

ALCUNE QUESTIONI SULL' AMBITO DI APPLICAZIONE DEL NUOVO RITO CAUTELARE UNIFORME

Relatore:

dott. Paolo MARTINELLI

giudice del Tribunale di Genova

1. Il procedimento cautelare: modello di struttura o di funzione?

1.1. Il problema dello schema processuale del “procedimento cautelare”

Credo che la funzione di un'introduzione ad un confronto di esperienze e di idee sia anzitutto quella di offrire alla discussione una mappa del terreno sul quale essa si colloca; anche io cercherò dunque di riferire e confrontare alcune delle opinioni che sono state espresse attorno al significato ed alla portata dell'art. 669-quaterdecies. Devo dire però che la materia offre ben poche certezze, per cui l'esposizione avrà inevitabilmente un carattere problematico che ne renderà forse non troppo agevole l'ascolto; confido comunque che, nella successiva discussione, mi aiuterete a superare eventuali oscurità.

Il problema di cui oggi ci occupiamo nasce dal fatto che il legislatore, nel dettare una nuova disciplina unitaria dei “procedimenti cautelari”, ne ha esteso l'ambito di applicazione agli “altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali”; in tal modo il legislatore ha abbandonato una nozione per così dire “topografica”, legata all'intestazione del capo III del libro IV del codice di procedura civile, per passare ad una delimitazione di tipo classificatorio, che apre all'interprete problemi davvero non semplici.

La prima lettura della norma ha preso forma in dottrina (rispetto ad ogni riforma la giurisprudenza arriva solo dopo qualche tempo, e su problemi concreti che talvolta lasciano in ombra i presupposti dogmatici): e la dottrina si è trovata a disposizione la nozione di “procedimento sommario cautelare”, che era stata affinata dai processualisti (1) a fini essenzialmente conoscitivi e classificatori. Questa nozione è composta, com'è noto, da un versante di natura funzionale (assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale contro i pericoli di “infruttuosità” e di “tardività del provvedimento principale”) e da un secondo versante che indaga invece la struttura processuale di ogni procedimento, con particolare riferimento alle tecniche che assicurano nel provvedimento cautelare un carattere di provvisorietà e di strumentalità rispetto al giudizio ordinario e ai suoi esiti (2).

Poiché però la funzione di assicurare l'effettività della tutela contro la tardività del provvedimento è comune a provvedimenti cautelari anticipatori ed a provvedimenti sommari non cautelari (3), è evidente che la demarcazione di quel confine si decide sul versante strutturale: ed è stato appunto su questo terreno che la maggior parte dei commenti si sono misurati, identificando così l'ambito di applicazione del nuovo modello di processo cautelare in ragione della struttura dei procedimenti (4). Secondo questa prima lettura della norma, sembra dunque che tra i due criteri che vi si trovano enunciati (cautelarità come parametro, compatibilità come filtro) il primo debba operare come una specie di ghigliottina, separando in modo netto da tutti gli altri un numero certo e limitato di procedimenti, mentre al filtro delle compatibilità sembra poi affidato una specie di lavoro di setaccio, più o meno impegnativo secondo le opinioni preferite dai vari autori ma nel complesso marginale, e non tale da mutare la fisionomia dei singoli procedimenti. La lama della ghigliottina

dovrebbe essere fornita appunto dalla nozione di procedimento cautelare definito sia sul piano della funzione che sul versante della struttura.

Così è accaduto che una categoria sinora ispirata essenzialmente da ragioni teorico-sistematiche si trova ad assumere un ruolo di delicatissimo discrimine normativo; il tutto sulla premessa che la scelta del legislatore fosse ispirata soprattutto a preoccupazioni di ordine sistematico-processuale.

1.2. L'art. 669-quaterdecies: le ragioni del dubbio

Ma il dubbio è proprio che la lama di questa ghigliottina non sia quella giusta: è un dubbio che nasce da alcune incongruenze, che per comodità di esposizione si possono raggruppare:

- a) in un argomento di carattere esegetico;
- b) in una contraddizione di natura logico-costituzionale;
- c) nella giurisprudenza in materia di responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.;
- d) in alcuni spunti che si rinvergono nelle motivazioni di alcune sentenze della Corte Costituzionale (da ultima quella relativa al reclamo contro i provvedimenti di rigetto).

1.2.1. Un argomento testuale: l'art. 2409 cod. civ.

Anzitutto non si può tacere che il primo ad essersi sottratto ad un uso rigoroso della parola "cautelare" è proprio il legislatore: sia pure il legislatore del 1942 (ma siamo certi di poter accreditare il legislatore odierno di un maggiore rigore lessicale?) utilizza infatti l'espressione in modo dogmaticamente più disinvolto, come dimostra con evidenza il testo dell'art. 2409. Gli "opportuni provvedimenti cautelari", di cui parla il terzo comma dell'art. 2409, sono – infatti – strumentali non rispetto ad un giudizio di merito, ma alle "conseguenti deliberazioni" dell'assemblea dei soci (5); i provvedimenti adottati dal Tribunale sono dunque "cautelari" (ma così li definisce senza giri di parole il legislatore) soltanto in senso lato, per la funzione strumentale che essi hanno rispetto alla rimozione di situazioni anomale che impediscano una corretta amministrazione della società.

Rispetto all'argomento che in questo momento ci interessa, non ha invece alcun rilievo che la disciplina del procedimento già disegnata dall'art. 2409 non offra varchi attraverso cui possa infiltrarsi qualche istituto del nuovo procedimento cautelare unificato (6). È vero infatti che qui il ricorso che introduce la procedura è diretto nell'art. 2409 non tanto, o non direttamente, all'adozione dei provvedimenti cautelari, quanto ad una prima verifica della sussistenza di irregolarità, tanto che il regime della responsabilità processuale viene disciplinato in modo più attenuato rispetto alla secca previsione dell'art. 96 c.p.c. (7); ed è vero anche che la natura officiosa dei provvedimenti in questione appare difficilmente compatibile con la formazione di un fascicolo (in quale momento? Prima o dopo la verifica sulla sussistenza delle irregolarità?) e con la designazione di un magistrato, che assumerebbe il ruolo di delegato del collegio, più che di magistrato designato per esaminare un ricorso.

Tutto ciò, comunque, riguarda il vaglio di compatibilità, che è momento logicamente successivo: resta il fatto che, nell'art. 2409, "cautelare" non ha il significato di stretta interpretazione che si vorrebbe invece adottare per la lettura dell'art. 669-quaterdecies. Questo significa che la lettura dell'art. 669-quaterdecies non è una lettura vincolata, e che attribuire all'espressione "altri provvedimenti cautelari" una interpretazione più stretta, o più lata, è frutto di opzioni interpretative.

1.2.2. Una contraddizione logico-costituzionale: più difese contro provvedimenti provvisori, meno difese contro provvedimenti idonei a disciplinare stabilmente i rapporti

Vediamo ora, più da vicino, cosa significherebbe determinare l'ambito di applicazione del nuovo procedimento unificato in base alle caratteristiche strutturali relative ai rapporti tra provvedimento cautelare e giudizio ordinario.

Dal punto di vista logico-sistematico, la nozione rigorosa di provvedimento cautelare pone una prima linea di demarcazione rispetto a quei provvedimenti sommari che, pur ispirati dalla medesima funzione di evitare il pericolo della "tardività" del provvedimento ordinario che caratterizza i provvedimenti cautelari anticipatori, sono privi dei caratteri della provvisorietà e strumentali perché sono idonei a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso, anche in caso di estinzione del giudizio di merito, mentre una simile ipotesi produce inesorabilmente l'inefficacia di tutti i provvedimenti che possono dirsi "cautelari" in senso stretto (8). La linea di confine resterebbe affidata dunque, secondo l'impostazione prevalente, ad una verifica sul carattere provvisorio e strumentale del provvedimento; con la conseguenza che a procedimenti in fondo meno preoccupanti ed incisivi, proprio perché caratterizzati da un regime di provvisorietà, troverebbero applicazione tutte le garanzie dettate dalla nuova disciplina uniforme, reclamo incluso, mentre altri provvedimenti certamente più incisivi, se non altro perché destinati ad una maggiore stabilità, di quelle garanzie rimarrebbero invece privi. Come se non fosse invece logico (ma qui la logica diventa immediatamente questione di costituzionalità in relazione al principio di uguaglianza) che proprio provvedimenti più incisivi e stabili richiedano, dal punto di vista dell'equo processo e del canone costituzionale della effettività di difesa, garanzie maggiori e non garanzie minori.

Per apprezzare, più in concreto, la portata dell'argomento, mi sembra utile pensare in via esemplificativa al provvedimento di sequestro dei beni del coniuge allontanatosi dalla residenza familiare, previsto dall'art. 146 c.c., a confronto con il decreto di versamento diretto di una quota dei redditi del coniuge inadempiente, previsto per le spese per la prole dall'art. 148, II, III e IV comma. Del primo, almeno alcuni ritengono senza troppa difficoltà che la natura sia cautelare in senso stretto (9), del secondo gli stessi autori operano una collocazione sistematica diversa, tra i provvedimenti sommari con attitudine al giudicato (10). In questo modo, però, al coniuge colpito dall'ordine di versamento diretto si offre per il provvedimento di distrazione giudiziale la sola opposizione del IV comma, con una teorica possibilità di sospensione affidata allo stesso giudice che ha emesso il decreto di versamento, e con l'onere di proseguire il procedimento per evitare che l'ordine di versamento sopravviva, nei suoi effetti, anche all'estinzione del giudizio, regolando così stabilmente i rapporti tra le parti; ed è evidente (soprattutto dopo la sentenza n. 253 resa nel 1994 dalla Corte Costituzionale, con le note sottolineature dell'importanza dell'alterità del giudice dell'impugnazione) che questo regime processuale è meno favorevole del parallelo regime riservato al coniuge allontanatosi dalla famiglia, che gode del reclamo immediato, e può ipoteticamente avvantaggiarsi anche dell'inerzia processuale della controparte.

1.2.3. La giurisprudenza in materia di responsabilità aggravata

Per di più se si dà uno sguardo alla giurisprudenza che si è formata sul capoverso dell'art. 96 c.p.c., in materia di responsabilità aggravata di chi ha "eseguito un provvedimento cautelare", ci si avvede che hanno ricevuto il riconoscimento della loro natura cautelare sia il provvedimento con il quale il Presidente del Tribunale ordina, su richiesta dell'Intendente di Finanza e quando vi sia pericolo nel ritardo ai sensi dell'art. 26 della legge 7 gennaio 1929 n. 4 (11), l'iscrizione d'ipoteca legale sui beni del trasgressore per il quale sia applicabile, in base al processo verbale di constatazione della violazione di una norma, una pena pecuniaria, sia pacificamente i provvedimenti presidenziali adottati a sensi dell'art. 708 c.p.c. (12); in entrambi i casi si tratta di procedimenti per i quali, quando si discute sull'applicabilità delle norme del procedimento cautelare uniforme, i dubbi e le opinioni negative sembrano sinora prevalenti su quelle positive (13).

Anche qui, non affido per ora a questa riflessione alcuna conclusione particolare; mi basta però sottolineare come il terreno della “cautelarità” sia in realtà pieno di insidie, e non si presti a certezze troppo nette. Per non essere frainteso, aggiungo che tra la ghigliottina della “natura cautelare” e il filtro della compatibilità mi pare che, se si spostasse il peso dal primo (adottando una nozione meno rigorosa) al secondo strumento di selezione, ogni problema potrebbe trovare una soluzione più adeguata, e più flessibile.

Non che si tratti di un’operazione senza conseguenze; è chiaro che, combinando una nozione lata di “cautelarità” con un impegno più serrato sul fronte della compatibilità, aumentano i problemi; ed anzitutto verrebbe meno il criterio, molto semplice e lineare, secondo cui si dovrebbero ritenere “compatibili” solo quei procedimenti per i quali sia possibile combinare l’intero modello della cautelarità (da una parte) e l’intera disciplina unitaria dall’altra (14). D’altra parte la semplicità del criterio appare qui inversamente proporzionale al tasso di innovazione che la Novella può produrre; se la Novella si ritiene applicabile solo quando l’intero modello unitario può trovare applicazione, le innovazioni si riducono sostanzialmente nella ricerca di lacune da riempire; se invece il confronto si intende articolato alle caratteristiche proprie della specialità di ciascun procedimento (riprenderei in questo senso il riferimento di Consolo, in *Docum Giust.*, 1991, n. 11, p. 71, ai “caratteri più essenziali della disciplina speciale dei singoli provvedimenti cautelari”), l’area di riferimento si allarga notevolmente.

Ma quello che mi preme segnalare subito è che, se ci si muove in questa seconda prospettiva, l’indagine si sposta su un terreno che, per sua natura (e come tutta la polemica sulla “tutela differenziata”, specie sommaria, dimostra) è intriso di aspetti più o meno sotterranei di realizzazione della effettività della tutela, in cui si sostanzia il precetto costituzionale dell’art. 24. E questo riconduce spesso i ragionamenti condotti in termini di “specialità” a radici più o meno vicine al terreno delle garanzie costituzionali.

1.2.4. La giurisprudenza costituzionale sugli strumenti processuali di tutela dell’effettività dei diritti

Proviamo ora a rivoltare la categoria del “cautelare”, ed a guardarla dal punto di vista costituzionale anziché che da un punto di vista interno alle tecniche processuali.

Sappiamo che il tema si è già presentato varie volte all’esame della Corte Costituzionale, e che questa, accanto alla affermazione ormai rituale che “la tutela cautelare non costituisce, a livello costituzionale, una componente essenziale della tutela giurisdizionale” (15) ha seminato qua e là, lungo l’arco dei suoi interventi, qualche spiraglio.

Un primo spiraglio risale forse ancora alla sentenza con la quale la Corte Costituzionale dichiarò illegittimo (per violazione dell’art. 24) il testo originario dell’art. 274, comma 2, c.c., nella parte in cui non consentiva reclamo contro il decreto con cui il Tribunale decideva sull’ammissibilità dell’azione per la dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale (16).

Un secondo spiraglio resta poi quello rappresentato dalla sentenza n. 284 del 27 dicembre 1974, con la quale venne dichiarato incostituzionale l’art. 13 u.c., della legge 22 ottobre 1971, n. 865 (la “legge sulla casa”) con la quale il potere di sospensione, da parte del giudice amministrativo, dell’esecuzione dei provvedimenti (anche di occupazione temporanea e di urgenza) avrebbe dovuto essere limitata a casi di “errore grave ed evidente nella individuazione delle persone dei proprietari” (17). Certo, anche in quel caso era presente il passe-partout dell’art. 3 Cost. rispetto al sistema della giustizia amministrativa; ma la decisione si spinse sino a negare al legislatore (per effetto dei precetti contenuti negli artt. 13 e 24 Cost.) la possibilità stessa “di limitare (od eliminare) il potere strumentale di sospensione degli atti impugnati”. Tutti sappiamo che la portata di quella pronuncia era limitata alla giurisdizione di annullamento; ma sin da allora vi fu chi sottolineò che il riconoscimento di un potere giudiziario di cautela “sembrerebbe derivare automaticamente dalla

pienezza e dalla effettività con cui si è inteso garantire il diritto di difesa (art. 24) prima ancora che dalla esistenza di una tutela contro gli atti amministrativi (art. 113)” (18).

Un terzo spiraglio verso un più diffuso ragionare sulle forme processuali alla luce di una valutazione costituzionale condotta in termini di effettività (ma sono certo che l’elenco è incompleto) si può trovare nella combinazione tra la sentenza 4 maggio 1984, n. 137, e l’ordinanza 25 maggio 1989 n. 295, rese dalla Corte a proposito dell’art. 648 c.p.c.; in entrambe le pronunzie sono infatti presenti riferimenti a valutazioni cautelari, in termini di *periculum in mora*, che dovrebbero essere compiute dal Giudice Istruttore all’atto della concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto. All’ordinanza del 1989 è stata rimproverata una scarsa esattezza dogmatica (19), ma devo dire che proprio questo aspetto la rende forse più interessante, sull’argomento tornerò nell’ultima parte della relazione, per ora vorrei soltanto constatare che il giudice costituzionale ha preferito, pur senza una vera necessità di ordine sistematico-processuale, non chiudere la porta a valutazioni condotte in termini di effettività di tutela.

Veniamo infine all’ultimo di quelli che ho definiti “spiragli”, ma che nell’episodio più recente potrebbero assumere piuttosto il valore di una profonda fenditura: la recente sentenza Corte Cost. 23 giugno 1994 n. 253, sulla reclamabilità dei provvedimenti di diniego.

La sentenza esordisce attribuendo alla legge 26 novembre 1990 n. 353 l’intento di impedire incertezze e divergenze interpretative “di fronte ad una crescente domanda di provvedimenti implicanti cognizione sommaria”. Osserva poi che la “funzione strumentale all’effettività della stessa tutela giurisdizionale”, propria delle misure cautelari, “giustifica l’introduzione di una uniforme disciplina che assicuri i requisiti propri (e minimi) imposti al modello processuale dalle garanzie di cui al sistema costituito dagli artt. 3 e 24 Cost., in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione e, per quanto qui interessa, di posizione delle parti nell’esercizio dei rispettivi diritti” sia per le misure anticipatorie che per quelle conservative.

Su queste premesse, la Corte ha poi esaminato un aspetto (la reclamabilità del provvedimento) che non ha a che fare con i collegamenti strutturali, di strumentalità e provvisorieta, tra provvedimento cautelare e giudizio di merito, ma riguarda piuttosto la garanzia di una *Waffengleichheit* delle parti rispetto al provvedimento, e prima ancora rispetto ai poteri del giudice dell’urgenza.

Mettiamo dunque un punto fermo: secondo la Corte Costituzionale, la “disciplina uniforme” non è giustificata dalla identità della struttura, ma dalla identità di funzione tra provvedimenti cautelari conservativi e provvedimenti cautelari anticipatori; ma noi sappiamo che la funzione di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale è comune anche ai procedimenti sommari di urgenza di natura non cautelare.

Abbiamo tutti presente le conclusioni cui la Corte Costituzionale è giunta a proposito del reclamo: le ricordo qui solo perché segnano un problema sul quale dovremo tornare molte volte. Dice la Corte che tra reclamabilità e riproponibilità dell’istanza “non vi è rapporto di equivalenza in termini di garanzia, posto che sul reclamo di cui all’art. 669-terdecies è chiamato a decidere un giudice diverso”... “L’alterità del giudice dell’impugnazione rappresenta, secondo l’ordinamento ma anche secondo il comune sentire, un fattore di maggior garanzia”. Ecco dunque che, dal dibattito sui provvedimenti “cautelari”, fa capolino una problematica più ampia, relativa alle garanzie costituzionali “in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione e di posizione delle parti nell’esercizio dei rispettivi diritti” che sembra possibile riferire a tutta la giurisdizione sommaria di urgenza, cautelare e non.

1.3. Categorie dogmatiche, scelte legislative e principi costituzionali in materia “cautelare”

Sin qui, credo di aver piantato una serie di cunei che dovrebbero aver smosso la certezza che gli “altri provvedimenti cautelari” dell’art. 669-quaterdecies debbano essere individuati con riferimento alla struttura dei procedimenti, anziché alla funzione propria dei provvedimenti stessi; di qui in poi

dovrete avere la pazienza di ascoltare qualche riflessione personale, che mi auguro possa essere utile ad impostare una discussione proficua sull'argomento, qui e negli uffici ai quali tutti ritorneremo.

Molti anni fa, occupandomi delle forme assunte dal diritto costituzionale di difesa all'interno della procedura fallimentare, avevo sostenuto che la garanzia costituzionale del diritto di difesa implica l'attribuzione a ciascuna delle parti del potere di "interloquire, almeno una volta, su tutte le questioni alle quali si estende il potere del giudice di giudicare", in modo che ogni parte possa "efficacemente reagire" rilevando, "dopo la pronunzia del provvedimento" eventuali vizi di legittimità; ed avevo espresso l'opinione che la ricostruzione dei nessi tra potere giurisdizionale e diritto di difesa imponga di identificare la dimensione costituzionale di ogni provvedimento giurisdizionale "con la contemporanea definizione del suo contenuto della sua forma e delle modalità di reazione che sono poste a disposizione delle parti del processo" (20). Spero che scuserete la citazione, che mi consente di riprendere oggi il filo di un ragionamento che mi sembra ancora ben sostenibile.

Vi prego dunque di seguirmi un attimo in una breve digressione sul versante fallimentare, perché l'interesse del processo concorsuale, rispetto al nostro discorso, è che gli organi fallimentari emettono numerosi provvedimenti che vengono denominati "decisori", ma per i quali il vero problema non è tanto che essi "decidono", quanto che essi "incidono" su diritti soggettivi. Come ha felicemente sintetizzato un relatore ad un altro incontro di studio dedicato, proprio qui a Frascati, alle problematiche fallimentari, "vi sono certamente delle situazioni che, pregiudicate nel fallimento, rimangono pregiudicate in via definitiva anche al di fuori e dopo di esso" (21).

Non è questa la sede per affrontare i tanti problemi aperti dai noti ripetuti interventi della Corte Costituzionale in materia di garanzie processuali nel fallimento (22); quello che qui importa rilevare è che proprio la vicenda fallimentare ci dimostra come i problemi analoghi (dal punto di vista costituzionale) alla tutela cautelare del cittadino nella giurisdizione di annullamento contro la P.A. si presentino anche con riferimento a provvedimenti dell'autorità giudiziaria, che possono avere (al di là della struttura processuale propria di ciascun procedimento) effetti concretamente ablativi su singoli diritti. Aggiungo per ora che proprio la relativa indifferenza delle tecniche processuali mi pare costituisce un punto di collegamento anche con il problema della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo (sul quale però cercherò, più avanti, di tornare in modo meno superficiale).

Accanto alla regola generale, secondo cui il legislatore ordinario può disciplinare nelle sue modalità di esercizio il diritto di difesa adeguandolo alle caratteristiche dei singoli procedimenti, mi preme mettere a fuoco un problema che enuncerei così: quando un provvedimento pone a rischio, nel concreto, l'effettività del diritto di cui la parte è portatrice, interviene per la discrezionalità del legislatore un vincolo, nel senso che la parte deve avere a propria disposizione un mezzo di reazione tempestivo, rivolgendo una qualche forma di impugnazione (che preservi il diritto da una possibile lesione, con carattere di immediatezza) ad un giudice altro (questa è la novità più importante dopo la sentenza 253/1994).

Al di sotto delle forme processuali, (questo è il punto) troviamo dunque un problema che attiene non alle forme della tutela, ma alla natura dei diritti. A ben vedere, questa è una sfumatura che differenzia anche l'urgenza propria del cautelare dall'urgenza propria della tutela sommaria: questa differenza mi sembra colta nel modo più sintetico e chiaro da Borré (23), che precisa la prima come "urgenza di evitare che la durata del processo renda inutile la tutela", e la seconda come "urgenza di tutela che appartiene alla sostanza del diritto".

Alla presenza dell'urgenza data dalla natura del diritto corrisponde una urgenza di tutela, che può assumere le forme (usando qui le espressioni nel loro significato processual-civilistico) della tutela sommaria cautelare (24), della tutela sommaria non cautelare (25) o anche di provvedimenti che processualmente devono classificarsi in modo diverso (26). Quale che sia la tecnica processuale, la giurisdizione si muove però, in tutti questi casi, in un'area vincolata dal punto di vista costituzionale, nel senso che il principio di effettività contenuto nell'art. 24 vieta comunque il diritto

controverso possa essere definitivamente pregiudicato, in capo ad una parte, per effetto non dell'esito del processo ma dell'assenza o dell'inadeguatezza dello strumento processuale.

Se è questa l'esigenza (la "crescente domanda di provvedimenti implicanti cognizione sommaria" che richiedono una unificazione degli strumenti con i quali viene assicurata la "funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale") cui il legislatore ha inteso far fronte con la legge 26 novembre 1990 n. 353, questo mi pare anche lo spirito con il quale l'interprete dovrebbe affrontare le questioni poste dell'art. 669-quaterdecies. Ciò può significare che, a proposito della norma che stiamo esaminando, vi è forse necessità di impostare una lettura interpretativa della volontà legislativa, che affianchi (nell'ambito di immediata applicazione del modello unitario) non solo l'urgenza processuale tipica del procedimento cautelare in senso stretto, ma anche l'urgenza di tutela (cautelare solo in senso lato) che discende dalla qualità del diritto, e che contraddistingue la tutela sommaria urgente, allargando dunque sensibilmente l'area dei procedimenti "cautelari" (in questo senso lato) investiti dal lavoro di intarsio richiesto dal filtro di compatibilità.

Non mi nascondo gli inconvenienti che questa impostazione produce in termini di opinabilità interpretativa (e capisco, in questo senso, l'appello di Frus (27) al "canone della semplicità" in materia processuale); tuttavia mi pare di poter controbattere che, se i problemi comportano miglioramenti del livello di effettività specifica della tutela giudiziaria, anche le opinabilità interpretative possono essere un costo accettabile, e forse persino necessario in una situazione del processo civile cui mancano, sopra ogni cosa, proprio iniezioni di effettività.

1.4. Proposte per una scomposizione del modello unitario del processo cautelare

Se arricchiamo nel mondo sinora indicato l'impostazione del nostro problema, l'assunto secondo cui il procedimento cautelare unificato si pone come disciplina di carattere generale può acquistare un significato più convincente (o comunque più denso) per tutti i procedimenti nei quali è insito, in modo diretto, il problema dell'effettività della tutela rispetto al pericolo della tardività del provvedimento ordinario; si tratta, insomma, di leggere il richiamo alla natura "cautelare" dei procedimenti come riferimento ad ogni situazione processuale nella quale un provvedimento giudiziario che incide immediatamente sulla realtà dei rapporti ponga l'effettività del diritto di una delle parti in una situazione di concreto rischio. Le regole dettate dal legislatore disegnerebbero contemporaneamente, in quest'ottica, un livello di garanzie minime necessarie a riportare in equilibrio la posizione delle parti nel processo, ed un modello di procedimento abbreviato.

Il riferimento alla "compatibilità", dunque, avrebbe un doppio contenuto: dal punto di vista processuale indicherebbe la necessità di un confronto tra modelli processuali strutturali, privo di carattere cogente, mentre dal punto di vista costituzionale indicherebbe garanzie minime ("in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione e di posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti") che dovrebbero necessariamente essere introdotte per garantire in modo adeguato la difesa della parte che vede un proprio diritto messo a rischio di svuotamento, sul piano della effettività.

Inteso in questo modo, il tema dell'art. 669-quaterdecies finisce per investire un ripensamento generale degli strumenti che il nostro ordinamento prevede per assicurare alle parti una maggiore effettività di tutela giudiziaria, almeno sotto l'aspetto dei rimedi contro i pericoli di tardività dell'intervento giurisdizionale; ed assume indiretta rilevanza, sotto l'aspetto della "ragionevolezza" del tempo necessario alla decisione, persino in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Se queste riflessioni hanno qualche fondamento, il tema è, dunque, della massima importanza e delicatezza, e non dubito che rispetto a problemi così impegnativi questa mia introduzione non possa che risultare inadeguata; spero però che vorrete considerare sufficiente aver tentato di arricchire l'impostazione del tema che ci occupa.

1.4.1. Norme relative alla struttura provvisoria e strumentale del procedimento cautelare unitario

Parlavo all'inizio di una ghigliottina (la nozione rigorosa di cautelarietà) che rischia di svuotare in gran parte la portata innovativa insita nel nuovo modello di procedimento cautelare; se si varca quella soglia, il centro dell'art. 669-quaterdecies si sposta sulle valutazioni di compatibilità, e diventa assai più acuta la necessità di distinguere, tra le norme contenute tra il 669-bis ed il 669-terdecies, quelle che attengono davvero al rapporto di provvisorietà e strumentalità del provvedimento, e quelle che invece riguardano contraddittorio, posizione delle parti ed obbligo di motivazione (28). La sede propria delle valutazioni in termini di compatibilità è, probabilmente, quella dell'esame puntuale di ogni singolo procedimento (per il quale sia sussistente una natura "cautelare" nel senso ampio sinora illustrato); in linea di prima approssimazione, si può comunque tentare una classificazione generale.

Il nucleo normativo dotato di valenza costituzionale, perché incide sui livelli di effettività della tutela giudiziaria, mi pare costituito dal potere del ricorrente di suscitare la tutela anche ante causam (art. 669-ter), la necessità del contraddittorio ogni volta che esso non rischi di pregiudicare l'attuazione del provvedimento, e comunque sempre dopo la pronuncia di un decreto (669-sexies), i rapporti tra reclamabilità e riproponibilità dell'istanza disattesa che emergono (dopo la sentenza 253/1994 della Corte Costituzionale) dal coordinamento tra art. 669-septies e terdecies, e tutte le norme che disciplinano forme di contrappesi o di attuazione dell'intervento urgente, sottolineando non tanto il nesso, quanto l'autonomia del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito (669-undecies, duodecies e terdecies).

Sembrano invece riconducibili al legame strutturale di strumentalità e provvisorietà rispetto al giudizio di merito l'attribuzione della competenza al giudice del merito (669-quater e quinquies), l'esclusione della condanna alle spese dal provvedimento di accoglimento (669-septies e octies), il regime dell'inefficacia collegato alla disciplina dell'introduzione del giudizio di merito (669-novies), e forse anche il potere di modifica e revoca attribuito al Giudice Istruttore del merito (669-decies).

Su questa base, dovrebbero avere inizio le vere e proprie valutazioni di compatibilità, verificate analiticamente per ogni aspetto processuale: il modo migliore di vagliare il criterio è quello di provare a farne applicazione a qualche procedimento controverso.

2. A proposito di compatibilità: provvedimenti provvisori, conservativi ed anticipatori in materia di famiglia.

Ricordiamo il taglio dell'introduzione, non vi meravigliate certo se terrò in continua correlazione riflessioni sulla natura dei diritti tutelati e verifiche delle forme processuali adottate per i vari interventi. Devo dire che proprio in materia di famiglia questo nesso dà una particolare impressione di irresistibilità, a fronte delle divergenti conclusioni, talvolta davvero poco soddisfacenti, cui si può giungere se, in qualche problema, si dà una rilevanza eccessiva alle forme del processo.

Prendiamo anzitutto il diritto, sostanzialmente alimentare (29), del credito verso il coniuge per concorso negli oneri familiari, in costanza di convivenza matrimoniale, in regime di separazione o anche in caso di divorzio; si tratta, per sua natura, di un diritto per il quale tempestività del soddisfacimento ed effettività sono (si può dire) sinonimi (30); ma la tavolozza degli strumenti processuali che si rinvergono nel codice civile dopo la riforma del diritto di famiglia è incredibilmente variata, dal sequestro conservativo previsto dall'art. 146 per l'ipotesi che uno dei coniugi si sia allontanato dalla residenza familiare (31), al peculiare "sequestro" non cautelare, collocato anche nella sentenza di separazione, che l'art. 156 prevede per l'ipotesi di inadempimento del coniuge separato o separando (32), dall'ordine di versamento diretto all'altro coniuge di "una quota di redditi dell'obbligato" pronunciato, con decreto su istanza di "chiunque vi ha interesse" secondo la previsione dell'art. 148, II, III e IV c. (33) per le spese di mantenimento della prole, alla

corresponsione periodica di “somme di denaro” ordinata ai terzi debitori secondo il VI c. dell’art. 156; per i coniugi che divorziano l’art. 8 della legge 898/1970 prevede analoghi poteri, senza richiedere la verifica dell’inadempienza, ed attribuendo al creditore (insieme al sequestro dei beni del coniuge sino alla concorrenza della metà delle somme dovute) una azione esecutiva diretta nei confronti del terzo per il pagamento dell’assegno.

Rispetto a tutti questi provvedimenti, che hanno già una funzione di garantire o di anticipare il momento di soddisfacimento del diritto rispetto alla definizione del giudizio ordinario, si pone poi il generale potere di adottare i “provvedimenti temporanei ed urgenti” disciplinato dall’art. 708 per le separazioni, e per i divorzi dell’art. 4 della legge 1-12-70 n. 898; sullo sfondo, con carattere ancora più generale, fa riscontro la determinazione provvisoria dell’assegno puramente alimentare disciplinata (chiunque sia il debitore degli alimenti) dall’art. 446 c.c.

Con tutti questi strumenti, il legislatore si preoccupa dunque di rendere effettivo un diritto che potrebbe, in assenza di questi, essere del tutto svuotato di contenuto; ma come spiegare, sul piano dell’uguaglianza di posizione delle parti nel processo, non solo le divergenze di regime (tra sequestro ex art. 146 ed ordine di versamento ex art. 148) che ho esaminato all’inizio del paragrafo 1.2.2., ma anche che il coniuge intimato abbia reclamo contro la determinazione provvisoria dell’assegno alimentare dettata ex art. 446 (34), e non invece contro i provvedimenti con i quali il Presidente del Tribunale determini provvisoriamente l’assegno di mantenimento ai sensi dell’art. 708 (35)? O che un reclamo immediato sia concesso al coniuge sequestrato contro il provvedimento che autorizza il sequestro contro il coniuge allontanato, secondo quanto prevede l’art. 146, ma non contro il provvedimento di sequestro adottato durante o dopo il procedimento di separazione secondo il disposto dell’art. 156 (36)?

Se si adotta una nozione rigorosa di “provvedimento cautelare”, questi problemi (fonti possibili di altrettante questioni di costituzionalità “adeguatrici”) non possono d’altra parte trovare soluzione; se invece – in via puramente interpretativa e per le ragioni esposte sopra – si individua nella nuova disciplina uniforme del procedimento cautelare un livello minimo di garanzia per tutti i provvedimenti che incidono, in concreto, sull’effettività di certi diritti, è possibile poi impostare, con un uso adeguato dal filtro di compatibilità, una serie di soluzioni assai più flessibili, senza per questo snaturare le caratteristiche dell’intervento giurisdizionale in materia.

Considerando infatti tutti i provvedimenti di cui abbiamo discorso sinora come latamente cautelari, si aprirebbe uno spazio modellabile, appunto secondo “compatibilità”, che avvicinerrebbe almeno in parte i poteri processuali di reazione a quelli che, per la determinazione provvisoria dell’art. 446 c.c. (37), la Novella ha introdotto.

Per il sequestro previsto dall’art. 146, III c.c., ormai liberato dalle problematiche che si ponevano per la struttura del giudizio di convalida relativamente ad una condanna in futuro, dovrebbero essere rispettate tutte le regole dettate per il procedimento cautelare unificato. Per i provvedimenti ex art. 148 (privi di legame strumentale rispetto ad un procedimento di merito) rimarrebbe invece esclusa l’applicabilità delle regole dettate dagli artt. 669 da bis a decies sulla competenza (38), e sui regimi di inefficacia, revoca e modifica del provvedimento; si pone però un problema assai delicato per il regime di impugnazione del provvedimento.

Su questo punto aggiungerei ancora due premesse, forse non inutili: la prima è che il principio di parità delle parti affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza 253/1994 richiede che il reclamo, come impugnazione ad un giudice altro, sia a disposizione della parte istante in caso di provvedimento negativo, ma evidentemente anche della parte intimata in caso di provvedimento di accoglimento; la seconda premessa è che, almeno qualche volta, anche per la parte intimata la distrazione dell’art. 148 può incidere in modo assai rilevante sul suo tenore di vita (39). Che l’ordine di distrazione possa essere rivisto, nelle forme dell’opposizione a decreto ingiuntivo, costituisce invece soltanto un modello di procedimento a contraddittorio eventuale e posticipato che non risponde né all’esigenza di una reazione immediata (che per es. contesti l’eccessività del livello di distrazione giudiziale, o magari anche l’inesistenza in radice del diritto: si pensi alle ipotesi di

riconoscimento della paternità naturale (40), né soprattutto all'esigenza costituzionale di intervento, in sede di riesame, di un giudice diverso da quello che ha pronunciato il decreto opposto; una volta individuata la funzione cautelare del procedimento, non mi pare dunque che l'esame di compatibilità ponga ostacoli all'applicabilità del reclamo, contro i provvedimenti adottati ex art. 148, II, III e IV comma, secondo la previsione dell'art. 669-terdecies.

Per il sequestro e la distrazione giudiziale previsti dall'art. 156 i problemi di compatibilità, affrontati in questa chiave, portano a soluzioni in parte comuni ed in parte diverse. È comune all'art. 148 l'estraneità di tutte le norme in materia di competenza (41), di rapporto con il giudizio principale, e di modifica e revoca, che trovano nel codice civile una disciplina già compiuta; ma il discorso sui rimedi muta, poiché la competenza appartiene al collegio, e il provvedimento che può essere contenuto, per quanto attiene alla forma, in un'ordinanza collegiale, pronunciata in camera di consiglio, o anche nella sentenza di separazione (42). Sul versante dei rimedi, la giurisprudenza ha già ritenuto che il provvedimento di sequestro adottato dal Tribunale possa essere revocato, ricorrendo "giusti motivi", ad opera del giudice di appello (43): e questo fornisce già alla parte intimata una buona possibilità di reazione, quando il provvedimento viene introdotto nella sentenza. Resta il problema della reclamabilità del provvedimento di sequestro o di distrazione giudiziale adottato con provvedimento camerale, rispetto al quale però il reclamo disciplinato dall'art. 739 c.p.c. può dare risposte adeguate anche sotto l'aspetto della diversità del giudice di impugnazione (44). Ecco dunque un caso in cui, senza forzature e difficili discussioni sul concetto di procedimento cautelare (45), anche solo il filtro di compatibilità è sufficiente a risolvere, in modo completo e in senso negativo, i problemi di coordinamento tra la disciplina originaria e gli strumenti introdotti dal legislatore nella Novella.

Ho lasciato per ultimo il tema, strettamente processuale, dei provvedimenti provvisori riguardanti coniugi e prole, che possono essere adottati in situazioni di separazione o divorzio secondo le previsioni contenute negli artt. 708 e 710 u.c. (nella modifica operata dalla legge 29 luglio 1988, n. 331), 189 disp. att. c.p.c. e nell'art. 4 della legge 1-12-1970, n. 898, come modificato dalla legge 6 marzo 1987, n. 74.

In linea logica, dovrebbe essere affrontato per primo l'argomento testuale consistente nella mancanza, accanto alle parole "codice civile" e "leggi speciali", di un riferimento ai procedimenti cautelari previsti nel codice di procedura civile: ma confesso che, in un ragionamento impostato in termini di effettività costituzionale della tutela dei diritti mi pare difficile poter dare a questa assenza un significato decisivo, perché persino se si fosse trattata di una scelta (incomprensibile, pur se consapevole) del legislatore, rimarrebbero problemi evidenti di ripristino del principio di uguaglianza, che dovrebbero comunque orientare gli interpreti verso l'interpretazione più possibilista (46). Se, come sostengo, la disciplina unificata del procedimento cautelare contiene livelli minimi di garanzia, per qualche aspetto costituzionalmente vincolati, non vedo insomma come il silenzio del legislatore potrebbe esonerare alcuni procedimenti da questa verifica.

Che questi procedimenti non abbiano natura cautelare nel senso rigoroso proposto dalla dottrina processualista è indubitabile, visto che la provvisorietà dei provvedimenti è esclusa dall'art. 189 disp. att. c.p.c. che ne sancisce esplicitamente la sopravvivenza all'estinzione del procedimento; sebbene le prime risposte giurisprudenziali si siano tutte allineate in senso negativo (47), però, questo non è sufficiente (secondo quanto ho cercato sinora di argomentare) ad escludere l'applicabilità di quelle norme che, nel rito cautelare uniforme, regolano gli aspetti funzionali del procedimento, cioè (come ha precisato la Corte Cost. 253/1994, "contraddittorio, obbligo di motivazione e posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti". Per alcune delle previsioni che disciplinano il procedimento cautelare uniforme (48) è dunque corretto affrontare anche i problemi che si pongono in termini di compatibilità con le caratteristiche dei singoli procedimenti in esame.

Per quanto attiene al contraddittorio, mi sembra da escludere la possibilità di anticipare la pronuncia del provvedimento provvisorio anche ante causam, poiché la scelta legislativa di introdurre, con

l'unica domanda dell'art. 706, il giudizio di separazione con una necessaria fase anticipatoria appare dettato da una esigenza di serietà dell'iniziativa, non compatibile con la generale previsione dell'art. 669-ter (49). È vero che in materia vi possono essere situazioni di urgenza pressante, di cui è una spia la soluzione talvolta positiva adottata in sede di merito a proposito della possibilità di un ricorso ex art. 700 in materia (50); ma ammettere una richiesta di urgenza in materia di separazione o divorzio, senza che il coniuge proponente debba contemporaneamente assumere la responsabilità della domanda di merito relativa al rapporto matrimoniale, è certo cosa diversa dal prevederne la contestualità: e non direi che scelte di questo genere spettino all'interprete, cui il legislatore chiede (appunto) un onesto giudizio di compatibilità tra le varie previsioni.

Mi chiedo piuttosto se, nelle ipotesi di legittimo impedimento del coniuge a comparire all'udienza presidenziale, la previsione di un'udienza di "conferma, modifica o revoca" dei provvedimenti già adottati (art. 669-sexies) non possa agevolare un ripensamento sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui in tale ipotesi "il Presidente del Tribunale non è tenuto a fissare un nuovo giorno per la comparizione, quando ritenga che ciò sia incompatibile con l'urgenza dei provvedimenti provvisori da adottare" (51).

Per quanto riguarda la "posizione delle parti", restano i problemi che discendono dagli artt. 669-duodecies (attuazione) e terdecies (reclamo); nell'affrontarli, ritengo però necessario ritornare all'impegno (da cui tutto il mio discorso è partito) di una riflessione coordinata sulle disposizioni processuali e di sulla natura dei diritti sostanziali che vi vengono tutelati. Da questo punto di vista, le norme processuali che ora esaminiamo presentano la caratteristica di poter contenere provvedimenti a contenuto assai disomogeneo (52), secondo che essi riguardino i rapporti patrimoniali tra i coniugi oppure i loro rapporti con i figli. La disomogeneità è giuridica, perché nel primo caso le parti del processo discutono di diritti patrimoniali di natura latamente alimentare, mentre nel secondo caso il provvedimento provvisorio viene a incidere sulla potestà genitoriale, cioè su un "diritto vincolato negli obiettivi" (53) per il quale l'intervento del giudice non è vincolato né al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, né al principio dispositivo, dovendo invece realizzare il preminente "interesse morale e materiale" della prole (54), eventualmente anche con affidamenti a terze persone o istituti (155, 6° c.).

Da questa disomogeneità mi pare che debbano discendere precise conseguenze. Per i provvedimenti di tipo patrimoniale, par davvero difficile negare che i coniugi si trovino, nella fase provvisoria, in una posizione processuale del tutto identica a quelle già esaminate prima, con riferimento agli artt. 446, 146 e 148: il diritto in questione può, per sua natura, essere svuotato da un provvedimento che non ne dia adeguata soddisfazione, il reclamo immediato ex art. 669-terdecies ha caratteristiche di immediatezza e contestualità tali da garantire nel modo migliore questa dimensione di effettività, ed insomma non vedo ostacoli di compatibilità che impediscano l'applicabilità del rimedio alle caratteristiche dei provvedimenti provvisori dell'art. 708 e dell'art. 4 legge divorzio (55). Aggiungo che, (se non si ritenesse accoglibile la ricostruzione che qui sostengo), in una situazione di pacifica reclamabilità alla Corte d'Appello (sia pure secondo il diverso rito camerale) dei provvedimenti camerali provvisori previsti dall'art. 710, u.c., il sostenere la mancanza di ogni rimedio immediato contro il provvedimento presidenziale provvisorio, motivandola con la agevole modificabilità dello stesso da parte del Giudice Istruttore, costringerebbe certamente gli interpreti a misurarsi con le osservazioni della Corte Costituzionale sulla diversità, "in termini di garanzia", tra la riproposizione dell'istanza e l'impugnazione davanti ad un "giudice diverso".

Il discorso mi pare assai diverso per quanto riguarda, invece, i provvedimenti provvisori sulla prole. Nessuno nega, sia beninteso, che la potestà genitoriale corrisponda ad un autentico diritto soggettivo (56): ma certo è uno di quei "diritti" per i quali si preferisce usare espressioni come status, officium, munus, al fine di ricordarne sempre la forte caratterizzazione in termini di doverosità. Se dunque se ne deve esaminare la dimensione dell'effettività, per individuare un limite sotto al quale il diritto cessa di esser tale, il discorso si fa complesso, e tale da suscitare forti dubbi in ordine alla possibilità che ciascun genitore si trovi, con riferimento ai provvedimenti provvisori sulla prole adottati ex art.

708, nella situazione del titolare di un diritto che venga minacciato nella sua effettività. Sia perché il rapporto tra genitore e figlio non si risolve nella coppia diritti-obblighi, sia perché esso permane comunque qualsiasi sia il contenuto del provvedimento provvisorio di affidamento, non sembra dunque che la reclamabilità immediata dei provvedimenti sulla prole possa superare il filtro di compatibilità che la legge impone.

D'altra parte, la peculiarità dei provvedimenti sull'affidamento della prole ha sempre messo a dura prova gli schemi processuali, portando a dubitare (per esempio) della proponibilità del regolamento di competenza contro l'ordinanza presidenziale (57) ed introducendo in varie pronunzie elementi di flessibilità certo non consueti (58). E a proposito di flessibilità vorrei osservare, per chiudere l'argomento, che proprio l'indagine appena compiuta in tema di provvedimenti presidenziali dimostra almeno una cosa: rispetto al criterio della "natura cautelare" la verifica condotta invece in termini di compatibilità consente un raffronto assai più articolato e meno schematico tra i procedimenti, e risultati che possono adattarsi meglio alle esigenze di tutela dell'effettività di ogni diritto. Per questo ho parlato, all'inizio, della "cautelarità" come ghigliottina, e della "compatibilità" come setaccio: la conclusione appena esposta in materia di provvedimenti presidenziali provvisori, che riserva la reclamabilità solo ad alcuni di essi, distinguendone il contenuto ed escludendola per i provvedimenti sulla prole, mi pare una significativa conferma della differente calibratura dei due criteri.

3. I provvedimenti (art. 648 e 649) sulla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo in sede di opposizione.

3.1. La sospensione della provvisoria esecutorietà ex art. 649

Riprenderò, per questo terzo ed ultimo turno di discussione, lo spunto, prima appena accennato, che riguarda una possibile natura "cautelare" dei provvedimenti di provvisoria esecuzione di decreti ingiuntivi concessi in fase di opposizione, per completezza e simmetria, inizierò però dal ricordare che, a proposito della natura cautelare dell'ordinanza di sospensione (59) della provvisoria esecuzione eventualmente disposta con l'emissione del decreto, sono stati sinora espressi dubbi (e formulate conclusioni negative) tanto in dottrina (60) che in giurisprudenza (61).

Il problema, tuttavia, ha contorni tutt'altro che netti, perché qui il rapporto strutturale di strumentalità rispetto alla decisione di merito sussiste certamente (62), visto che il contenuto dell'ordinanza di sospensione è appunto quello di preservare le ragioni dell'opponente sino alla decisione, con caratteri di provvisoria che destinano il provvedimento a cedere, in caso di estinzione dell'opposizione, al disposto dell'art. 653. Quella che, nella specie, mi sembra invece più dubbia è la funzione del provvedimento, ed il suo collegamento con un pericolo di pregiudizio, sul piano dell'effettività, per il diritto dedotto in causa dall'opponente: la nozione dei "gravi motivi" che legittimano la sospensione, infatti, può certamente ricomprendere ipotesi giocate sul piano del pregiudizio per l'effettività del diritto, ma può anche più semplicemente riguardare una prognosi prudenziale sulle ragioni rispettivamente sostenute, e rientrare così in una generica area di buon governo del processo, non necessariamente legata a problemi di effettività di tutela (63). Si potrebbe dire, insomma, che valutare come "grave motivo" di sospensione la presenza di una situazione di periculum per l'opponente non implica affatto che debbano essere respinte le istanze di sospensione ogni volta che il periculum manchi; per ora mi fermerei dunque a questa constatazione, che sul piano funzionale la natura cautelare del provvedimento di sospensione è possibile, ma non è tipicamente richiesta dallo schema legislativo. Poiché, come vedremo, un problema (diciamo così) di cautelarità eventuale" si pone anche per il provvedimento di concessione della provvisoria esecutorietà, sospenderei per ora la conclusione e passerei a considerare i problemi relativi all'art. 648.

3.2. L'ordinanza di provvisoria esecutorietà ex art. 648

3.2.1. L'ordinanza Corte Cost. 25 maggio 1989, n. 295

Quanto al provvedimento previsto dall'art. 648, confesso che il motivo di interesse che mi ha indotto ad includerlo in questa nostra discussione è soprattutto teorico (per quanto il tema abbia una rilevanza pratica assolutamente evidente), perché a me sembra che proprio questo argomento renda particolarmente evidente la diversità di prospettiva tra un'ottica di tipo sistematico-processualistica ed un'ottica di tipo costituzionale.

Con questa diversità di prospettiva abbiamo avuto a che fare anche prima, in generale quando abbiamo esaminato il significato della parola "cautelare" e più in particolare quando abbiamo confrontato le varie tecniche processuali con le quali, in materia di famiglia, il legislatore dà attuazione ad una comune esigenza di effettività di tutela. Ma in materia di provvisoria esecutorietà dei decreti ingiuntivi, queste diversità di prospettiva sono emerse, con clamorosa evidenza, quando la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità che il pretore di La Spezia aveva sollevato, rilevando che l'art. 648 non prevede, per il giudice richiesto della clausola di provvisoria esecutorietà, alcun giudizio sulla sussistenza di un *periculum in mora* (64). È accaduto, infatti, che la Corte Costituzionale abbia dichiarato la questione manifestamente infondata perché il giudizio su *fumus boni juris* e su *periculum in mora* "reciprocamente si influiscono"; e che parte della dottrina abbia severamente commentato (65) l'erroneità dell'impostazione, che aveva consentito alla Corte Costituzionale di includere il provvedimento di provvisoria esecuzione tra le misure "aventi (anche) natura cautelare". Ma la cosa più interessante è che uno degli stessi autori che hanno espresso, dal punto di vista sistematico, un dissenso netto ed argomentato, ha poi assunto una posizione dubitativa quando si è prospettato possibili questioni di legittimità costituzionale della normativa (66).

Una volta di più, a me pare soprattutto questione di punti di vista. Dal punto di vista della dogmatica processuale, è vero anzitutto il provvedimento del Giudice Istruttore che concede la provvisoria esecutorietà di un decreto opposto non si limita ad aggiungere l'effetto esecutivo ad un provvedimento di cognizione sommaria esaurito in se stesso (decreto ingiuntivo), ma sovrappone al provvedimento sommario una nuova valutazione o delle mancate contestazioni o delle prove dei fatti costitutivi, e della qualità delle eccezioni sollevate dall'opponente; per cui mi pare del tutto giustificato inquadrare il provvedimento nella categoria delle condanne con riserva delle eccezioni, e sottolineare la mancanza di un legame di strumentalità di tale provvedimento rispetto al giudizio di opposizione (67). Sin qui discorriamo sul piano della struttura dei procedimenti, ed abbiamo visto sopra come questo piano di discussione possa essere insufficiente al fine di valutare la natura "cautelare", ma in senso lato, di un provvedimento; il fatto è che, anche quando si passa ad esaminare la funzione della provvisoria esecutorietà, è difficile contestare che esso sia diretto "non tanto a soddisfare bisogni di tutela urgente... (omissis)... quanto solo ad evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto" (68).

In questo caso, dunque, neppure la nozione più lata giustifica una classificazione del provvedimento ora in esame nella categoria dei provvedimenti cautelari; ma ciò non coglie che la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto "in concreto" può essere utilizzato "per soddisfare bisogni di tutela urgente" (69).

Ma questo è esattamente quello che ha segnalato la Corte Costituzionale, che nella dimensione "concreta" della tutela giudiziaria deve pur occuparsi, pur assicurare una verifica sui livelli di effettività dei diritti costituzionali di azione e difesa; ed è proprio nella concretezza delle situazioni esaminate dai giudici di merito (70) che il tema del *periculum in mora* (segnalato, d'altra parte, dallo stesso legislatore con il riferimento nel capoverso dell'art. 642 alla possibilità di "grave pregiudizio nel ritardo") ha avuto singoli momenti di emersione.

In altre parole, non vedo tra le tesi che sono state sinora sostenute alcuna contraddizione necessaria. È vero, in linea generale, che lo schema processuale del provvedimento in esame non include tra le proprie linee essenziali un riferimento a situazioni di pericolo; ma ciò non toglie che la possibilità di emettere il provvedimento è affidata ad una prudente e discrezionale valutazione del giudice, e che questi nel pronunciare viene talvolta sollecitato dalle parti a considerare anche aspetti che potrebbero avere rilevanza ai fini di un provvedimento cautelare, come il “pericolo che l’opponente non sia in grado di conseguire la restituzione di quanto non fosse in realtà debitore” (71), ma anche che dal ritardato adempimento il creditore possa ricevere un consistente pregiudizio.

Sino a qui, non vedrei alcun particolare problema. Proprio la dottrina sottolinea, del resto, che un simile schema processuale è comune ad altre ipotesi di condanna con riserva, per le quali il legislatore ritiene necessario lasciare al giudice un certo spazio di discrezionalità non totalmente definita, che inevitabilmente finisce per includere anche valutazioni, di rilevanza costituzionale, attorno alla dimensione di effettività dei diritti controversi, che anche la Corte Costituzionale ha sempre incoraggiato (72). D’altra parte, concedere un provvedimento di provvisoria esecutorietà in presenza di una situazione di pericolo non significa necessariamente non concederlo quando questa situazione è assente. Lo spazio di discrezionalità, esercitato anche sulla dimensione dell’effettività del diritto di ciascuna delle parti, non è una novità e non dovrebbe preoccupare troppo, anche se complica un poco i discorsi sulla classificazione dei provvedimenti. I problemi veri, mi sembra, iniziano invece proprio se si ragiona sul reclamo ex art. 669-quaterdecies.

3.2.2. Spazi interpretativi e questioni di costituzionalità

Mentre, infatti, proprio l’esistenza di uno spazio di valutazione discrezionale del Giudice Istruttore può costituire un involucro elastico, nel quale valutazioni in termini di effettività dei diritti possono trovare accoglienza in modi che possono essere adeguati, quanto al risultato, anche se poco disciplinati nei loro aspetti formali (perché lo schema legislativo non le prevede), è più difficile precisare quale tutela possa oggi pretendere una parte, che ritenga compromessa l’effettività del proprio diritto a causa della decisione sull’istanza di concessione della provvisoria esecutorietà, o anche a seguito della decisione sull’istanza di sospensione degli effetti della clausola già concessa.

Poiché abbiamo visto che, in entrambi i casi, la dimensione della effettività del diritto può essere presente in concreto, ma non è esplicitamente prevista, io francamente dubito che al problema dell’applicabilità del reclamo cautelare possa dare risposta l’interprete, perché nello schema legislativo il profilo del periculum è, come si è visto, un elemento accidentale, puramente eventuale, della decisione, la cui funzione “naturale” (ma forse sarebbe meglio dire “necessaria”) non rientra nella categoria cautelare, neppure latamente intesa. Allo stato della normativa, mi paiono dunque corrette le decisioni che hanno ritenuto non applicabile il reclamo cautelare ai provvedimenti qui in esame (73).

Per quanto riguarda una possibile questione di costituzionalità, non mi sentirei invece di escludere, in presenza di adeguate caratteristiche della fattispecie, la proponibilità di una questione di costituzionalità parziale, limitata dunque alla mancata previsione di un reclamo immediato, a giudice diverso, contro un provvedimento relativo alla concessione della provvisoria esecutorietà, o alla sospensione della clausola, nell’ipotesi in cui tale provvedimento possa, per la natura del diritto o per i tempi o per altre circostanze, concretamente pregiudicare il diritto controverso, nella sua dimensione di effettività; come per tutte le questioni di questo tipo, se ne discuterà meglio quando si presenterà il caso.

Chiuderò con due riflessioni finali. La prima è che, anche per i provvedimenti in tema di provvisoria esecutorietà dei decreti ingiuntivi, ragionare in termini di funzione ci ha consentito (come era già avvenuto in materia di famiglia) di proporre agevolmente una soluzione omogenea; ragionando sulla struttura dei singoli procedimenti, i risultati e gli argomenti si divaricano invece

pericolosamente, ed a me questo pare una buona conferma della preferibilità dell'approccio che ho qui proposto.

La seconda osservazione è che il dubbio di costituzionalità che ho prospettato investirebbe la mancata previsione, nell'art. 669-quaterdecies, del reclamo disciplinato dall'art. 669-terdecies nelle ipotesi in cui l'effettività della tutela di un diritto possa essere pregiudicata (senza disponibilità di un rimedio immediato rivolto ad un giudice altro) non solo da un provvedimento classificabile nella categoria delle condanne anticipate, ma anche da provvedimenti che diano comunque luogo ad esecuzione forzata (anticipata o meno), o che al contrario ne inibiscano la praticabilità, con valutazioni che includano la dimensione dell'effettività e del periculum. Il discorso, a questo punto, dovrebbe riaprirsi a ventaglio, con l'esame puntuale, provvedimento per provvedimento, di una serie non piccola di previsioni: ma questo equivale a dire che, alla fine di questa tappa non breve sui problemi che derivano dall'art. 669-quaterdecies e dall'intervento della Corte Costituzionale, mi trovo costretto a consegnarvi, in luogo di una conclusione, il testimone per un viaggio di cui non sembra ancora in vista la fine.

(72) Sull'argomento Scarselli, op. cit., 1381, nota (39), il quale ricorda le pronunce di Corte Cost. 12-11-1974 n. 256, in Foro it., 1974, I, 3261, sulla condanna con riserva ex art. 1462; Corte Cost. 27 giugno 1973 n. 94, in Foro it., 1973, I, 2012 sull'art. 665 c.p.c.; Corte Cost. 21 marzo 1969, n. 37, in Foro it., I, 781, sull'art. 4 l. 607/1966 in materia di enfiteusi. D'altra parte vorrei osservare che, sempre per stare alla concretezza, i confini tra azione cautelare e azione esecutiva, astrattamente inconfondibili, nella realtà non sono più così rilevanti, da quando nell'esecuzione coattiva il momento della vendita costituisce il punto critico, per entrambe le parti ma anzitutto per il creditore, che deve sempre più spesso affidarsi ad altri meccanismi indiretti per realizzare il proprio credito: sicché ciò che resta davvero, dei provvedimenti che consentono l'esecuzione anticipata rispetto al giudizio di cognizione, è in fondo il vincolo di indisponibilità, esattamente come nei sequestri. Un certo avvicinamento di valutazioni è dunque ben spiegabile.