

INTRODUZIONE

Come tutti sanno, l'istituto dell'anticipazione della tutela ha rappresentato una delle grandi svolte in termini di adeguatezza, effettività e tempestività della tutela giurisdizionale nel diritto brasiliano. A partire dal momento in cui i processualisti si sono resi conto della necessità di dare il giusto peso alla durata del processo, in relazione alle esigenze di tutela del diritto sostanziale dedotto in giudizio, la giustizia civile ha potuto contare su di uno strumento di straordinaria importanza per la tutela effettiva dei diritti.

È sempre difficile scrivere una monografia su un argomento così diffusamente trattato. La difficoltà aumenta ulteriormente quando la bibliografia di cui si dispone è di livello eccellente, come sono molte delle opere scritte sul nostro tema. È opportuno aggiungere qualcosa di nuovo al dibattito, altrimenti lo sforzo non sarebbe pienamente giustificabile di fronte alla comunità accademica e professionale. Il nostro obiettivo è quello di contribuire alla discussione sul tema in modo che lo si possa comprendere poggiando su basi concettuali adeguate e, da esse, creare le condizioni affinché se ne possa trarre una migliore utilità pratica.

A tal fine, abbiamo strutturato il nostro lavoro in tre parti.

In un primo momento, analizzeremo *il profilo concettuale* dell'anticipazione della tutela. Una delle nostre idee cardine è che la tutela cautelare sia una tutela definitiva del diritto. Non si tratta di un provvedimento provvisorio, né, tanto meno, di un provvedimento temporaneo. Ciò posto, è possibile anticipare sia la tutela satisfattiva, sia la tutela cautelare mediante la tecnica anticipatoria. L'anticipazione della tutela diviene uno strumento in grado di rendere possibile, in via provvisoria, sia l'attuazione del diritto, sia la sua semplice cautela. Così come c'è un diritto alla tutela del diritto, allo stesso modo vi è un diritto alla tutela cautelare del diritto. La tecnica anticipatoria appare, così, come un mezzo in grado di distribuire in maniera isonomica l'onere che il tempo rappresenta nel processo. Prendendo le mosse dal fondamento costituzionale del diritto alla tecnica anticipatoria, che ha come base il diritto alla tutela adeguata dei diritti, giungeremo, pertanto, a collocarla nell'ambito del diritto fondamentale a un processo giusto. In questo capitolo, inoltre, faremo una breve incursione nel diritto comparato e nella storia del processo civile brasiliano, finalizzata alla comprensione dell'anticipazione della tutela nel quadro più ampio offerto da questi punti di vista.

In secondo luogo, affronteremo *il profilo strutturale* dell'anticipazione della

tutela. Delineato il concetto di anticipazione della tutela, esamineremo gli elementi che lo sorreggono: la necessità di domanda della parte, il problema della cognizione del giudice, il concetto di probabilità, la provvisorietà, il contraddittorio, il procedimento e l'irreversibilità del provvedimento occupano così questa seconda parte del lavoro.

Infine, in un terzo momento, analizzeremo l'anticipazione della tutela sotto il *profilo funzionale*. Cercheremo, in questa sezione, di esporre i fondamenti della tecnica anticipatoria, la sua compatibilità con i procedimenti istituiti per la tutela dei diritti, la motivazione della decisione, la sua attuazione, la possibilità di controllo del potere di esecuzione del giudice, la responsabilità per l'utilizzo indebito dell'anticipazione della tutela, la fungibilità tra tutela satisfattiva e tutela cautelare e l'anticipazione della tutela di fronte al Potere Pubblico.

Ciò che anima il nostro lavoro è la consapevolezza che nessun ordinamento giuridico può essere degno di questo nome se non realizza i diritti da esso proclamati. Poco vale un diritto se non esistono tecniche processuali idonee alla sua effettiva realizzazione. Da qui l'importanza fondamentale dello studio della tecnica anticipatoria: se si prescinde da essa, non solo il *diritto della parte* corre molte volte il rischio di andare perduto, ma anche l'*impero del diritto* che alimenta e costituisce uno dei fondamenti dello Stato Costituzionale è esposto al serio rischio di vedersi oscurato da atti di forza esercitati arbitrariamente fuori dal riparo della sua normatività. Il diritto è una posizione giuridicamente tutelabile. Se il processo fallisce il suo compito di protezione dei diritti, poco di tutto ciò può essere riconosciuto. È per questa ragione che avere il diritto di azione, nello Stato Costituzionale, significa avere diritto al processo giusto e, in particolare, diritto alle misure anticipatorie ed esecutive necessarie per dare adeguatezza, effettività e tempestività alla tutela giurisdizionale. Senza anticipazione della tutela, in definitiva, difficilmente il processo potrà dare alla parte tutto quello e proprio quello a cui essa ha diritto sul piano sostanziale.

PARTE I

PROFILO CONCETTUALE.
DALLA TUTELA CAUTELARE
ALLA TECNICA ANTICIPATORIA

SOMMARIO: 1. La tutela sommaria come tutela cautelare. La tutela cautelare come forma di protezione provvisoria del processo e come mezzo di neutralizzazione del tempo contro il *periculum in mora*. Il processo cautelare come *tertium genus*. L'aspetto strutturale. – 1.1. La tutela cautelare come anticipazione dell'esecuzione forzata (*antizipierten Zwangsvollstreckung*). – 1.2. L'azione cautelare come *azione assicurativa*. L'azione cautelare come mera azione, come diritto dello Stato e la giurisdizione come attuazione della volontà concreta della legge. – 1.3. Il provvedimento cautelare come provvedimento provvisorio e strumentale. La tutela cautelare come polizia del processo. – 1.4. Il processo cautelare come *tertium genus*. – 2. La tutela sommaria come tutela d'urgenza. Separazione tra tutela cautelare e tutela anticipata. La tutela cautelare come protezione preventiva e temporanea del diritto apparente contro il pericolo di danno irreparabile o di difficile riparazione. La tutela anticipata come protezione provvisoria al diritto apparente contro il *periculum in mora*. L'aspetto funzionale. – 3. La tutela sommaria come tutela adeguata ed effettiva. L'anticipazione della tutela come mezzo di distribuzione isonomica dell'onere del tempo nel processo. La tutela anticipata definita a prescindere dall'urgenza. Ancora l'aspetto funzionale. – 4. La tutela sommaria come tecnica anticipatoria. La tecnica anticipatoria, la tutela giurisdizionale e la tutela dei diritti. La necessità di organizzazione e comprensione del processo a partire dal diritto sostanziale. Il concetto di anticipazione. Distinzioni tra tecnica anticipatoria, tecnica monitoria e titoli esecutivi stragiudiziali. La necessità di coniugare gli aspetti strutturale, funzionale e cronologico. – 5. Il diritto alla tecnica anticipatoria come concretizzazione del diritto fondamentale al processo giusto. Lo Stato costituzionale, il diritto fondamentale alla tutela adeguata, effettiva e tempestiva dei diritti e la tecnica anticipatoria atipica. – 6. La circolazione dei modelli di tutela giurisdizionale dei diritti. La tecnica anticipatoria nella prospettiva del diritto comparato. La tradizione romano-canonica. La tradizione di *common law*. Il diritto processuale civile dell'America del Sud. – 7. La tecnica anticipatoria nel diritto brasiliano. Dal Regolamento n. 737, del 1850, al Codice Riformato.

L'inizio dello studio dell'anticipazione della tutela, intesa come la *tecnica* diretta ad anticipare in forma *provvisoria* mediante *cognizione sommaria* la *tutela giurisdizionale del diritto* della parte al fine della *distribuzione isonomica dell'onere del tempo nel processo*, deve partire dalla teoria della tutela cautelare. E ciò per una ragione semplice: per molto tempo la dottrina non ha colto l'autonomia concettuale della tecnica anticipatoria e l'ha teorizzata, impropriamente, solo in termini di *azione*, *provvedimento* o *processo* cautelare. Anche quando, in

seguito, la dottrina ha incominciato a distinguere la *tutela cautelare* dall'*anticipazione della tutela* – un passo, questo, di fondamentale importanza – la distinzione fu realizzata in modo incompleto, insufficiente per identificare e sistematizzare il concetto nella sua pienezza. Pertanto, la teoria della tutela cautelare costituisce senz'altro il punto di partenza per l'effettiva comprensione della tecnica anticipatoria.

Ciò nonostante, è opportuno precisare immediatamente che non si può confondere la tecnica anticipatoria con la tutela cautelare. La prima si sostanzia essenzialmente in una *inversione procedimentale* e costituisce una *tecnica processuale*, è un *mezzo* per la realizzazione di un *fine*. La seconda è *uno dei possibili fini* risultanti dall'impiego del mezzo – è una specie della *tutela giurisdizionale del diritto*. Per dirlo più chiaramente, l'*anticipazione della tutela* è solo una tecnica processuale volta alla concessione della *tutela satisfattiva* o della *tutela cautelare* dei diritti. La tecnica anticipatoria è il mezzo che permette l'anticipazione della tutela giurisdizionale dei diritti. *L'anticipazione è il mezzo che mira a ottenere il fine della tutela giurisdizionale del diritto.*

Il tema, gravido di punti notoriamente controversi¹, è riconosciuto come uno dei più complessi e intricati della dogmatica del diritto processuale civile. Si tratta indiscutibilmente di un'"ardua tematica"². Per comprenderlo in tutta la sua estensione, è essenziale collocarlo in una prospettiva storica e sottoporlo a una ricostruzione concettuale critica. Benché sia chiaro che ancora oggi, il grande riferimento teorico-sistematico sul tema è la classica *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, pubblicata nel 1936 da Piero CALAMANDREI³, è certo che la sua adeguata comprensione non può prescindere né dall'analisi delle origini della tutela cautelare come anticipazione dell'esecuzione forzata, né dalla teorizzazione di Giuseppe CHIOVENDA rispetto all'azione conservativa come figura generale volta alla protezione del processo e dell'attività statale e neppure dalla considerazione del processo cautelare come *tertium genus* – e, è chiaro, tanto meno dall'ambiente culturale in cui simili concetti furono proposti⁴. *Senza di questo, saremmo condannati a ripetere in modo acritico e senza l'im-*

¹ BAPTISTA DA SILVA, *Do processo cautelar*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 10.

² MARINONI, *Tutela inibitória*, 2ª ed., São Paulo, 2000, p. 192.

³ Osserva in proposito PROTO PISANI che "la mirabile *Introduzione del 1936*" rappresenta "tutt'oggi lo studio sistematico di maggior valore in tema di tutela cautelare" (*Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 30). Nella medesima linea, TARZIA, che afferma che "si può ben dire che la sistemazione di Calamandrei, salvo per alcuni (ma non trascurabili) aspetti, sia ancora oggi dominante" (*La tutela cautelare*, in TARZIA-SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, 3ª ed., Padova, 2008, p. XXIV. In questo senso anche CAPONI, *Piero Calamandrei e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1250-1253.

⁴ Il compito della ricostruzione storico-dogmatica è, così, quello di consentire un'"adeguata verifica culturale" dei concetti accolti nella legislazione e adoperati dalla dottrina, spesso receipti

prescindibile filtro, imposto dalla necessità di corrispondenza tra le costruzioni giuridiche e la realtà sociale, concetti i cui presupposti teorici risultano totalmente superati per la nostra cultura.

1. *La tutela sommaria come tutela cautelare. La tutela cautelare come forma di protezione provvisoria del processo e come mezzo di neutralizzazione del tempo contro il periculum in mora. Il processo cautelare come tertium genus. L'aspetto strutturale*

Per moltissimo tempo, la dottrina ha relegato tutta la tutela sommaria tra i confini della tutela cautelare – fino a giungere all'affermazione, da parte della dottrina classica, secondo cui ogni tutela cautelare avrebbe avuto natura anticipatoria⁵, ogni esecuzione fondata su una cognizione non definitiva sarebbe stata cautelare⁶ e qualsiasi decisione assunta prima della costituzione del convenuto (*liminar*) avrebbe avuto natura cautelare⁷. Con ciò, si circoscrivono i giudizi a cognizione sommaria e la tecnica anticipatoria nell'ambito della teoria della tutela cautelare, accentuando così l'aspetto *strutturale* del tema. Si tratta, tuttavia, di un'impresione teorica con profonde radici nella storiografia concettuale del diritto processuale civile e dalla quale gran parte della processualistica contemporanea ancora non è riuscita a svincolarsi. Perché si possa valutare in modo adeguato il problema e superare gli equivoci ancora oggi alimentati da buona parte della dottrina, occorre ritornare alle sue origini concettuali affinché si possa così, successivamente, ricostruirlo in maniera appropriata.

1.1. *La tutela cautelare come anticipazione dell'esecuzione forzata (antizipierten Zwangsvollstreckung)*

La tutela cautelare fu inizialmente concepita come forma di protezione giu-

in forma acritica (GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, 2^a ed., Milano, 2005, p. 3), senza la necessaria coerenza sociale. In altre parole, è necessario che “*la ricerca dogmatica acquisti consapevolezza storica*” (ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in ID., *Problemi di diritto*, Milano, 1957, vol. III, pp. 41-42) – al contrario, correremmo il serio rischio di diventare docilmente *schlaven des potens* (BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 2^a ed., São Paulo, 1997, p. 219), senza alcun coinvolgimento nelle esigenze della società in cui ci troviamo. Sulla stessa linea anche JOBIM, *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*, Porto Alegre, 2011, p. 49.

⁵ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 60.

⁶ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 225; GRUNSKY, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *Juristische Schulung – Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 1976, p. 277.

⁷ LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7^a ed., Rio de Janeiro, 1998, vol. VIII, tomo I. p. 53

ridica pertinente solo all'ambito dell'esecuzione forzata. La dottrina la considerava come anticipazione dell'esecuzione forzata (*antizipierten Zwangsvollstreckung*)⁸ – come prima fase di un'attuazione graduale del diritto (*ein erstes Stadium einer punktuellen Rechtsverwirklichung dar*)⁹. Questo stesso modo di pensare è, inoltre, presupposto dalla *Zivilprozessordnung* tedesca, del 1877, quando tratta del sequestro (*Arrest*) e del provvedimento provvisorio (*einstweilige Verfügung*) nella quinta e ultima parte del suo ottavo libro, dedicato all'esecuzione forzata (*Zwangsvollstreckung*, §§ 916 a 945)¹⁰.

In termini sistematici, la dottrina tedesca di allora negava qualsiasi *autonomia* concettuale alla tutela cautelare, né la distingueva dall'attività di esecuzione. Sulla stessa linea di pensiero, la dottrina individuava sul piano del *diritto sostanziale* i presupposti del diritto alla cautela¹¹, il che, in quell'ambiente di vivaci discussioni sui rapporti tra diritto e processo nella prospettiva dell'azione¹², ha, senza

⁸ Il concetto è trattato nel classico saggio di GÜTHE, *Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstreckung*, in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, Berlin, 1898, vol. XXIV, pp. 346-414. Per l'analisi della teoria del processo sommario nella dottrina tedesca del XIX secolo, NÖRR, *Wissenschaft und Schrifttum zum deutschen Zivilprozeß im 19. Jahrhundert*, in *Iudicium est Actus Trium Personarum – Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, Goldbach, 1993, pp. 168-170.

⁹ BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967, p. 1.

¹⁰ Probabilmente è per questo motivo che, ancora oggi, la dottrina processualciviltistica tedesca si occupa del problema, nelle esposizioni didattiche, soprattutto nei libri sull'esecuzione forzata (per esempio, BAUR-STÜRNER-BRUNS, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 13^a ed., Heidelberg, 2006, pp. 601-661) e non nei libri dedicati al diritto processuale civile in generale (per esempio, ROSENBERG-HEINZ SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17^a ed., München, 2010, dove il tema non è trattato), nonostante sia ampiamente riconosciuta l'imprecisione sistematica della ZPO, in particolare dalla dottrina tedesca contemporanea (LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, 1971, pp. 18-19; Grunsky, *Arrest und einstweilige Verfügung*, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21^a ed., Tübingen, 1996, vol. VII, tomo I, p. 319). In particolare, rappresenta un'eccezione alla regola GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, 13^a ed., Köln, 2008, pp. 271-281.

¹¹ BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859 (Frankfurt, 1969), pp. 503-535, parla di *materiellen Voraussetzungen der summarischen Rechtsverfolgung* (presupposti sostanziali per la tutela sommaria del diritto, traduzione libera). Nella stessa ottica, il suo ex-allievo WACH, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1868 (Aalen, 1973), pp. 87-119, allude ai *materiellen Voraussetzungen des Arrestes* (presupposti sostanziali del sequestro, traduzione libera). Sulla stessa linea, poi, ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, pp. 18-44.

¹² DE OLIVEIRA, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro, 2008, pp. 20-39, con ampia analisi delle fonti. Per l'analisi specifica dal passaggio dal *diritto d'azione fondato sul concetto di diritto soggettivo (Aktionenrecht)*, la cui figura iconica è senza dubbio SAVIGNY alla comprensione dell'*azione come concetto processuale (PLANCK)* nella letteratura tedesca del XIX secolo, NÖRR, *Zum Historischen Schule im Zivilprozeß- und Aktionenrecht*, in *Iudicium est Actus Trium Personarum – Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, Goldbach, 1993, pp. 73-89, in part. pp. 80-89.

dubbio, contribuito a confondere l'adeguata comprensione del *diritto sostanziale alla cautela* e della *tutela giurisdizionale di semplice garanzia del diritto* nell'ulteriore sviluppo della tematica. In origine, pertanto, la teorizzazione della tutela cautelare era totalmente legata al diritto sostanziale, considerata soltanto in termini di pretesa cautelare in un ambiente culturale che ancora confondeva *Klagerecht* e *Anspruch*, e circoscritta nell'ambito della tutela esecutiva. Essa non godeva né di autonomia rispetto al diritto sostanziale, né di un ambito di applicazione diverso da quello assegnato all'esecuzione forzata.

In questo primo periodo, la dottrina tedesca non arrivò a riconoscere autonomia concettuale e maggiore estensione alla tutela cautelare di quella riconosciuta all'esecuzione forzata. Stimolata, tuttavia, dall'elaborazione dell'azione come pretesa a una tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzanspruch*)¹³, relativamente autonoma del diritto sostanziale, giunse ad ammettere la collocazione del problema della tutela cautelare sul piano del diritto processuale¹⁴. Un tale suggerimento ha preparato senz'altro il terreno per il passo successivo e decisivo, compiuto dalla dottrina italiana, verso l'autonomia dell'*azione cautelare* e della sua caratterizzazione come *figura generale* nel sistema del diritto processuale civile¹⁵.

1.2. *L'azione cautelare come azione assicurativa. L'azione cautelare come mera azione, come diritto dello Stato e la giurisdizione come attuazione della volontà concreta della legge*

È noto a tutti il ruolo chiave svolto da Giuseppe CHIOVENDA nello sviluppo delle basi concettuali del diritto processuale civile. Se è vero che la scienza processuale nasce con la processualistica tedesca della fine del XIX secolo, è altrettanto vero che essa si sviluppa e fiorisce grazie a CHIOVENDA e al movimento italiano che trova in lui il suo precursore¹⁶ – suo “*grande caposcuola*”¹⁷.

L'azione – come tutti sanno – ha un ruolo centrale nel suo sistema di diritto

¹³ WACH, *Der Feststellungsanspruch – Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Berlin, 1889. In questa monografia, inoltre, come osserva giustamente CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3ª ed., Milano, 1949, pp. 21-22, n. 26, Adolf WACH abbandona il concetto di diritto sostanziale alla cautela in favore del *Rechtsschutzanspruch*.

¹⁴ Come insegna HELWIG, *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905, pp. 13-14, *Rechtsschutzanspruch auf Rechtssicherung “ist es ein rein prozessuales Recht”* (la pretesa alla tutela giurisdizionale mediante cautela del diritto è un diritto processuale puro, traduzione libera).

¹⁵ DIANA, *Le misure conservative interinali*, Torino, 1909, pp. 3-4 (estr. dagli *Studi Senesi*, vol. XXXVI); LANCELOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, pp. 235-236.

¹⁶ CALAMANDREI, *Gli studi su diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Napoli, Morano, 1965, vol. I, pp. 525-526.

¹⁷ ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, vol. III, p. 14.

processuale civile¹⁸. Insieme al rapporto giuridico processuale¹⁹ e al carattere pubblico-statale della giurisdizione²⁰, l'azione compone le premesse di fondo del pensiero chiovendiano.

Considerata nella prospettiva del sistema dei diritti, l'azione in CHIOVENDA acquisisce "assoluta atipicità"²¹, distaccandosi dalla "tipologia civilistica delle azioni"²² per dissolversi nella generalità del concetto-base, sostituendosi così in parte la vecchia classificazione, basata sul diritto sostanziale, con una nuova, che prende le mosse "‘natura’ e dagli scopi dell'azione"²³. È con essa che la parte promuove l'attuazione della volontà concreta della legge mediante l'esercizio della giurisdizione nel rapporto giuridico processuale²⁴. Non sorprende, pertanto, che, a partire dal proprio angolo visuale, CHIOVENDA prospetti l'indipendenza della tutela cautelare dai domini dell'esecuzione forzata²⁵.

Distanziandosi dalla dottrina tedesca dell'epoca²⁶, CHIOVENDA colloca a lato delle funzioni di cognizione ("accertamento del diritto") e di esecuzione ("esecuzione di un accertamento di diritto") la funzione di attuazione della tutela giuridica nel processo mediante provvedimenti cautelari²⁷, considerandola come una figura generale. Di conseguenza, dato che l'azione costituisce il "potere per sé

¹⁸ TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1139; PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, Padova, 1988, p. 24.

¹⁹ TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1986, p. 1139.

²⁰ PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 24.

²¹ PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 24. Nell'analisi della dottrina successiva, l'elaborazione di questo concetto generale e unitario dell'azione, permise la formulazione del diritto fondamentale di azione e di accesso alla tutela giurisdizionale, esso gioca, così, un ruolo politico molto importante nel sistema giuridico contemporaneo (TARUFFO, *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1147).

²² TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1139.

²³ TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1139.

²⁴ Sul significato storico del concetto di giurisdizione come "attuazione della legge" (CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 301), MARINONI, *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*, São Paulo, 2006, vol. I, pp. 33-35.

²⁵ LANCELOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 246.

²⁶ Per tutti, HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^a ed., Leipzig, 1912 (Aalen, 1980), vol. II, pp. 439-440.

²⁷ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, vol. I, p. 45. Questo saggio, come è noto, costituisce la versione scritta, arricchita dalle note, della famosa *prolusione bolognese* de 1903.

stante di chiedere l'attuazione della legge per opera degli organi giudiziari"²⁸, CHIOVENDA iscrive tra le categorie di azione le "azioni assicurative", che "tendono alla attuazione della legge mediante misure cautelari o provvisorie"²⁹. Si tratta di azioni che mirano a "provvedere con urgenza al mantenimento dello *status quo*, al fine di garantire la futura soddisfazione di un possibile diritto dopo il suo accertamento"³⁰, con le quali si realizza una "tutela di conservazione"³¹. Si noti che la *cautelarietà* è considerata da CHIOVENDA come sinonimo di *provvisorietà* – sottolineando così nella costruzione del suo pensiero l'aspetto strutturale dell'azione assicurativa.

Nell'affrontare specificamente il problema³², CHIOVENDA insegna che le misure cautelari, conosciute anche come provvisorie, "perché si emanano prima che sia accertata la volontà della legge che ci garantisce un bene, o prima che sia compiuta la sua attuazione, per garanzia della sua futura attuazione pratica"³³, costituiscono "una forma per sé stante d'azione (azione assicurativa): ed è 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"³⁴. E aggiunge: "e mentre il convenuto non ha alcun obbligo di cautela prima del provvedimento del giudice"³⁵.

Sostanzandosi in *mera azione*, il diritto al provvedimento cautelare "è un diritto dello Stato, fondato sulle necessità generali della tutela del diritto: la parte non ha che il potere di provocarne l'esercizio nel caso concreto"³⁶. Il diritto al

²⁸ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 58; *Instituições de direito processual civil*, trad. portoghese di GUIMARÃES MENEGALE, con n. di LIEBMAN, 3^a ed., São Paulo, 1969, vol. I, p. 34.

²⁹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 58. Per una descrizione dell'evoluzione della trattazione della tutela cautelare nelle successive edizioni dei *Principii*, Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 20-21.

³⁰ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, trad. portoghese di GUIMARÃES MENEGALE, con n. di LIEBMAN, 3^a ed., São Paulo, 1969, vol. I, p. 35.

³¹ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, trad. portoghese di GUIMARÃES MENEGALE, con n. di LIEBMAN, 3^a ed., São Paulo, 1969, vol. I, p. 35.

³² L'esposizione di CHIOVENDA sul tema è sostanzialmente identica nei *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, pp. 224-228, e nelle *Instituições de direito processual civil*, trad. portoghese di GUIMARÃES MENEGALE, con n. di LIEBMAN, 3^a ed., São Paulo, 1969, vol. I, pp. 272-275.

³³ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 225. Nella dottrina tedesca successiva, nella medesima proposta interpretativa, si afferma che qualsiasi esecuzione in cui il diritto sostanziale non sia stato ancora definitivamente accertato, dove l'esecutorietà provvisoria non derivi dalla forza di giudicato (*vorläufige Vollstreckbarkeit nichtrechtskräftiger Urteile*), costituisce una forma di tutela giuridica provvisoria, GRUNSKY, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, in *Juristische Schulung – Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 1976, p. 277.

³⁴ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 226.

³⁵ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 226.

³⁶ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 226. Similmente, pri-

provvedimento cautelare in CHIOVENDA – si sottolinea – costituisce un *diritto dello Stato*, rimanendo al privato solamente il potere di provocarne l'esercizio.

L'azione cautelare risponde “*al bisogno effettivo ed attuale di rimuovere il timore di un danno giuridico*”³⁷. Così facendo, “*attua una effettiva volontà di legge, ma una volontà che consiste nel garantire l'attuazione d'un'altra supposta volontà di legge: se in seguito, ad esempio, questa altra volontà è dimostrata inesistente, anche la volontà attuata colla misura provvisoria si manifesta come una volontà che non avrebbe dovuto esistere. L'azione assicurativa è dunque essa stessa un'azione provvisoria*”³⁸. Come condizioni generali per ottenere una “*misura provvisoria*”, CHIOVENDA elenca la “*possibilità del danno*” e la “*possibilità del diritto*”³⁹. Concludendo il suo pensiero, richiama l'attenzione sul fatto che il diritto processuale civile dell'epoca – CHIOVENDA scriveva nella vigenza del codice di procedura civile del 1865 – prevedeva un *sistema misto* di misure provvisorie, combinando misure tipiche con provvedimenti atipici per la tutela del processo⁴⁰.

Gli insegnamenti di CHIOVENDA suscitano immediatamente due osservazioni. La prima riguarda il rapporto tra diritto e processo nella prospettiva dell'azione – che possiamo prendere come *considerazioni dogmatiche* – e si propone di discutere il concetto di “*mera azione*”. La seconda è relativa al concetto di tutela cautelare come “*diritto dello Stato*” e non come tutela del diritto della parte – che possiamo chiamare *considerazioni ideologiche*. Entrambe sono strettamente intrecciate.

L'azione, per CHIOVENDA, rappresenta “*il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge*”⁴¹. Costituisce, pertanto, un “*diritto potestativo*”⁴² che “*spetta di fronte all'avversario rispetto a cui si produce l'effetto giuridico della attuazione della legge*”⁴³. Nella prospettiva della sua rela-

ma di CHIOVENDA, GÜTHE, basandosi su PETERS, già affermava che “*eines einstweiligen Zustandes*” (ogni situazione provvisoria, traduzione libera) si fondava nella protezione dell’“*öffentlichen Interesse*” (interesse pubblico, traduzione libera), ed era, pertanto, “*utilitatis publicae causa*” (*Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstreckung*, in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 1898, p. 368, n. 26). Successivamente, CALAMANDREI invoca questo stesso passaggio di GÜTHE a sostegno del legame tra “*tutela cautelare*” e “*funzione di polizia*” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 144).

³⁷ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 226.

³⁸ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 226.

³⁹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 227.

⁴⁰ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, pp. 228-234; più chiaramente, *Instituições de direito processual civil*, trad. portoghese di GUIMARÃES MENEGALE, con n. di LIEBMAN, 3ª ed., São Paulo, 1969, vol. I, pp. 275-284.

⁴¹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 45.

⁴² CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, vol. I, p. 23.

⁴³ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 46.

zione con il diritto soggettivo, l'azione “*può essere coordinata al soddisfacimento d'un diritto subiettivo, ma non necessariamente*”⁴⁴. È proprio quando non c'è questa coordinazione che l'azione può essere chiamata “*mera azione*” – si tratta di un'azione per la quale non vi è un diritto soggettivo preesistente⁴⁵.

E proprio qui si trova un punto di fondamentale importanza – con il pretesto di accentuare l'autonomia del concetto di azione, CHIOVENDA toglie il *diritto sostanziale alla cautela* dal mondo del diritto. A partire da qui il diritto alla cautela scompare, semplicemente, dal piano del diritto sostanziale.

È chiaro che il concetto di “*mera azione*” ha senso solo se si parte dal presupposto che l'azione solitamente soddisfa il diritto soggettivo. Vale a dire: ha senso solo nella prospettiva della teoria *concreta* del diritto di azione. Nella prospettiva dell'azione come diritto a un processo giusto, fundamentalmente *astratta*, il concetto di mera azione è assolutamente impreciso⁴⁶. Se si presuppone l'intuitiva autonomia del diritto di azione rispetto al diritto soggettivo⁴⁷, non ha alcun senso distinguere azioni connesse al diritto soggettivo e azioni dove il diritto soggettivo non appare come presupposto.

La teoria chiovendiana, tuttavia, va oltre. Dopo aver rimosso dal piano del diritto sostanziale il diritto alla cautela, CHIOVENDA eclissa proprio il diritto alla tutela assicurativa. A partire dai suoi insegnamenti, il diritto alla cautela cessa di essere legato ad una posizione giuridica dell'individuo e diviene un semplice “*potere di provocarne l'esercizio nel caso concreto*”⁴⁸. Il *diritto della parte* si trasforma in semplice potere di indurre l'attività dello Stato. Il diritto alla cautela si converte, nell'eloquente commento della dottrina⁴⁹, in *imploratio iudicis officii*.

E, se è vera l'inesistenza del diritto della parte alla cautela, ed essa ha solo il potere di provocare il suo esercizio, allora risulta legittima la conclusione nel senso di affidarsi “*completamente al giudice di stabilirne l'opportunità e la natura*”⁵⁰. Cioè, va legittimata la sottomissione della tutela cautelare alla discreziona-

⁴⁴ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, vol. I, p. 16.

⁴⁵ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 48. Pur con la medesima conclusione, osserva, tuttavia, che il concetto di *mera azione* non fu esposto sistematicamente da CHIOVENDA-HENNING, *Ação concreta – Relendo Wach e Chiovenda*, Porto Alegre, 2000, p. 137.

⁴⁶ DENTI, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di Pietro Ciapessoni*, Pavia, 1948, p. 4.

⁴⁷ MARINONI, *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*, São Paulo, 2006, vol. I, p. 174.

⁴⁸ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 226.

⁴⁹ DENTI, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di Pietro Ciapessoni*, Pavia, 1948, p. 6.

⁵⁰ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 232, a proposito della possibilità di provvedimenti cautelari atipici nel codice di procedura civile del 1865.

lità giudiziale, ancorandola all'attività puramente amministrativa⁵¹.

Questa delicata costruzione dogmatica ha un *fondamento culturale* abbastanza noto e preciso⁵². Nonostante l'effettiva inclinazione ideologica di CHIOVENDA sia discussa⁵³, è assolutamente certo che lui, deliberatamente o meno, presupponeva, nella sua costruzione dogmatica, la *preminenza dell'interesse pubblico* e dell'*autorità statale* nelle relazioni tra individuo, società civile e Stato⁵⁴.

Per dirlo chiaramente, CHIOVENDA trasformò il *diritto sostanziale della parte alla cautela* nel *provvedimento processuale costruito nell'interesse dello Stato – nel diritto dello Stato*. La parte ha solo il *potere* di agire per la realizzazione di un fine statale. *È lo Stato come fine e la persona come mezzo*. Se è possibile liberare CHIOVENDA dallo stigma di autoritario⁵⁵, è senza dubbio più difficile sostenere la *manca di implicazioni ideologiche indirette* delle sue costruzioni concettuali.

La giustificazione dello *statalismo* del pensiero chiovendiano – e, a partire da lì, di un *certo autoritarismo* soggiacente alle sue costruzioni concettuali – può essere rinvenuta nell'influenza di Franz KLEIN sul suo programma di riforma del processo civile. Come è ampiamente noto, Adolf WACH e Franz KLEIN furono

⁵¹ È la nota critica di DENTI, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di Pietro Ciapessoni*, Pavia, 1948, p. 11, ripercorsa in forma più ampia da TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza – Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, pp. 78-103.

⁵² Per un'analisi dell'evoluzione dallo "Stato di diritto al 'Diritto dello Stato'" e della base della costruzione dello "Stato Totalitario", specialmente dello "Stato Fascista Italiano", REIS NOVAES, *Contributo para uma teoria do estado de direito*, Coimbra, 2006, pp. 112-139. Dal punto di vista della dottrina processuale civile, osserva TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 188, che "la c.d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; Esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge".

⁵³ Sul tema, TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile e L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale*, entrambi ora raccolte in *Dottrine del processo civile – Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, 1989, pp. 9-107 e pp. 109-214, inoltre LIEBMAN, *Storiografia giuridica 'manipolata'*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 100-123, DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, pp. 13-14, e TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 1133-1168; *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, pp. 183-192.

⁵⁴ CALAMANDREI, *Gli studi su diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Opere Giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Napoli, 1965, vol. I, p. 524; TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 1140.

⁵⁵ Come fa, giustamente, TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, pp. 190-191.

due grandi ispiratori del pensiero di CHIOVENDA⁵⁶ – il primo sul *piano scientifico-concettuale*, il secondo sul *piano ideologico-riformatore*. Partendo da Franz KLEIN, risulta facile giungere a Federico il Grande, e cogliere una chiara ispirazione *asimmetrica* nella costruzione chiovendiana⁵⁷, la cui base principale si ritrova nella preminenza dello Stato a scapito dell'individuo.

L'opera di CHIOVENDA, tuttavia, non rappresenta una *vera sistematizzazione* della tutela cautelare. L'*azione assicurativa* chiovendiana è solo il punto a partire dal quale la *funzione cautelare si distacca dalla tutela giurisdizionale esecutiva e si sposta dall'ambito della protezione dei diritti alla tutela dell'autorità dello Stato*. L'effettiva sistematizzazione della materia, la cui influenza nella dottrina e nelle legislazioni successive è enorme, è notoriamente dovuta all'elaborazione teorica di Piero CALAMANDREI sui *provvedimenti cautelari*.

1.3. *Il provvedimento cautelare come provvedimento provvisorio e strumentale. La tutela cautelare come polizia del processo*

È indubbio che il grande teorico della tutela cautelare nel periodo dello sviluppo delle basi della scienza processualciviltistica fu Piero CALAMANDREI. Con la pubblicazione della sua opera classica *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, nel 1936, si fissavano i tratti principali, che successivamente sarebbero serviti alla dottrina e alla legislazione per trattare il tema. Piero CALAMANDREI sviluppò senz'altro in maniera originale il pensiero di CHIOVENDA con riguardo alla tutela cautelare – non a caso, la sua opera classica è a lui dedicata.

Tuttavia, al contrario di CHIOVENDA, CALAMANDREI non cercò di costruire una tutela cautelare partendo dal concetto di azione. Osservando che, in realtà, “*ogni classificazione delle azioni, che si fondi sulla diversa natura del provvedimento giudiziale a cui l'azione tende*” si risolve in una “*classificazione dei vari tipi di provvedimento*” dei quali “*i vari tipi di azione*” non sono più che un “*accessorio ed una premessa*”, CALAMANDREI decise di ricostruire il tema dal punto di vista del “*provvedimento*”⁵⁸.

⁵⁶ CHIOVENDA, *Adolf Wach*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, vol. I, pp. 263-268; *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla commissione per il dopo guerra*, *ivi*, vol. II, pp. 1-196. Sul tema, inoltre, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, in *Estudios de teoria general e historia del proceso*, México, 1974, tomo II, pp. 547-570.

⁵⁷ Per le caratteristiche del processo asimmetrico e la collocazione del processo prussiano di Federico il Grande, nel suo ambito, MITIDIERO, *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed., São Paulo, 2011, pp. 74-79.

⁵⁸ *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 4. Nella nota a piè di pagina, CALAMANDREI osserva che un simile angolo visuale sul tema è dovuto ad Agostino DIANA, nel suo *Le misure conservative interinali*, Torino, 1909 (*estr. dagli Studi Senesi*, vol. XXXVI). Tuttavia, DIANA, nel saggio, parla indistintamente tanto di “*azioni assicurative, conserva-*