed anzi in un certo senso è quella che più di ogni altra favorisce la stabilizzazione dal momento che chi ne viene colpito, dovendo astenersi, anche per non incorrere in sanzione penale, dal fabbricare e dal vendere il prodotto oggetto della lamentata contraffazione o dall'attuare il procedimento brevettato, finisce necessariamente per dovere rinunciare al business perché, dopo un certo periodo di siffatta astensione, viene perduto il contatto con il mercato e, generalmente, viene meno l'interesse alla ripresa di quella specifica attività».

7. - (Segue) *L'inibitoria cautelare in materia di concorrenza sleale. La sua natura e la questione dell'applicabilità ad essa del nuovo art. 614-bis c.p.c.*

Le conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente valgono anche per l'inibitoria in tema di concorrenza sleale. È noto che, rispetto a quelle a protezione dei diritti di proprietà industriale e d'autore, qui non vi è una disposizione che espressamente consenta di pronunciare una misura di inibitoria provvisoria, che, tuttavia, deve ugualmente ammettersi. L'art. 2599 c.c. stabilisce, infatti, che con la sentenza che accerta un atto di concorrenza sleale possa pronunciarsi anche l'inibitoria al loro successivo compimento: ciò significa che gli effetti di tale provvedimento possono essere anticipati con un provvedimento d'urgenza emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c.⁹³.

Tale provvedimento deve considerarsi anticipatorio, dal momento che fornisce il medesimo bene sostanziale della sentenza definitiva. Su questa base, è stato posto in dubbio che l'inibitoria cautelare possa, in tema di storno di dipendenti, disporre l'inibitoria allo svolgimento da parte degli stessi dipendenti di alcune mansioni, poiché questo è un risultato che la sentenza non potrebbe fornire⁹⁴.

⁹³ Sull'ammissibilità di anticipare con il provvedimento d'urgenza gli effetti della sentenza di inibitoria, si veda, in generale, L. MONTESANO, *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali ed urgenti*, cit., p. 781 ss.

⁹⁴ La questione è dibattuta in giurisprudenza. Negano la possibilità di pronunciare l'inibitoria in materia di storno di dipendenti, tra le altre, Trib. Milano, 18 giugno 2007, inedita, R.G. 74718/07. L'ammettono, invece, seppur in limiti ristretti, data l'esigenza di rispettare il diritto dei lavoratori, Trib. Como, 19 giugno 2007, inedita, RG 1924/2007; Trib. Como, 26 settembre 2007, inedita, la quale, in sede di reclamo, ritiene ammissibile l'inibitoria all'utilizzo per determinate mansioni dei dipendenti stornati, a patto che essa sia circoscritta

Tra l'inibitoria in materia di concorrenza sleale e quelle a protezione dei diritti di privativa industriali e del diritto d'autore permane una rilevante differenza. Solo con le inibitorie previste dal c.p.i. e dalla l.d.a.⁹⁵ è infatti espressamente possibile condannare al pagamento di penali per il caso di violazione del provvedimento⁹⁶; per l'inibitoria in materia di concorrenza sleale ciò non sembra ammissibile, posto che tali misure non sono previste dalle norme codicistiche in materia e non possono essere applicate in via analogica, data la loro natura sanzionatoria⁹⁷.

da precisi confini soggettivi, oggetti, temporali o spaziali, data l'esigenza di rispettare valori costituzionalmente garantiti; Trib. Napoli, 14 gennaio 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2006, n. 4994; Trib. Verona, 27 luglio 1994, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1994, n. 3162. Sull'argomento, si veda G. DALLE VEDOVE, *Storno dei dipendenti e possibili rimedi*, in nota a Cass. 22 luglio 2004, n. 13658, in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 243 ss; ID., *Lo storno di dipendenti nella disciplina della concorrenza*, Padova, 1992.

⁹⁵ In particolare, la comminatoria delle penali di mora è contemplata dall'art. 131, comma 2, c.p.i. e dall'art. 163, comma 2, l.d.a.

⁹⁶ Il punto, per la verità, non è pacifico. La giurisprudenza maggioritaria mi sembra negare tale possibilità: si veda Trib. Firenze, 6 agosto 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2005, n. 4795, p. 204, secondo cui «non è possibile fissare una penalità di mora per ogni futura violazione del provvedimento d'inibitoria di atti di concorrenza sleale, poiché si tratta di misura non prevista dall'art. 2599 c.c.»; in senso analogo, Trib. Milano, 22 dicembre 2005, in *Le Sezioni specializzate italiane della proprietà industriale ed intellettuale*, 2005, II, n. 82; Trib. Milano, 21 ottobre 2004, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce «Concorrenza» (disciplina), n. 443; Trib. Ancona, 12 aprile 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1642 ss.; Trib. Firenze, 23 gennaio 1996, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1996, n. 3458.

Contra, nel senso che sarebbe ammissibile, in materia di concorrenza sleale, la comminatoria di penali con l'inibitoria, Trib. Milano, 22 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 280 ss., con nota di G. CASABURI, *In tema di tutela cautelare della concorrenza sleale*, cit., secondo i giudici «in tema di provvedimento d'urgenza, in sede di attuazione dell'inibitoria alla prosecuzione di condotte di concorrenza sleale disposta *ante causam*, può imporsi alla parte inadempiente una penale per ogni successiva reiterazione degli atti illeciti»; Trib. Napoli, 11 luglio 2000, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce «Concorrenza» (disciplina), n. 424, ma solo a livello di *obiter* in motivazione.

⁹⁷ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, cit., p. 168, ove rileva che, trattandosi di sanzioni afflittive sono soggette al principio di tassatività proprio di tutte le pene, anche se private, e non possono essere utilizzate per analogia al di fuori dai casi testualmente previsti.

Dopo la recentissima introduzione di una misura coercitiva per l'adempimento degli obblighi infungibili di fare o non fare⁹⁸, prevista ormai come misura generalizzata che può essere pronunciata con tutti i provvedimenti di condanna, ci si deve domandare se sia ammissibile che tali misure siano disposte con la pronuncia di inibitoria. A prima vista si potrebbe ritenere che il riconoscimento di tale possibilità dipenda dalla natura che si ritiene di riconoscere alla inibitoria. In questo senso, nessun problema sussisterebbe se si reputasse che l'inibitoria abbia natura di sentenza di condanna: in questo caso l'applicabilità dell'art. 614-*bis* c.p.c. non desterebbe alcuna perplessità, data la lettera della disposizione che si riferisce proprio ai provvedimenti di condanna.

Problemi assai maggiori, invece, comporterebbe, se si seguisse tale impostazione, la possibilità di pronunciare l'*astreinte* a rafforzamento dell'inibitoria nel caso in cui si riconosca a quest'ultima natura costitutiva, o natura di accertamento, dal momento che l'art. 614-*bis* c.p.c. fa riferimento ai soli provvedimenti di condanna.

Credo, tuttavia, che tale soluzione non sia soddisfacente e che, in realtà, la possibilità di pronunciare l'*astreinte* anche con l'inibitoria non dipenda affatto dalla natura di quest'ultima. Ciò che conta è, come si evince dalla rubrica dell'art. 614-*bis* c.p.c., l'esistenza di un provvedimento che comporti l'attuazione di obblighi di fare infungibile o di non fare.

⁹⁸ Sul nuovo istituto di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. e la sua applicabilità anche in sede cautelare mi permetto di rinviare al paragrafo 3, Capitolo IV, e alla dottrina ivi citata.

La ragione dell'introduzione della misura coercitiva, peraltro auspicata da buona parte della dottrina, risiede nell'esigenza di rendere il più possibile effettivi gli ordini di fare infungibile o non fare, facendo leva sulla volontà dell'obbligato, in modo da indurlo ad osservare l'ordine giudiziale, attraverso la minaccia e poi l'esecuzione di una sanzione pecuniaria che può essere, o diventare se l'inadempimento permane, assai onerosa.

Ciò premesso, si può anzitutto rilevare come una delle ipotesi più rilevanti e frequenti di pronuncia di ordini di fare infungibile o, più spesso, di non fare, si riscontra proprio nelle inibitorie. Da questo punto di vista, mi pare allora assai poco coerente escludere la possibilità di applicare le misure coercitive proprio con riguardo alla fattispecie che meglio si adatta alla pronuncia di misure coercitive, e rispetto alla quale, inoltre, la questione dell'effettività della tutela acquista un notevole peso.

In secondo luogo, occorre osservare come proprio le inibitorie abbiano rappresentato l'unico campo, fino ad oggi, nel quale misure coercitive sul modello delle *astreintes* siano state previste e sperimentate nell'ordinamento giuridico italiano. La necessità di accompagnare l'inibitoria con misure coercitive è infatti da sempre riconosciuta e lo è, a mio avviso, ancora di più nel settore della concorrenza, nel quale, spesso, l'unico strumento di tutela contro i comportamenti scorretti è rappresentato dalla inibitoria del loro compimento.

Infine, come già detto, la vicinanza dell'inibitoria alla condanna è innegabile, dal momento che essa, nel porre la regola di condotta, sancendo

l'illegittimità di un dato comportamento, contestualmente ordina alla parte di astenersi dal porlo in essere e comunque dal compiere attività in violazione della (nuova) regola di condotta. Da questo punto di vista, l'inibitoria sembra quasi avere una natura complessa, nella quale, al carattere costitutivo e normativo, ovvero di accertamento, si aggiunge quello di condanna a fare o non fare.

Le considerazioni svolte giustificano, a mio avviso, un'interpretazione ampia dell'art. 614-*bis* c.p.c., tale da ricomprendere nel riferimento alle sentenze di condanna tutti i provvedimenti da cui comunque discende un obbligo di fare o di non fare⁹⁹; dunque, anche e prima di tutto, le inibitorie. Di conseguenza, ritengo che le penali di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. possano essere validamente disposte in sede di pronuncia dell'inibitoria in materia di concorrenza sleale.

Come già detto in precedenza¹⁰⁰, la possibilità di pronunciare le penali in sede di sentenza di merito, comporta che tale pronuncia possa essere anticipata in sede cautelare¹⁰¹. Questa conclusione, tra l'altro, consente di superare finalmente quella ingiustificata discrasia nella effettività della tutela concessa attraverso l'inibitoria, che finora ha caratterizzato il settore della concorrenza sleale, dal momento che solo l'inibitoria pronunciata ai sensi dell'art. 128 c.p.i. avrebbe goduto del rafforzamento rappresentato dalle pe-

⁹⁹ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 20° ed., cit., p. 181, il riferimento alla condanna è «da intendersi piuttosto in senso sostanziale che formale».

¹⁰⁰ Si veda quanto sostenuto nel paragrafo 3, Capitolo IV.

¹⁰¹ F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, 5° ed., cit., p. 236; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., p. 7.

nali¹⁰².

Si potrebbe, tuttavia, porre un problema di applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. nell'ipotesi di inibitoria in materia di storno di dipendenti. A prescindere dalla ammissibilità dell'inibitoria in questa materia che, come detto, è controversa, la circostanza che l'art. 614-*bis* c.p.c. escluda espressamente dal suo campo di applicazione le controversie di cui all'art. 409 c.p.c.¹⁰³ potrebbe indurre a ritenere, in virtù di una interpretazione sistematica della norma, che l'obbligo infungibile gravante sul datore di lavoro, ad esempio, di astenersi dall'utilizzare i dipendenti stornati in alcuni limitati campi dell'attività di impresa, non possa essere rafforzato dalla misura coercitiva.

Ma tale conclusione non mi pare accettabile. Da un lato, l'esclusione delle materie di cui all'art. 409 c.p.c. riguarda le controversie di lavoro, alle quali certo non possono ricondursi quelle in materia di concorrenza sleale, ancorché riguardanti l'ipotesi di storno di dipendenti, e, dall'altro lato, la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. ha una portata generalizzata, e di conseguenza un'eccezione alla sua applicabilità deve, a mio avviso, essere espressamente prevista, nonché giustificata, dando luogo, altrimenti, ad una

¹⁰² Cfr. i giusti rilievi di A. VANZETTI, *Brevi considerazioni in tema di inibitoria*, cit., p. 169, ove osserva che la differenza non ha «alcuna giustificazione razionale».

¹⁰³ La maggior parte dei primi commentatori, peraltro, ha sollevato un dubbio di incostituzionalità dell'art. 614-*bis* c.p.c. nella parte in cui esclude dal suo ambito di applicazione le controversie di cui all'art. 409 c.p.c.: A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit, p. 102, il quale, in alternativa all'intervento della Consulta, ipotizza un'interpretazione «correttiva e costituzionalizzatrice» nel senso del riferimento all'esclusione alle sole prestazioni di lavoro subordinato e continuativo; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 20° ed., cit., p. 182; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., c. 323, con riguardo alle prestazioni di fare infungibile o di non fare del datore di lavoro.

irragionevole disparità di trattamento.

8. - (Segue) *Le altre misure tipiche. In particolare: l'ordine di ritiro dal commercio, il provvedimento cautelare a tutela dei domain names, la pubblicazione del provvedimento cautelare.*

A fianco dell'inibitoria, l'art. 131 c.p.i. prevede una nuova misura cautelare tipica: l'ordine di ritiro dal commercio. La misura ha ad oggetto le cose che costituiscono violazione di un diritto di privativa e può essere disposta nei confronti del proprietario o anche di colui che ne abbia comunque la disponibilità. Al pari dell'inibitoria, tale misura svolge la funzione di impedire la ripetizione di una condotta illecita, ma rispetto alla prima ha una natura diversa, configurando un obbligo di fare¹⁰⁴. Tale misura è stata introdotta solo con il d.lgs. n. 140/2006, ma veniva concessa dalla giurisprudenza anche prima con il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ In particolare, si tratta di un obbligo di collaborare affinché cessi il pregiudizio al diritto di privativa industriale violato, attraverso l'eliminazione dal mercato dei prodotti che hanno dato luogo alla violazione. Sul punto, v. M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 180; P. AUTERI, *Le tutele reali*, in L. NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 3.

È stato inoltre precisato che l'oggetto dell'obbligo può consistere, oltre che nel dovere di ritirare dai canali di distribuzione i prodotti che verosimilmente costituiscono violazione del diritto di privativa altrui, anche nel dovere di dare ordini in tal senso a quanti siano inseriti nella rete commerciale dei medesimi prodotti: v., sul punto, M.S. SPOLIDORO, *Le inibitorie nel diritto industriale e nel diritto d'autore*, cit., p. 5; ID., *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 181; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 367.

¹⁰⁵ Si veda, ad esempio, Trib. Verona, 17 luglio 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, p. 821.

Non v'è dubbio che il provvedimento in esame sia anticipatorio della decisione definitiva di merito prevista dall'art. 124, comma 1, c.p.i., il quale espressamente dispone che con la sentenza possa essere ordinato il ritiro definitivo delle cose costituenti violazione del diritto di privativa. La misura provvisoria, infatti, attribuisce il medesimo bene di natura sostanziale della sentenza. Essa, inoltre, condivide appieno il contenuto della sentenza, e dunque dovrebbe essere considerata anticipatoria anche aderendo alla tesi restrittiva, che chiede identità di oggetto e contenuto¹⁰⁶. La misura del ritiro dal commercio, inoltre, anticipa gli effetti anche della distruzione prevista dall'art. 124, comma 3, c.p.i.¹⁰⁷.

Il ritiro dal commercio non è previsto espressamente in materia di diritto d'autore. Tuttavia la concessione di un provvedimento di analoghi effetti deve probabilmente ammettersi *ex art.* 700 c.p.c. Ai sensi dell'art. 158, comma 1, l.d.a., infatti, oltre al risarcimento del danno, si può ottenere che, «a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione». L'oggetto della distruzione o della rimozione sono, come specifica l'art. 159, comma 1, l.d.a., «gli esemplari o copie illecitamente riprodotte o diffuse, nonché gli apparecchi impiegati per la riproduzione o diffusione che non sono prevalentemente adoperati per diversa riproduzione o diffusione».

¹⁰⁶ In questo senso, E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 261; M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, in A. VANZETTI-G. SIRONI (a cura di), *Commentario al Testo Unico industriale*, Milano, in corso di pubblicazione, cit., p. 4, del manoscritto gentilmente fornitomi dall'Autrice.

¹⁰⁷ Così M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, cit., p. 4, del manoscritto.

A me sembra che nella rimozione dello stato di fatto e degli esemplari o copie illecitamente riprodotte o diffuse possa farsi rientrare anche il ritiro dal commercio e che, dunque, tale risultato possa essere realizzato con il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* Anche tale provvedimento, al pari di quanto detto a proposito della misura tipica contenuta nel c.p.i., deve considerarsi anticipatorio rispetto alla decisione di merito prevista dall'art. 158 l.d.a.

L'art. 133 c.p.i. prevede due nuove misure cautelari a tutela dei *domain names*: l'inibitoria dell'uso e il trasferimento provvisorio. Sul carattere anticipatorio della prima misura, valgono le conclusioni raggiunte in relazione alle inibitorie previste a tutela di marchi e brevetti e dei diritti d'autore, e alle quali, pertanto, ci si permette di rinviare¹⁰⁸.

Natura anticipatoria va peraltro riconosciuta anche alla seconda misura¹⁰⁹. Come abbiamo già affermato, anche con riguardo alle sentenze costitutive è ammissibile parlare di anticipazione, ancorché in un senso diverso e più limitato rispetto alla sentenze di condanna, perché ciò che viene anticipato non è la costituzione, la modificazione e l'estinzione che si hanno solo alla sentenza di merito, bensì gli effetti sostanziali e consequenziali che da queste derivano¹¹⁰. In tale senso, allora, deve riconoscersi carattere anticipatorio¹¹¹, con la relativa applicazione della regola della strumentalità attenuata, alla

¹⁰⁸ Si veda, in proposito, il paragrafo 6.

¹⁰⁹ Per una delle prime applicazioni del trasferimento cautelare del nome a dominio, si veda Trib. Venezia, 2 agosto 2005, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2005, n. 4891.

¹¹⁰ Sull'argomento si rinvia al paragrafo 5, Capitolo IV.

¹¹¹ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 262.

misura del trasferimento provvisorio, che anticipa il trasferimento definitivo che si ottiene con la sentenza.

L'ultima misura tipica da considerare è costituita dalla pubblicazione del provvedimento cautelare: essa è ora espressamente prevista dall'art. 126 c.p.i. il quale dispone che «l'autorità giudiziaria può ordinare che l'ordinanza cautelare o la sentenza che accerta la violazione dei diritti di proprietà industriale sia pubblicata integralmente o in sunto o nella sola parte dispositiva, tenuto conto della gravità dei fatti, in uno o più giornali da essa indicati, a spese del soccombente»¹¹². Si tratta, all'evidenza, di una misura *sui generis*, poiché necessariamente accede ad un provvedimento principale che dispone una delle altre misure tipiche¹¹³.

Per la verità l'istituto della pubblicazione della sentenza, o se si prefe-

¹¹² Con l'introduzione della disposizione dell'art. 126 c.p.i. ha dato attuazione alla Direttiva *Enforcement* (Dir. 2004/48/CE) e in particolare al c.d. principio di "massima divulgazione" da questa espresso. La Direttiva, infatti, al considerando 27 premette che «Quale ulteriore deterrente per futuri autori di violazioni e contributo alla consapevolezza del pubblico in generale è opportuno divulgare le decisioni sui casi di violazione della proprietà intellettuale; e, di conseguenza, all'art. 15 stabilisce che «Gli Stati membri assicurano che, nell'ambito delle azioni giudiziarie intentate per violazione dei diritti di proprietà intellettuale, l'autorità giudiziaria possa ordinare, su richiesta dell'attore e a spese dell'autore della violazione, misure adeguate per la divulgazione dell'informazione concernente la decisione, compresa l'affissione della decisione, e la sua pubblicazione integrale o per estratto. Gli Stati membri possono prevedere misure di pubblicità addizionali, appropriate alle particolari circostanze, compresa la pubblicità a grande diffusione».

¹¹³ Su tale misura, si vedano G. BONELLI, *La pubblicazione del provvedimento cautelare a tutela della proprietà intellettuale (più qualche considerazione in tema di tutela cautelare in genere)*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, I, p. 127 ss.; F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., p. 294 ss.; M. VANZETTI, *Commento sub art. 126*, in A. VANZETTI-G. SIRONI (a cura di), *Commentario al Testo Unico industriale*, Milano, in corso di pubblicazione, cit., (manoscritto gentilmente fornitomi dall'Autrice).

risce della sua «divulgazione»¹¹⁴, nell'ordinamento italiano è noto da tempo: esso, infatti, è previsto, oltre che dalle norme in materia di diritto industriale e d'autore (art. 166 l.d.a.), dall'art. 2600 c.c. in materia di concorrenza sleale, dall'art. 7, comma 2, c.c. in tema di tutela del diritto al nome, dall'art. 120 c.p.c. (recentemente modificato)¹¹⁵ e da diverse norme del codice penale¹¹⁶.

Prima dell'entrata in vigore del c.p.i., e segnatamente del suo art. 126, non esisteva alcuna norma che espressamente consentisse al giudice di ordinare la pubblicazione del provvedimento cautelare. Ciò nonostante, la pub-

¹¹⁴ Tale vocabolo è stato autorevolmente suggerito perché meglio risponde all'esigenza di descrivere l'istituto senza confonderlo con quello della pubblicazione di cui all'art. 133 c.p.c.: in proposito si vedano F. CARNELUTTI, *Divulgazione della sentenza civile a spese del soccombente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, p. 354 s.; B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Milano, 1964, p. 6.

¹¹⁵ L'art. 120 c.p.c. è stato recentemente modificato dall'art. 45, comma 16, legge n. 69/2009, il quale ora prevede che «nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, compreso quello derivante per effetto di quanto previsto all'art. 96, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cure e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto, ovvero mediante comunicazione, nelle forme specificatamente indicate, in una o più testate giornalistiche, radiofoniche o televisive e in siti internet da lui designati». La modifica opera dunque in una duplice direzione: da un lato amplia l'ambito applicativo della norma in relazione al danno connesso alla responsabilità aggravata processuale (di cui all'art. 96 c.p.c., anch'esso modificato con l'introduzione di un comma 3, che recita «in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata»; su tale modifica, e gli equivoci che nascono dalla lettera della disposizione, v. G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spesa*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., c. 258 ss., c. 263 e 264) e dall'altro prevede nuovi strumenti e modalità per la diffusione della decisione di merito. Sulle modifiche all'art. 120 c.p.c., e sui problemi che derivano dal richiamo all'art. 96 c.p.c., si vedano D. DALFINO, *La sentenza: contenuto e pubblicità*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., c. 274 ss., c. 277 s.

¹¹⁶ Per un'eshaustiva elencazione delle norme che prevedono la pubblicazione del provvedimento giurisdizionale, si vedano G. BONELLI, *La pubblicazione del provvedimento cautelare a tutela della proprietà intellettuale (più qualche considerazione in tema di tutela cautelare in genere)*, cit., p. 127, ove ampi rinvii; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 497; B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, cit., p. 14 s.

blicazione era misura tutt'altro che sconosciuta o rara nella prassi, facendovisi ricorso con frequenza *ex art.* 700 c.p.c.¹¹⁷. L'introduzione dell'art. 126 c.p.i. svolge tuttavia un ruolo importante, poiché ha posto termine, perlomeno nella materia della proprietà industriale, alla *vexata quaestio* della ammissibilità dell'ordine di pubblicazione del provvedimento cautelare¹¹⁸, dato che all'orientamento che già l'ammetteva se ne contrapponeva uno, altrettanto diffuso, che invece la negava¹¹⁹.

La misura, tuttora, non è espressamente prevista né in materia di diritto d'autore, né in quella dell'illecito concorrenziale, disponendosi, in entrambe, solo la pubblicazione della sentenza (rispettivamente all'art. 166 l.d.a. e all'art. 2600 c.c.). Anche in tali ambiti, si registravano due orientamen-

¹¹⁷ Trib. Caltagirone, 27 giugno 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2006, n. 5027; Trib. Modena, 10 novembre 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, n. 4595; Trib. Napoli, 20 dicembre 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, n. 4536; Trib. Mantova, 12 luglio 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 304; Trib. Roma, 18 aprile 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, n. 4346; Trib. Roma, 12 luglio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 192; Trib. Roma, 14 maggio 1999 e Trib. Arezzo, 2 febbraio 1999, entrambe in *Giur. it.*, 2000, p. 335; Trib. Milano, 23 maggio 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, n. 3813; Trib. Macerata, 26 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1997, I, p. 23; Trib. Trieste, 29 luglio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 351.

¹¹⁸ Così F. FERRARI, *Note a prima vista sulle norme processuali contenute nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, I, p. 357 ss.

¹¹⁹ Trib. Milano, 27 maggio 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, n. 4750; Trib. Milano, 3 maggio 2004, in *SPI*, 2004, I, n. 90 e in *Giur. ann. dir. ind.*, 2005, n. 4810; Trib. Milano, 12 marzo 2004, in *AIDA*, 2004, n. 1005; Trib. Milano, 19 gennaio 2004, in *SPI*, 2004, I, n. 56; Trib. Milano, 15 gennaio 2004, in *SPI*, 2004, I, n. 53; Trib. Milano, 12 gennaio 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, n. 4704; Trib. Torino, 19 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 257; Trib. Milano, 22 febbraio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, *Repertorio*, 2002, p. 1318; Trib. Pistoia, 15 ottobre 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, n. 4371; Trib. Torino, 13 giugno 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2001, n. 4298; Trib. Piacenza, 12 agosto 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, n. 4177; Trib. Monza, 31 luglio 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, n. 4175; Trib. Reggio Emilia, 12 gennaio 1999, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, n. 3975; Trib. Asti, 29 luglio 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, n. 3834.

Si può notare peraltro come, fino all'entrata in vigore del c.p.i., tale orientamento, all'inizio abbastanza minoritario, era andato via via aumentando, soprattutto nella giurisprudenza milanese.

ti contrapposti, uno favorevole¹²⁰ e l'altro negativo¹²¹. A mio avviso, non v'è motivo di escludere la possibilità di ordinare la pubblicazione dell'ordinanza cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c., se ricorrono nel caso di specie i presupposti del pregiudizio imminente ed irreparabile e il *fumus boni iuris*.

Per comprendere se detta misura abbia carattere anticipatorio, occorre chiarirne la funzione, su cui a lungo la dottrina ha dibattuto¹²². Nell'ambito del diritto della proprietà intellettuale è opinione abbastanza diffusa in dottrina e giurisprudenza quella per la quale la pubblicazione costituisce una sanzione autonoma¹²³ ed assolve a diverse funzioni: risarcitoria-riparatoria¹²⁴, preventiva¹²⁵, deterrente-dissuasiva¹²⁶ ed informativa¹²⁷. In

¹²⁰ Cfr. Trib. Roma, 9 dicembre 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2006, n. 4955.

¹²¹ Trib. Milano, 27 luglio 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2005, n. 4830, secondo cui «in sede cautelare non può essere disposta la pubblicazione dell'ordinanza che inibisce la prosecuzione di attività di concorrenza sleale, dal momento che in tal caso la pubblicazione non presenta il carattere della strumentalità, ma realizzerebbe in via anticipata il risarcimento del danno nelle forme previste dal secondo comma dell'art. 2600 c.c.»; Trib. Reggio Emilia, 12 gennaio 1999, cit.; Pret. Bologna, 4 luglio 1988, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1988, n. 2322.

¹²² Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed. riveduta, vol. I, Napoli, 1957, p. 349 ss.; F. FERRARI, *Note a prima vista sulle norme processuali contenute nel codice della proprietà industriale*, cit., p. 359, nota 48.

¹²³ Nel senso che essa è indipendente dall'eventualità che sia concesso, o non concesso, il risarcimento del danno. Sul punto si veda M.S. SPOLIDORO, *Provvedimenti provvisori nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1994, p. 359 ss., a p. 411; Trib. Roma, 19 dicembre 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 5123.

¹²⁴ In questo senso, allora, la pubblicazione sarebbe subordinata alla dimostrazione del danno e dello stato soggettivo di dolo o colpa. Si vedano, sul punto, R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 201 ss., p. 217 s.; E. GRASSO, *Artt. 112-120. Dei poteri del giudice*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, p. 1341 s.; V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, 3° ed. riveduta, cit., p. 351; G. GHIDINI, *Artt. 2598-2601. Della concorrenza sleale*, in *Il Codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 416 s.

¹²⁵ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., p. 244; B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, cit., p. 65, ove sottolinea che la divulgazione è finalizzata anzitutto alla tutela dell'interesse generale «a che non circolino indefinitamente nella collettività false rappresentazioni della realtà, suscettibili come tali di produrre danni individuali e

questo senso, la pubblicazione dell'ordinanza, essendo in grado di raggiun-

sociali»; V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, 3° ed. riveduta, cit., p. 350, secondo cui la divulgazione della sentenza risponde «anche allo scopo di prevenire danni futuri e «rappresenta una forma preventiva di reintegrazione, del tutto diversa dalle altre ipotesi di risarcimento del danno che operano *a posteriori*»; GIA. GUGLIELMETTI, *La pubblicazione della sentenza in diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, p. 214 ss., p. 216 s.; M. ROTONDI, *Diritto industriale*, 4° ed., Milano, 1942, p. 221, secondo il quale l'ordine di divulgazione della sentenza «costituisce mezzo preventivo contro gli effetti perduranti nel mercato del riconosciuto abuso, ancor più che una forma di risarcimento del danno in forma specifica», ed è dunque «applicabile anche fuori dalle ipotesi di colpa o dolo»; V. DI CATALDO, *I segni distintivi*, 2° ed., Milano, 1993, p. 120 s.; M.S. SPOLIDORO, *La tutela cautelare e di merito*, in AA. VV., *Commentario tematico della legge marchi*, Torino, 1998, p. 362 ss., a p. 410 s.; F. FERRARI, *Note a prima vista sulle norme processuali contenute nel codice della proprietà industriale*, cit., p. 359; G. SENA, *Il diritto dei marchi*, 4° ed., Milano, 2007, p. 506; G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 525; G. RATTI, *La contraffazione del marchio. Profili processuali*, in *Il diritto dei marchi di impresa. Profili sostanziali, processuali e contabili*, a cura di N. BOTTERO-M. TRAVOSTINO, Torino, 2009, p. 311 ss., a p. 334; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 497; G. BONELLI, *La pubblicazione del provvedimento cautelare a tutela della proprietà intellettuale (più qualche considerazione in tema di tutela cautelare in genere)*, cit., p. 137 il quale rileva che la divulgazione del provvedimento cautelare non deve «mai avere finalità sanzionatorie o risarcitorie (per quanto grave e smaccato sia l'illecito riscontrato, anche oltre il mero fumus), dovendo rispondere alla obbiettiva necessità di prevenire ulteriori conseguenze pregiudizievole che possano derivare al titolare del diritto leso dall'attività illecita compiuta a suo danno»; G. CAPUZZI, *Pubblicazione della sentenza, trasparenza e mass-media: la (mancata) attuazione della Direttiva sull'enforcement e del principio di adeguatezza*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, I, p. 154 ss, p. 167, ove ampia ricostruzione delle diverse tesi.

¹²⁶ V. MELI, *La pubblicazione della sentenza sei procedimenti in materia di proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2000, p. 294 ss., p. 313 s.; G. CAPUZZI, *Pubblicazione della sentenza, trasparenza e mass-media: la (mancata) attuazione della Direttiva sull'enforcement e del principio di adeguatezza*, cit., p. 165, ove precisa che la funzione della divulgazione è «riparatoria/reintegratoria» quale «completamento della vicenda giurisdizionale che termina con il provvedimento da pubblicare», ed è «inibitoria e dissuasiva» là dove essa si rivolge al futuro, mirando ad evitare la reiterazione dei comportamenti ritenuti illeciti»; A. VANZETTI, *Brevi considerazioni in tema di inibitoria*, cit., p. 170, ove rileva che la pubblicazione può essere considerata, come le penali, una «misura, oltre che risarcitoria e/o restitutoria, anche dissuasiva della continuazione dell'illecito».

¹²⁷ Anche in forza della Direttiva *Enforcement* che, al considerando n. 27, parla di «contributo alla consapevolezza del pubblico in generale»; su tale aspetto, v. G. CAPUZZI, *Pubblicazione della sentenza, trasparenza e mass-media: la (mancata) attuazione della Direttiva sull'enforcement e del principio di adeguatezza*, cit., p. 173, il quale attribuisce a quest'ultima funzione un «intrinseco valore pedagogico», configurando la divulgazione uno strumento «per radicare nella generalità dei cittadini e degli operatori economici il disvalore sociale della contraffazione».

gere vasta parte del pubblico di riferimento¹²⁸, è idonea sia a riparare i danni già verificati, sia a limitare il pregiudizio già arrecato al titolare del diritto. La pubblicazione rappresenta inoltre uno strumento di prevenzione sia dei danni che potrebbero verificarsi in futuro, sia dello stesso comportamento illecito, in particolare qualora sia disposta la pubblicazione del provvedimento di inibitoria¹²⁹. Infine la pubblicazione assolve anche alla funzione di rendere edotto il pubblico, sia dei consumatori sia degli imprenditori, che la produzione e la diffusione di uno specifico prodotto o il compimento di una determinata attività costituiscono violazione di un diritto di privativa o d'autore altrui e/o atto di concorrenza sleale¹³⁰.

¹²⁸ In questa prospettiva deve ritenersi ammissibile, per quanto non espressamente contemplata dalla norma, una pubblicazione su internet: in questo senso, v. G. BONELLI, *La pubblicazione del provvedimento cautelare a tutela della proprietà intellettuale (più qualche considerazione in tema di tutela cautelare in genere)*, cit., spec. p. 139; G. CAPUZZI, *Pubblicazione della sentenza, trasparenza e mass-media: la (mancata) attuazione della Direttiva sull'enforcement e del principio di adeguatezza*, cit., p. 154 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., p. 174 ss., a p. 189. Tale conclusione è ora confermata dall'art. 120 c.p.c., così come modificato dalla legge n. 69/2009, il quale prevede espressamente che la pubblicazione possa avvenire «in uno o più siti internet» designati dal giudice.

¹²⁹ Su tali due ultime funzioni che può svolgere la pubblicazione, si veda, con riguardo tuttavia ad una sentenza, Trib. Roma, 19 dicembre 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 5123, secondo cui «la sanzione della pubblicazione del dispositivo di una sentenza di condanna per contraffazione di marchi e concorrenza sleale assolve sia un'autonoma funzione riparatoria dei danni già verificatisi, sia una funzione preventiva rispetto a quelli che potrebbero verificarsi in futuro, anche laddove gli effetti dell'atto dannoso siano già cessati e non sussista il pericolo di una loro ripetizione». Evidenzia l'utilizzo della pubblicazione come strumento di rafforzamento dell'inibitoria, A. VANZETTI, *Brevi considerazioni in tema di inibitoria*, cit., p. 169.

¹³⁰ Cfr. Trib. Firenze, 9 febbraio 2007, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 5134, secondo cui «La misura della pubblicazione del provvedimento che accerta in via cautelare la violazione di diritti di privativa industriale è diretta a rappresentare a un numero di persone più vasto di quelle direttamente interessate al processo l'esito del medesimo e la contraffazione del marchio. Non è quindi una misura necessaria per la tutela degli interessi commerciali offesi dalla violazione del marchio qualora si tratti di una vicenda temporalmente circoscritta e limitata ad un'unica partita di prodotti, mentre va disposta qualora il ricorrente dimostri che

Ciò detto, mi sembra non possa negarsi che la pubblicazione del provvedimento cautelare sia misura anticipatoria, dal momento che fornisce alla parte la medesima utilità della pubblicazione della sentenza definitiva. A mio avviso, peraltro, si tratta di un provvedimento totalmente soddisfacente dell'interesse del richiedente, il quale, per questo aspetto, non otterrebbe alcuna utilità ulteriore dalla pubblicazione della decisione di merito.

È opportuno aggiungere che la misura della pubblicazione rientra tra quei provvedimenti che esauriscono i loro effetti nel momento in cui vengono attuati e rispetto ai quali, di conseguenza, gli istituti della revoca e della modifica si atteggiavano, come già detto, in modo del tutto peculiare¹³¹. È evidente, infatti, che la revoca di una misura che ha già esaurito i suoi effetti non rivesta alcun interesse per chi l'ha subita. Egli, nel caso in cui abbia ottenuto la revoca del provvedimento principale pubblicato, avrà invece interesse ad ottenere a propria volta la pubblicazione del provvedimento di revoca¹³².

Per altro verso, l'irreversibilità degli effetti della pubblicazione, che sono, come tali, tendenzialmente irreparabili¹³³, inducono a utilizzare tale

l'attività od i prodotti contraddistinti dal marchio contraffatto hanno avuto lunga e penetrante diffusione, protrattasi nel tempo ed idonea a raggiungere un vasto numero di consumatori».

¹³¹ Si rinvia ai paragrafi 5 e 7, Capitolo III.

¹³² Cfr. Cass. 25 febbraio 2005, n. 4082, cit., quando afferma che «la irreversibilità di fatto della situazione creata dalla esecuzione del provvedimento è caratteristica comune a molte azioni umane ed è sempre giuridicamente emendabile indirettamente, quando non sia possibile la modifica della situazione predetta, con attività di equivalente segno contrario o con il risarcimento del danno».

¹³³ Proprio in considerazione della tendenziale irreversibilità degli effetti della pubblicazione, una parte della giurisprudenza negava la possibilità di disporre la pubblicazione del provvedimento cautelare: si vedano ad esempio Trib. Reggio Emilia, 12 gennaio 1999,

sanzione con una certa prudenza e a giustificarla solo a fronte di una attenta verifica del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, nell'ottica di un corretto contemperamento degli interessi tra chi beneficia della pubblicazione e chi la subisce¹³⁴.

9. - *La questione della stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio in materia di proprietà intellettuale. La stabilità dell'inibitoria e dell'ordine di ritiro dal commercio alla luce dei nuovi commi 1-bis, 1-ter e 1-quater dell'art. 131 c.p.i.*

Dalla natura anticipatoria che si è riconosciuta all'inibitoria provviso-

cit.; Trib. Asti, 29 luglio 1998, cit.; App. Milano, 8 maggio 1992, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, n. 2825.

¹³⁴ Si ricorda, sul punto, che la pubblicazione è subordinata, almeno dall'art. 126 c.p.i., al presupposto della «gravità dei fatti»: sul punto v. G. BONELLI, *La pubblicazione del provvedimento cautelare a tutela della proprietà intellettuale (più qualche considerazione in tema di tutela cautelare in genere)*, cit., spec. p. 137 ss.

In una prospettiva prudenziale mi sembra del resto orientata la giurisprudenza, la quale ha accordato la pubblicazione del provvedimento cautelare quando ciò abbia la finalità di prevenire un pregiudizio irreparabile (Trib. Napoli, 20 dicembre 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2003, n. 4536; Trib. Firenze, 5 marzo 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, n. 3798; Trib. Torino, 22 marzo 1995, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, n. 3302; Pret. Catania, 25 luglio 1987, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, n. 2192); o non compiutamente risarcibile (Trib. Roma, 24 aprile 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, n. 4429); o di limitare lo sviamento di clientela (Trib. Modena, 23 maggio 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2001, n. 4292; Trib. Napoli, 13 marzo 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, n. 4146; Trib. Roma, 25 febbraio 1988, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1988, n. 2299; Trib. Catania, 17 ottobre 1988, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1988, n. 2342); o di evitare l'aggravamento della lesione (Trib. Roma, 9 gennaio 2004, cit.; Trib. Brescia, 29 aprile 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, n. 4744; Trib. Milano, 14 dicembre 1998, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, n. 3965; Trib. Modena, 15 luglio 1996, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1996, n. 3501; Trib. Torino, 7 luglio 1995, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, n. 3330); o di rendere maggiormente efficace una inibitoria (Trib. Roma, 18 aprile 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, n. 4346; Trib. Firenze, 15 maggio 1993, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, n. 3125).

ria e all'ordine cautelare di ritiro dal commercio consegue, applicando la regola prevista in generale dall'art. 669-*octies*, commi 6 e 7, c.p.c. per i provvedimenti anticipatori, che essi godrebbero del regime di stabilità ivi previsto. Tale conclusione va tuttavia verificata alla luce delle norme specifiche contenute nel c.p.i. le quali, a prima vista, parrebbero invece negarla.

I tre nuovi commi dell'art. 131 c.p.i. aggiunti dal d.lgs. n. 140/2006 stabiliscono infatti che «1-*bis*. Se il giudice, nel rilasciare il provvedimento cautelare, non stabilisce il termine entro cui le parti devono iniziare il giudizio di merito, quest'ultimo deve essere iniziato entro il termine di venti giorni lavorativi o di trentuno giorni di calendario qualora questi rappresentino un periodo più lungo. Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o, altrimenti, dalla sua comunicazione. 1-*ter*. Se il giudizio di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui al comma 1, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia. 1-*quater*. Le disposizioni di cui al comma 1-*ter* non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile ed agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. In tali casi ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito».

I dubbi interpretativi discendono dall'inserimento di questi nuovi commi nel tessuto dell'art. 131 c.p.i. Quest'ultimo, infatti, nel primo comma prevede due misure cautelari tipiche, l'inibitoria e il ritiro dal commercio,

che rivestono entrambe carattere anticipatorio¹³⁵. Nei successivi nuovi commi, che sembrerebbero relativi proprio alle stesse misure, introduce invece la regola della strumentalità necessaria, negando la stabilità a tali misure, salva la previsione che questa regola non si applichi ai provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* e agli altri provvedimenti che anticipano gli effetti della sentenza, rispetto ai quali, dunque, torna ad applicarsi la regola della strumentalità attenuata.

Da una lettura fedele al testo della norma risulta obiettivamente difficile riferire la locuzione "altri provvedimenti cautelari" all'inibitoria e all'ordine di ritiro dal commercio, poiché essa sembra riferirsi a provvedimenti ulteriori e diversi da quelli considerati nel medesimo articolo. Questa interpretazione, tuttavia, non sembra appagante perché conduce ad escludere l'applicabilità della regola della strumentalità attenuata ai due provvedimenti cautelari, rispetto ai quali si hanno maggiori certezze sul loro carattere anticipatorio¹³⁶.

Mi pare allora preferibile una diversa interpretazione, meno aderente al testo della norma, ma più coerente con il sistema e con il principio che tutte le misure cautelari anticipatorie godono del regime di strumentalità attenuata. In questa prospettiva, i commi introdotti nell'art. 131 c.p.i. rappresentano la diretta trasposizione, nell'ambito del sistema di tutela giurisdizionale

¹³⁵ Vedi, in proposito, quanto sostenuto nei paragrafi 6 e 7 relativamente all'inibitoria, e nel paragrafo 8, per quanto concerne l'ordine di ritiro dal commercio.

¹³⁶ Cfr. G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 540 s., ove osserva che l'inibitoria «è la misura cautelare anticipatoria per eccellenza».

del c.p.i., della regola generale prevista dall'art. 669-*octies* c.p.c., escludendosi invece che essi comportino una presa di posizione del legislatore sulla natura non anticipatoria dell'inibitoria provvisoria e dell'ordine cautelare di ritiro dal commercio¹³⁷. A tale interpretazione mi sembra aderisca la maggior parte della dottrina¹³⁸, seppur non mancano autorevoli voci dissonanti¹³⁹. Essa, del resto, è avvalorata anche dalla relazione al d.lgs. n. 140/2006¹⁴⁰ e dall'analogia norma introdotta con questo stesso testo normativo nella l.d.a., la quale è stata posta come regola generale applicabile a tutti i provvedimenti cautelari previsti a protezione del diritto d'autore in un nuovo e separato articolo.

Per tale motivo, i dubbi sorti con riguardo alle due misure in esame di-

¹³⁷ In questo senso, E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 263.

¹³⁸ G. CAVANI, *Commento sub art. 134 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 351; G. DRAGOTTI, *L'attuazione della direttiva «enforcement»*, cit., a p. 32 s.; G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 540 s.; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 263; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 340.

¹³⁹ A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, *Postilla di aggiornamento*, cit., p. 2, ove rileva che l'interprete deve scontrarsi con «la dura realtà della modifica apportata all'art. 131 dal d.lgs. n. 140/2006, che assoggetta tale inibitoria a un regime di rigida strumentalità»; M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 188, ove osserva che, mentre per i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c., sul presupposto di un pericolo imminente e irreparabile, «è sicuro che valga il regime introdotto anche in generale dall'ultima riforma del processo civile, è legittimo dubitare che lo stesso valga per le inibitorie cautelari tipiche previste dalla legge sul diritto d'autore e dal codice della proprietà industriale in attuazione della Direttiva»; in senso analogo, pur criticando la scelta del legislatore, G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 500 ss., a p. 502.

¹⁴⁰ L'intenzione del legislatore emerge abbastanza chiaramente nel testo della relazione al d.lgs. n. 140/2006, nella quale, a commento dell'art. 19 (che ha appunto aggiunto i nuovi commi all'art. 131 c.p.i.), si legge che «viene così reso immediatamente operativo il principio della stabilizzazione delle misure cautelari cosiddette anticipatorie sul presupposto espressamente fissato nella norma in questione che ciascuna parte "possa iniziare il giudizio di merito", di guisa che la stabilizzazione avvenga soltanto, se nessuna delle due parti, avendo iniziato il giudizio di merito, si sia formato sia pure in forma tacita un accordo formale di stabilizzazione».

sciplinate dal c.p.i. non si estendono all'inibitoria prevista dall'art. 163 l.d.a. Neppure essi si presentano rispetto all'inibitoria in materia di concorrenza sleale la quale, essendo pronunciata *ex art. 700 c.p.c.*, ricade interamente nella disciplina prevista in generale nel codice di procedura civile.

L'interpretazione proposta lascia tuttavia aperto un problema di coordinamento con la disciplina dei procedimenti cautelari prevista dal codice di procedura civile. Tale disciplina, alla quale prima rinviava l'art. 134 c.p.i.¹⁴¹, è ora applicabile ai procedimenti in materia di diritto industriale, nonostante la modifica alla norma che non prevede più un rinvio alle norme codicistiche, in forza del fatto che la disciplina del rito cautelare uniforme, in quanto non derogata, è comunque la disciplina generale applicabile ad ogni misura cautelare¹⁴². I termini per l'instaurazione del giudizio di merito per i provvedimenti cautelari non anticipatori sono diversi nelle due norme: venti giorni lavorativi o trentuno di calendario nell'art. 131 c.p.i., sessanta giorni, secondo l'art. 669-*octies* c.p.c.

Al riguardo sono possibili due interpretazioni. Secondo la prima, il termine da applicare sarebbe quello di sessanta giorni stabilito dalla norma codicistica, dal momento che l'art. 131 c.p.i. non prevede, in realtà, alcun provvedimento non anticipatorio. In base a tale interpretazione, l'art. 131 c.p.i., nella parte in cui fissa un termine più breve, sarebbe privo di portata precettiva.

¹⁴¹ Sul punto si veda il paragrafo 2.

¹⁴² Sulla modifica dell'art. 134 c.p.i. ad opera dell'art. 19, comma 5, della recentissima legge n. 99/2009 si veda quanto detto nella nota 25 del paragrafo 2.

A mio avviso deve preferirsi una diversa interpretazione, più coerente con la funzione di norma generale, valevole per tutti i provvedimenti cautelari previsti nel c.p.i., che si è inteso assegnare all'art. 131 c.p.i.; funzione che, tra l'altro, risulta avvalorata dall'analogia disposizione introdotta nella l.d.a. In questo senso, allora, per i provvedimenti cautelari non anticipatori disciplinati dal c.p.i. vale il termine più breve stabilito dall'art. 131 c.p.i.¹⁴³. Tale interpretazione, a mio parere, si dimostrava anche più conforme all'art. 134, nella parte in cui dichiarava applicabili le norme del codice di procedura civile, solo «in quanto compatibili» con quelle previste nel c.p.i.¹⁴⁴. Questa soluzione deve essere confermata anche oggi che la norma non prevede più alcun espresso rinvio alle norme del codice di procedura.

10. - (Segue) *La compatibilità del regime di strumentalità attenuata dei provvedimenti cautelari anticipatori con l'Accordo TRIPs e con la Direttiva CE 48/2004.*

La regola della strumentalità attenuata, in forza della quale i provvedimenti cautelari anticipatori conservano efficacia anche se non sono seguiti da un giudizio ordinario di cognizione, e che abbiamo visto applicarsi anche

¹⁴³ In questo senso E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 264, ove ritiene che « soluzione più prudente, per quanto concerne i provvedimenti cautelari non anticipatori, sia quella di rispettare il più breve termine di venti giorni lavorativi o trentuno giorni di calendario per dare inizio alla causa di merito».

¹⁴⁴ Cfr. M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, cit., p. 9 del manoscritto, ove rileva che la norma «pone una indiscutibile deroga alla disciplina del procedimento cautelare uniforme dettata dagli artt. 669 bis e ss c.p.c.».

alle materie regolate dal c.p.i. e dalla l.d.a., nonché alla concorrenza sleale, pone un problema di compatibilità con quanto prevedono le fonti internazionali e comunitarie per le stesse materie, e in particolare l'art. 50 dell'Accordo TRIPs¹⁴⁵ e l'art. 9 della Direttiva n. 48/2004 CE (c.d. *Directiva Enforcement*)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ L'Accordo TRIPs (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) è stato firmato a Marrakech il 15 aprile 1994, nell'ambito dei negoziati GATT. Esso è stato ratificato dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747 (G.U. n. 7, suppl. ord., vol. II, del 10 gennaio 1995) ed è stato approvato dalla Comunità europea con decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994 (G.U.C.E. n. L 336 del 23 dicembre 1994). L'art. 50 dell'Accordo TRIPs prevede che «1. L'autorità giudiziaria ha la facoltà di ordinare misure provvisorie immediate ed efficaci: a) per impedire che abbia luogo la violazione di un diritto di proprietà intellettuale e in particolare per impedire l'introduzione nei circuiti commerciali di sua competenza di prodotti, compresi prodotti importati, immediatamente dopo lo sdoganamento; b) per preservare elementi di prova pertinenti riguardo alla presunta violazione. 2. L'autorità giudiziaria ha la facoltà di adottare misure provvisorie inaudita altera parte nei casi in cui se ne ravvisi l'opportunità, in particolare quando un ritardo possa arrecare un pregiudizio irreparabile al titolare del diritto o quando esista un rischio dimostrabile che gli elementi di prova possano essere distrutti. 3. L'autorità giudiziaria ha la facoltà di fare obbligo all'attore di fornire qualsiasi elemento di prova ragionevolmente accessibile al fine di accertare con un sufficiente grado di certezza che l'attore è titolare del diritto e che una violazione di tale diritto è in atto o imminente, nonché per ordinare all'attore di costituire una cauzione o una garanzia equivalente sufficiente a proteggere il convenuto e a impedire abusi. 4. Nei casi in cui misure provvisorie siano state adottate inaudita altera parte, le parti interessate sono informate senza indugio al più tardi dopo l'esecuzione delle misure. Un riesame, comprendente il diritto ad essere inteso, potrà avere luogo su richiesta del convenuto allo scopo di decidere, entro un termine ragionevole dopo la notifica delle misure, se queste vadano modificate, revocate o confermate. 5. L'attore può essere tenuto a fornire altre informazioni necessarie per l'identificazione dei prodotti in questione da parte dell'autorità che eseguirà le misure provvisorie. 6. Fatto salvo il paragrafo 4, le misure provvisorie prese in base ai paragrafi 1 e 2 sono revocate su richiesta del convenuto o cessano comunque di essere efficaci, se una procedura diretta ad una decisione sul merito della controversia non viene iniziata entro un periodo di tempo ragionevole determinato dall'autorità giudiziaria che ordina le misure, se la legislazione di un Membro lo consente o, in assenza di tale determinazione, entro un periodo non superiore a 20 giorni lavorativi o a 31 giorni di calendario, qualora questi rappresentino un periodo più lungo».

¹⁴⁶ L'art. 9, comma 5, della Direttiva stabilisce che «Gli Stati membri assicurano che le misure provvisorie di cui ai paragrafi 1 e 2 siano revocate o cessino comunque di essere efficaci, su richiesta del convenuto, se l'attore non promuove un'azione di merito dinanzi all'autorità giudiziaria competente entro un periodo ragionevole che sarà determinato

L'art. 50, comma 6, Accordo TRIPs, rubricato «Misure provvisorie e cautelari» prevede infatti che «le misure provvisorie prese in base ai paragrafi 1 e 2 sono revocate su richiesta del convenuto o cessano comunque di essere efficaci, se una procedura diretta ad una decisione sul merito della controversia non viene iniziata entro un periodo di tempo ragionevole determinato dall'autorità giudiziaria che ordina le misure, se la legislazione di un Membro lo consente o, in assenza di tale determinazione, entro un periodo non superiore a 20 giorni lavorativi o a 31 giorni di calendario, qualora questi rappresentino un periodo più lungo». L'art. 9, comma 5, della Direttiva *Enforcement*, anch'esso rubricato «Misure provvisorie e cautelari», detta una disciplina sostanzialmente analoga, con due sole differenze: precisa che debba essere l'attore ad instaurare il giudizio di merito e non genericamente che il giudizio sia iniziato; e riferisce la richieste del convenuto sia alla revoca che alla perdita di efficacia.

Una questione di compatibilità, peraltro, si presenta in senso proprio solo con riguardo alla Direttiva, dal momento che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'Accordo TRIPs ha una forza solo relativamente vincolante¹⁴⁷, mentre le Direttive, in quanto contengano disposizioni chiare,

dall'autorità giudiziaria che ordina tali misure, quando la legislazione di uno Stato membro lo consente oppure, in assenza di tale determinazione, entro un periodo che non deve superare 20 giorni lavorativi o 31 giorni di calendario, qualora questi rappresentino un periodo più lungo».

¹⁴⁷ La Corte, infatti, ha precisato, proprio in una serie di controversie aventi ad oggetto l'art. 50 dell'Accordo, che «le disposizioni dell'accordo TRIPs (...) non sono idonee a creare in capo ai singoli diritti che questi possano invocare direttamente dinanzi al giudice ai sensi del diritto comunitario» (Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, cause riunite C-300/98 e C-392/98 [Sentenza DIOR], punto 44 della motivazione) e che i tribunali degli Stati

precise e incondizionate, hanno efficacia vincolante diretta e immediata¹⁴⁸, e dotata di tali caratteristiche deve ritenersi la Direttiva *Enforcement*¹⁴⁹. È stato inoltre giustamente rilevato che, essendo l'efficacia vincolante per l'ordinamento italiano delle disposizioni dell'Accordo TRIPs discendente dall'atto legislativo con il quale la nostra legislazione interna è stata adeguata all'Accordo¹⁵⁰, le successive fonti di legge del 2005 e del 2006 che hanno modificato la disciplina di adeguamento sono su di essa prevalenti, in quanto fonti dello stesso rango cronologicamente successive¹⁵¹.

membri «quando sono chiamati ad applicare le norme nazionali al fine di adottare misure provvisorie per la tutela dei diritti derivanti da un marchio comunitario, sono obbligati a farlo, nella misura del possibile, alla luce della lettera e della finalità dell'art. 50 dell'Accordo TRIPs» (Corte di Giustizia, sentenza 16 giugno 1998, C-53/1996 [Sentenza Hermès], pubblicata in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 694 ss., punto 28 della motivazione; in senso analogo, Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, cause riunite C-300/98 e C-392/98 [Sentenza DIOR], punto 47 della motivazione; Corte di Giustizia, sentenza 13 settembre 2001, C-89/99 [Sentenza Schieving - Nijstad], punto 35 della motivazione).

Secondo un orientamento, peraltro, la Corte di Giustizia sarebbe competente a giudicare della compatibilità delle discipline interne rispetto all'Accordo TRIPs nella sola ipotesi in cui oggetto di tutela sia un marchio comunitario e non invece un marchio nazionale o internazionale (S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPs*, 2° ed., Padova, 1999, p. 292) ovvero nel caso in cui la Comunità abbia adottato atti di armonizzazione (G. GUGLIEMMETTI, *Introduzione alle modifiche apportate alle norme sostanziali in materia di brevetti dalla legge nazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 106; V. BETTIN, *L'efficacia delle norme dell'accordo Trips nell'ordinamento comunitario e la politica giudiziaria della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1, p. 141 ss.).

¹⁴⁸ Il principio è stato affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia con la sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, (Sentenza Van Gend en Loos), in *Foro it.*, 1964, IV, c. 97 ss., relativa all'art. 25 del Trattato CE. Sull'argomento, in generale, si rinvia a G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4° ed., Padova, 2008, p. 145 ss. e p. 172 ss.

¹⁴⁹ M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., p. 188, ove rileva che essa è «senza dubbio abbastanza particolareggiata e precisa, riguarda un rapporto del cittadino con l'Autorità (nella specie giudiziaria) di uno Stato membro, e dovrebbe pertanto accedere al regime della c.d. diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali».

¹⁵⁰ Ricordiamo che l'Accordo TRIPs è stato ratificato dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747 (G.U. n. 7, suppl. ord., vol. II, del 10 gennaio 1995).

¹⁵¹ In questo senso E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 272.

Per risolvere i problemi di compatibilità tra la disciplina interna e la normativa internazionale e comunitaria sono state proposte varie tesi che possono sostanzialmente ricondursi a due gruppi: in uno quelle dirette a superare l'incongruenza basandosi sul confronto tra disciplina prevista dalle fonti internazionali e comunitarie e quella interna, e tentando di dimostrarne la compatibilità; nel secondo le tesi che fanno leva sulla nozione comunitaria di provvedimento provvisorio e che giungono, per tale via, a considerare che in tale nozione potrebbero non farsi rientrare i provvedimenti cautelari anticipatori dotati di stabilità.

Dal primo punto di vista alcuni sostengono che l'art. 50, comma 6, Accordo TRIPs andrebbe letto come se prescrivesse ai legislatori nazionali l'alternativa tra revoca su richiesta del convenuto e inefficacia della misura per mancata instaurazione del giudizio di merito¹⁵²; alcuni ritengono che lo scopo dell'Accordo e della Direttiva sarebbe quello di evitare la trasformazione di un giudizio sommario in uno definitivo, senza che sia concessa al convenuto la possibilità di ottenere una revisione del giudizio medesimo nel corso di un ordinario processo¹⁵³; altri, infine, che l'obiettivo dell'Accordo sia

¹⁵² P. TESTA, *Le norme processuali: perplessità e problemi*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di AIDA, n. 11, Milano, 2004, p. 186; alla tesi dell'Autrice aderisce poi espressamente anche G. CASABURI, *Codice di proprietà industriale e sezioni specializzate*, cit., p. 479. Da questo punto di vista, allora, la disciplina interna sarebbe del tutto compatibile, posto che l'art. 669-*decies* c.p.c. prevede la revoca del provvedimento cautelare.

¹⁵³ G. CAVANI, *Commento sub art. 134 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 350. Anche da questa prospettiva, la disciplina italiana sarebbe perfettamente compatibile, dato che l'instaurazione del processo di merito è comunque sempre possibile.

quello di impedire ai legislatori nazionali di introdurre provvedimenti cautelari resi *inaudita altera parte*, senza che sia prevista una revisione degli stessi in contraddittorio tra le parti¹⁵⁴.

Queste tesi, tuttavia, non paiono del tutto convincenti, perché tentano di superare l'incompatibilità attraverso quella che appare una forzatura del tenore delle disposizioni dell'Accordo e della Direttiva, nelle quali sembra invece sancita in modo evidente una strumentalità necessaria tra provvedimento cautelare e giudizio di merito.

L'incompatibilità neppure sembra negabile sostenendo che i provvedimenti cautelari nazionali sono sempre revocabili e modificabili, dal momento che tali istituti sono ancorati al mutamento delle circostanze che incidono sui presupposti di concessione e non, come invece imposto dalle normative internazionali e comunitarie, alla mancata instaurazione del giudizio di merito¹⁵⁵. Il contrasto non pare superabile neppure affermando che il rinvio alle norme del rito societario prima, e ora del codice di procedura civile, deve escludersi per quelle che introducono la regola della strumentalità attenuata¹⁵⁶. Essa, infatti, è ormai direttamente prevista sia nel c.p.i. che nella l.d.a., a prescindere dal rinvio, e costituisce una norma che caratterizza

¹⁵⁴ M. SCUFFI, *Le sezioni specializzate di diritto industriale per cooperazione comunitaria ed applicazione decentrata delle regole di concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, p. 223 ss. Anche da questo punto di vista, la normativa interna sarebbe compatibile con quella internazionale, dal momento che l'art. 669-*sexies* c.p.c. impone sempre la conferma della misura cautelare, emessa *inaudita altera parte*, nel contraddittorio tra le parti.

¹⁵⁵ G. GUGLIEMMETTI, *Il processo*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di AIDA, n. 11, cit., p. 164; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 273.

¹⁵⁶ Come invece sostenuto da G. GUGLIEMMETTI, *Il processo*, cit., p. 164.

l'intero sistema.

Come ha osservato una dottrina, l'unica possibilità di superare il contrasto probabilmente è quella di risolvere l'incompatibilità facendo leva sulla nozione di provvedimento provvisorio utilizzata dall'Accordo e dalla Direttiva¹⁵⁷. In questo senso, è stato affermato che la regola della strumentalità attenuata in vigore in Italia, rendendo, nel senso già chiarito, i provvedimenti anticipatori autonomi dal giudizio di merito e potenzialmente stabili e definitivi, consente di considerarli non provvisori: essi dunque sarebbero sottratti all'ambito di applicazione sia dell'art. 50, comma 6, dell'Accordo, sia dell'art. 9 della Direttiva¹⁵⁸. Questa interpretazione deve, tuttavia, fare i conti con il concetto di provvedimento provvisorio assunto dalla Corte di Giustizia. Da questo punto di vista, si può osservare come la Corte utilizzi una nozione di provvedimento provvisorio non univoca e che sembra variare secondo la norma comunitaria che viene in considerazione. Così, se una decisione della Corte di Giustizia ha fatto rientrare il provvedimento cautelare olandese del *kort geding*, che presenta forti analogie con i provvedimenti cautelari anticipatori italiani, tra i provvedimenti provvisori di cui all'art. 50 dell'Accordo TRIPs (Sentenza *Hermés International*)¹⁵⁹, in altre sentenze, relative

¹⁵⁷ E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 274.

¹⁵⁸ F. SPACCASASSI, *Codice della proprietà industriale e tutela cautelare ante causam*, in *www.altalex.com*; E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 274 ss.

¹⁵⁹ Corte di Giustizia, sentenza 16 giugno 1998, causa C-53/96 (Sentenza *Hermés International*), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 694 ss. Richiesta di chiarire se il provvedimento cautelare del *kort geding* potesse qualificarsi come provvedimento provvisorio e, come tale, ricadere sotto la disciplina dell'art. 50 dell'Accordo TRIPs, nonostante la sua potenziale stabilità, la Corte ha risposto in senso positivo, sostenendo che un provvedimento scritto, motivato e impugnabile, reso in ragione dell'urgenza, previa attuazione del contraddittorio

all'interpretazione dell'art. 31 del Regolamento CE n. 44/2001¹⁶⁰, ha invece mostrato di assumere una nozione di provvedimento provvisorio più ristretta, tale da escludere i provvedimenti cautelari anticipatori.

In particolare, nella sentenza *Van Uden*¹⁶¹, successiva a quella *Hermés International*, ribadendo peraltro una interpretazione già proposta in alcune decisioni¹⁶², la Corte sembra avere accolto una nozione di provvedimento

cui può, ma non deve, seguire un giudizio di merito e che può essere accettato dalle parti come soluzione definitiva della controversia, deve comunque considerarsi un provvedimento provvisorio ai sensi e per gli effetti dell'art. 50 dell'Accordo TRIPs.

¹⁶⁰ Il testo dell'art. 31 (identico a quello dell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles) recita che «i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di detto Stato anche se, in forza del presente regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato membro».

Per un esame delle pronunce della Corte di Giustizia relative all'art. 24 della Convenzione (ora art. 31 del Regolamento n. 44/2001) si rinvia a E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759 ss.

¹⁶¹ Corte di Giustizia, sentenza 17 novembre 1998, C-391-395, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 140 ss. La Corte, pronunciandosi in merito alla riconducibilità al criterio di giurisdizione di cui all'art. 24 Convenzione di Bruxelles (ora art. 31, Regolamento n. 44/2001) proprio del provvedimento olandese del *kort geding*, ha affermato che anche se la provvisorieta non è esclusa dal carattere anticipatorio del provvedimento, essa va tuttavia negata se non è garantito «il rimborso al convenuto della somma versata [...] nell'ipotesi in cui il ricorrente vinca la causa di merito». La Corte ha inoltre precisato che «la garanzia del rimborso evita la stabilizzazione in fatto della misura poiché controbilancia il pagamento imposto al creditore ed esclude che la misura sia davvero pienamente soddisfattiva per il ricorrente». Secondo la Corte, dunque, la natura provvisoria è assicurata solo dalla imposizione della cauzione «meccanismo di compulsazione indiretta rispetto all'inizio della causa di merito» (in questo senso, E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 795 e 796).

¹⁶² Corte di Giustizia, sentenza 26 marzo 1992, C-261/90 (Sentenza Reichert), in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 202 ss., ove, nel punto 34 della motivazione, la Corte ha ritenuto che i provvedimenti emanabili in base all'art. 24 della Convenzione di Bruxelles erano solo quelli volti «alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice del merito accertare l'esistenza». La Corte, dunque, ha implicitamente escluso dal campo di applicazione della norma i provvedimenti anticipatori. Sul punto, si vedano C. CONSOLO, *Van Uden e Mietz: un'inevitabile Babele*, in *Int'l Lis*, Inverno 2001/2002, p. 30 ss.; C. HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, p. 323 ss.; L. QUERZOLA, *Tutela cau-*

provvisorio che vale a ricomprendere solo quelle misure provvisorie in relazione alle quali il ricorrente non può non dare inizio alla causa di merito, e dunque solo quelle misure che, non attribuendo alla parte un bene sostanziale, non sono autonome e i cui effetti non possono stabilizzarsi sul piano sostanziale¹⁶³.

Secondo questa interpretazione, ribadita peraltro dalla Corte anche di recente¹⁶⁴, i provvedimenti cautelari anticipatori, che forniscono alla parte una utilità sostanziale analoga a quella che fornirebbe loro la sentenza, e alla quale si applicano i meccanismi di stabilizzazione previsti dal diritto sostanziale, non devono considerarsi provvisori alla luce delle norme dell'Accordo TRIPs e della Direttiva *Enforcement*. Queste fonti, in altri termini, accolgono una nozione di provvedimento provvisorio limitata a quelle misure che non sono mai autosufficienti rispetto al giudizio di merito, e che si trovano «in rapporto di accessorietà e strumentalità necessaria con il giudizio di meri-

telare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 826 ss.

¹⁶³ E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 798; L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit., p. 829; C. CONSOLO, *Van Uden e Mietz: un'inevitabile Babele*, cit., p. 34.

¹⁶⁴ Corte di Giustizia, sentenza 28 aprile 2005, C-104/03, *St. Paul Dairy Industries NV vs. Unibel Exser BVBA*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 833 ss., e in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 775 ss., con nota di G. DI FAZZIO, *Istanza di istruzione preventiva («esplorativa») olandese e foro competente europeo*. La Corte ha dato nuovamente una lettura restrittiva dell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles (ora art. 31 Regolamento n. 44/2001), escludendone l'applicazione ogni qual volta il rapporto tra il provvedimento e il giudizio di merito sia «debole e accessorio», affermando in motivazione (punto 13) che per provvedimenti cautelari e provvisori devono intendersi solo i provvedimenti volti «alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare i diritti dei quali spetterà poi al giudice di merito accertare l'esistenza».

to»¹⁶⁵.

Tale interpretazione ha il pregio di evitare la conclusione per cui solo nel campo del diritto della proprietà intellettuale, diversamente che negli altri campi del diritto, i provvedimenti anticipatori non possono godere di stabilità. Come è stato osservato¹⁶⁶, tale soluzione sarebbe paradossale in quanto, proprio nell'ambito del diritto della proprietà intellettuale, già da tempo, i provvedimenti anticipatori svolgono la funzione di definire le liti e soddisfare il diritto del richiedente. Inoltre, essa non sarebbe in armonia con le medesime fonti internazionali e comunitarie, che consentono ai legislatori nazionali di riservare ai titolari del diritto una protezione più intensa¹⁶⁷.

In tal senso, si è sostenuto che la questione non deve essere affrontata in termini di compatibilità tra normativa internazionale e comunitaria e normativa nazionale, quanto piuttosto nel senso di valutare se quest'ultima sia comunque legittima in base alla *ratio* sottesa all'Accordo e alla Direttiva, che è quella di assicurare *standard* minimi di tutela ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale. In questa prospettiva, le norme interne di attuazione, assicurando una tutela maggiore e più intensa di quella richiesta a livello comunitario, devono considerarsi del tutto legittime alla luce dell'Accordo e

¹⁶⁵ Così E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 276; nello stesso senso, F. SPACCASASSI, *Codice della proprietà industriale e tutela cautelare ante causam*, cit.

¹⁶⁶ Cfr. E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, cit., p. 277.

¹⁶⁷ Cfr. A. GIUSSANI, *Questioni di competenza in senso stretto e in senso lato nella nuova disciplina delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in L. NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 188.

della Direttiva¹⁶⁸. Esse, peraltro, forniscono sufficienti garanzie a tutela del contraddittorio e del diritto di difesa del convenuto¹⁶⁹.

Non manca, tuttavia, chi, anche di recente, ribadendo i dubbi che le modifiche apportate all'art. 131 c.p.i. abbiano introdotto una deroga al regime di strumentalità attenuata di cui all'art. 669-*octies* c.p.c. in relazione all'inibitoria (e al ritiro cautelare dal commercio), nota che nella pratica sarà improbabile che il ricorrente rinunci ad instaurare il giudizio di merito o lo lasci estinguere, con ciò rischiando di vedere dichiarato inefficace il provvedimento cautelare¹⁷⁰.

¹⁶⁸ In questo senso, F. CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, cit., p. 107, ove osserva che «gli artt. 162-*bis*, comma 4, l. n. 633 del 1941 e art. 131, comma 1-*quater*, d.lgs. n. 30 del 2005 dispongono una forma di tutela giurisdizionale più intensa rispetto a quanto richiesto, giacché prevedono, nell'evidente interesse dell'attore, che la misura cautelare anticipatoria resti in vigore anche a prescindere dal successivo inizio del giudizio di merito. Essi dunque non possono considerarsi illegittimi, bensì valorizzano in pieno l'importanza dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale, conferendo al titolare uno strumento in grado di fargli conseguire, in modo rapido, efficiente e potenzialmente stabile il provvedimento cautelare, aspetti tutti di cruciale importanza al fine di garantire una tutela effettiva».

¹⁶⁹ A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 6° ed., Milano, 2009, p. 545; P. TESTA, *Le norme processuali: perplessità e problemi*, cit., p. 186; G. CASABURI, *Il processo industrialistico novellato. Dal Codice della proprietà industriale al d.lg. n. 140 del 2006*, in *Giur. merito*, 2007, p. 938 ss.; Id., *I procedimenti cautelari nel C.p.i., tra conferme, innovazioni e nuovi problemi*, cit., p. 478; G. CAVANI, *Commento sub art. 128 d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, cit., p. 350.

¹⁷⁰ M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, cit., p. 9 e 10 del manoscritto.

11. - *Le penali. La questione delle penali per la violazione dell'ordine di ritiro dal commercio. Il problema della fissazione della penale. Il problema dell'accertamento della violazione e la liquidazione della penale. La costituzione di un valido titolo esecutivo e la questione dell'applicabilità dell'art. 669-duodecies c.p.c.*

L'art. 131, comma 2, c.p.i. dispone che il giudice, pronunciando l'inibitoria, può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Secondo una dottrina, le penali di mora potrebbero essere pronunciate anche con l'ordine di ritiro dal commercio¹⁷¹. Tale interpretazione, che mi sembra non abbia avuto finora grande seguito, potrebbe adesso trovare conferma nell'introduzione della misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c. Se, come a me sembra, l'ordine di ritiro dal commercio si può qualificare come condanna ad un obbligo di fare infungibile, a mio avviso con il provvedimento che lo dispone, ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c., potrà ora essere pronunciata anche la condanna al pagamento delle penali per il ritardo o la violazione dell'ordine di ritiro medesimo.

Per quanto concerne la natura della penale di mora, essa, secondo alcuni, deve considerarsi una misura coercitiva che accede alla condanna¹⁷²,

¹⁷¹ Così M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., p. 181.

¹⁷² Con riferimento all'ipotesi delle penali ex art. 614-bis c.p.c., F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, 5° ed., cit., p. 236 che ritiene che sia un provvedimento a contenuto processuale e non di merito.

mentre altri l'avvicinano alla condanna in futuro¹⁷³.

Meno problematica è l'individuazione della funzione della penale, che è quella di prevenire ed eventualmente reprimere il compimento, la continuazione e la ripetizione dell'illecito. La penale, come detto, disponendo il sorgere di un'obbligazione pecuniaria in capo al presunto violatore dell'inibitoria, rappresenta un mezzo di coazione indiretta a presidio e tutela di quest'ultima¹⁷⁴. Sotto tale profilo, la dottrina ha ormai chiarito che la penale di mora deve considerarsi una misura di rafforzamento dell'inibitoria e non una forma di liquidazione anticipata del danno per future violazioni¹⁷⁵.

La prassi sull'istituto ha mostrato il sorgere soprattutto di due problemi: quello della fissazione della penale e quello della sua liquidazione. Dal primo punto di vista, è stato osservato che, data l'ampia formulazione della norma, la quale consente che le penali di mora siano disposte per ogni violazione e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di inibitoria, è

¹⁷³ A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 6° ed., cit., p. 549; M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in L. NIVARRA (a cura di), *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 93; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 543; F. DONATI, *Le misure cautelari*, in *Il diritto dei marchi di impresa. Profili sostanziali, processuali e contabili*, a cura di N. BOTTERO-M TRAVOSTINO, cit., p. 423.

¹⁷⁴ G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 517 e 540; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 362 e 543; M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 138. Rileva G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, vol. I, Bari, 2007, p. 38, che con lo strumento delle penali di mora il legislatore confida nel fatto che la nascita di un obbligo ulteriore a carico del presunto contraffattore, di natura pecuniaria e quindi eseguibile ai sensi del Libro terzo del c.p.c. induca costui a rispettare il divieto.

¹⁷⁵ VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 6° ed., cit., p. 549; M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, p. 100; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, cit., p. 326. Su tale problema, vedi anche M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 128 ss.

necessario, onde evitare il sorgere di gravi dubbi in ordine all'entità della penale, che la parte nel chiedere, e il giudice nell'emanare, il provvedimento chiariscano sia cosa debba intendersi con l'espressione «ogni violazione»¹⁷⁶, sia quale debba essere l'unità temporale cui il ritardo deve fare riferimento¹⁷⁷.

La circostanza che, nel momento in cui la penale di mora è fissata nel provvedimento di inibitoria, ancora non sia abbia una sua violazione, comporta il problema di individuare, in concreto, come si deve svolgere il procedimento volto a verificare tale violazione e, dunque, a quantificare la penale e a liquidare la somma dovuta: in altri termini, si tratta di capire in quale modo avvenga la formazione di un valido titolo esecutivo¹⁷⁸.

Come dimostra l'applicazione dell'istituto nella prassi, due sono le strade percorribili.

Secondo la prima, il ricorrente, che ha ottenuto il provvedimento rafforzato dalla fissazione della penale di mora, può rivolgersi immediatamente e senz'altro all'ufficiale giudiziario, nel caso in cui vi sia stata la violazione dell'inibitoria cautelare¹⁷⁹. Tale strada, a mio avviso, si mostra percorribile solo in presenza di due presupposti: da un lato la violazione deve essere evidente e facilmente verificabile, e dall'altro la quantificazione della penale deve avvenire sulla base di un semplice calcolo matematico. Per queste ipotesi

¹⁷⁶ M.S. SPOLIDORO, *Le inibitorie nel diritto industriale e nel diritto d'autore*, cit., p. 12; ID., *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 145 s.

¹⁷⁷ G. FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, cit., p. 518. Su tali problematiche, si veda l'ampia analisi di M. VANZETTI, *Commento sub art. 124*, cit., p. 11 ss., del manoscritto.

¹⁷⁸ Su questo problema, si veda anche il paragrafo 3, Capitolo IV.

¹⁷⁹ Cfr. M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, cit., p. 6 e 7, del manoscritto.

potrebbe anche pensarsi a un ricorso in sede monitoria, al fine di ottenere un decreto ingiuntivo¹⁸⁰.

Tale conclusione è suffragata dal nuovo art. 614-*bis* c.p.c. che, come si è visto, qualifica, nel caso in cui sia accompagnato dalle penali, il provvedimento di condanna ad un obbligo di fare infungibile o di non fare come titolo esecutivo «per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza». In via di interpretazione sistematica di questa norma, è stato ritenuto che anche i provvedimenti di inibitoria cautelare, quando siano rafforzati dalla previsione della penale di mora, costituiscano titolo esecutivo¹⁸¹.

Pur nei limiti individuati, tale strada comporta il rischio di dare origine a numerosissimi processi di opposizione all'esecuzione o di opposizione a decreto ingiuntivo, instaurati dalla parte che subisce l'esecuzione o l'ingiunzione e intende contestare la violazione e/o la quantificazione della penale¹⁸². Ho poi qualche dubbio che l'ufficiale giudiziario si assuma la responsabilità di procedere all'esecuzione di un titolo esecutivo sostanzialmente fondato su affermazioni della parte che ha ottenuto l'inibitoria; penso, invece, che tendenzialmente richiederà alla parte un provvedimento del giudice che contenga una somma certa e liquida.

Si può allora individuare una diversa strada, soprattutto nel caso in

¹⁸⁰ Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, 6, c. 2029 ss.; sull'argomento, si vedano anche App. Milano, 10 febbraio 2004, in *Giur. it.*, 2004, p. 1443 ss.; Trib. Monza, 13 giugno 2002, in *Dir. ind.*, 2003, p. 120 ss.

¹⁸¹ In questo senso, F. DONATI, *Le misure cautelari*, cit., p. 426.

¹⁸² Per tale rilievo, si veda M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, cit., p. 7, del manoscritto.

cui la verifica della violazione dell'inibitoria e, di conseguenza, la quantificazione della penale siano più complesse. A mio avviso, la parte che ha ottenuto l'inibitoria e che contesti la sua violazione può rivolgersi al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare quale giudice dell'attuazione *ex art. 669-duodecies* c.p.c. chiedendo la verifica della violazione e la conseguente liquidazione della penale¹⁸³.

Secondo una parte della dottrina, tuttavia, solo la sentenza di merito sarebbe idonea ad accertare la violazione e a quantificare l'importo dovuto per essa¹⁸⁴. Tale conclusione non mi trova d'accordo. In sede cautelare, come ho cercato di dimostrare, è possibile ottenere la medesima utilità sostanziale che fornisce la sentenza di merito e ciò anche anticipando, in senso lato, gli effetti di quella di accertamento. Nulla vieta, allora, di ammettere che il giudice cautelare, ai fini della liquidazione della penale, possa verificare l'avvenuta violazione dell'inibitoria e liquidare la somma che il convenuto deve per tale violazione.

Ciò che conta, a mio avviso, è che siano garantiti il diritto di difesa e il contraddittorio, e ciò avviene anche in sede di procedimento *ex art. 669-*

¹⁸³ Trib. Milano, 20 maggio 2005, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 5075, secondo cui «la sede per la verifica - in concreto - della violazione di un provvedimento inibitorio (nella specie atti di concorrenza sleale per imitazione servile e appropriazione di pregi) è il procedimento di attuazione contemplato dall'art. 669-duodecies c.p.c., di cui quell'accertamento costituirà momento (incidentale) preliminare rispetto alla (invocata) determinazione di misure esecutivo-attuative». *Contra*, Trib. Catania, 19 luglio 2004, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, n. 4827; in dottrina nega la possibilità di ricorrere all'art. 669-duodecies c.p.c., F. DONATI, *Le misure cautelari*, cit., p. 425.

¹⁸⁴ In questo senso, M.S. SPOLIDORO, *Le nuove norme sui provvedimenti cautelari in materia di invenzioni e marchi registrati*, cit., a p. 99; M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, p. 103. *Contra*, F. DONATI, *Le misure cautelari*, cit., p. 425.

duodecies c.p.c. In questo senso deve ammettersi che contro il provvedimento di verifica della violazione e di liquidazione della penale emesso ai sensi dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. sia esperibile il reclamo cautelare nelle forme dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.

12. - (Segue) *La sorte delle penali nel caso di sopravvenuta inefficacia del provvedimento di inibitoria.*

Un ulteriore rilevante problema correlato all'istituto delle penali di mora, di cui è opportuno dare conto, è quello della loro sorte nel caso in cui venga meno l'efficacia del provvedimento di inibitoria. La perdita di efficacia può dipendere dalla revoca o dalla modifica del provvedimento *ex art. 669-decies* c.p.c. oppure dall'ipotesi di rigetto della domanda nel merito e, per coloro i quali ritengono che l'inibitoria non goda del regime di strumentalità attenuata, anche della mancata instaurazione e dell'estinzione del giudizio ordinario.

Le due ipotesi vanno tenute distinte.

Nel caso di revoca o modifica del provvedimento di inibitoria, se l'inibitoria è stata violata, le penali di mora sono dovute, limitatamente al periodo intercorrente tra il provvedimento e la revoca. Si è visto, infatti, che la revoca e la modifica non hanno di solito effetto *ex tunc* e dunque non elimi-

nano l'efficacia dell'inibitoria *ab origine*¹⁸⁵. Tale conclusione, tuttavia, deve tenere conto che, in alcuni casi specifici, la revoca e la modifica operano in via retroattiva¹⁸⁶. In questi ipotesi, si deve ritenere che, con il provvedimento di revoca o modifica dell'inibitoria, sia revocata fin dall'origine anche la penale di mora, con la conseguente possibilità di disporre, occorrendo, la restituzione delle penali già pagate¹⁸⁷, salvo quanto si dirà di seguito.

Nel caso di rigetto della domanda in merito, il discorso è un poco più complesso e la soluzione del problema dipende dal grado di autonomia che si vuole riconoscere alla penale rispetto al diritto fatto valere. Se si ritiene che la penale di mora rappresenti solo una sanzione esecutiva a presidio del provvedimento di inibitoria, si deve concludere nel senso che qualora l'inibitoria perda efficacia, anche per il rigetto della domanda in merito, e dunque per l'accertamento dell'inesistenza del diritto, le penali dovranno essere pagate per tutto il tempo di efficacia dell'inibitoria.

Se si reputa, invece, che l'efficacia del provvedimento sia influenzata dalla sorte del giudizio di merito, si deve affermare che, con il venir meno dell'efficacia dell'inibitoria perché il diritto sul quale era fondata è stato dichiarato inesistente, venga parimenti meno anche il credito alle penali¹⁸⁸. In questo caso, infatti, deve ritenersi che il giudice, con la sentenza che rigetta nel merito la domanda, implicitamente e con effetto retroattivo revochi

¹⁸⁵ Sul punto mi permetto di rinviare al paragrafo 7, Capitolo III.

¹⁸⁶ Cfr. E. MERLIN-ALBERT HENKE, *La revoca e modifica*, cit., p. 469.

¹⁸⁷ In questo senso, M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, cit., p. 7, del manoscritto.

¹⁸⁸ Cfr., ancora, M. VANZETTI, *Commento sub art. 131*, cit., p. 7 e 8, del manoscritto.

CAPITOLO V - I PROVVEDIMENTI CAUTELARI ANTICIPATORI NEL DIRITTO
DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE ED INDUSTRIALE

l'inibitoria e le penali. Vi sarà spazio, in tale ipotesi, per eventuali restituzioni di quanto pagato in forza delle penali di mora¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Così M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, cit., a p. 184, ove ritiene che il giudice del merito, qualora revochi l'inibitoria, «implicitamente revoca anche la comminatoria delle penali e, se queste sono già state riscosse, ne ordina la restituzione a che le ha pagate».

BIBLIOGRAFIA

- ALFANO A., *Assicurazione sulla vita e violazione della libertà di associazione politica*, nota a Trib. Milano, 30 marzo 1994 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1124.
- ALIBRANDI A., *Profili del nuovo processo civile: l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, in *Arch. Civ.*, 1991, p. 257.
- ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.
- ALLORIO E., *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, p. 18.
- ALLORIO E., *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 487.
- ALLORIO E., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in ID., *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, vol. II, Milano, 1957, p. 57.
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in ID., *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 3.
- ALLORIO E., *Verso il nuovo processo civile*, in ID., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, p. 397.
- ALLORIO E., *Trent'anni di applicazione del codice di procedura civile*, Introduzione al *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di E. ALLORIO, I, 1, Torino, 1973.
- ALTIERI M., *Brevi note in tema di riduzione d'urgenza dell'ipoteca «eccessiva»*, nota a Trib. Vallo della Lucania, 17 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 2071.
- AMADEI D., *Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5-bis dell'art. 3 L. N. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 387.
- AMADEI D., *Il procedimento cautelare e il rito abbreviato*, in D. AMADEI-N. SOLDATI, *Il processo societario*, Milano, 2003.
- AMADEI D., *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in www.judicium.it.
- AMATI R., *L'opposizione nel procedimento monitorio e il termine per comparire in essa fissato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, p. 181.
- AMBROSIO A. – AMENDOLA A., *Nuovi procedimenti societari*, Milano, 2004.

- AMENDOLAGINE V., *I caratteri di ultrattività, strumentalità e residualità della tutela cautelare d'urgenza rispetto al giudizio di merito*, nota a Trib. Trani, 20 luglio 2007, in *www.judicium.it*.
- ANDOLINA I.A., *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 65.
- ANDOLINA I.A., *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del «giusto processo»*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, n. 2, p. 317 e in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, p. 37.
- ANDRIOLI V., *Provvedimenti d'urgenza in incertam personam*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1476.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile, I, Disposizioni generali*, 3° ed. riveduta, Napoli, 1957.
- ANDRIOLI V., *Progresso del diritto e stasi del processo*, in AA. VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 409.
- ANDRIOLI V., voce *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 10.
- ANDRIOLI V., *Del sequestro conservativo*, in R. NICOLÒ-V. ANDRIOLI-A. SEGNI-G.A. MICHELI-G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Libro Sesto. La tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 272.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile, IV, Dei provvedimenti speciali*, 3° ed. riveduta, Napoli, 1964.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile, I*, Napoli, 1979.
- ARE M., *Validità del concetto di bene immateriale*, in *Dir. autore*, 1958, p. 353.
- ARE M., voce *Beni immateriali, a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 244.
- ARIETA G., *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 585.
- ARIETA G., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, 2° ed., Padova, 1985.
- ARIETA G., *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, nota a Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2033.
- ARIETA G., *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 415.
- ARIETA G. - DE SANTIS F., *Diritto processuale societario*, Padova, 2004.

- ARIETA G., *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. 3°, tomo primo, Padova, 2005.
- ARIETA G., *Il rito "semplificato" di cognizione*, in *www.judicium.it*.
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.
- ASPRELLA C., *Procedimento sommario in materia societaria*, in C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *La riforma del processo civile, dal 2005 al 2009*, Milano, 2009, p. 139.
- ASPRELLA C., *Le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, la sospensione del processo esecutivo e il nuovo istituto dell'astreinte*, in C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *La riforma del processo civile, dal 2005 al 2009*, Milano, 2009, p. 114.
- ATTARDI A., *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1979, p. 257.
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace*, Padova, 1991.
- ATTARDI A., *Le ordinanze di condanna nel giudizio di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 1.
- ATTARDI A., *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, 3° ed., Padova, 1999.
- AULETTA F., *Variazioni sul tema del giudicato cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 1.
- AUTERI P., *Le tutele reali*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. NIVARRA, Quaderni di AIDA n. 12, Milano, 2005, p. 3.
- AUTERI P. - FLORIDIA G. - MANGINI V. - OLIVIERI G. - RICOLFI M. - SPADA P., *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza*, 3° ed., Torino, 2009.
- BALBI C., *Inattività dell'intimato ed esecutorietà del decreto di ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 40.
- BALBI C., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.
- BALBI C., voce *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989.
- BALBI C., *Ingiunzione e convalida di sfratto (indifferenza del legislatore, libro dei sogni e realismo riformistico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1027.
- BALBI C., *Provvedimenti d'urgenza voce*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 73.
- BALENA G., *Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, n. 67, 1995, p. 421.

- BALENA G., *Ancora "interventi urgenti" sulla riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, IV, c. 317.
- BALENA G., *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzia costituzionali*, nota a Cass. 12 maggio 1997, n. 4113, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1542.
- BALENA G. - BOVE M., *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006.
- BALENA G., *Elementi di diritto processuale civile*, vol. II e III, 4° ed., Bari, 2007.
- BALENA G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *www.judicium.it*.
- BALENA G., *Il procedimento sommario di cognizione*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249, da c. 324.
- BARBERIO A.I., *Sulla reclamabilità dei provvedimenti di attuazione delle misure cautelari*, in *Giur. merito*, 2006, 12, p. 2636.
- BARBOSA MOREIRA J.C., *Le misure cautelari nel processo latino-americano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1097.
- BARBUTO M., *La Sezione specializzata di Torino e il progressivo ricorso alla tutela cautelare*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 118.
- BARLETTA A., *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008.
- BARRECA G.L., *Il procedimento sommario di cognizione (art. 19 del decreto legislativo n. 5 del 2003)*, in *www.judicium.it*.
- BARTOLINI F. - PASTORE R. - SAVARRO P., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione e il procedimento cautelare uniforme*, Piacenza, 2009.
- BASILICO G., *I rimedi nei confronti dei procedimenti cautelari*, in *Giur. it.*, 1994, IV, c. 25.
- BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001.
- BELLELLI A., *La tutela inibitoria*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 955.
- BELLOMUNNO C., *Accertamento arbitrario e marchio forte*, nota a Trib. Napoli, 8 novembre 1996 (ord.), in *Dir. ind.*, 1997, p. 193.
- BENUSSI F., voce *Proprietà industriale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 415.
- BENVENUTO L., *Il sistema della discovery e del diritto di «informazione» nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 108.

- BETTIN V., *L'efficacia delle norme dell'accordo Trips nell'ordinamento comunitario e la politica giudiziaria della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1, p. 141.
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice*, in *Giust. civ.*, 1971, IV, p. 169.
- BIAVATI P., *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, Torino, 2003.
- BIAVATI P., *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 563.
- BOBBIO N., *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Giur. it.*, 1949, IV, c. 113.
- BOBBIO N., *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.
- BONELLI G., *La pubblicazione del provvedimento cautelare a tutela della proprietà intellettuale (più qualche considerazione in tema di tutela cautelare in genere)*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, I, p. 127.
- BONSIGNORI A., *Il procedimento dell'art. 28 dello «statuto dei lavoratori»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 595.
- BORGHESI D., *Licenziamenti individuali e ordinanza di reintegra ex art. 18, quarto comma, dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1972, I, p. 437.
- BORGHESI D., *L'anticipazione dell'esecuzione forzata nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 194.
- BORGHESI D., *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in AA. VV., *Sulla riforma del processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2006, p. 71.
- BORRÈ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1966.
- BOVE M., *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it.
- BOVE M., in M. BOVE-A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009.
- BOYER L., *Le astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954, p. 121.
- BRIGUGLIO A., *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, II, Milano, 2005, p. 1555.
- BUCCI A., *L'art. 186 quater: una norma «grimaldello»?*, in *Giust. civ.*, II, p. 299.

- BUCOLO F., *Effetti della sentenza non esecutiva sulle pronunce esecutive anteriori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1542.
- BUONCRISTIANI D., *Commento all'art. 18 dello statuto dei lavoratori. Sez. III – Profili processuali*, in D. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1992, p. 959.
- BUONCRISTIANI D., *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria*, in *www.judicium.it*.
- BUONCRISTIANI D., *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 575.
- CALAMANDREI P., *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926 (ora anche in ID., *Opere giuridiche*, vol. IX, Napoli, 1983, p. 3).
- CALAMANDREI P., *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, p. 251.
- CALAMANDREI P., *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 279.
- CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.
- CALAMANDREI P., *In tema di provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, p. 9.
- CALIFANO G.P., *Il nuovo art. 186 quater c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 565.
- CALVOSA C., *La tutela cautelare*, Torino, 1963.
- CALVOSA C., voce *Istruzione preventiva*, in *Nuovissimo Dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 315.
- CALVOSA C., *Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, 1970.
- CAMPESE G., *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione di cui all'art. 186 quater c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 109.
- CAMPESE G. – SCARPA A., *I procedimenti cautelari e possessori. Le novità della riforma*, Milano, 2005.
- CANALE G., *Il procedimento sommario e quello abbreviato: problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1550 e in *www.judicium.it*.
- CAPONI R., *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 1982.
- CAPONI R., *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 26.
- CAPONI R., *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 143.

- CAPONI R., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359.
- CAPONI R., *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in AA. VV., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 137.
- CAPONI R., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 69.
- CAPONI R., *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*.
- CAPONI R., *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249, da c. 334.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962.
- CAPPIELLO I., *Interclusione del fondo, danni alle culture e art. 700 c.p.c.*, nota a Trib. Ristretta, 29 marzo 1978 (ord.), in *Giur. agr. it.*, 1979, p. 429.
- CAPPONI B., *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna al pagamento al pagamento di somme di denaro*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 88.
- CAPPONI B., *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, nota a Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Foro it.*, 1994, I, c. 120.
- CAPPONI B., *"L'ultimo" decreto-legge sulla riforma del rito civile*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 771.
- CAPPONI B. - CECHELLA C., *Appendice di aggiornamento a I nuovi interventi sulla riforma del processo civile. Il d.l. 21 giugno 1995, n. 238*, Torino, 1995.
- CAPPONI B., *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 158.
- CAPPONI B., *Studi sul processo di espropriazione forzata*, Torino, 1999.
- CAPPONI B., *Sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie (art. 19 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 442.
- CAPPONI B., *Prime applicazioni giurisprudenziali del procedimento sommario nel rito societario*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1993.
- CAPUZZI G., *Pubblicazione della sentenza, trasparenza e mass-media: la (mancata) attuazione della Direttiva sull'enforcement e del principio di adeguatezza*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, I, p. 154.
- CARACÒ A., *Sulla tutela cautelare avverso atti di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. impresa*, 2005, p. 449.

- CARAMAZZA G., *Una lacuna legislativa sulla pubblicazione dei protesti illegittimi*, nota a Pret. Roma, 11 aprile 1968, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1738.
- CARBONARA F., *Gli interessi collettivi e diffusi e l'azione inibitoria dell'art. 1469 sexies*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p. 482.
- CARBONARA F., *Limiti oggettivi dell' "anticipazione" giuridica, "strumentalità attenuata" ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L. LANFRANCHI-A. CARRATTA, Torino, 2005, p. 373.
- CARBONARI G., *Provvedimenti d'urgenza e accertamento mero della legittimità del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1598.
- CARBONE V. – CONSOLO C., *Quali riforme oggi per il processo civile di cognizione?*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 282.
- CARNELUTTI F., *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico di prova*, Roma, 1915, rist., Milano, 1992.
- CARNELUTTI F., *Studi di diritto industriale*, Roma, 1916.
- CARNELUTTI F., *Divulgazione della sentenza civile a spese del soccombente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, p. 354.
- CARNELUTTI F., *Lite e processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, p. 23 (anche in ID., *Studi di diritto processuale*, III, Padova, 1939, p. 21).
- CARNELUTTI F., *Lineamenti di riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 3.
- CARNELUTTI F., *Carattere e limiti della opposizione alla sentenza che dichiara il fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, II, p. 234.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1931.
- CARNELUTTI F., *Carattere della sentenza di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 159.
- CARNELUTTI F., *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, I, p. 205.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, 2° ed., Roma, 1946.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. I, II e III, 5ª ed., Roma, 1956.

- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da F. CARNELUTTI, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI F., *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, I, p. 433 ss. (pubblicato anche in ID., *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, 1961, p. 231).
- CARNELUTTI F., *Profilo dei rapporti tra scienza e metodo sul tema del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 367.
- CARNEVALI V., *L'azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1117.
- CARNEVALI V., *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 63.
- CARPI F., *Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 615.
- CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979.
- CARPI F., *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 680 e in AA. VV., *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, Rimini, 1986, p. 37.
- CARPI F., *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 110.
- CARPI F. – COLESANTI V. – TARUFFO M., *Commentario breve al c.p.c. Appendice di aggiornamento*, a cura di F. CARPI-M. TARUFFO, Padova, 1991.
- CARPI F., *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 105.
- CARPI F., *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 849.
- CARPI F. – TARUFFO M. (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura civile e alle disposizioni sul processo societario*, 5° ed., Padova, 2006.
- CARRATTA A., *I provvedimenti cameral-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1049.
- CARRATTA A., voce *Ordinanza anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1995.
- CARRATTA A., *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.
- CARRATTA A., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997.

- CARRATTA A., *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 1999, p. 137.
- CARRATTA A., *I nuovi riti speciali societari tra «decodificazione» e «sommarrizzazione»*, in *Davanti al giudice, Studi sul processo societario*, a cura di L. LANFRANCHI E A. CARRATTA, Torino, 2005, p. 67.
- CARRATTA A., voce *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 883.
- CARRATTA A., *Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 853 (1° parte) e p. 1271 (2° parte).
- CARRATTA A., *Tutela sommaria come alternativa al processo ordinario ed al giudicato?*, Relazione tenuta all'incontro di studio sul tema: «Ragionevole durata del processo civile: interpretazione ed effetti», organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e svoltosi a Roma il 13-15 maggio 2009.
- CASABURI G., *Il provvedimento di descrizione nel codice della proprietà industriale*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2884.
- CASABURI G., *I procedimenti cautelari nel C.p.i., tra conferme, innovazioni e nuovi problemi*, in *Dir. ind.*, 2006, p. 473.
- CASABURI G., *Il processo industrialistico novellato. Dal Codice della proprietà industriale al d.lg. n. 140 del 2006*, in *Giur. merito*, 2007, p. 938.
- CASABURI G., *Codice di proprietà industriale e sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 124.
- CASABURI G., *In tema di tutela cautelare della concorrenza sleale*, nota a Trib. Milano, 22 settembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 280.
- CASELLA M., *I modelli processuali per le società complesse*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 35.
- CASELLI S., *La concorrenza sleale «interferente» e il rito societario*, (nota a Trib. Roma 23 aprile 2004), in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 304.
- CATALDI M., *La riforma del diritto societario: il procedimento sommario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 385.
- CATALDI M., *Il procedimento sommario di cognizione «originale» e riformato: prime applicazioni*, in *Giur. merito*, 2005, p. 600.
- CAVALLINI C., *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 445.

- CAVALLINI C., *L'efficacia (riflessa) della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1221.
- CAVALLONE B., *La divulgazione della sentenza civile*, Milano, 1964.
- CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- CAVANI G., *Commento sub art. 128, sub art. 129 e sub art. 134, d.lgs. n. 30/2005*, in G. GHIDINI-D. DE BENEDETTI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale, Commento alla normativa derivante dai diritti di brevettazione e registrazione*, Milano, 2006, p. 332.
- CECHELLA C., *Attuazione del provvedimento cautelare*, in R. VACCARELLA-B. CAPPONI-C. CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.
- CECHELLA C., *Il processo cautelare. Commentario*, Torino, 1997.
- CECHELLA C., *Il référé italiano nella riforma delle società*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1130.
- CECHELLA C., *Commento all'art. 19*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di F.P. LUISO, Torino, 2006, p. 310.
- CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova, 1973.
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. ALLORIO, II, 1, Torino, 1980, p. 146.
- CERINO CANOVA A., *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 122.
- CERINO CANOVA A., *In tema di riforma del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 316.
- CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 431.
- CERINO CANOVA A., *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in ID., *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992.
- CHIARLONI S., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.
- CHIARLONI S., *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Quad. dir. lav.*, 1989, p. 53.
- CHIARLONI S., *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, p. 183.
- CHIARLONI S., *Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 501.

- CHIARLONI S., *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 657.
- CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali*, in ID., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, p. 3.
- CHIARLONI S., *Discrezionalità oppure obbligatorietà in tema di emanazione dell'ordinanza di condanna ex art. 186 quater c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 329.
- CHIARLONI S., *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186-quater c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 513.
- CHIARLONI S., *Le controversie dei consumatori*, in G. VISENTINI (a cura di), *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 289.
- CHIARLONI S., *Riflessioni minime sul nuovo processo societario*, in *Giur. it.*, 2004, p. 681.
- CHIARLONI S., *Introduzione*, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da S. CHIARLONI, 2° ed., Bologna, 2008, p. 17.
- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, ristampa anastatica della 2° ed. del 1936, Napoli, 1960.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, ristampa anastatica con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli, Napoli, 1965.
- CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, vol. III, ristampa, Milano, 1993, p. 231.
- CHIOVENDA G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, ristampa, Milano, 1993, p. 353.
- CHIOVENDA G., *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, ristampa, Milano, 1993, p. 121.
- CHIOVENDA G., *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, ristampa, Milano, 1993, p. 301.
- CHIOVENDA G., *Ancora sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, ristampa, Milano, 1993, p. 323.
- CHIOVENDA G., *Sulla facoltà del giudice d'appello di subordinare ad una cauzione l'esecuzione provvisoria concessa dal primo giudice*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, ristampa, Milano, 1993, p. 349.
- CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile*, I e II, Milano, 1993.

- CIACCIA CAVALLARI B., voce *Autore (diritto di)*, V) *Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Aggiornamento, 2002.
- CICCHITTI V.E., *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1187.
- CIPRIANI F., *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 7.
- CIRULLI M., *Tutela cautelare urgente ed azioni di mero accertamento*, in *Giur. merito*, 1993, I, p. 103.
- CIRULLI M., *Contenuto, nullità e sanatoria del ricorso cautelare ante causam*, in *Giur. merito*, 1994, p. 1007.
- CIRULLI M., *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996.
- CIVININI M.G., *Le condanne anticipate*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 332.
- COLESANTI V., *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 39.
- COLESANTI V., *Misure coercitive e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 800.
- COMASTRI M., *Sui rapporti tra azione di contraffazione e azione di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 481.
- COMASTRI M., *Commento all'art. 669-octies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, vol. I, Padova, 2007, p. 176.
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982.
- COMOGLIO L.P. - FERRI C., *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e rilievi comparativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 963.
- COMOGLIO L.P., *I provvedimenti anticipatori*, *Le riforme della giustizia civile*, *Commento alla legge n. 353/1990 e alla legge n. 374/1991*, a cura di M. TARUFFO, Torino, 1993, p. 301.
- COMOGLIO L.P. - FERRI C. - TARUFFO M., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 2° ed., Bologna, 1998.
- COMOGLIO L.P. - DALLA VEDOVA P., *Lineamenti di diritto processuale societario*, Milano, 2006.
- COMOGLIO L.P. - FERRI C. - TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 4ª ed., Bologna, 2006.
- CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955.

- CONSOLO C., *L'ipoteca giudiziale ex art. 655 c.p.c.: un istituto davvero manifestamente in regola con gli artt. 3 e 24 Cost.?*, nota a Corte cost., ordinanza 19 gennaio 1988, n. 37, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 560.
- CONSOLO C., *Il reclamo cautelare e la «parità delle armi» ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*, nota a Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 409.
- CONSOLO C., *Il reclamo cautelare, la sua struttura e l'art. 3 della Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 376.
- CONSOLO C., *Il processo cautelare: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 329.
- CONSOLO C., *Rigetto per incompetenza, reclamo cautelare (e l'ombra del regolamento di competenza)*, nota a Corte Cost., 26 maggio 1995, n. 197, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 369.
- CONSOLO C., *Sui limiti alla riproposizione della domanda cautelare respinta*, nota a Trib. Verona, 21 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 266.
- CONSOLO C., *Del procedimento di sequestro fallimentare (fra g.d. e g.p.c.) e delle modalità del suo reclamo, che non potrà comunque avere un esito solo rescindente*, nota a Trib. Bologna, 11 ottobre 1994 e Trib. Bologna, 12 agosto 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 731.
- CONSOLO C., *Attese e problemi sul nuovo art. 186 quater (fra condanna interinale e sentenza abbreviata)*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1406.
- CONSOLO C., *La girandola della riforma del codice di procedura civile*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 225.
- CONSOLO C. - LUISO F.P. - SASSANI B., *La riforma del processo civile. Commentario*, Milano, 1996.
- CONSOLO C. - DE CRISTOFARO M., *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 478.
- CONSOLO C., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998.
- CONSOLO C., *Ricorsi cautelari ante causam, pluralità di competenze e impedimento da liti-spendenza*, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, p. 1857.
- CONSOLO C., *Van Uden e Mietz: un'inevitabile Babele*, in *Int'l Lis*, Inverno 2001/2002, p. 30.
- CONSOLO C. - MERLIN E., *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, Autunno 2002, p. 111.

- CONSOLO C., *Le prefigurabili inattività di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1505.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, tomo I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, 5^a ed., Padova, 2006.
- CONSOLO C. - RECCHIONI S., *sub art. 669-septies*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUISO, 3^o ed. diretta da C. Consolo, Milano, 2007.
- CONSOLO C. - RECCHIONI S., *sub art. 669-duodecies c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUISO, 3^o ed. diretta da C. Consolo, Milano, 2007.
- CONSOLO C., *Il processo di cognizione in primo grado. La trattazione e le prove*, Padova, 2008.
- CONSOLO C., *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 6, p. 737.
- CONSOLO C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 7, p. 877.
- CONSOLO C., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze dopo la legge n. 69 del 2009*, Padova, 2009.
- CONSOLO C., *Commento sub art. 614 bis*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, *La riforma del 2009*, curato da C. CONSOLO assieme a M. DE CRISTOFARO, Milano, 2009, p. 276.
- CONTE R., *Il procedimento ingiuntivo tra diritto di difesa e principio di uguaglianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1196.
- CONTE R., *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 213.
- CONTE R., *Appunti sull'ordinanza ex art. 186 quater c.p.c.: primi orientamenti*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 225.
- CONTE R., *Provvedimento d'urgenza ed obbligo di cancellazione di formalità ipotecarie a seguito di riforma della sentenza di condanna*, nota a Trib. Milano, 7 agosto 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 524.
- CONTE R., *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domande icu oculo infondate e incostituzionalità dell'art. 2668 cod. civ.*, nota a Trib. Verona, 9 marzo 2001, in *Corr. giur.*, 2001, p. 924.

- CONTE R., *La provvisoria esecuzione dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1108.
- CONTE R., *Progetti di riforma al codice di rito e tutela sommaria: pro memoria per il legislatore*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 549.
- CONTE R., *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003.
- CONTE R., sub art. 700 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUIO, 3° ed. diretta da C. Consolo, Milano, 2007.
- COREA U., *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1251.
- CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002.
- CORSINI F., *Le misure cautelari a tutela del software*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 87.
- COSTANTINO G., *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995, n. 238)*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 321.
- COSTANTINO G., *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 651.
- CREMONINI C., *An italian lawyer looks at civil contempt – From Rome to Glastonbury*, in *Civil Justice Quarterly*, 1984, p. 133.
- CRISTIANO M., *I nuovi procedimenti in materia di diritto societario*, in *Giur. merito*, 2004, p. 1602.
- CRISTOFOLINI G., *Processo d'ingiunzione: frammento*, Padova, 1939.
- CUONZO G. – VALENTI R., *Provvedimenti d'urgenza e tutela dichiarativa: le azioni di accertamento ex art. 700 c.p.c nelle controversie relative a diritti di proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, p. 72.
- D'ALESSANDRO E., *Il procedimento sommario di cognizione*, in E. D'ALESSANDRO-M.C. GIORGETTI-F. SANTAGADA-M.A. ZUMPANO, *Il nuovo processo societario. I decreti di correzione e la prima fase applicativa*, Milano, 2006, p. 147.
- DALFINO D., *La sentenza: contenuto e pubblicità*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249, da c. 274.
- DALLE VEDOVE G., *Lo storno di dipendenti nella disciplina della concorrenza*, Padova, 1992.
- DALLE VEDOVE G., *Storno dei dipendenti e possibili rimedi*, nota a Cass. 22 luglio 2004, n. 13658, in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 243.
- DALMOTTO E., *Il procedimento sommario non cautelare (art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003)*, in www.judicium.it.

- DALMOTTO E., *Commento all'art. 669-octies c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile. Commentario diretto da S. CHIARLONI*, vol. II, Bologna, 2007, p. 1237.
- DALMOTTO E., *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 267.
- D'AMBROSIO M., *Luci ed ombre del procedimento sommario per le controversie societarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 461.
- D'AMICO J.V., *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référé*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 873.
- D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Napoli, 1978.
- DE ANGELIS L., *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *Riv. it., dir. lav.*, 1992, I, p. 457.
- DE BOER M.B., *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale civile olandese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 790.
- DE CRISTOFARO M., *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare*, nota a Trib. Napoli, 25 marzo 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 216.
- DELLA PIETRA G., *Il procedimento sommario societario: molti dubbi e qualche certezza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 580.
- DELLA VEDOVA P., *Cognizione speciale e struttura del procedimento. Analisi del processo sommario societario*, Milano, 2007.
- DELLE DONNE C., *La Cassazione addossa al beneficiario di un provvedimento cautelare i costi del processo esecutivo intrapreso per ottenerne l'attuazione: finalmente un messaggio chiaro per l'attuazione cautelare?*, nota Cass. 15 gennaio 2003, n. 481, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 573.
- DELLE DONNE C., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Roma, 2005.
- DEL VECCHIO F., *L'ordinanza provvisoria (o definitiva) introdotta dall'art. 186 quater c.p.c.*, in *Rass. loc. e cond.*, 1995, p. 433.
- DEMARCHI G.P., *La liquidazione delle spese nei provvedimenti cautelari anticipatori*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1939.
- DE MARINIS G., *La reintegrazione nel posto di lavoro quale misura cautelare*, nota a Cass. 20 gennaio 1997, n. 551, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 272.
- DE MARZO G., *Legge comunitaria 2001 e tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 68.
- DE MATTEIS S., *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2005.
- DE MATTEIS S., *Il processo cautelare societario*, in *www.judicium.it*.

- DE MATTEIS S., *Il procedimento cautelare in materia commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 913.
- DENOZZA F., *Antitrust*, Bologna, 1988.
- DENTI V., *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 217.
- DENTI V., *A proposito di esecuzione forzata e politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 130.
- DENTI V., *Crisi della giustizia e crisi della società*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 585.
- DENTI V., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 445.
- DENTI V., «Flashes» *su accertamento e condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 255.
- DENTI V. – TARUFFO M., *Costo e durata del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 285.
- DENTI V., *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 325.
- DENTI V., *Una difesa d'ufficio*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 172.
- DENTI V., *La giustizia civile (Lezioni introduttive)*, Bologna, 1989.
- DE SAPIA C., *Un bilancio positivo per la Sezione specializzata milanese*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 135,
- DIANA A., *Le misure conservative interinali*, in *Studi senesi nel Circolo giuridico della Regia Università*, XXVI, Torino, 1909.
- DI CATALDO V., *I segni distintivi*, 2° ed., Milano, 1993.
- DI CATALDO V., *La tutela giurisdizionale*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 51.
- DI CIOMMO T., *Aspetti problematici del processo sommario societario*, in *www.judicium.it*.
- DI COLA L., *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario, La logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato*, Roma, 2005.
- DI COLA L., *Il procedimento sommario nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice: studi sul processo societario*, a cura di L. LANFRACHI-A. CARRATTA, Torino, 2005, p. 283.
- DIDONE A., *Appunti sulla tutela sommaria di cui all'art. 186 bis c.p.c.*, in *Doc. giust.*, 1993, p. 2196 e in *Giur. merito*, 1994, p. 764.
- DIDONE A., *Per la difesa dell'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186-quater c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 71.
- DI FAZZIO G., *Istanza di istruzione preventiva («esplorativa») olandese e foro competente europeo*, nota a Corte di Giustizia, sentenza 28 aprile 2005, C-104/03, St.

- Paul Dairy Industries NV vs. Unibel Exser BVBA, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 775.
- DI GIOVANNI I. – NIUTTA C., *Competente il g.i. ad emettere ordinanza ex art. 186 quater c.p.c. anche dopo la rimessione della causa al collegio*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 85.
- DI MAJO A., *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, p. 11.
- DINI E.A. – MAMMONE G., *I provvedimenti d'urgenza*, 7° ed., Milano, 1997.
- DINI M., *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile (art. 700 a 702 Cod. Proc. Civ.)*, 2° ed., Milano, 1957.
- DITTRICH L., *Dalla tutela cautelare anticipatoria alla tutela sommaria definitiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 672.
- DITTRICH L., *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA -A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 249.
- DONATI F., *Le misure cautelari in il diritto dei marchi di impresa. Profili sostanziali, processuali e contabili*, a cura di N. BOTTERO-M. TRAVOSTINO, Torino, 2009, p. 423.
- DONDI A., *L'astreinte endoproceduale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 524.
- DRAGOTTI G., *L'attuazione della direttiva «enforcement»*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, p. 21.
- EBNER V.G. – FILADORO C., *Manuale del procedimento di ingiunzione*, 3° ed., Milano, 1990.
- FABIANI M., *La tutela giurisdizionale dei diritti di autore*, in *Dir. autore*, 1989, p. 284.
- FABIANI M., *I provvedimenti anticipatori ed esecutività della sentenza di primo grado*, in *Fallimento*, 1992, p. 1237.
- FABIANI M., *I provvedimenti a funzione prevalentemente deflattiva*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 321.
- FABIANI M., *L'ordinanza post-istruttoria alla prova della revoca fallimentare*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1065.
- FABIANI M., *La condanna anticipata nei processi di cognizione a sfondo concorsuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 54.
- FABIANI M., *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1181.
- FADEL P., *Giurisdizione tributaria dell'A.G.O., azioni di mero accertamento e tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*, nota a Trib. Milano, 21 settembre 1994 (ord.), in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 396.

- FALASCHI M., *Nuovo rito societario e strumentalità della tutela cautelare proposta ante causam*, nota a Trib. Rovereto, 14 giugno 2004, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 596.
- FALASCHI M., *Il nuovo rito societario al banco di prova su cessazione del contendere cautelare (ante causam) e condanna alle spese giudiziali*, (nota a Trib. Roma, 28 aprile 2004), in *Giur. merito*, 2005, I, p. 338.
- FAZZALARI E. - MICHELI G.A., *Gli attuali problemi del processo civile italiano*, Roma, 1968.
- FAZZALARI E., *Intervento*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12-13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 279.
- FAZZALARI E., voce *Provvedimenti cautelari (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 1988, p. 841.
- FAZZALARI E., *Il cammino della sentenza e della "cosa giudicata"*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 589.
- FAZZALARI E., *Profili della cautela*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1.
- FAZZALARI E., *Francesco Carnelutti teorico generale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1.
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1996.
- FERRARA L., *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915.
- FERRARI F., *Note a prima vista sulle norme processuali contenute nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, I, p. 357.
- FERRARI F., *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 294.
- FERRI A.F., *I nodi delle misure cautelari ex art. 146, terzo comma, legge fallim., fra rito cautelare uniforme, procedura fallimentare e nuovo processo societario*, (Trib. L'Aquila, 11 agosto 2004), in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 547.
- FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.
- FERRI C., *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 938.
- FERRONI L., *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983.
- FERRONI F., *Provvedimenti d'urgenza aventi ad oggetto un obbligo di fare*, nota a Trib. Pisa, 10 agosto 1994 (ord.), in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1377.
- FIORUCCI F., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2006.

- FLORIDIA G., *Il diritto all'informazione*, in AIDA, 2006, p. 236.
- FLORIDIA G., *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006.
- FLORIDIA G., *La tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà intellettuale*, in AUTERI P. – FLORIDIA G. – MANGINI V. – OLIVIERI G. – RICOLFI M. – SPADA P., *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza*, 3° ed., Torino, 2009, p. 651.
- FORNACIARI M., *L'attuazione dell'obbligo di consegna del minore: contributo alla teoria dell'attuazione forzata in forma specifica*, Milano, 1991.
- FORNACIARI M., *Gli artt. 186 bis, ter e quater; motivi dell'insuccesso e prospettive «de iure condendo»*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 241.
- FORNACIARI M., *I limiti dell'esecuzione forzata di obblighi a fare o di non fare*, in *Riv. es. forz.*, 2000, p. 397.
- FORTE F., *L'ordinanza di condanna e quella ingiunzionale in corso di causa*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1040.
- FRANCESCHELLI R., *Beni immateriali (Saggio di una critica del concetto)*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, p. 381.
- FRANCESCHELLI R., *Trattato di diritto industriale*, II, Milano, 1960.
- FRANCESCHELLI R., *Le misure provvisorie nel diritto industriale*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12 e 13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 283.
- FRANCESCHELLI R., voce *Diritto industriale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 601.
- FRANCESCHELLI V., *Requiem gioiosa per il rito societario applicato al diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, p. 123.
- FRANCHI G., *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968.
- FRASCA R.G.A., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, in AA. VV., *La tutela sommaria. La tutela sommaria cautelare. La tutela sommaria non cautelare*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 106, 1999, vol. I, p. 277.
- FRIGNANI A., voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 579.
- FRIGNANI A., *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974.
- FRIGNANI A., *La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 506.
- FRIGNANI A., *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 931.

- FRISINA P., *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 364.
- FRISINA P., *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 885.
- FRUS G., *Commento all'art. 74 legge n. 353/1990 (669-decies c.p.c.), Revoca e modifica*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 1992, p. 737.
- FRUS G., *Commento all'art. 74 legge n. 353/1990 (669-duodecies c.p.c.), Attuazione*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 1992, p. 761.
- FRUS G., *Provvedimenti cautelari anteriori alla causa*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2004, p. 667.
- FUIANO M.P., *Sul provvedimento d'urgenza per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'iscrizione ipotecaria*, nota a Trib. Bari, 13 maggio 2005 (ord.), in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 186.
- GALGANO F., *Giustizia civile e litigiosità*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 323.
- GALLO F.M., *Nuovo procedimento cautelare uniforme: rapporto tra ordinanza e decisione sul reclamo*, nota a Pret. Roma, 23 settembre 1997 (ord.), in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1998, p. 499.
- GAMBINERI B., *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249, da c. 320.
- GARBAGNATI E., *Profili processuali del licenziamento per motivi antisindacali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 605.
- GARBAGNATI E., *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5° ed., Milano, 1979.
- GARBAGNATI E., *Procedimento di repressione della condotta antisindacale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 1.
- GARBAGNATI E., *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991.
- GARGIULO F.S., *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, vol. IV, Napoli, 1881.
- GAROFALO M.G., *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 560.
- GAROFALO M.G., *Commento all'art. 18*, in *Lo statuto dei lavoratori. Commentario*, diretto da G. GIUGNI, Milano, 1979, p. 286.
- GERMANÒ A., *Sulla natura del procedimento di affrancazione ai sensi della legge 22 luglio 1966, n. 607, nella fase davanti al pretore*, in *Riv. dir. agr.*, 1969, II, p. 371.

- GERMANÒ A., *Affrancazione di canoni enfiteutici e di altre prestazioni perpetue*, in *Novissimo dig. it.*, Appendice, I, Torino, 1980, p. 128.
- GHIDINI G., *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968.
- GHIDINI G., Artt. 2598-2601. *Della concorrenza sleale*, in *Il Codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1991.
- GHIRGA M.F., *Il procedimento per irregolarità nella gestione sociale*, Padova, 1994.
- GHIRGA M.F., *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*, nota a Corte Cost., 26 maggio 1995, n. 197, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 922.
- GHIRGA M.F., *L'application aux mesures provisoires du principe dispositif et du principe de la contradiction en droit italien*, in AA.VV., *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé sous la direction de Jacques van Compernelle et Giuseppe Tarzia*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- GHIRGA M.F., *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di C. PUNZI-E.F. RICCI, Padova, 2005, p. 81.
- GHIRGA M.F., *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 441.
- GIACOBBE G., *Tramonto dell'art. 700 c.p.c.: spunti di riflessione in margine alla riforma del processo civile*, in AA. VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari, vol. II, Diritto processuale generale*, Milano, 1993, p. 445.
- GIOIA G., *La tutela giurisdizionale della proprietà industriale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, n. 1, p. 18.
- GIORDANO R., *Riflessioni sulla c.d. strumentalità attenuata nel "nuovo" procedimento cautelare uniforme*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1946 ss.
- GIORDANO R., *Contenuto dei ricorsi cautelari ante causam e strumentalità c.d. attenuata*, nota a Trib. Milano, 5 giugno 2006, in *Corr. merito*, 2006, p. 1278.
- GIORDANO R., *La tutela cautelare uniforme. Prassi e questioni*, Milano, 2008.
- GIORDANO R., *Qualificazione del provvedimento cautelare e obbligo di instaurare il giudizio di merito*, nota a Appello Milano, 14 febbraio 2007, che aderisce all'impostazione prevalente, in *Giur. merito*, 2008, p. 55.
- GIORDANO R. - LOMBARDI A., *Il nuovo processo civile. Commentario organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009.
- GIORGETTI M., *L'exécution des mesures provisoires et les voies de recours contre cette exécution*, in AA.VV., *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé sous la direction de Jacques van Compernelle et Giuseppe Tarzia*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

- GIULIANO M., *Riflessioni generali e specifiche intorno al regime dell'efficacia dell'ordinanza per il pagamento delle somme non contestate nel nuovo processo civile*, in *Arch. Civ.*, 1995, p. 1521.
- GIULIANO M., *Spunti in tema di efficacia dell'ordinanza ingiuntiva in corso di causa nel nuovo processo civile*, in *Arch. Civ.*, 1995, p. 1345.
- GIUSSANI A., *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996.
- GIUSSANI A., *Considerazioni sull'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 345.
- GIUSSANI A., *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1064.
- GIUSSANI A., *Questioni di competenza in senso stretto e in senso lato nella nuova disciplina delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e procedurali*, a cura di L. NIVARRA, Quaderni di AIDA n. 12, Milano, 2005.
- GIUSTI G., *La disciplina del procedimento cautelare nella riforma del processo civile*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 379.
- GORLA G., *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 56.
- GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967.
- GRASSO E., *Artt. 112-120. Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. ALLORIO, Torino, 1973.
- GRASSO E., *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 35.
- GRAZIOSI A., *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 137.
- GRECO F., *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948.
- GRECO F., *Le misure cautelari dei diritti di autore*, in *Dir. autore*, 1952, p. 4.
- GRECO F., voce *Beni immateriali*, in *Novissimo dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 356.
- GRUNSKY W., voce *Processo civile (Germania)*, trad. it. A. Della Chà, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XV, Torino, 1997, p. 142.
- GUAGLIONE L., *Il nuovo processo cautelare*, Napoli, 2006.
- GUAGLIONE L., *Commento agli artt. 669-quinquies - 669-terdecies c.p.c.*, in *La riforma del processo civile*, a cura di F. CIPRIANI-G. MONTELEONE, Padova, 2007, p. 480.

- GUARNIERI G., *Azione di mero accertamento, tutela d'urgenza e revoca degli amministratori*, in *Le Società*, 1992, p. 1125.
- GUARNIERI G., *Note in tema di reclamabilità del provvedimento di rigetto della domanda cautelare*, nota a Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 669.
- GUGLIELMETTI GIA., *La pubblicazione della sentenza in diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, p. 214.
- GUGLIELMETTI GIO., *Introduzione alle modifiche apportate alle norme sostanziali in materia di brevetti dalla legge nazionale*, in *Decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198, Commentario a cura di P. AUTERI*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 106.
- GUGLIELMETTI GIO., *Il processo*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di AIDA, n. 11, Milano, 2004, p. 164.
- HABSCHEID W., *Les mesures provisoires en procédure civile – droits allemand et suisse*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12 e 13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 33.
- HONORATI C., *La cross-border prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, p. 323.
- IMPAGNATIELLO G., *Commento agli artt. 20 e 21 l. 26 novembre 1990 n. 353*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di G. TARZIA-F. CIPRIANI, Padova, 1993, p. 102.
- JAEGER N., *Controversie individuali del lavoro*, Padova, 1934.
- JOMMI A., *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 121.
- JOMMI A., *Il référé provision*, Torino, 2005.
- LA CHINA S., *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, in AA. VV., *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 151.
- LANCELLOTTI F., *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, p. 232.
- LANFRANCHI L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969.
- LANFRANCHI L., *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 417.
- LANFRANCHI L., *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 88.

- LANFRANCHI L., voce *Procedimenti decisorii sommari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Torino, 1991.
- LANNI P., *Commento sub artt. 702 bis, 702 ter e 702 quater*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, *La riforma del 2009*, curato da C. CONSOLO assieme a M. DE CRISTOFARO, Milano, 2009, p. 356.
- LAPERTOSA F., *L'art. 186 quater c.p.c.: una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 54.
- LAPERTOSA F., *La tutela sommaria anticipatoria (art. 186 bis, 186 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 767.
- LEVONI A., *Procedimenti sommari non cautelari e regime sostanziale dell'azione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 103.
- LIBERTINI M., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 285.
- LIEBMAN E.T., *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 248.
- LIEBMAN E.T., *Disciplina dell'inibitoria nel processo per violazione di brevetti o di marchi*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 565.
- LIEBMAN E.T., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 1.
- LIEBMAN E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, (rist.) 1983.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4° ed., Milano, 1984.
- LIEBMAN E.T., voce *Giudicato*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p. 1.
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 7^a ed. a cura di V. Colestanti - E. Merlin - E. F. Ricci, Milano, 2007.
- LOMBARDINI I., *Dichiarata incostituzionale l'estensione del rito societario ai giudizi in materia industrialistica*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 273.
- LOMONACO T., *Sezioni specializzate e concorrenza sleale «interferente»: le nuove prospettive offerte dal codice della proprietà industriale*, nota a Trib. Napoli, 15 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1206.
- LONGO D., *Commento all'art. 23 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 427.
- LONGO D., *Del procedimento cautelare*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. COSTANTINO, Padova, 2005, p. 443.
- LUISO F.P., voce *Rendiconto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 789.

- LUISO F.P., *Le nuove ordinanze «di pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 644.
- LUISO F.P., *Considerazioni e proposte su impugnazioni e procedimenti cautelari*, in AA. VV., *La riforma del processo civile*, Padova, 1992, p. 272.
- LUISO F.P., *Il D.L. n. 238/1995 sul processo civile*, in *Giur. it.*, 1995, IV, c. 241.
- LUISO F.P. – SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006.
- LUISO F.P., *Appunti sulla riforma*, in *www.judicium.it*.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione* e vol. IV, *I processi speciali*, 4^a ed., Milano, 2007.
- LUISO F.P., *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 605.
- LUISO F.P., *Il procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it* e in *Giur. it.*, 2009, IV, p. 10.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, vol. III, *Il processo esecutivo*, e vol. IV, *I processi speciali*, 5^o ed., Milano, 2009.
- LUNARDON F., *Principio di uguaglianza, discriminazioni indirette ed azioni positive nella L. n. 125/1991*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 203.
- MACARIO F., *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, nota a Trib. Roma, 6 luglio 1995 (ord.), in *Foro it.*, 1996, I, c. 708.
- MANCINI G.F., *Commento all'art. 18*, in U. ROMAGNOLI-L. MONTUSCHI-G. GHEZZI-G.F. MANCINI, *Statuto dei lavoratori*, in *Libro quinto. Del lavoro, supplemento legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1972, p. 290.
- MANDRIOLI C., voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Novissimo Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 764.
- MANDRIOLI C., *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 551.
- MANDRIOLI C., *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 657 e in *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, Rimini, 1986, p. 15.
- MANDRIOLI C., *Le nuove ordinanze di pagamento e ingiunzionale nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 644.

- MANDRIOLI C., voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 649.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. II, III e IV, 19^a ed., Torino, 2007.
- MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. IV, 20^o ed., Torino, 2009.
- MANGINI V., *Disciplina del mercato, Lineamenti generali*, in AUTERI P. – FLORIDIA G. – MANGINI V. – OLIVIERI G. – RICOLFI M. – SPADA P., *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza*, 3^o ed., Torino, 2009, p. 403.
- MARAZIA L., *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 333.
- MARELLI F., *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 761.
- MARINELLI M., *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1248.
- MARINONI L.G., *La tutela anticipatoria nella riforma del processo brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 254.
- MARINUCCI E., *Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dall'art. 1469sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 216.
- MARINUCCI E., *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 125.
- MARINUCCI E., *Stabilità dei provvedimenti cautelari?*, in *AIDA*, 2006, p. 246.
- MARINUCCI E., *La stabilità dei provvedimenti cautelari in materia di proprietà intellettuale ed industriale alla luce del d.lgs. n. 140/2006*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 101.
- MARINUCCI E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1024.
- MARTINELLI P., *Art. 28 dello statuto dei lavoratori, diritti, interessi e processo civile*, in AA. VV., *I Processi speciali - Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 175.
- MAYR C.E., *La concorrenza sleale «interferente»*, (nota Trib. Venezia 4 dicembre 2003 e Trib. Venezia 19 febbraio 2004), in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 344.
- MAZZAMUTO S., *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, p. 453.
- MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XX, 2, 2^o ed., Torino, 1998.

- MAZZAMUTO S., *La tutela preventiva e cautelare (osservazioni sulla direttiva comunitaria in tema di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e sulla proposta di codice della proprietà industriale)*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. NIVARRA, Quaderni di AIDA n. 12, Milano, 2005.
- MELI V., *La pubblicazione della sentenza sei procedimenti in materia di proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2000, p. 294.
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, Torino, 1988.
- MENCHINI S., voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 407.
- MENCHINI S., *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1097.
- MENCHINI S., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869.
- MENCHINI S., *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in *AA. VV., Il processo civile di riforma in riforma*, vol. I, Milano, 2006, p. 71.
- MENCHINI S., *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 367.
- MENCHINI S., *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, n. 8, p. 1025.
- MERLIN E., *Commento all'art. 669-novies c.p.c., Inefficacia del provvedimento cautelare*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di G. TARZIA-F. CIPRIANI, Padova, 1992, p. 340.
- MERLIN E., *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella legge n. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 945.
- MERLIN E., *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1009.
- MERLIN E., voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 393.
- MERLIN E., *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1064.

- MERLIN E., *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759.
- MERLIN E., *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed, Milano, 2008, p. 425.
- MERLIN E. - HENKE A., *La revoca e modifica*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed, Milano, 2008, p. 459.
- MESSINEO F., *Riflessioni sulla c.d. proprietà commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 281.
- MICHELI G.A., *La prova a futura memoria*, Milano, 1937.
- MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1942.
- MICHELI G.A., *Dell'esecuzione forzata*, in R. NICOLÒ-V. ANDRIOLI-A. SEGNI-G.A. MICHELI-G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Libro Sesto. La tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 361.
- MICHELI G.A., *Problemi attuali del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 291.
- MICHELI N., *Il procedimento sommario nel processo societario*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 74.
- MOCCIA L., *Comparazione e studio del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 973.
- MONTELEONE G., *Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 281 (pubblicato anche in AA. VV., *Studi in onore di T. Carnacini*, II, 2, Milano, 1984, p. 1467).
- MONTELEONE G., *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, p. 173.
- MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, 2° ed., Padova, 2000.
- MONTELEONE G., *Il processo nelle controversie societarie ed assimilate*, Padova, 2004.
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, 4° ed., Padova, 2007.
- MONTELEONE G., *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé*, *Osservazioni generali*, in *La riforma del processo civile*, a cura di F. CIPRIANI e G. MONTELEONE, Padova, 2007, p. 454.
- MONTERO AROCA J., *Les mesures indéterminées dans le procès civil espagnol*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12 e 13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 189.

- MONTERO AROCA J., voce *Processo civile (Spagna)*, trad. it. P. Della Vedova, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., XV*, Torino, 1997, p. 176.
- MONTESANO L., *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (Artt. 700-702 c.p.c.)*, Napoli, 1955.
- MONTESANO L., *Sul provvedimento d'urgenza come misura cautelare innominata e come mezzo di composizione provvisoria di controversie giuridiche*, (nota a Trib. Milano, 15 dicembre 1955), in *Foro it.*, 1955, I, c. 932.
- MONTESANO L., *Sulla durata dei provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 1.
- MONTESANO L., voce *Esecuzione specifica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 540.
- MONTESANO L., *Esecuzione dei provvedimenti d'urgenza ed esecuzione forzata per fare o disfare*, in *Temi romana*, 1967, p. 55.
- MONTESANO L., *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592.
- MONTESANO L., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981.
- MONTESANO L., *Considerazioni su storia moderna e proposte di riforma della giustizia civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 597.
- MONTESANO L., *Problemi attuali e riforme opportune dei provvedimenti cautelari, e in specie d'urgenza, nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 217.
- MONTESANO L. - ARIETA G., *Il nuovo processo civile: legge n. 353/1990*, Napoli, 1991.
- MONTESANO L., *Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 935.
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile, fondato da F. VASSALLI*, vol. XIV, tomo IV, 2° ed., Torino, 1994.
- MONTESANO L., *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulle autorità di regolazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 3.
- MONTESANO L. - ARIETA G., *Diritto processuale civile*, vol. III, 3° ed., Torino, 1999.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, V e Appendice II, 5ª ed., Milano, 1923.
- MUSIELAK H.J., *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, Munich, 1999.
- NAPPI P., *Rilievi problematici sull'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186 quater c.p.c.)*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3306.

- NARDO G.L., *I provvedimenti cautelari "speciali" a tutela dei brevetti e dei marchi*, in www.judicium.it.
- NAVARRA T., *La tutela interinale: art. 186 bis e ter c.p.c. – Prospettive «de iure condendo»*, in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 73.
- NICOLETTI C.A., *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 980.
- NICOTINA G., *Questioni processuali controverse in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2223.
- NORMAND J., voce *Processo civile (Francia)*, trad. it. R. Marinoni, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XV, Torino, 1997, p. 100.
- OBERTO G., *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992.
- OLIVIERI G., *Verso la riforma del processo civile*, in *Doc. giust.*, 1989/9, p. 31.
- OLIVIERI G., *Le ordinanze anticipatorie nei giudizi davanti al pretore*, in *Dir. giur.*, 1991, p. 288.
- OLIVIERI G., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 730.
- OLIVIERI G., *Lineamenti del nuovo procedimento cautelare uniforme*, in AA. VV., *La tutela sommaria. La tutela sommaria cautelare. La tutela sommaria non cautelare*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 106, 1999, vol. I, p. 41.
- OLIVIERI G., *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it.
- OLIVIERI G., *Il procedimento sommario di cognizione (primissime brevi note)*, in www.judicium.it.
- OLIVIERI G., *Riforma del procedimento cautelare, reclamabilità dell'inibitoria e opposizione all'esecuzione*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 23.
- OLIVIERI G., *Il procedimento sommario di cognizione*, in F. AULETTA-S. BOCCAGNA-G.P. CALIFANO-G. DELLA PIETRA-G. OLIVIERI-N. RASCIO, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività, Legge 18 giugno 2009 n. 69*, Napoli, 2009, p. 81.
- ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in AA. VV., *Studio in onore di Vittorio Colesanti*, vol. II, Napoli, 2009, p. 849.
- PACILLI M., *Il vincolo di strumentalità a doppio binario tra tutela anticipatoria e tutela di merito nella novellazione del 2005*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1365.

- PAJARDI P., *Ancora davanti alla corte costituzionale il problema del trattamento dei diritti soggettivi perfetti nel processo di fallimento (art. 26): prime impressioni critiche*, nota a Corte cost., 23 marzo 1981, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 553.
- PAJARDI P., *I provvedimenti d'urgenza atipici nel processo civile*, Milano, 1988.
- PAJARDI P., *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991.
- PASSANANTE L., *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1353.
- PATELLI A., *I provvedimenti nunciativi*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, 2° ed., Padova, 2004, p. 93.
- PATELLI A., *I provvedimenti nunciativi*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed, Padova, 2008, p. 109.
- PATRINI M., *Ancora in tema di accertamento negativo della contraffazione e provvedimenti cautelari*, nota a Trib. Roma, 4 dicembre 2002 (ord.), in *Riv. dir. ind.*, 2005, II, p. 216.
- PEDONI E., *Intorno al modus exequendi dei provvedimenti interinali possessori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 693.
- PEDRAZZOLI M., *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1020.
- PEDRELLI C., *Sulla necessità di individuare la domanda di merito nel cautelare ante causam proposto secondo il nuovo rito societario*, nota a Trib. Rovereto, 14 giugno 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 2481.
- PERAGO C.L., *Del procedimento sommario*, in *I procedimenti in materia commerciale*, *Commento al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, a cura di G. COSTANTINO, Padova, 2005, p. 372.
- PERROT R., *Les mesures provisoires en droit français*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12 e 13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, p. 149.
- PETRILLO C., *L'azione inibitoria a tutela dei consumatori ed utenti ex art. 1469 sexies c.c.*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, 1999, p. 150.
- PETRILLO C., *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, vol. I, Padova, 2007, p. 241.
- PEZZANI T., *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione e l'ipoteca giudiziale*, nota a Trib. Milano, 17 ottobre 1999 (ord.) e Trib. Milano, 25 luglio 2000, n. 357 (ord. coll.), in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 873.

- PICARDI N., *I processi speciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 700.
- PICARDI N., *L'art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 324.
- PICARDI N., *La patologia della giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 27.
- PICCARRETA V. - TERRANO F. (a cura di), *Il nuovo diritto industriale*, Milano, 2005.
- PICCOZZA E., *Sull'ammissibilità di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che disponga la cancellazione della trascrizione di domande giudiziali di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.*, nota a Trib. Roma, 19 settembre 1995 (ord.), in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1239.
- PINO A., *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 825.
- POTOTSCHNIG P., *Commento all'art. 75 della legge 26 novembre 1990, n. 353*, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di G. TARZIA-F. CIPRIANI, Padova, 1992, p. 422.
- POTOTSCHNIG P., *L'esecuzione dei sequestri*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 577.
- PROTO PISANI A., *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 35.
- PROTO PISANI A., *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976.
- PROTO PISANI A., *La tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104 (anche in AA. VV., *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, II, p. 1667; in ID., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 121; in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 76).
- PROTO PISANI A., *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 534 (e ora anche in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 228).
- PROTO PISANI A., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela sommaria (Note de iure condito e de iure condendo)*, in AA. VV., *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 309.
- PROTO PISANI A., *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Foro it.*, 1982, V, c. 117.
- PROTO PISANI A., *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in ID., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982.
- PROTO PISANI A., *Due note in tema di tutela cautelare*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 145.

- PROTO PISANI A., *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1881.
- PROTO PISANI A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 1354.
- PROTO PISANI A., *Il procedimento di ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 291.
- PROTO PISANI A., *Le ordinanze di pagamento di somme*, in A. PROTO PISANI - G PEZZANO - C.M BARONE - V. ANDRIOLI, *Le controversie in materia di lavoro*, 2° ed., Bologna-Roma, 1987, p. 742.
- PROTO PISANI A., *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 16.
- PROTO PISANI A., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 177 (anche in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, p. 39 e in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 167).
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 411.
- PROTO PISANI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 1.
- PROTO PISANI A., *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 394.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 57.
- PROTO PISANI A., voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991.
- PROTO PISANI A., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1994.
- PROTO PISANI A., *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. Premessa*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 8.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Napoli, 2002.
- PROTO PISANI A., *La tutela cautelare, I provvedimenti cautelari in generale*, in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 457.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1.

- PROTO PISANI A., *La tutela sommaria (Note de jure condito e de jure condendo)*, in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 359.
- PROTO PISANI A., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 53.
- PROTO PISANI A., voce *Procedimenti cautelari*, *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 2006.
- PROTO PISANI A., *Condanna e misure coercitive*, in *Foro it.*, 2007, V, 1, c. 1.
- PROTO PISANI A., *Tutela sommaria*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 241.
- PROTO PISANI A., *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, V, 2007, c. 44.
- PUGLIATTI S., *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in ID., *Saggi di diritto civile*, Milano, 1951.
- PUGLIESE G., *Res corporales, res incorporales, e il problema del diritto soggettivo*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1951, p. 237.
- PUGLIESE G., voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 785.
- PUGLIESE G., *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici moderni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1137.
- PUNZI C., *Art. 28: repressione della condotta antisindacale. Profili di diritto processuale civile*, in *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, vol. II, Milano, 1975, p. 996.
- PUNZI C., *Il processo civile, Sistema e problematiche*, vol. II, Torino, 2008.
- PUNZI C., *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1189.
- PUNZI C., *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 5, p. 1197.
- QUERZOLA L., *Il contenuto del ricorso cautelare: brevi spunti tratti dalla giurisprudenza successiva alla riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 647.
- QUERZOLA L., *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 826.
- QUERZOLA L., *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di «provvedimento anticipatorio»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 787.
- QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

- QUERZOLA L., *La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni minime*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 279.
- RAMPAZZI GONNET G., *Il giudizio civile di rendiconto*, Milano, 1990.
- RAMPAZZI GONNET G., *Commento agli artt. 20 e 21 l. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 1992.
- RAPISARDA C., *Osservazioni in tema di attuazione della legge parità uomo-donna in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 386.
- RAPISARDA C. - TARUFFO M., voce *Inibitoria (azione) - I* *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989.
- RAPISARDA SASSOON C., *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. TARUFFO, 1° ed., Torino, 1993, p. 477.
- RAPISARDA SASSOON C., *La tutela dei soggetti discriminati. Azioni individuale, azione pubblica e tentativo di conciliazione*, in AA. VV., *La legge 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1994, p. 73.
- RATTI G., *La contraffazione del marchio. Profili processuali*, in *Il diritto dei marchi di impresa. Profili sostanziali, processuali e contabili*, a cura di N. BOTTERO-M. TRAVOSTINO, Torino, 2009, p. 311.
- RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari*, vol. I, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, Torino, 2005.
- RECCHIONI S., *L'attuazione delle misure cautelari e le opposizioni esecutive*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, p. 25.
- RECCHIONI S., *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione tra eventi*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005, t. II, p. 1431.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di primo grado, Il sistema delle impugnazioni*, Milano, 1949.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile, I, Nozioni e regole generali*, 2° ed. ristampa, Milano, 1957.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile, III, I procedimenti speciali di cognizione e cautelari, procedimenti di esecuzione, giurisdizione volontaria, delibazioni, arbitrati*, 2° ed., Milano, 1957.
- RESCIGNO P., *Presentazione a Mazzamuto, L'attuazione degli obblighi di fare e non fare*, in S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1978.

- REVELLINO M.A., *L'inibitoria come provvedimento cautelare nelle azioni per accertamento della contraffazione brevettuale*, in *Dir. ind.*, 2006, p. 508.
- RICCI E.F., *Recensione a Chiarloni*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 724.
- RICCI E.F., *Intervento*, in *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, Rimini, 1986, p. 171.
- RICCI E.F., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 17.
- RICCI E.F., *Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1021.
- RICCI E.F., *Commento all'art. 7 l. 20 dicembre 1995, n. 534*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, p. 639.
- RICCI E.F., *Intervento*, in AA. VV., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Atti dell'incontro di studio dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, tenuto a Roma il 27 maggio 1995, Milano, 1996, p. 103.
- RICCI E.F., *I provvedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in *Il progetto di riforma organica del processo civile*, Atti del convegno organizzato dalla Camera Civile di Milano il 18-19 aprile 1997, a cura di G. TARZIA, Milano, 1998, p. 61.
- RICCI E.F., *Verso un nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211.
- RICCI E.F., *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti delle sentenze*, in *Enrico Tullio Liebman oggi, Riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano, 2004, p. 83.
- RICCI E.F., *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1359.
- RICCI F., *Commento al codice di procedura civile italiano*, vol. III, 7^a ed., Firenze, 1895.
- RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999.
- RICCI G.F., *La riforma del processo civile, Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009.
- RICCIO G., *In tema di esecuzione di provvedimenti cautelari*, in *Temi napoletana*, 1966, I, p. 183.
- RICOLFI M., *Le misure compulsorie*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale, Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. NIVARRA, Quaderni di AIDA n. 12, Milano, 2005.
- ROMAGNOLI U., *Aspetti processuali dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1312.
- ROMANO A.A., *Riflessioni sui nuovi provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1173.

- ROMANO A.A., *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006.
- RONCO A., *Ordinanze per il pagamento di somme ed estinzione del processo*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 325.
- RONCO A., *Distonie fra cautele processuali ed extraprocessuali in tema di restrizione e di cancellazione d'ipoteca*, nota a App. Lecce, 28 aprile 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 306.
- RONCO A., *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000.
- RONCO A., *Del procedimento sommario di cognizione (Art. 19)*, in *Il nuovo processo societario*, D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, Commentario diretto da S. CHIARLONI, Torino, 2004, p. 523.
- RONCO A., *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali*, in *I procedimenti sommari*, I, a cura di S. CHIARLONI E C. CONSOLO, Torino, 2005, p. 524.
- ROTONDI M., *Diritto industriale*, 4° ed., Milano, 1942.
- ROVERSI R., *Istanza di ingiunzione di pagamento ex art. 186 ter c.p.c. in corso di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 1292.
- RUFFINI G., *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante "modifiche urgenti al codice di procedura civile" e nella legge delega di riforma del diritto societario*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 187.
- SALANITRO N., *Riduzione e cancellazione d'ipoteca con provvedimento d'urgenza*, nota a Trib. Crema, 8 marzo 1982, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, p. 311.
- SALETTI A., *Appunti sulla nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 355.
- SALETTI A., *Le riforme del codice di rito in materia di esecuzione forzata e di attuazione delle misure cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 443.
- SALETTI A., *I controlli sulle misure cautelari*, in AA. VV. *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. III, Milano, 1993, p. 645.
- SALETTI A., *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 467.
- SALETTI A., *Commento sub art. 23*, in *La riforma delle società - Il processo*, a cura di B. SASSANI, Torino, 2003, p. 222.
- SALETTI A., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, *Appendice di aggiornamento a Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, 2° ed., Padova, 2006.

- SALETTI A., *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 289.
- SALETTI A., *La disciplina cautelare in materia «societaria»*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 663.
- SALVANESCHI L., *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, 2° ed., Padova, 2004, p. 283.
- SALVANESCHI L., *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA-A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 373.
- SAMORÌ G., *La tutela cautelare dichiarativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 949.
- SANDRI S., *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPs*, 2° ed., Padova, 1999.
- SANTAGADA F., *Il procedimento cautelare*, in E. D'ALESSANDRO-M.C. GIORGETTI-F. SANTAGADA-M.A. ZUMPARO, *Il nuovo processo societario. I decreti di correzione e la prima fase applicativa*, Milano, 2006, p. 177.
- SANTANGELI F., *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*, Milano, 2001.
- SASSANI B., *Aspetti processuali della legge n. 125 del 1991*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 861.
- SASSANI B., in C. CONSOLO-F.P. LUISO-B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996.
- SASSANI B., *Sul potere dell'istruttore di decidere dell'istanza di condanna ex art. 186- quater c.p.c. dopo la rimessione al collegio*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1475.
- SASSANI B., *L'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione (art. 186 quater c.p.c.)*, in *Giur. it.*, 1996, IV, p. 193.
- SASSANI B. - TISCINI R., voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuali civile)*, in *Enc. dir., agg.*, Milano, 2002, p. 872.
- SASSANI B., *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003.
- SASSANI B.- TISCINI R., *Commento all'art. 19*, in M. SANDULLI-V. SANTORO-B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Aggiornamento commentato*, Torino, 2004, p. 209.
- SASSANI B., *Eccessi di delega, rito societario e proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 240.
- SASSANI B. - TISCINI R., *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in www.judicium.it.
- SASSANI B., *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in www.judicium.it.

- SATTA S., *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, c. 132.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile. Libro quarto. Procedimenti speciali, Parte prima*, Milano, 1959.
- SATTA S., *Di alcuni profili del procedimento di ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 956.
- SATTA S. - PUNZI C., *Diritto processuale civile*, (a cura di C. Punzi), 13° ed., Padova, 2000.
- SAVORANI G., *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 500.
- SCARSELLI G., *Osservazioni sparse sul nuovo art. 186 quater c.p.c.*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 389.
- SCARSELLI G., *Le modifiche in tema di spesa*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249, da c. 258.
- SCHERMI A., voce *Provvedimenti cautelari*, in *Enc. forense*, V, Milano, 1959-1960, p. 1110.
- SCHIACCHITANO R., voce *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 509.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 201.
- SCOTTI A., *Inadempimento del committente e diritto di ritenzione dell'appaltatore*, nota a Trib. Napoli, 30 novembre 1993 (ord.), in *Dir. e giur.*, 1993, p. 527.
- SCUFFI M., *Le sezioni specializzate di diritto industriale per cooperazione comunitaria ed applicazione decentrata delle regole di concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, p. 223.
- SCUFFI M. - FRANZOSI M. - FITTANTE A., *Il codice della proprietà industriale, D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30*, Padova, 2005.
- SCUFFI M., *Sezioni specializzate e tutela giudiziaria dell'impresa*, in *Dir. e pratica società*, 2007, fasc. 10, p. 34.
- SCUFFI M., *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale. Ordinamento amministrativo e tutela giurisdizionale*, Milano, 2009.
- SEGNI A., *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio*, in *Studi sassaresi, serie II, III, Sassari, 1924, p. 335 e IV, Sassari, 1925, p. 39* (ora anche in *ID., Scritti giuridici, II, Torino, 1965, p. 977*).

- SENA G. – FRASSI P.A.E – GIUDICI S., *Codice di diritto industriale*, 4° ed., Appendice annotata, Milano, 2005.
- SENA G., *Il «no» della Corte Costituzionale al rito societario per la proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, p. 129.
- SENA G., *Il diritto dei marchi*, 4° ed., Milano, 2007.
- SILVESTRI C., *Il sistema francese dei «référés»*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9.
- SILVESTRI C., *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005.
- SILVESTRI E., *Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 41.
- SILVESTRI E. – TARUFFO M., voce *Condotta antisindacale (procedimento di repressione della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988.
- SILVESTRI E., *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, p. 533.
- SILVESTRI E. – TARUFFO M., voce *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. giur.*, XIII, Milano, 1989, p. 2.
- SILVESTRI E., *Commento sub art. 614-bis c.p.c.*, in F. CARPI-M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2009, p. 1925.
- SIMONETTO E., *«Cancellazione» di trascrizione ottenuta su titolo inesistente*, nota a App. Venezia, 29 agosto 1980, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 458.
- SIRACUSANO A., *Osservazioni in tema di attuazione delle misure cautelari*, in *Giur. merito*, 1996, I, p. 921.
- SIROTTI GAUDENZI A. (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, vol. I, Torino, 2008.
- SOLUS H. – PERROT R., *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, Paris, 1995.
- SORDELLI L., *Il titolo dell'opera dell'ingegno e la sua configurazione come bene immateriale*, in *Dir. autore*, 1950, p. 154.
- SORDELLI L., *Idee, opere dell'ingegno e invenzioni industriali come oggetto di diritti*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, I, p. 67.
- SORDELLI L., *I sequestri di diritto industriale e d'autore ed i provvedimenti cautelari in materia societaria alla luce della novella sul processo civile del 1990*, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 803.
- SORDELLI L., *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, Padova, 1998.

- SPACCASASSI F., *Codice della proprietà industriale e tutela cautelare ante causam*, in *www.altalex.com*.
- SPADA P., *Il diritto industriale, Parte generale*, in AUTERI P. – FLORIDIA G. – MANGINI V. – OLIVIERI G. – RICOLFI M. – SPADA P., *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza*, 3° ed., Torino, 2009, p. 3.
- SPERANZA R., *Un'interessante applicazione dell'art. 700 c.p.c.*, nota a Trib. Alba, 9 settembre 1957 (ord.), in *Foro pad.*, 1957, I, p. 1270.
- SPOLIDORO M.S., *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982.
- SPOLIDORO M.S., *Provvedimenti provvisori nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1994, p. 359.
- SPOLIDORO M.S., *Le nuove norme sui provvedimenti cautelari in materia di invenzioni e marchi registrati*, in *Decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198, commentario a cura di P. AUTERI*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1998, p. 71.
- SPOLIDORO M.S., *La tutela cautelare e di merito*, in AA. VV., *Commentario tematico della legge marchi*, Torino, 1998, p. 362.
- SPOLIDORO M.S., *Le inibitorie nel diritto industriale e nel diritto d'autore*, in AA. VV., *Atti del Convegno sui "Profili critici della proprietà intellettuale ed effettività della tutela civile e penale"*, Milano, 12 e 13 febbraio 2007, p. 8.
- SPOLIDORO M.S., *Un'importante sentenza delle sezioni unite penali della Cassazione sul delitto di elusione dei provvedimenti cautelari e possessori del giudice civile: conseguenze e riflessioni nella prospettiva del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2008, p. 171.
- SPOLIDORO M.S., *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 174.
- STEIN F. – JONAS M., *Kommentar zu Zivilprozessordnung*, 21° ed., 7, 1, Tübingen, 1996.
- STORME M., *L'astereinte nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 602.
- STUMPO G., *La ristorazione collettiva tra appalto di servizi e negozio atipico, in materia di azioni determinative*, nota a Trib. Roma, 6 luglio 1995 (ord.), in *Foro pad.*, 1996, I, p. 225.
- TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 389.
- TARUFFO M., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 635.
- TARUFFO M., *L'attuazione dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 142.

- TARUFFO M., voce *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1990, p. 324.
- TARUFFO M., voce *Reintegrazione nel posto di lavoro: II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.
- TARUFFO M., *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 551.
- TARUFFO M., *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1047.
- TARUFFO M., *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345.
- TARZIA G., *Sulla strumentalità dell'accertamento tecnico preventivo*, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, p. 819.
- TARZIA G., *Aspetti processuali dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 643.
- TARZIA G., *Repressione della condotta antisindacale e processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 638.
- TARZIA G., *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 800.
- TARZIA G., *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 240.
- TARZIA G., *Intervento*, in *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, Rimini, 1986, p. 150.
- TARZIA G., *Rimedi processuali contro i provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 36.
- TARZIA G., *Quali riforme per la giustizia civile*, in *Giur. it.*, 1987, IV, c. 289.
- TARZIA G., *Strutture giudiziarie, regole e prassi del processo nella crisi della giustizia civile*, in *Riv. giur. sarda*, 1988, II, p. 547.
- TARZIA G., *Il progetto Vassalli per il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 737.
- TARZIA G., *Crisi e riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 632.
- TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, 4° ed., Milano, 1999.
- TARZIA G. - SALETTI A., voce *Processo cautelare*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, p. 851.
- TARZIA G., *Nozioni comuni per un processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 321.

- TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, 3° ed., Milano, 2007.
- TARZIA G., *Introduzione*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA - A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. XXI.
- TARZIA G. - GHIRGA M.F., *Il Reclamo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA - A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 511.
- TARZIA G. - GIORGETTI M., *Il provvedimento negativo*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA - A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 481.
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 4° ed., Milano, 2009.
- TAVASSI M. - SCUFFI M., *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998.
- TAVASSI M., *La nuova legge sul diritto d'autore: ampliamento della tutela civilistica o occasione mancata?*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, I, p. 12.
- TAVORMINA V., *Legge 26 novembre 1990, n. 353*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 40.
- TAVORMINA V., *Per la tendenziale ammissibilità di domande di accertamento negativo di diritti altrui*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 233.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, 4° ed., Padova, 2008.
- TESTA P., *Le norme processuali: perplessità e problemi*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il codice della proprietà industriale*, Quaderni di AIDA, n. 11, Milano, 2004, p. 186.
- TISCINI R., *Commento all'art. 19*, in B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società, Il processo*, Torino, 2003, p. 197.
- TISCINI R., *Il procedimento sommario di cognizione nelle liti societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 263.
- TISCINI R., *I nova del procedimento cautelare societario: la cd. strumentalità attenuata e il cd. giudizio abbreviato*, in *www.judicium.it*.
- TOMEI G., *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 827.
- TOMEI G., voce *Procedimento di ingiunzione*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XXIV, Torino, 1996, p. 559.
- TOMMASEO F., *Reviviscenza del rapporto locatizio d'immobile urbano: sequestro giudiziario o provvedimento d'urgenza*, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 495.
- TOMMASEO F., *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983.

- TOMMASEO F., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 856.
- TOMMASEO F., *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, p. 563.
- TOMMASEO F., *Commento agli artt. 73-77 della legge 26 novembre 1990, n. 353*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 95.
- TOMMASEO F., *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, nota a Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Corr. giur.*, 1994, p. 948.
- TOMMASEO F., *Commento all'art. 1469 sexies c.c.*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, p. 759.
- TOMMASEO F., *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1277 (anche in AA. VV., *La tutela sommaria. La tutela sommaria cautelare. La tutela sommaria non cautelare*, vol. I, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 106, Roma, 1999, p. 495).
- TOMMASEO F., *Azione inibitoria*, in G. ALPA-S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in P. SCHLESINGER-F.D. BUSNELLI, *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, p. 1154.
- TOMMASEO F., *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005.
- TOMMASEO F., *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo II, Milano, 2005, p. 1477.
- TOMMASEO F., *Il fondamento costituzionale della tutela cautelare*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, p. 409.
- TREGLIA G., *L'attuazione dei provvedimenti*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA - A. SALETTI, 3° ed., Padova, 2008, p. 555.
- TRINCHI A., sub art. 474 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO-F.P. LUIO, 3° ed. diretta da C. Consolo, Milano, 2007.
- TRISORIO LIUZZI G., *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, 1993.
- TRISORIO LIUZZI G., *Sui termini per la pronuncia delle ordinanze di condanna ex art. 186 bis e ter c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 334.
- TROCKER N., *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974.
- UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Commentario breve alla leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007.
- VACCARELLA R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977.

- VACCARELLA R., voce *Controversie individuali di lavoro: II) Profili processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.
- VACCARELLA R., *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 511.
- VACCARELLA R., *La riforma societaria: aspetti processuali, Il rito ordinario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1501.
- VALITUTTI A., *I procedimenti cautelari e possessori*, Padova, 2004.
- VALITUTTI A. - DE STEFANO F., *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, 3° ed., Padova, 2008.
- VANZETTI A., *Funzione e natura giuridica del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, p. 16.
- VANZETTI A. - DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, 5° ed., Milano, 2005.
- VANZETTI A., *Capacità distintiva e confondibilità: segni registrati e non registrati*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 7.
- VANZETTI A., *Brevi considerazioni in tema di inibitoria*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 167.
- VANZETTI A. - DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, 6° ed., Milano, 2009.
- VANZETTI M., *Commento sub art. 124*, (manoscritto) in A. VANZETTI-G. SIRONI (a cura di), *Commentario al Testo Unico industriale*, Milano, in corso di pubblicazione.
- VANZETTI M., *Commento sub art. 126*, (manoscritto) in A. VANZETTI-G. SIRONI (a cura di), *Commentario al Testo Unico industriale*, Milano, in corso di pubblicazione.
- VANZETTI M., *Commento sub art. 131*, (manoscritto) in A. VANZETTI-G. SIRONI (a cura di), *Commentario al Testo Unico industriale*, Milano, in corso di pubblicazione.
- VANZETTI M., *Contributo allo studio della misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, (manoscritto) di prossima pubblicazione in *Riv. dir. ind.*, 2010.
- VARANO V., *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese, con particolare riferimento all'interlocutory injunction*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del colloquio internazionale, Milano 12 e 13 ottobre 1984, a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, , p. 235.
- VASSALLI G., *La mancata esecuzione del provvedimento del giudice*, Torino, 1938.
- VELLANI M., *La decisione di merito e il provvedimento cautelare*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, III, Padova, 1956, p. 710.

- VELLANI M., *Appunti sulla natura giuridica della cosa giudicata*, Milano, 1958.
- VERDE F., *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, Padova, 2006.
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Milano, 1974.
- VERDE G., *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 415.
- VERDE G., *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 734.
- VERDE G., *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in *La tutela d'urgenza: Atti del XV convegno dell'Associazione italiana studiosi del processo civile (Bari, 4-5 ottobre 1985)*, Rimini, 1986, p. 81.
- VERDE G. - OLIVIERI G., voce *Processo del lavoro e della previdenza sociale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 198.
- VERDE G. - DI NANNI L., *Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353*, Torino, 1991.
- VERDE G. - CAPPONI B., *Profili del processo civile, III, Processo di esecuzione e procedimenti speciali*, Napoli, 1998.
- VERDE G., *Profili del processo civile, I, Parte generale*, 5° ed., Napoli, 1999.
- VIANELLO A., *L'incostituzionalità dell'art. 134, codice della proprietà industriale: profili processuali*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1318.
- VIANELLO E., *Appunti sulle recenti riforme processuali in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 893.
- VIGNERA G., *Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 504.
- VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano, 1979.
- VILLATA S.A., *Impugnazione di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006.
- VISAGGIO G., *La competenza delle sezioni specializzate in materia di concorrenza sleale ai sensi del C.p.i.*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 251.
- VITALI M., *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 602.
- VITALI ROSATI U., *Sull'ammissibilità della condanna all'adempimento in forma specifica di prestazioni lavorative*, nota a Pret. Milano, 18 marzo 1977, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 549.
- VOCINO C., *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1515.

- VOCINO C., *Intorno al verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in AA. VV., *Studi in onore di Tito Carnacini*, vol. II, Milano, 1984, p. 761.
- VOLPINO D., *Cognizione e decisione nel procedimento sommario societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 67.
- VULLO E., *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995.
- VULLO E., *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001.
- VULLO E., *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727.
- VULLO E., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, a cura di S. CHIARLONI-C. CONSOLO, Torino, 2005, p. 1249.
- ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile, II, Del processo di cognizione (e dei procedimenti speciali: procedimenti sommari)*, a cura di C. Vocino, 5° ed., Milano, 1962.

