

ULISSE COREA

**AUTONOMIA FUNZIONALE  
DELLA TUTELA CAUTELARE ANTICIPATORIA**

Estratto da: **Rivista di Diritto Processuale**  
Anno LXI (Seconda serie) - (2006) - N. 4



**CEDAM**

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI  
2006

## AUTONOMIA FUNZIONALE DELLA TUTELA CAUTELARE ANTICIPATORIA

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulla configurazione della tutela cautelare e del nesso di strumentalità nella dottrina classica. — 2. Profili funzionali e strutturali della relazione di strumentalità. — 3. La rilevanza del nesso di strumentalità a seguito della riforma del procedimento cautelare. — 4. La tutela cautelare come forma di tutela « alternativa » alla tutela ordinaria. — 5. La tutela cautelare in una nuova prospettiva funzionale. La diversa configurazione del *periculum* e del nesso di strumentalità. — 6. Conclusioni.

1. — È opinione comune in dottrina che la tutela cautelare giurisdizionale (1) costituisca uno dei rimedi di cui si serve il legislatore per ovviare alla durata del processo ordinario. La necessità del ricorso alle misure cautelari si manifesta con l'esigenza di garantire che nelle more della definizione del giudizio la soddisfazione del diritto fatto valere non venga pregiudicata da mutamenti della situazione di fatto o di diritto ovvero dal mero trascorrere del tempo (2). La tutela cautelare è quindi strettamente legata alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, come sin dai tempi di Chiovenda ben si avvertì (3). Non è possibile, in questa se-

---

(1) Ritiene che la tutela cautelare giurisdizionale sia solo una delle possibili forme in cui si estrinseca la tutela cautelare, insieme a quella convenzionale, C. Calvosa, *La tutela cautelare (profilo sistematico)*, Torino 1963.

(2) C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele*, Padova 2004, p. 283; G. Verde, B. Capponi, *Profili del processo civile*, III, Napoli 1998, p. 325; A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991, pp. 2, 9, 33; C.E. Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, p. 75.

(3) G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, pp. 45 ss., 81 ss., 226; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1932, I, n. 12. Nel quadro della sua teoria dell'azione come diritto ad un provvedimento di merito *favorevole*, egli riteneva anche l'azione *assicurativa* una *mera azione*, espressione di un potere attuale e non accessorio del diritto cautelato, in quanto esistente « quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista ». Il classico enunciato secondo cui « il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire » è ritenuto autentico « precursore » degli odierni principi di effettività della tutela giurisdizionale e di strumentalità del processo al diritto sostanziale: cfr. A. Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in questa *Rivista* 1988, p. 16 ss.

de, neppure abbozzare una ricostruzione esauriente dell'evoluzione degli studi processuali in materia di tutela cautelare, ma sia pur con questa consapevolezza, il tema che ci apprestiamo ad affrontare – la nuova configurazione della tutela cautelare (anticipatoria), del *periculum in mora* e del nesso di strumentalità, all'indomani delle recenti riforme – richiede di svolgere alcune necessarie premesse, che ci forniranno la chiave per una corretta lettura della nuova disciplina.

Già nell'analisi del sistema effettuata da Chiovenda e consegnata alla dottrina successiva – che vi apportò i necessari approfondimenti consentendo un progressivo affinamento dei concetti – non sfuggiva la nitida individuazione dei caratteri distintivi della tutela cautelare, quali la « provvisorietà » e la « strumentalità » rispetto al provvedimento principale (4), sottolineandosi come la sua *funzione* fosse di « evitare che l'attuazione di una possibile volontà di legge sia impedita o resa difficile a suo tempo da un fatto avvenuto prima del suo accertamento, cioè dal mutamento nello stato di cose attuale; oppure di provvedere anche durante un processo, in caso di una possibile volontà di legge la cui attuazione non ammetta ritardo » (5). Si poneva così in rilievo il presupposto tipico dell'emissione di un provvedimento cautelare, il *periculum in mora*, ovvero la possibilità di un pregiudizio al diritto, variamente articolato ma sempre derivante dal « ritardo » con cui il processo ordinario perviene al suo esito conclusivo, la definizione della controversia con sentenza.

Pur negando l'esistenza *de iure condito* di un potere generale di cautela, la dottrina successiva riconobbe la sostanziale autonomia della tutela cautelare e tentò di ricostruirne le caratteristiche peculiari, analizzando il fenomeno non più sotto l'aspetto dell'*azione*, come aveva fatto Chiovenda, ma avendo come riferimento il *processo* e il *provvedimento* cautelare (6). Sul presupposto che scopo dell'attività giurisdizionale fosse la composizione di una lite, Carnelutti teorizzò l'esistenza di un processo cautelare funzionalmente autonomo rispetto a quello cognitivo ed esecutivo, avente il fine di comporre « provvisoriamente » la lite (7), ravvisando perciò nella intrinseca *provvisorietà* il carattere distintivo del

(4) G. Chiovenda, *Principii*, cit., p. 224 ss.; Id., *Istituzioni*, cit., p. 250.

(5) Non è difficile rinvenire in queste righe le basi della successiva distinzione operata in dottrina tra pericolo da « infruttuosità » e da « tardività »: G. Chiovenda, *Istituzioni*, cit., p. 255 ss. La definizione del pericolo è già più puntuale che in Diana, *Le misure conservative interinali*, in *Studi senesi* 1909, p. 210 ss.

(6) Fu questo un tentativo in controtendenza rispetto ai prevalenti orientamenti dell'epoca che, sotto l'influenza della dottrina tedesca, assegnavano alle misure cautelari un ruolo di « mera appendice dell'esecuzione forzata » (come rilevato da G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova 1985, p. 30), ovvero le riconducevano all'area della cognizione (cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, p. 7).

(7) F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1926, p. 80; Id., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936, I, pp. 206, 332 ss.

provvedimento cautelare. Secondo Calamandrei (8), invece, essendo la provvisoria per certi versi comune ai c.d. « accertamenti con prevalente funzione esecutiva » (9), il principale connotato dei provvedimenti cautelari doveva individuarsi nella loro immancabile *strumentalità* al provvedimento principale di merito (10). Il provvedimento cautelare anela sempre al definitivo, assicurandone « la efficacia pratica » mediante « l'anticipazione provvisoria » di certi suoi effetti, sì da prevenire il danno che potrebbe derivare dal naturale ritardo con cui il processo ordinario giungerà al suo esito conclusivo: dirà efficacemente Calamandrei, che « la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela *mediata*: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia » (11).

La funzione della cautela è quindi individuata dalla dottrina classica nella prevenzione di quel particolare pregiudizio connesso al ritardo con cui la tutela ordinaria è in grado di fornire protezione al diritto, il pericolo di quell'*ulteriore* danno *marginale* che il diritto bisognoso di tutela può subire *in quella attesa* (12). Di qui la necessità di una misura cautelare che lo neutralizzi, di qui, parimenti, la sua sopravvenuta inutilità al momento in cui giunge la sentenza.

2. – Nonostante alcune autorevoli voci dissonanti (13), l'autonomia della tutela cautelare è stata costantemente riaffermata sia sotto il profilo strutturale che funzionale (14). Peraltro, il dibattito in merito alla esatta identificazione dei caratteri rivelatori dell'esistenza di una misura cautelare non si è mai placato, essendosi riproposto, in tempi più recenti, anche al fine di verificare l'applicabilità del procedimento cautelare uniforme introdotto nel 1990 a provvedimenti, spesso anticipatori e soddisfattivi, di dubbia natura cautelare (15). Una

(8) P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 4, la cui ricostruzione sistematica prevalse su altre tra cui cfr. E. Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, in questa *Rivista* 1936, I, p. 18 ss., e C. Calvosa, *La tutela*, cit.

(9) Così definiti da G. Chiovenda, *Istituzioni*, cit., p. 215 ss.

(10) Conf. la prevalente dottrina.

(11) P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 21 s.

(12) Secondo la nota definizione di E. Finzi, *Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1926, II, p. 50.

(13) E. Allorio, *Per una nozione*, cit., p. 18 ss.; F. Lancellotti, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1939, I, p. 232.

(14) G. Tarzia, *La tutela cautelare*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, Padova 2004, p. XXV; A. Proto Pisani, *La nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.* 1991, V, c. 94.

(15) E. Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1996, p. 428, riferisce dei casi in cui il requisito del *periculum in mora* non compaia in modo inequivoco, ovvero in cui vi siano delle deviazioni dalla regola di strumentalità strutturale essendo prevista la sopravvivenza della misura cautelare all'estinzione del giudizio di merito.

parte considerevole della dottrina ha sostenuto al riguardo che per rintracciare gli elementi distintivi delle misure cautelari occorre aver riguardo essenzialmente alla *struttura* del provvedimento (16).

Sotto questo aspetto, assumono rilievo i tre requisiti comunemente considerati come i connotati propri della tutela cautelare: la provvisorietà, la strumentalità rispetto al merito e la sommarietà della cognizione. Della provvisorietà si è detto che rappresenta l'inidoneità del provvedimento cautelare ad assicurare una tutela stabile al diritto fatto valere in giudizio: la misura cautelare è infatti destinata a venir meno nel momento in cui sarà emanato dal giudice il provvedimento denominato « principale » (17). La definizione del *periculum in mora* offertaci da Calamandrei è invece rivelatrice del carattere ritenuto davvero essenziale delle misure cautelari, e cioè la loro strumentalità (non tanto rispetto al diritto sostanziale per cui si invoca tutela, quanto) rispetto alla sentenza di cui sono chiamate a preservare gli effetti. Ma se sul piano teorico la fortunata ricostruzione del nesso di strumentalità funzionale proposta da Calamandrei quale criterio distintivo delle tutele cautelari, avrebbe trovato un'adesione pressoché unanime, la sua applicazione pratica non è andata esente da incertezze connesse alla difficoltà di riconoscere alla strumentalità una portata anche strutturale.

Il contenuto talora pienamente anticipatorio e soddisfacente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, a volte con entusiasmi incontrollati, ai provvedimenti d'urgenza previsti dall'art. 700 del nuovo codice di rito (18), avrebbe sollevato un aspro dibattito sul tema della stessa compatibilità con la tutela cautelare di siffatte forme di tutela anticipatoria, e non solo per via degli abusi che di tale strumento venivano effettuati (19). I dubbi riguardavano la ve-

(16) A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., p. 3; C. Mandrioli, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in questa *Rivista* 1964, p. 551 ss.; F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1983, p. 39.

(17) P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 10, distingueva il concetto di *temporaneo* da quello di *provvisorio*, il primo indicando la mera situazione di non perpetuità, il secondo il concetto di connessione rispetto ad un evento successivo rappresentato da un secondo provvedimento definitivo.

(18) Rileva F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., p. 62, che l'esame dei lavori preparatori del codice di procedura civile evidenzia come il legislatore non sembrasse realmente consapevole delle possibilità operative dell'innovativo strumento introdotto con l'art. 700 c.p.c.

(19) Già G. Cristofolini, *Il processo d'ingiunzione*, Padova 1931, p. 10, sosteneva l'incompatibilità con la tutela cautelare delle misure tendenti alla realizzazione del diritto; così anche E. Allorio, *Per una nozione*, cit., p. 18; S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1973, I, p. 655; C. Mandrioli, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano 1953, p. 15. In senso critico verso l'uso distorto dei provvedimenti d'urgenza, G. Verde, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (com'è e come si vorrebbe che fosse)*, in AA. VV., *I processi speciali*, Napoli 1979, p. 407 ss.

ra natura di tale misura, che sembrava essere diventata, nell'applicazione giurisprudenziale, una sorta di « cavallo di Troia » di una tutela sommaria alternativa a quella ordinaria, « camuffata » da tutela cautelare.

Gli studi di alcuni autori sul concetto di anticipazione consentirono di delimitarne i contorni e di renderla compatibile con la tutela cautelare strumentale al merito, rilevandosi che per anticipazione cautelare dovesse intendersi non una qualsiasi forma di cronologica anteriorità di un provvedimento rispetto ad un altro, bensì soltanto la possibilità di produrre in un momento anteriore gli effetti finali e tipici della fattispecie anticipata (20). Ma ciò non risultò sufficiente a dissipare le incertezze generate dall'ambiguità del criterio di strumentalità.

La regola della strumentalità aveva infatti trovato riscontro positivo nell'abrogato art. 683 c.p.c., che prevedeva i casi di inefficacia del provvedimento di sequestro, ma non era prevista un'analoga disposizione per le altre misure cautelari, ad esempio, per i provvedimenti d'urgenza (cfr. l'art. 702 cpv. c.p.c.) (21). D'altro canto, cominciava a dubitarsi anche dell'opportunità che alcune forme di tutela cautelare anticipatoria dovessero essere sottoposte a tale rigoroso regime, ipotizzandosi una sorta di ultrattività di effetti in caso di avvenuta estinzione del processo. Una espressa previsione in tal senso era infatti contenuta nell'art. 189, comma 2°, disp. att. del codice di rito, in relazione ai provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708 c.p.c., che una parte della dottrina riteneva strumentali al merito e che sotto il vecchio codice erano ritenuti di natura cautelare (22). In realtà, la stessa tesi di Calamandrei secondo cui il provvedimento cautelare perderebbe ogni scopo in caso di mancata pronuncia del provvedimento principale, risultava opinabile, quanto meno nei casi di misure pienamente soddisfattive.

Insomma, la strumentalità appariva un criterio utile ma, in quanto non rispondente a rigorosi elementi strutturali, non sufficiente a caratterizzare la categoria (23), al punto che una parte della dottrina ha ritenuto di fondare il *pro-*

(20) F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., pp. 8 ss., 110 ss. Di qui anche la conclusione, per cui, pur essendo ammissibili provvedimenti d'urgenza a contenuto conservativo, sarebbe da escludere che il giudice possa dettare un regolamento provvisorio degli interessi attribuendo alle parti beni o utilità che non potrebbero conseguire per effetto della sentenza (p. 113). *Contra*, però, G. Arieta, *op. cit.*, p. 65 ss.; C.E. Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 88.

(21) Si era tuttavia ritenuto, argomentando anche in base agli artt. 680 e 683 c.p.c., che il venir meno all'onere di instaurare il giudizio o l'estinguersi del medesimo avessero come conseguenza l'inefficacia anche del provvedimento d'urgenza. Ma in senso contrario v. S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1959, p. 591.

(22) Cfr. F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., p. 39; C. Consolo, *Il nuovo processo cautelare*, Torino 1998, p. 130; S. Chiarloni, *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile*, in *Foro it.* 1990, V, c. 501.

(23) F. Tommaseo, *op. cit.*, p. 45, sempre con riferimento alla disciplina anteriore alla riforma del 1990.

*prium* delle misure cautelari in altro, differente dato strutturale: la qualità della *cognizione sommaria*. Si assume, infatti, che esse possano essere emesse sulla base di una valutazione di mera *verosimiglianza* dei fatti rilevanti, fondata non su di una concreta (ancorché sommaria) valutazione del materiale probatorio acquisito, ma su di una valutazione ancor più superficiale, su un mero calcolo di probabilità, un giudizio astratto ed ipotetico sulla esistenza del fatto affermato. A tal fine il giudice potrebbe fare applicazione di leggi naturali, di regole di comportamento comuni o tratte dall'esperienza in virtù delle quali possano apparire appunto verosimili (sulla base dell'*id quod plerumque accidit*) i fatti allegati dalle parti. Non si esclude che anche il provvedimento cautelare possa fondarsi su prove effettivamente acquisite ma, a differenza dei provvedimenti sommari *tout court*, né la raccolta di prove, né l'accertamento sia pure sommario dei fatti di causa rappresenterebbero un elemento essenziale ai fini della concessione del provvedimento (24).

I tentativi di agganciare al dato strutturale la qualificazione giuridica del provvedimento cautelare si rinforzarono a seguito della riforma del 1990, con cui venne intesa in senso rigido la regola del nesso strumentale tra la misura cautelare e il giudizio di merito, che veniva così a contraddistinguere chiaramente non solo la *funzione* ma la stessa *struttura* del procedimento, con portata generale per tutti i provvedimenti cautelari (25).

(24) In questo senso, L. Montesano, *Luci ed ombre in leggi e proposte di « tutele differenziate » nei processi civili*, in questa *Rivista* 1979, p. 593; Id., *Sull'istruzione e sulla cautela di giurisdizione esclusiva « civilizzate » dalla Corte costituzionale*, in questa *Rivista* 1989, p. 17 ss.; G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova 1942, p. 179 ss.; F. Tommaseo *I provvedimenti*, cit., p. 159 ss.; C. Vocino, *Intorno al nuovo verbo « tutela giurisdizionale differenziata »*, in AA.VV., *Studi in onore di T. Carnacini*, I, Milano 1984, p. 810 ss.; L. Lanfranchi, *Procedimenti decisori sommari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991, p. 4; cfr. anche E.T. Liebman, *Unità del procedimento cautelare*, in questa *Rivista* 1954, I, p. 252; P. Balena, *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro it.* 1998, I, c. 1557; A. Briguglio, *Il rito sommario di cognizione nel nuovo processo societario*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, Milano 2005, p. 1555 ss. L'orientamento in parola prende le mosse da una discussa pagina di P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 63. In senso contrario, A. Proto Pisani, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.* 2002, V, c. 17; L. Lombardo, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in questa *Rivista* 2001, p. 464 ss.; A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, p. 244 ss.; C. Consolo, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 12 ss.; G. Verde, B. Capponi, *Profili*, III, cit., p. 327. Sulla nozione di verosimiglianza, quale accertamento privo di istruttoria e compiuto sulla base delle allegazioni, v. B. Capponi, *Le « informazioni » del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1990, p. 926 ss.; M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970. Recentemente, il dibattito è stato riaperto da Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326, in *Foro it.* 1998, I, c. 1007, con nota critica di G. Scarselli.

(25) Inequivocabile, in tal senso, il disposto degli artt. 669-*octies*, 669-*novies*,

Ciò nonostante, non tutta la dottrina è concorde nel riconoscere nella strumentalità *strutturale* il requisito necessario e sufficiente della tutela cautelare.

Si è sostenuto che un metodo di analisi che tenesse in sovrachia considerazione il dato strutturale emergente dalla disciplina uniforme si rivelerebbe inadeguato a individuare manifestazioni di genuina tutela cautelare pure derivanti dalla *funzione* di assicurare i diritti nelle more del processo ordinario, conducendo per questa via a formalistiche quanto ingiustificate discriminazioni (26). La preordinazione della misura cautelare al giudizio di merito, infatti, nella stessa ottica di Calamandrei costituirebbe caratteristica della cautela solo se vista sotto l'aspetto *funzionale*, mentre le regole poste dal rito uniforme (nella sua versione originaria), in cui la strumentalità era stata intesa in senso « rigido », non costituirebbero un elemento essenziale della nostra forma di tutela (27). A questo indirizzo dottrinale si è però replicato evidenziando i rischi connessi ai tentativi di ricavare tali caratteri in base ad un'analisi puramente funzionale: la finalità di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale – perché la durata del processo non torni in danno dell'attore che ha ragione – non è parsa esclusiva delle misure cautelari (28). Si tratta, tuttavia, di una concezione che può

---

commi 1° e 3°, 669-*decies*, nonché la disciplina della competenza contenuta negli artt. 669-*ter* e 669-*quater* c.p.c.

(26) Ancora E. Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti*, cit., p. 428, la quale menziona tra le ipotesi di incerto inquadramento, i provvedimenti interinali-anticipatori (artt. 423, 186-*bis*, 186-*ter*, c.p.c.), i provvedimenti presidenziali in sede di separazione o divorzio; i provvedimenti di sospensione di delibere societarie e condominiali; alcuni provvedimenti di natura « cautelare-conservativa » previsti dal codice civile (artt. 156, comma 6°; 48, comma 1°); i provvedimenti della legge sulla stampa che rinviano all'art. 700 c.p.c. Sulla natura cautelare della sospensione delle delibere societarie, mi permetto di rinviare a U. Corea, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie*, in *Riv. dir. comm.* 2006, 35 ss.

(27) Così E. Merlin, *Procedimenti cautelari*, cit., p. 428; E. Fazzalari, *Profili della cautela*, in questa *Rivista* 1991, p. 4; A. Saletti, *L'ambito di applicazione della disciplina cautelare uniforme*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, cit., p. 533 ss.; I.P. Martinelli, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it.* 1995, V, c. 164; S. Recchioni, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali, II. Procedimenti cautelari*, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino 2005, pp. 57, 148. Per uno spunto, v. Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Giust. civ.* 2002, I, p. 551.

(28) Cfr. ancora A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., p. 3; F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., p. 39; C. Consolo (F.P. Luiso, B. Sassani), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, p. 725; G. Oberto, *Il nuovo processo cautelare*, Milano 1992. Nel senso che gli istituti giuridici debbano essere individuati con preminente riferimento ai loro elementi strutturali, atteso che la medesima funzione può essere assolta attraverso strumenti differenti, cfr. E. Allorio, *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, in *Problemi di diritto*, III, Milano 1957, p. 36 ss.; C. Mandrioli, *Per una nozione strutturale*, cit., p. 553.



vantare illustri precursori (29) ed i cui pregi vengono rinvenuti nella capacità di razionalizzare l'intera materia attraverso l'applicazione della stessa disciplina ad istituti affini sul piano funzionale ma regolati in maniera non omogenea, e che avrebbe un suo fondamento testuale nell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. là dove sembra conferire alla disciplina del rito uniforme una notevole forza espansiva, limitata dalla sola verifica di compatibilità con le norme specificamente regolanti i singoli istituti (30).

Non potendo approfondire in questa sede i termini di questo importante dibattito, ci limitiamo ad osservare che la prospettiva « funzionale » assume oggi un rinnovato interesse a fronte delle riforme del processo societario e del procedimento cautelare uniforme, con cui è stato inferto un duro colpo al requisito strutturale della strumentalità mediante l'eliminazione della necessaria sequenza tra cautela e merito (31).

Al problema della configurabilità dei provvedimenti anticipatori nel quadro della tutela cautelare e dunque della pretesa inidoneità della tutela cautelare a rendere provvedimenti soddisfattivi (in omaggio ad una primitiva concezione conservativa della cautela), tende oggi a sostituirsi la questione dell'essenza cautelare di una tutela provvisoria anticipatoria che possa prescindere da un giudizio di merito, al quale la stessa non è più necessariamente collegata. Se il primo problema era stato risolto positivamente – anche sulla scorta dell'affermazione dell'esistenza del nesso di strumentalità necessaria alla sentenza – la possibile mancanza di quest'ultima ha fatto dubitare della natura « cautelare » di una tutela sommaria che, perdendo un elemento essenziale della relazione strutturale di strumentalità, si renda autonoma dal merito (32). D'altra parte,

(29) Secondo P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 140, la preordinazione del provvedimento cautelare al definitivo non dipenderebbe da elementi ontologici, bensì teleologici; sia pur in diversa prospettiva, U. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino 1960, V, p. 56 ss.

(30) A. Saletti, *L'ambito*, cit., p. 536; E. Merlin, *Procedimenti cautelari*, cit., p. 430, rileva come « la contraria opinione finisce per fare dipendere la nozione di provvedimento cautelare proprio dalla 'disciplina procedurale' contenuta negli artt. 669 *bis* e 669 *terdecies* determinandone la disapplicazione ove essa appaia per qualche aspetto (...) derogata dalla disciplina speciale e così chiaramente conducendo un'opera di identificazione che non si pone più sul piano della 'tutela' ma sul piano del 'procedimento' (e cioè su quel piano che l'art. 669 *quaterdecies* vorrebbe invece espressamente impostato alla stregua di un confronto di 'compatibilità' della singola disposizione) ».

(31) Osserva infatti A. Saletti, *L'ambito*, cit., p. 538, che insistere sulla necessità del collegamento strutturale al giudizio di merito al fine di qualificare un provvedimento come cautelare sembra contraddittorio con l'evolversi del sistema, in cui anche le misure « tipiche » tendono a perdere la caratteristica della strumentalità strutturale.

(32) A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.* 2003, V, c. 1, per esempio, annovera i nuovi provvedimenti cautelari

come presto vedremo, proprio la mera eventualità del giudizio di merito è tale da far riconsiderare anche la comune affermazione secondo cui la funzione della tutela cautelare sarebbe quella di assicurare i diritti dai pericoli di danno incombenti « nelle more » del tempo occorrente alla definizione del processo ordinario.

3. – Come già accennato in precedenza, specie con riferimento alle misure cautelari aventi una portata satisfattiva del diritto azionato, già da tempo in dottrina si era affermata una diffusa aspirazione ad un « allentamento » del nesso di strumentalità strutturale, che rendesse opzionale l'inizio del giudizio di merito consentendo al provvedimento cautelare di mantenere la sua efficacia vuoi in assenza che nell'ipotesi di estinzione del medesimo (33). Uno sguardo all'esperienza dei paesi vicini – il *référé* in Francia o le *einstweilige Verfügungen* in Germania – dimostrava che una riforma in tale direzione era possibile ed auspicabile (34). La risposta del legislatore italiano è pervenuta con il decreto di riforma del processo in materia societaria e con la successiva novella apportata al rito cautelare uniforme, norme che per la loro comune ispirazione (35) e per

---

anticipatori tra i provvedimenti semplificati esecutivi, in quanto privi di strumentalità. Ritiene discutibile la qualificazione in termini cautelari di un provvedimento non strumentalmente legato ad una decisione definitiva della causa, M. Bove, *Art. 111 Cost. e « giusto processo civile »*, in questa *Rivista* 2002, p. 521. R. Caponi, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, p. 1391, si spinge a ritenere che « la distinzione tra provvedimenti sommari provvisori e provvedimenti sommari idonei al giudicato potrebbe sostituire quella tra provvedimenti sommari cautelari e provvedimenti sommari non cautelari, perché si rivela più corretta e più comprensibile ad un osservatore straniero ». Da ultimo: L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna 2006.

(33) Cfr. C. Consolo (F.P. Luiso, B. Sassani), *Commentario*, cit., p. 650; S. Chiarloni, *Riflessioni inattuali*, cit., c. 501.

(34) Cfr. C. Silvestri, *Il sistema francese dei « référé »*, in *Foro it.* 1998, V, c. 9; R. Caponi, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, *ivi*, c. 26 ss.; A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.* 1990, I, p. 405 ss.; *Id.*, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.* 1998, V, c. 8; F. Cipriani, M.G. Civinini, A. Proto Pisani, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Foro it.* 2001, V, c. 81 ss. Si vedano anche la proposta di disegno di legge delega per il nuovo c.p.c. predisposta dalla Commissione Liebman nel 1980 (cfr. N. Picardi, *Lavori per la riforma del cod. proc. civ. I processi speciali*, in questa *Rivista* 1982, p. 747 ss.) ed il disegno di legge delega della Commissione Tarzia (in questa *Rivista* 1996, p. 964). Altri riferimenti in G. Ruffini, *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante « modifiche urgenti al codice di procedura civile » e nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Giust. civ.* 2002, II, p. 200 ss.

(35) Sottolineata da M.F. Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in questa *Rivista* 2005, p. 787.

la sostanziale identità di contenuto possono essere esaminate congiuntamente (36).

La nuova normativa ha inciso anzitutto sul requisito di provvisorietà. Sembra, infatti, che anche ai provvedimenti cautelari anticipatori si attagli quella particolare nozione di provvisorietà che autorevole dottrina ha individuato con riferimento a taluni provvedimenti sommari non cautelari a funzione anticipatoria e satisfattiva: non una provvisorietà nel *fine* (come quella tradizionalmente attribuita ai provvedimenti cautelari), né una provvisorietà *eventuale* (come quella tipica degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva), ma una provvisorietà « normale », nel senso che il provvedimento sarebbe dotato di una forma di *stabilità limitata* fino alla revoca o fino all'emanazione della sentenza di primo grado (37). Si tratta infatti di una stabilità, almeno potenzialmente, a tempo indeterminato.

Per opinione comune, poi, il nesso di strumentalità risulta notevolmente *attenuato*. Assistiamo in verità – per usare una felice espressione – ad una « semi-autonomia » del provvedimento cautelare anticipatorio (38), che per quanto non cancelli tutti i tratti della sua natura strumentale, impone il ripensamento di tale classico carattere in una prospettiva che sappia cogliere la vera sostanza del nuovo fenomeno in rapporto alle mutate esigenze del processo, quale strumento *servente* della tutela dei diritti.

In effetti, gli elementi in base ai quali può affermarsi che il nesso di strumentalità non sia del tutto scomparso, segnano i confini oltre i quali il legislatore non si è voluto spingere nell'innovare sì radicalmente, ma senza smantellarlo, l'assetto tradizionale. Sotto un primo profilo, la strumentalità strutturale affiora, quanto meno in via potenziale, dalla perdurante vigenza anche per i provvedimenti anticipatori dell'art. 669-*novies*, comma 3° c.p.c. (39) – là dove si prevede che il provvedimento cautelare perde la sua efficacia nel momento in cui viene emanata una sentenza di contenuto negativo rispetto al diritto cautelato (40) – nonché dalla possibilità di revoca o modifica del provvedimento cau-

---

(36) Si v. gli artt. 23 e 24 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e le modifiche agli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c. (in particolare all'art. 669-*octies*) apportate dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35.

(37) G. Tarzia, *La tutela cautelare*, cit., p. XXVIII.

(38) L'espressione è di C. Consolo, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.* 2000, p. 565. L'A. successivamente ha precisato che si tratterebbe però di un'autonomia « cronologica, non funzionale, sì che costante rimane la esigenza di assicurare gli effetti di un'altra tutela »: Id., *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.* 2003, p. 1518.

(39) Richiamato anche dall'art. 23, d.lgs n. 5/2003 per il cautelare societario.

(40) Conf. A. Saletti, *Commento all'art. 23*, in AA. VV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino 2003, p. 222; R. Caponi, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.* 2003, V, cc. 145, 150.

telare da parte del giudice del merito, ai sensi dell'art. 669-*decies* (41). Nello stesso senso depone la regola sulla competenza del giudice della cautela, da individuarsi sempre sulla base della competenza del giudice del merito (42). Ma il nesso di strumentalità si può ancora cogliere, soprattutto, ove lo si consideri quale indispensabile parametro per la valutazione dell'ammissibilità e per la determinazione del contenuto della misura cautelare, alla luce dei possibili effetti della sentenza di merito. Il rapporto di strumentalità non si riduce all'onere dell'instaurazione del giudizio di merito, ma si manifesta anche nel procedimento di formazione del convincimento del giudice dal punto di vista della qualità della cognizione che egli è chiamato a svolgere, dovendosi operare una valutazione prognostica non solo sulla verosimiglianza del diritto affermato (in rapporto all'azione enunciata: *fumus boni iuris*) (43) ma anche sul tipo di provvedimento che all'esito del giudizio di merito potrà essere pronunciato e sui suoi effetti (44). Una verifica, questa, che richiede una preventiva determinazione del *thema decidendum* e quindi della domanda da formulare nel merito, a prescindere dal fatto se questa sarà o meno effettivamente proposta, ben sapendo il giudice di non poter accordare in via cautelare beni della vita che non si potrebbero acquisire all'esito del giudizio di merito (45).

4. – I rilievi che precedono risultano sostanzialmente condivisi in dottrina. Questa, tuttavia, è sembrata in prevalenza riluttante a cogliere i profili più marcatamente innovativi implicati dalla riforma ritenendo prudentemente, con riflesso conservativo del sistema previgente, di ridurne l'impatto al mero alle-

(41) Anch'esso esplicitamente richiamato dall'art. 23 d.lgs n. 5/2003. Conf. C. Ferri, *I procedimenti cautelari e urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1995, p. 114.

(42) G. Frus, *Commento all'art. 23*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, diretto da S. Chiarloni, Bologna 2004, p. 669; M. Fabiani, *Il rito cautelare societario: contraddizioni e dubbi irrisolti*, in questa *Rivista* 2005, p. 1195 ss.

(43) Per la distinzione del *fumus* relativo al diritto da quello attinente alla prospettata azione di merito, v. L. Montesano, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli 1955, p. 32.

(44) F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., p. 214 ss.; C. Consolo (F.P. Luiso, B. Sassani), *Commentario*, cit., p. 578; G. Verde, L.F. Di Nanni, *Codice di procedura civile*, Torino 1991, p. 250; L. Salvaneschi, *La domanda e il procedimento*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, cit., p. 290; C. Ferri, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 123.

(45) Non possono perciò condividersi le diverse opinioni secondo cui sarebbe attenuato l'onere della prospettazione dell'azione di merito: L. Salvaneschi, *La domanda*, cit., p. 293; P. Biavati, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2006, 567. In senso conforme al testo è anche la giurisprudenza: Trib. Rovereto, 14 giugno 2004, in *Giur. mer.* 2004, I, p. 2481; Trib. Latina, ord. n. 7503/2004, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); in dottrina, M. Fabiani, *Il rito cautelare*, cit., p. 1195 ss.; A. Saletti, *Commento all'art. 23*, cit., p. 224.

viamento della strumentalità strutturale, espresso dall'eliminazione della necessità di instaurare a pena di inefficacia il giudizio di merito (o di non lasciarlo estinguere). Una siffatta prospettiva, però, appare fortemente riduttiva e non condivisibile.

Precisati i baluardi, rimasti insuperati, del vecchio sistema, l'effettiva portata innovatrice della riforma non può essere apprezzata se non alla luce dei suoi principi ispiratori. Questi rispondono a scelte politiche e tecniche di netta discontinuità con il passato, mediante le quali il legislatore – in reazione a quella che era stata la linea guida della riforma del 1990, tesa a ricondurre la tutela cautelare nell'alveo dei suoi connotati classici (46) – ha inteso perseguire l'obiettivo di offrire al cittadino una pluralità di opzioni processuali idonee a realizzare una tutela meno stabile e meno solenne di quella garantita dal binomio processo ordinario-provvedimento idoneo al giudicato, ma ad essa « alternativa » in quanto più *rapida ed efficace* (47). Il nuovo quadro normativo tende evidentemente ad un progressivo assottigliamento delle differenze tra le varie forme di tutela sommaria specie sotto il profilo effettuale, pur restando differenti i presupposti di applicazione (48).

La chiave del nuovo corso riformatore ha dunque un'unica filosofia di fondo: la tutela giurisdizionale dei diritti non deve necessariamente avvenire nelle forme e con le garanzie di un processo a cognizione piena che conduca ad una sentenza munita di forza di giudicato (49). Questa rimane pure la via mae-

---

(46) C. Consolo, *Il nuovo processo*, cit., p. 9, rileva come, a sua volta e in direzione opposta, la riforma del 1990 avesse « chiuso la stagione dei tentativi di ricavare dalla vigenza dell'articolo 700 spunto e stimolo per potenziare in via interpretativa le forme di tutela definitiva » e con essa « l'esperienza applicativa di quello che si chiamava l'uso 'alternativo', ed in sostanza dunque non puramente cautelare, della tutela urgente ».

(47) Si v. l'art. 12 della legge delega n. 366 del 2001 sul processo societario attuato con la previsione del procedimento sommario (art. 19), del cautelare anticipatorio e del giudizio abbreviato (artt. 23 e 24).

(48) Nel progetto di riforma del codice redatto dalla Commissione Vaccarella, si prevede finalmente la creazione di un modello procedimentale comune anche per la tutela sommaria di tipo anticipatorio o mirante alla creazione di un titolo esecutivo, anche se non munito dell'autorità del giudicato. C. Cecchella, *Il référé italiano nella riforma delle società*, in questa *Rivista* 2003, p. 1138, rileva che nel sistema francese vi è un « regime identico » per la misura anticipatoria e per quella cautelare; G. Olivieri, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), parla del riconoscimento legislativo dell'esistenza di un unico *genus* procedimento sommario.

(49) R. Vaccarella, *Il rito ordinario*, in *Corr. giur.* 2003, p. 1504; A. Briguglio, *Il rito sommario*, cit., §2; A. Saletti, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in questa *Rivista* 2003, p. 478; B. Sassani, *Sulla riforma del processo societario*, in AA.VV., *La riforma delle società*, cit., p. 10, secondo cui è stato spezzato il « pervicace dogma » della subordinazione alla prospettiva del giudicato della decisione c.d. contenziosa; R. Tiscini, *Il procedimento sommario di cognizione nelle liti societarie*, in *Riv.*

stra, ma il cittadino sarà libero di ricorrervi o di accontentarsi della tutela « minore » assicurata dagli altri procedimenti.

La *ratio* di tale impostazione risiede nel fatto che le parti possono non avere alcun interesse ad un provvedimento idoneo a produrre un accertamento suscettibile di passare in giudicato, dopo aver ottenuto un provvedimento interinale, immediatamente efficace, ai cui contenuti le stesse si sono adeguati (50). Sicché l'obbligo per la parte che ha ottenuto la misura urgente di iniziare il giudizio di merito può apparire una inutile (e antieconomica, per tutti, per le parti e per il sistema) costrizione, specie allorché con la concessione della cautela le parti raggiungano una « composizione » della controversia che nei fatti viene da entrambe accettata e che, comunque, è per esse vincolante. L'instaurazione del giudizio ordinario di merito dopo l'esperimento della fase cautelare rimane perciò nella disponibilità delle parti, di guisa che essa potrà concretizzarsi solo in presenza di un effettivo interesse ad una pronuncia dotata di autorità di giudicato.

Si tratta di un'opportunità offerta dalla legge, che non confligge con il diritto costituzionale di difesa di cui all'art. 24 Cost., né con il « giusto processo » di cui all'art. 111 Cost. È noto come il problema della tutela « differenziata » si sia già posto in passato e sia stato risolto nel senso che l'art. 24, nel garantire il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, rimette al legislatore la regolamentazione dello svolgimento del contraddittorio in relazione alle speciali caratteristiche dei singoli procedimenti, i quali comunque devono assicurare al resistente la facoltà di difendersi in una diversa fase del giudizio a cognizione piena: ciò che, vuoi nel nuovo cautelare che nel nuovo procedimento sommario societario, risulta ampiamente garantito (51). Va semmai evidenziato

---

*trim. dir. e proc. civ.* 2004, p. 262; R. Caponi, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce*, cit., c. 148; E.F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, in questa *Rivista* 2003, p. 215; ma già G. Tarzia, *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in questa *Rivista* 1985, p. 240 ss. L'opposta concezione si fonda sul convincimento per cui la caratteristica tipica dell'attività giurisdizionale consisterebbe nella idoneità alla produzione del giudicato sostanziale: E. Allorio, *Saggio polemico sulla « giurisdizione » volontaria*, in *Problemi di diritto*, II, cit., p. 3 ss.; A. Cerino Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.* 1977, p. 395 ss.

(50) Analoga *ratio* si rinviene anche alla base dei provvedimenti sommari di condanna di cui all'art. 19 d.lgs. n. 5/2003: cfr. R. Vaccarella, *Il rito ordinario*, cit., p. 1504; secondo E.F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, cit., p. 215, « è probabilmente venuto il momento di prendere atto anche a livello legislativo che – quando l'oggetto della contesa sono i diritti di credito – l'utilità pratica della tutela giurisdizionale sta nella formazione del titolo esecutivo più che nell'accertamento ».

(51) Cfr. in tema Corte cost., 13 aprile 1995, n. 119, in *Giur. cost.* 1995, p. 947; Corte cost., 8 maggio 1996, n. 148, *ivi* 1996, p. 1437. Sulla legittimità costituzionale di strumenti che addossino il rischio del « tempo » a carico di chi resiste in giudizio, v. M. Bove, *Art. 111 Cost.*, cit., p. 519. In senso critico Montesano, *Strumentalità e superficialità*

che l'art. 111 ha dato rilievo costituzionale al bene dell'efficienza della giustizia, e cioè di una giustizia in grado di garantire risultati concreti e tempestivi, sia pur nell'ottica di una durata « ragionevole », idonea a preservare anche adeguate garanzie processuali (52). Ed in questo senso si può sostenere che l'introduzione di questi istituti si ponga come direttamente attuativa dei precetti costituzionali, oggi più che mai sensibili alla concretezza di quel diritto di difesa che la necessaria costrizione nelle forme nobili e garantiste del processo ordinario ha dimostrato di non saper sempre adeguatamente tutelare (53). Non da ultimo, i principi ispiratori dei nuovi istituti si rifanno alle esperienze degli altri paesi europei che già da tempo conoscono forme di tutela sommaria ed urgente alternative al giudicato e rigorosamente autonome rispetto al giudizio, solo eventuale, a cognizione piena. Il che rende il nostro ordinamento più moderno e in grado di dialogare con gli ordinamenti stranieri in un momento di progressiva integrazione dei sistemi nazionali, anche sotto i profili processuali (54).

5. – Queste considerazioni ci dischiudono una diversa prospettiva sotto cui osservare le novità introdotte dalla riforma. Deve infatti ritenersi che la sua vera forza innovativa non possa ridursi all'attenuazione della strumentalità sotto il profilo *strutturale* ma la si debba cogliere anzitutto sotto il profilo *funzionale*, atteso che lo svincolamento del provvedimento cautelare dal principale ha reso teleologicamente « autonoma » la tutela accordata (55).

---

*lità della cognizione cautelare*, in questa *Rivista* 1999, p. 315, per il venir meno dell'effetto deterrente dell'obbligo di instaurare il giudizio di merito a tutela della parte che subisce il provvedimento cautelare.

(52) N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il « giusto processo » in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, spec. pp. 395, 406. Nello stesso senso, A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.* 2000, V, c. 242; M. Bove, *Art. 111 Cost.*, cit., p. 519; L.P. Comoglio, *Il « giusto processo » civile nella dimensione comparatistica*, in questa *Rivista* 2002, p. 738; Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Foro it.* 2000, I, c. 1072.

(53) Così R. Caponi, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in questa *Rivista* 2004, p. 1387. Sostanzialmente in tal senso, ma con maggiore cautela, M. Bove, *op. cit.*, p. 519 e ss.

(54) Cfr. M. Taruffo, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2000, p. 1047 ss. Si vedano anche le considerazioni, in prospettiva di diritto comparato, di R. Caponi, *op. ult. cit.*, p. 1359 ss.; L.P. Comoglio, C. Ferri, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in questa *Rivista* 1990, p. 963 ss.; G. Tarzia, *Considerazioni comparative*, cit., p. 240 ss.; J. Van Compernelle-G. Tarzia, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles 1998.

(55) Diversamente, C. Consolo, *Le prefigurabili inattività*, cit., p. 1518, ritiene l'autonomia solo « cronologica, non funzionale ». Accentuano, invece, la rilevanza del dato strutturale, A.A. Romano, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in questa *Rivista* 2004, p. 1187; S. Recchioni, *Il processo cautelare uni-*

I provvedimenti cautelari anticipatori consentono infatti di perseguire una funzione parzialmente differente da quella tradizionalmente attribuita alla cautela: rendere al cittadino una tutela giurisdizionale effettiva per via di una misura che non solo possa « assicurare » gli effetti della decisione finale (come fin qui è stato e come, in potenza, continua ad essere), quanto sia immediatamente idonea a produrre effetti dichiarativi, costitutivi o esecutivi (in tutto o in parte coincidenti con quelli, anticipati, della eventuale sentenza finale), « esauendo » all'occorrenza la sua domanda di giustizia, senza necessità (salva sempre la diversa volontà delle parti) di « impegnare » l'autorità giurisdizionale in un processo a cognizione piena (56). Una misura, quindi, in grado di fornire una tutela « alternativa » a quella ordinaria, in quanto rapida ed efficace, autonoma e relativamente stabile, per quanto frutto di una cognizione solo sommaria e priva di autorità di cosa giudicata (57).

Si tratta, pertanto, di uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti che, pur mantenendo un piede nel sistema tradizionale, se ne allontana in modo dirimpante ma al contempo *sine strepitu*, essendo stati sufficienti pochi tratti di penna per innestare le nuove disposizioni nel contesto – in buona parte immutato – del procedimento cautelare uniforme, ossia di quel rito che sin dalla sua creazione era stato visto come « alternativo » al processo ordinario, per via della sua agilità ma anche della sua buona fattura tecnica. Il legislatore lo ha quindi (giustamente) collocato tra i provvedimenti cautelari in quanto accessibile solo in virtù della sussistenza di un *periculum*, ben a ragione definito in dottrina « l'elemento caratterizzante, sotto il profilo funzionale, di tutte le misure cautelari » (58).

Senonché, mentre quest'ultimo è sempre stato inteso come il « temuto pregiudizio » derivante dalla necessità di servirsi della tutela giurisdiziona-

---

forme, cit., p. 45; E. Vullo, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali, II. Procedimenti cautelari*, a cura di Chiarloni e Consolo, cit., p. 1332. Per un accenno ad una funzione « non più soltanto strumentale », C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 16<sup>a</sup> ed., III, Torino 2004, p. 322; G. Olivieri, *Brevi considerazioni*, cit., §1.

(56) Si potrebbe recuperare, per certi versi, la visione di Carnelutti di una cautela la cui funzione è di sistemare provvisoriamente la lite, ricordando che l'illustre A. prendeva in considerazione « la categoria del processo cautelare *autonomo* » in quanto non necessariamente collegato ad un giudizio di merito: cfr. F. Carnelutti, *Sistema*, cit., p. 213.

(57) Anzi, si è sostenuto, finalmente sganciata dalla necessaria prospettiva del giudicato: B. Sassani, *Sulla riforma*, cit., p. 11, in senso critico della precedente scelta del legislatore del 1990; R. Tiscini, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *Giur. it.* 2004, p. 2212.

(58) C. Calvosa, *op. cit.*, p. 238; U. Rocco, *Trattato*, cit., p. 50; C. Consolo, *Il nuovo processo*, cit., p. 24 ss.



le (59), oggi si deve tener conto della possibilità, espressamente perseguita dal legislatore, che il processo ordinario e la decisione sul merito non vi siano e che, quindi, a fronte di un « pericolo » per il diritto, non vi sia la necessità di servirsi della tutela giurisdizionale ordinaria. Lo sganciamento del cautelare dalla tutela di merito non può non riflettersi, pertanto, sulla stessa configurazione del nesso funzionale di strumentalità al giudizio di merito e dell'elemento del *periculum* nonché, in ultima analisi, sullo scopo obiettivo dello strumento di tutela cautelare predisposto dal legislatore.

Si è visto, infatti, che nella concezione classica del *periculum in mora* – recepita dallo stesso legislatore, anche all'articolo 700 – esso è un qualcosa di più rispetto alla normale *urgenza* o alla *prevenzione*, traducendosi nel pericolo di « quell'ulteriore danno *marginale*, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo ». Esso è quindi dato dalla necessità di provvedere per « ovviare tempestivamente al pericolo di danno che minaccia il diritto », nell'attesa del provvedimento definitivo. È la *mora* di questo provvedimento che si provvede a rendere innocua con una misura cautelare che anticipi gli effetti della sentenza definitiva (60).

Coerentemente a tale visione Calamandrei parlava di « strumentalità ipotetica » che, per le misure cautelari anticipatorie, si esprimerebbe nella loro funzione di « assicurare la efficacia pratica di un provvedimento principale, per la ipotesi che questo abbia un determinato contenuto concreto, di cui si anticipano i prevedibili effetti » (61).

È stato peraltro precisato che non è la durata in sé del processo a costituire la fonte diretta del pericolo in quanto, nei casi di pericolo c.d. da infruttuosità il temuto danno è solo « reso possibile o favorito » dalla durata del processo, ma anche nei casi di pericolo c.d. da tardività, fronteggiato da misure anticipatorie, il pregiudizio deriverebbe « dal perdurare di una determinata situazione antiggiuridica nel tempo e, in particolare, nel tempo necessario per lo svolgimento del giudizio » (62). Rimane comunque chiara in entrambi i casi la necessaria cor-

(59) F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 222.

(60) P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 18; conf. F. Carnelutti, *Sistema*, cit., I, p. 205; E. Redenti, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1957, p. 53; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964, IV, p. 246 ss. Precisa F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 130, che il pregiudizio si collega alla stessa durata fisiologica del processo ordinario; C. Consolo, *Il nuovo processo*, cit., p. 13, secondo cui specie a seguito della riforma del 1990 il *periculum in mora* è rappresentato dal « pericolo del danno da ritardo del provvedimento definitivo »; A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., p. 33, secondo cui la funzione dei provvedimenti cautelari è di neutralizzare il pregiudizio derivante « dalla durata o anche a causa della durata del processo a cognizione piena ».

(61) P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 62.

(62) F. Tommaseo, *op. cit.*, p. 133 ss.; P. Calamandrei, *op. cit.*, p. 56.

relazione esistente tra la minaccia di un pregiudizio al diritto (63) e l'attesa dei tempi del giudizio ordinario che non consentirebbero di evitare il prodursi, o il protrarsi, di tale pregiudizio (64). È altresì chiaro, sotto il profilo della cognizione del giudice, che questi due aspetti devono risultare uniti nella valutazione complessiva dei presupposti della concessione della misura, ma appaiono ben distinti nella loro individualità (65): l'uno attiene alla valutazione in ordine alla esistenza di una situazione di pericolo tale da provocare un imminente pregiudizio al diritto fatto valere, ovvero all'esistenza attuale di un pregiudizio da rimuovere con urgenza; l'altro attiene alla valutazione della inidoneità della tutela definitiva ad offrire adeguata protezione al diritto, in considerazione dei tempi necessari alla sua realizzazione.

Orbene, è innegabile che tale pericolo di pregiudizio al diritto (tradizionalmente connesso alla durata del processo ordinario, al « ritardo » (66) con cui esso giunge al provvedimento finale), assume una valenza, immediatamente percepibile, del tutto diversa per le misure cautelari anticipatorie, ove si consideri che l'instaurazione di quel processo ordinario non è più *necessaria*, e che lo stesso ricorso alla tutela cautelare può effettuarsi non *in funzione della tutela di merito* bensì più semplicemente *in funzione della rimozione di un pregiudizio imminente o attuale in sé riguardato*.

In altre parole, se il *periculum* era visto dapprima come la minaccia di un pregiudizio al diritto, discendente dalla *doverosità* dell'instaurazione del giudizio di merito e, comunque, da rapportarsi alla durata di questo, oggi il pericolo incombente sul diritto può essere valutato con esclusivo riferimento alle caratteristiche dell'evento lesivo e del potenziale pregiudizio, nella prospettiva solo *ipotetica* di un futuro ma eventuale giudizio ordinario. Il che vuol dire che il ricorrente deve certamente prospettare l'esistenza della minaccia di un pregiudizio al diritto per potere accedere alla misura cautelare, ma senza che la stessa, e l'esigenza di porvi rimedio, debbano essere correlate ai tempi necessari alla definizione di un giudizio ordinario.

Ne consegue che la funzione del provvedimento cautelare anticipatorio non è più necessariamente da ricondurre all'esigenza di evitare un pregiudizio che trovi causa nella necessità di servirsi delle forme ordinarie di tutela giurisdizionale, bensì può individuarsi anche nella sola esigenza di neutralizzare un pericolo

(63) A sua volta rappresentata da un particolare accadimento naturale o da una condotta umana: U. Rocco, *Trattato*, cit., p. 45 ss.

(64) Agli autori già citati *adde* G. Arieta, *op. cit.*, p. 46 ss.; C.E. Balbi, *op. cit.*, p. 81; C. Consolo, *Il nuovo processo*, cit., pp. 32, nota 9, e 35; S. Recchioni, *op. cit.*, p. 117.

(65) Cfr. E. Dini, G. Mammone, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano 1997, p. 300 ss.

(66) *Rectius* al « tempo » necessario per addivenire alla sentenza, essendo improprio parlare di « ritardo » per l'espletamento dell'attività giurisdizionale ordinaria: così U. Rocco, *Trattato*, cit., p. 76.

di danno derivante dal perdurare di una situazione antiggiuridica (67). È stata in sostanza obiettivamente svalutata, se non eliminata, la componente del *periculum* tradizionalmente legata alla necessità e alla durata del processo ordinario (68).

Risulta perciò confermato che la potenzialità del cautelare anticipatorio di dettare un regolamento della controversia satisfattivo ed autonomo dal merito – anche se non incontrovertibile – unitamente alla conseguente qualificazione del *periculum in mora* quale requisito non più necessariamente dipendente o correlato alla durata del processo ordinario, finiscono per incidere anche sulla tradizionale funzione servente della cautela, sulla sua c.d. strumentalità funzionale, ove la si intenda quale ancillarità alla *tutela di merito* (69).

Si può quindi sostenere, con maggiore chiarezza, che il provvedimento cautelare anticipatorio, più che strumentale rispetto al *provvedimento definitivo* – come insegnava Calamandrei, dicendo che esso « è strumento dello strumento » (70) – sia oggi direttamente « strumentale » al *diritto sostanziale* fatto valere (71).

---

(67) Secondo l'esatta definizione di P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 56.

(68) *Contra* A.A. Romano, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari*, cit., p. 1187.

(69) Ché, poi, la non definitività della composizione della lite è da riconnettersi al mantenimento dell'altra caratteristica tipica delle misure cautelari, e cioè la provvisorietà, discendente dalla loro « inidoneità strutturale a svolgere una qualsiasi funzione dichiarativa »: F. Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 44.

(70) Su queste premesse Calamandrei ed altri avrebbero sostenuto la natura pubblicistica della tutela cautelare, affermando che il bene perseguito dalla stessa non sarebbe la protezione del diritto soggettivo, ma la serietà della funzione giurisdizionale ed il suo buon funzionamento (P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 144). Il collegamento della tutela cautelare al diritto sostanziale era invece chiaro già nella dottrina più risalente: cfr. L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V, Torino 1905, p. 817.

(71) Il rigido collegamento strumentale della cautela anticipatoria al merito, fatto proprio della riforma del 1990, non era affatto necessario. Si rendono assolutamente attuali, al riguardo, alcune delle critiche indirizzate alle nozioni di strumentalità e di pericolo formulate dal Calamandrei. Secondo C. Calvosa, *La tutela cautelare*, cit., pp. 229 ss., 237 ss., infatti, la tutela cautelare non sarebbe strumentale rispetto al provvedimento principale, ma una sorta di tutela sussidiaria, volta a garantire l'attuazione della tutela normativa, sia nel senso di prevenire la lesione che in quello di assicurare l'attuazione concreta della sanzione prevista dalla legge in conseguenza della trasgressione. L'interesse sostanziale da tutelare è sempre quello all'attuazione della norma. La tutela normativa è infatti per sua natura insufficiente ad assicurare lo spontaneo adeguamento dei comportamenti reali ai modelli legali: quando essa è in pericolo, perché non riesce a garantire la soddisfazione degli interessi sostanziali, entra in funzione la tutela cautelare. Il pericolo che giustifica tale intervento non è però quello dipendente dal ritardo del provvedimento definitivo, ma è sempre riferito alla situazione sostanziale cautelanda e alla probabilità che non si realizzi la tutela normativa, sia che tale attuazione dipenda dall'esercizio della tutela giurisdizionale, sia che invece dipenda dal fatto che essa non possa trovare attuazione, anche mediante lo spontaneo adeguamento dei comportamenti reali. Anche U. Rocco, *Trattato*, cit., pp. 56, 75, nel criticare il rilievo della relazione di strumentalità rispetto al provvedimento principale, ai fini

O in altri termini, se si volesse utilizzare una suggestiva espressione invalsa nel processo amministrativo (sia pur con accezione del tutto peculiare a quel particolare sistema), si potrebbe parlare di una strumentalità *esterna* al processo, in quanto non si manifesta obbligatoriamente rispetto al giudizio di merito ma si proietta al di fuori di quest'ultimo nel diritto sostanziale (72).

È pertanto in questi sensi che può parlarsi di una « autonomia funzionale » della tutela cautelare anticipatoria: essa persegue il fine di neutralizzare un pericolo non più necessariamente ricollegato alla durata del processo di merito, mediante una tutela sommaria satisfattiva non più necessariamente strumentale a quest'ultimo.

6. – Questa conclusione ci riporta di fronte alla questione della compatibilità con la tutela cautelare di misure satisfattive sganciate dal merito e, in definitiva, della loro corretta collocazione sistematica. Siamo, dunque, ancora nell'area della tutela cautelare? La risposta non può che essere affermativa (73).

---

dell'identificazione dei caratteri della tutela cautelare, poneva l'accento sulla funzione di eliminazione di un pericolo, inteso come possibilità di un danno, non dipendente dalla durata del processo ordinario. Come già rilevato, poi, anche Carnelutti parlava di un « processo cautelare *autonomo* » non necessariamente collegato ad un giudizio di merito: cfr. F. Carnelutti, *Sistema*, cit., p. 213.

(72) Si è sostenuto infatti da una parte della dottrina amministrativistica e sulla scorta di alcune pronunce giurisprudenziali, che la tutela cautelare, con particolare riferimento agli interessi c.d. pretensivi, sarebbe direttamente strumentale al « bene della vita » perseguito e tale strumentalità sarebbe quindi da verificarsi non in relazione alla sentenza ma all'attività amministrativa successiva all'annullamento dell'atto. La tutela cautelare sarebbe idonea ad intervenire in maniera anche irreversibile sul diritto sostanziale, al punto da rendere inutile il prosieguo del giudizio nel merito (E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano 1981; Id., *Sentenza di merito « strumentale » all'ordinanza di sospensione di atto negativo*, in *Dir. proc. amm.* 1986, p. 137). Secondo queste tesi, la strumentalità opererebbe quindi in un'ottica esterna al processo quale « fattore primario di bilanciamento del potere amministrativo » (l'espressione è di A. Travi, *Sospensione del provvedimento impugnato*, in *Digesto, disc. pubbl.*, XIV, Torino 1999, p. 384, in chiave critica di tale orientamento). Pur non ritenendo necessario nella fattispecie prendere posizione, la Cassazione ha affermato che « all'espressione strumentalità si possono attribuire per lo meno due significati. Il primo è che la strumentalità della misura cautelare si manifesta rispetto al giudizio di merito e, quindi, è interna alla sentenza che sarà emanata. In una seconda prospettiva, si può ritenere che la strumentalità della misura cautelare svolga una funzione anche fuori del processo, operando come fattore di riequilibrio dell'esercizio del potere amministrativo rispetto alla pretesa del cittadino » (Cass., Sez. un., 24 giugno 2004, n. 11750).

(73) Cfr. *retro*, nota 32. S. Recchioni, *op. cit.*, pp. 9, 46, osserva giustamente che la funzione distintiva della tutela cautelare consiste nella neutralizzazione del pericolo di danno. L'A. però mette in guardia dalla « amplificazione dell'attenuazione della relazione di strumentalità » e dal ritenere che i provvedimenti cautelari anticipatori pos-

In verità, la tutela cautelare, per quanto protesa a garantire gli effetti della sentenza finale, è sempre stata strumentale al diritto sostanziale oggetto dell'azione di merito (74). Non varrebbe, in contrario, distinguere tra il diritto sostanziale cautelato e il bene della vita provvisoriamente attribuito in sede cautelare, dal momento che questa mancata coincidenza, peraltro ridottissima in ipotesi di provvedimenti anticipatori, non impedisce di considerare « la tutela cautelare una forma tecnica di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi » (75).

Se la funzione ultima della tutela cautelare è quella di preservare il diritto da uno specifico ed attuale *periculum*, tale funzione continua ad essere perseguita anche in assenza di una strumentalità rigida rispetto alla tutela di merito, come quella scaturita dalla riforma del 1990 e frutto di una mera opzione legislativa (76). Ne è conferma la possibilità dell'accesso alla tutela cautelare – oggi pre-

---

sano perseguire la soddisfazione provvisoria o definitiva del diritto, in quanto ciò comporterebbe un « evidente drastico mutamento di funzione del provvedimento urgente ». Deve, tuttavia, rilevarsi, che la satisfattività della misura cautelare anticipatoria non esclude che la sua primaria funzione resti l'eliminazione del pericolo di danno. D'altronde, le differenze con la tutela sommaria *tout court* permangono, se è vero che i provvedimenti sommari c.d. interinali a contenuto anticipatorio non sono condizionati all'esistenza di un *periculum*, richiedono una cognizione sommaria di norma incentrata sulle risultanze istruttorie acquisite in un dato momento del processo, sono sempre incidentali ad un giudizio di merito, possono avere (secondo una tesi) un'efficacia preclusiva in caso di estinzione del processo e, diversamente dai provvedimenti cautelari, hanno la qualità di titolo esecutivo.

(74) F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., p. 90; A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, p. 13, che sottolinea come attraverso l'azione cautelare si deduca in giudizio lo stesso diritto sostanziale oggetto del futuro giudizio di merito; C. Consolo, *Spiegazioni*, I, cit., p. 284, secondo cui l'azione cautelare è un'azione mera, che si protende verso la tutela del medesimo diritto sostanziale oggetto della tutela di merito; S. Satta, *Diritto processuale civile*, Padova 1959, p. 590, con particolare riferimento alla tutela anticipatoria d'urgenza; C. Calvosa, *op. cit.*, p. 179 ss.

(75) F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., p. 91, sempre in chiave critica della tesi pubblicistica. Problema diverso è quello della identificazione dell'oggetto del processo cautelare, cioè se esso rifletta o meno lo stesso diritto sottoposto a cautela che sarà oggetto del giudizio di merito (A. Proto Pisani, *op. ult. cit.*, p. 13), ovvero solo la sua « verosimiglianza » (Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326, in *Foro it.* 1998, I, c. 1007, con nota di G. Scarselli, la quale ha negato vi sia la medesima *res iudicanda* tra merito e cautela, quest'ultima imperniandosi sull'analisi del pregiudizio e del *fumus*; E.T. Liebman, *Unità del processo cautelare*, cit., p. 252 s.); per una diversa lettura, incentrata sull'interesse materiale fatto valere dalla parte, E. Follieri, *Giudizio cautelare*, cit., p. 46; S. Recchioni, *op. cit.*, p. 98 ss.

(76) Conf. C. Consolo, *Il nuovo processo*, cit., p. 11; S. Chiarloni, *Riflessioni inattuali*, cit., c. 501. Ritene che la strumentalità al merito si esprima sufficientemente con la mera possibilità della pendenza di un giudizio di merito e non con la sua necessità, C.E. Balbi, *op. cit.*, p. 126.

vista espressamente dall'art. 35, comma 5°, del d.lgs. n. 5 del 2003 e dall'art. 669-*quinquies* c.p.c. — anche in caso di arbitrato irrituale, in cui mancherebbe per definizione il giudizio di merito essendo la controversia destinata ad essere definita con un provvedimento inidoneo a spiegare effetti di sentenza (77).

Ma all'autonomia della cautela sono stati posti anche precisi limiti. Il legislatore non ha voluto che qualsiasi provvedimento cautelare potesse rendersi autonomo rispetto alla tutela ordinaria, ma ha ristretto tale possibilità ai provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (78). In tal modo, pur avendolo reso molto più blando, il nesso di strumentalità tradizionalmente inteso non è stato eliminato *in toto*, rilevando essenzialmente quale parametro per l'individuazione del contenuto e degli effetti della tutela provvisoria in relazione alla tutela erogabile nell'eventuale giudizio di merito. Con la conseguenza che il ricorrente deve necessariamente enunciare anche la domanda di merito, pur rientrando nella sua facoltà pretendere anche la tutela ordinaria del diritto cautelato e restando quest'ultima comunque relegata sullo sfondo perché non più necessaria. La funzione satisfattiva dell'interesse in pericolo (quella che abbiamo definito con l'espressione strumentalità rispetto al *diritto sostanziale*) è sempre assoluta, pertanto, da un provvedimento sì autonomo, ma strutturalmente costruito come anticipatorio degli effetti della sentenza (secondo i tradizionali canoni della strumentalità rispetto al *provvedimento principale*) (79).

(77) Cfr. A. Briguglio, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella e Verde, IV, Torino 1996, p. 865.

(78) Il tema meriterebbe un approfondimento che in questa sede non è possibile effettuare. Nel dibattito in ordine alla valutazione del carattere anticipatorio del provvedimento cautelare la dottrina si è divisa tra una tesi più liberale, secondo cui occorre considerare l'idoneità del provvedimento a garantire un risultato pratico sostanzialmente equivalente a quello della sentenza, a prescindere dall'effettiva anticipazione degli effetti della sentenza (A. Saletti, *Commento all'art. 23*, cit., p. 223; L. Salvaneschi, *La domanda*, cit., p. 327; G. Olivieri, *Il procedimento cautelare nel c.d. processo societario*, in *www.judicium.it*, §2); e una tesi più restrittiva, in virtù della quale sarebbero assoggettati al regime di strumentalità attenuata solo i provvedimenti di tipo strutturalmente anticipatorio (C. Consolo, *Le prefigurabili inattività*, cit., p. 1518 ss.; in senso analogo, G. Arietta, F. De Santis, *Diritto processuale societario*, cit., p. 386; M. Fabiani, *Il rito cautelare societario*, cit., p. 1185 ss.; R. Tiscini, *I nova*, cit., §4; G. Frus, *Commento all'art. 23*, cit., p. 664; ancor più rigorosa la posizione di A. Proto Pisani, *La nuova disciplina*, cit., c. 14, che riferisce la norma ai provvedimenti totalmente anticipatori), con conseguente incertezza sulla qualificazione di alcuni importanti provvedimenti, come la sospensione delle delibere societarie. Ma per la dimostrazione della natura decisamente anticipatoria della sospensione e sulla tipologia degli effetti anticipabili, mi permetto nuovamente di rinviare a U. Corea, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione*, cit.

(79) Si tratta, dunque, di una sorta di autonomia « imperfetta ». Sembra, pertanto, di potersi concludere che per il provvedimento conservativo restano fermi i tradizionali

Si è detto infine che il nuovo provvedimento cautelare presenta qualche tratto comune ai provvedimenti adottabili in *référé* per ragioni di urgenza (*référé classique* e *référé de prévention ou de remise en état*). Anche nel sistema francese si dà una regolamentazione provvisoria (priva di giudicato) alla *res* litigiosa e non è necessario iniziare un giudizio di merito, rispetto al quale non vi è alcun nesso di strumentalità. Le due tipologie di provvedimenti si discostano, tuttavia, per altri aspetti: nel sistema francese non esiste la suddivisione, né è previsto un differente regime, per le misure conservative e anticipatorie (potendo essere disposta anche una regolamentazione provvisoria diversa da quella prevista dal diritto sostanziale) e non è perciò indispensabile, se non per individuare il giudice competente, enunciare il contenuto della tutela di merito, pur dovendosi indicare il diritto sostanziale (80).

In conclusione, siamo sicuramente in presenza di un fenomeno di natura cautelare, non solo in quanto la disciplina è quella prevista per le misure cautelari in generale ma per il fondamentale rilievo che la concessione del provvedimento non può prescindere dalla sussistenza di un *periculum*, nell'accezione sopra individuata, che della tutela cautelare è indefettibile presupposto.

Quest'ultimo, però, sembra configurarsi nel nuovo sistema piuttosto come l'*occasio* colta dal legislatore per indicare al soggetto istante una strada alternativa per una più rapida ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti.

ULISSE COREA

*Assegnista di ricerca*

*nell'Università LUISS – Guido Carli di Roma*

---

elementi funzionali e strutturali della tutela cautelare, mentre per il provvedimento anticipatorio l'elemento caratterizzante la sua natura cautelare rimane quello funzionale della neutralizzazione di un *periculum*, cui si accompagnano i caratteri strutturali di un provvedimento sommario, provvisorio, inidoneo al giudicato, per il quale il tradizionale nesso di strumentalità rileva solo quale parametro per la forgiatura del contenuto e la individuazione degli effetti della misura cautelare.

(80) Che deve apparire comunque *prima facie* fondato: v. sul tema l'analisi di D. Buoncristiani, *Sistema dei « référés »: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2006, p. 575 ss. Aggiungiamo che mentre le misure adottate in *référé* tendono a non pregiudicare il diritto di uno dei due contendenti, nell'ottica di contemperare gli opposti interessi, i nostri provvedimenti cautelari possono essere, all'occorrenza, anche totalmente soddisfattivi e produrre effetti irreversibili, richiedendo, in questi casi, un'attenta valutazione del *fumus* (F. Tommaseo, *I provvedimenti*, cit., p. 155; A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., 5; E. Dini, G. Mammone, *op. cit.*, p. 436; L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in AA. VV., *Il processo cautelare*, cit., p. 225 (e nota 41); S. Recchioni, *op. cit.*, p. 54; *contra* lo stesso D. Buoncristiani, *op. cit.*).