

**TUTELA SOMMARIA E GIUDICATO NEL
NUOVO CODICE DI PROCEDURA CIVILE
BRASILIANO**

Antonio Carratta
Ordinario di Diritto processuale civile
Università di Roma Tre
antonio.carratta@uniroma3.it

1 - Permettetemi, anzitutto, di salutare gli amici brasiliani qui presenti e di dare a loro il benvenuto nel nostro Ateneo: è grazie a loro che già nel 2014 è stato organizzato il primo colloquio italo-brasiliano di diritto processuale civile a San Paolo; ed è sempre grazie alla loro iniziativa che oggi festeggiamo l'arrivo del nuovo codice di procedura civile brasiliano qui a Roma.

In prima battuta devo dire che è sempre ammirevole e da guardare con grande rispetto lo sforzo e il coraggio dell'ordinamento che in un dato momento storico decide di introdurre un nuovo codice di procedura civile. Per parte nostra, dunque, non possiamo che salutare con sincera ammirazione (ma anche con un pizzico di invidia) la nascita del nuovo codice brasiliano.

E questo, credo, per quattro ragioni fondamentali.

In primo luogo, perché la nascita di un nuovo codice è inequivocabile sintomo di maturità dell'ordinamento e di consapevolezza del fatto che qualsiasi disciplina giuridica, e quella processuale in particolare, per poter conseguire al meglio gli obiettivi voluti, necessita di un impianto, di un disegno sistematico, che inevitabilmente emerge dal codice.

In secondo luogo, perché, se è vero che con sempre maggiore forza si manifesta la tendenza degli ordinamenti alla «decodificazione», è pur vero – e di questo occorre avere piena consapevolezza – che il fenomeno della «decodificazione» costituisce un sintomo di crisi, di malattia del sistema, perché determina frammentazione e «fuga» dal sistema e dal suo impianto organico. E dunque, la scelta dell'ordinamento di predisporre un nuovo codice è certamente una scelta non solo tecnica, ma di valore, perché sottintende proprio la consapevolezza della dannosità per lo stesso ordinamento di assistere inermi agli effetti della «decodificazione».

In terzo luogo, perché un nuovo codice è comunque il prodotto di una generazione di giuristi (in questo caso di processualisti) ed il frutto della convergenza delle diverse idee in campo. L'esempio del nostro codice del 1940-1942 è emblematico da questo punto di vista: le generazioni di processual-civilisti che ci hanno preceduto e noi stessi guardiamo ad esso come ad un «testimone» tramandatoci dai nostri *patres*. E spero che lo stesso possa essere per le generazioni future dei processuali-civilisti brasiliani rispetto a questo nuovo codice.

Non è secondario, poi, il fatto che nel caso di specie il nuovo codice di procedura civile brasiliano sia il primo codice democratico, prodotto, cioè, a differenza di quelli che l'hanno preceduto (nel 1939 e nel 1973) da un ordinamento governato da regole democratiche.

Anche questo è un aspetto che merita di essere sottolineato, perché, se è vero, come spesso si sostiene, che le regole processuali sono regole tecniche, servono per far funzionare bene lo strumento processuale, è anche vero – e lo sappiamo benissimo – che dietro le soluzioni tecniche (o pseudo tali) spesso si nascondono importanti scelte di valore. E basti ricordare, qui, le pagine illuminanti del nostro Maestro comune Chiovenda sulle forme giudiziali¹ o quelle altrettanto illuminanti di un altro Maestro come Salvatore Satta su forme e formalismo² o – su altro versante – quelle di estrema attualità di Franz Klein sulla «funzione sociale» del processo³.

2 - La sessione di questa mattina sarà dedicata, come da programma, a due temi fondamentali per qualsiasi sistema processuale e fra loro intimamente connessi: quello della tutela sommaria (cautelare e non) e quello del giudicato.

Si tratta di due temi ampiamente dibattuti nel passato anche dalla dottrina italiana. E che periodicamente vengono ripresi dalla stessa. In effetti, proprio l'ultimo Congresso dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Cagliari lo scorso ottobre, è stato dedicato appunto alla *Crisi del giudicato*.

Come è emerso poi nel corso dei lavori del Convegno cagliaritano, in realtà, è difficile poter parlare per il nostro ordinamento processuale di crisi del giudicato (o, per meglio dire, del concetto stesso di giudicato) se si considera che, soprattutto in tempi più recenti, il legislatore italiano ha senza dubbio seguito la tendenza (peraltro comune a molti ordinamenti contemporanei) di individuare percorsi processuali diversi dal processo a cognizione piena ed esauriente e quindi sommari secondo l'accezione tradizionale del termine sommario.

E tuttavia, si è comunque attenuto alla regola che in altra sede⁴ ho definito «aurea» e che mira a salvaguardare la pienezza del diritto di difesa costituzionalmente garantito, per cui in tanto questi procedimenti

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (1901). In: *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, rist., Milano, 1993. p. 354 ss.

2 SATTA, Salvatore. *Il formalismo nel processo*. In: Id., *Il mistero del processo*. Milano, 1994. 81 ss.

3 KLEIN, Franz. *Pro futuro*. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich, Wien-Leipzig, 1891, p. 31 ss.; Id., *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901, Dresden, 1901, ristampa Frankfurt a.M., 1958. p. 20 ss. In proposito v. anche A. Carratta, *Funzione sociale e processo civile*, Relazione al Convegno "La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo" (Roma, 9 ottobre 2015), organizzato dall'Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto nella storia e nella società", in corso di pubblicazione.

4 CARRATTA, Antonio. *Voce Processo sommario* (dir. proc. civ.), in Enc. dir., Annali, II, 1, Milano, 2008. p. 877 ss.; Id., *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa*. Studi, a cura di A. Carratta, Napoli, 2012. p. 1 ss.

sommari sono destinati a produrre il giudicato in quanto sia prevista la loro trasformabilità, su iniziativa della parte che vi abbia interesse, in processi a cognizione piena ed esauriente.

Con la conseguenza che delle due l'una: o la parte che vi abbia interesse abbia utilizzato tale possibilità ed abbia effettivamente determinato la trasformazione del procedimento da sommario in processo a cognizione piena, ed allora avremo comunque la sentenza finale idonea a produrre la cosa giudicata; oppure, la parte ha rinunciato consapevolmente a tale possibilità, perché probabilmente ritiene di non avere valide ragioni da spendere, e questo suo comportamento «concludente» viene sfruttato dall'ordinamento per eliminare definitivamente la controversia e far sì che anche il provvedimento sommario (nato provvisorio) acquisti l'idoneità del giudicato. Si tratta, evidentemente di considerazioni abbastanza ovvie alle quali da tempo la nostra dottrina processualciviltistica è pervenuta.

Resta inteso che, laddove questa trasformabilità non sia prevista, il procedimento sommario non è in grado di produrre provvedimenti idonei al giudicato sostanziale.

Su entrambi questi temi (giudicato e tutela sommaria o provvisoria) il nuovo c.p.c. brasiliano fa scelte ben precise, come vedremo e come emergerà ampiamente dalle relazioni che seguiranno.

E tuttavia, l'impressione che ho tratto dalla lettura della disciplina codicistica è che le scelte compiute rispetto ai due profili dal legislatore brasiliano non risultino pienamente coordinate fra loro. Questo è indubbiamente un elemento di debolezza del codice perché la mancanza di linearità nelle soluzioni adottate può essere fonte di incertezze interpretative e applicative che sono quanto di più deleterio possa esserci per la legislazione processuale, come ben sappiamo noi italiani a causa del susseguirsi di interventi normativi sul codice esistente, privi di qualsiasi impianto sistematico.

E difatti, mentre sul problema del giudicato il nuovo c.p.c. brasiliano sembra ispirarsi ad un'impostazione indubbiamente classica, sul versante della tutela sommaria, invece, compie scelte molto innovative (in parte ispirate dalla legislazione francese sui *référé* e a quella italiana sull'efficacia dei provvedimenti cautelari e sulle ordinanze anticipatorie di condanna), che, però, non si conciliano perfettamente – almeno così mi sembra – con quanto stabilito a proposito del giudicato.

Sembra quasi che su questi due temi fondamentali il nuovo codice brasiliano abbia le sembianze di un'erma bifronte: rivolta al passato, per

quel che riguarda la disciplina del giudicato; al futuro, per quel che riguarda la disciplina dei provvedimenti sommari o di tutela provvisoria come li definisce lo stesso codice.

3 – Ora, a proposito del giudicato materiale, anzitutto, il nuovo c.p.c. brasiliano – in linea con quello precedente del 1973 – all'art. 502 stabilisce espressamente che per cosa giudicata materiale deve intendersi l'autorità che connota come immutabile e indiscutibile la decisione di merito non più soggetta a *recurso*, cioè alle impugnazioni previste per le sentenze.

All'art. 503 poi aggiunge che la pronuncia che decide totalmente o parzialmente il merito ha forza di legge nei limiti della questione principale espressamente decisa.

Non si può non evidenziare, in prima battuta, la sostituzione che il legislatore brasiliano del 2015 fa del precedente riferimento alla «*sentenza*» con l'attuale «*decisione sul merito*». In questa scelta può vedersi la consapevolezza (abbastanza pacifica anche da noi) che la cosa giudicata materiale non appartiene solo alla sentenza sul merito, ma anche a decisioni di merito aventi forma diversa dalla sentenza, pronunciate nell'ambito di procedimenti a cognizione sommaria trasformabili (ma in concreto non trasformati) in giudizi a cognizione piena su iniziativa del convenuto (come, ad es., da noi, il decreto ingiuntivo non più opponibile o l'ordinanza di convalida di sfratto o l'ordinanza di cui all'art. 702 bis, ecc.).

E tuttavia, a ben guardare non sembra essere questa la conseguenza della formulazione dell'art. 502, in quanto, sebbene parli di decisione nel merito, tuttavia poi aggiunge che deve trattarsi di decisione non più soggetta a *recurso*, ovvero ai normali mezzi di impugnazione previsti per le sentenze. Ne deriva che, evidentemente, la scelta del legislatore brasiliano è di collegare la produzione della cosa giudicata materiale alla sentenza, cioè alla decisione di merito che sia l'effetto di un giudizio a cognizione piena ed esauriente. Lasciando fuori dall'ambito della produzione della cosa giudicata, di conseguenza, tutte le decisioni di merito diverse dalla sentenza. Vale a dire tutte quelle decisioni di merito pronunciate nell'ambito di procedimenti sommari non trasformati in giudizi a cognizione piena ed esauriente.

La conseguenza di questa scelta sul sistema è duplice, a mio modo di vedere.

Da un lato, infatti, la soluzione appare pienamente garantista: solo la decisione di merito emessa all'esito di un processo nel quale abbia

trovato piena espressione il contraddittorio e il diritto di difesa è in grado di produrre l'effetto del giudicato.

Dall'altro lato, però, lascia del tutto indefinita l'efficacia che sono destinati a produrre tutti quei provvedimenti diversi dalla sentenza che contengono una decisione (sia pure sommaria) sul merito della controversia e non sono in alcun modo aggredibili o impugnabili o opponibili (a seconda dei casi) con gli specifici rimedi previsti dallo stesso ordinamento. E mi riferisco, a questo proposito, da un lato ai *provvedimenti di evidenza* (cioè allo stato degli atti) previsti dall'art. 311 del nuovo c.p.c. brasiliano o ai *provvedimenti anticipatori d'urgenza* di cui all'art. 303, per i quali espressamente il 6° comma dell'art. 304 prevede che non siano idonei a produrre la cosa giudicata materiale, sebbene lo stesso art. 304 parli, in termini notevolmente ambigui, di «stabilizzazione».

In questo si vede con chiarezza la stretta connessione che sottolineavo all'inizio fra i due temi che occuperanno questa sessione del nostro Seminario.

4 – Quanto poi al tema specifico della tutela sommaria o provvisoria, come dicevo, il legislatore brasiliano si mostra molto attento a cogliere le novità che sono emerse anche in altri ordinamenti, e in particolare quello francese e quello italiano. Epperò, connota di importanti novità questa disciplina.

Della tutela sommaria o provvisoria il nuovo codice si occupa agli articoli che vanno dal 294 al 311. Pochi articoli, tutto sommato. Ma il disegno che emerge – questa è la mia impressione e pronto a ricredermi anche alla luce delle analisi che verranno svolte nel corso dei lavori di questa mattina – presenta alcune ombre che potrebbero minarne in radice l'efficacia.

Anzitutto, l'art. 294 stabilisce che la tutela provvisoria comprende sia la tutela d'urgenza, e cioè la tutela provvisoria con funzione cautelare, sia la tutela di evidenza, che ho già richiamato prima e che non riveste funzione cautelare perché prescinde dalla sussistenza del *periculum in mora*, mentre si avvicina molto alle nostre ordinanze anticipatorie di condanna e al *référé-provision* francese.

Fin qui, direi, *nihil novi sub soli*. Se non il fatto che anche nel sistema brasiliano viene introdotta la tutela di evidenza, che secondo la terminologia utilizzata in altra sede⁵ sarebbe preferibile chiamare *anticipatoria in senso proprio*, la cui finalità è quella di evitare che la durata del processo (a

5 CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997. p. 57 ss.

cognizione piena) possa andare a danno della parte che nel corso dello stesso appare aver ragione.

La vera novità, però, sta nella previsione della possibilità che il provvedimento d'urgenza, pur rivestendo funzione cautelare, possa acquisire *efficacia stabilizzante*. Sebbene, come già detto prima, non è chiaro questo cosa significhi in concreto, visto che, in ogni caso, tale stabilizzazione non è assimilabile alla cosa giudicata materiale.

Infatti, in caso di provvedimento d'urgenza a contenuto anticipatorio, laddove il convenuto non lo impugni entro 15 giorni con il rimedio specifico, ai sensi dell'art. 304 tale provvedimento è destinato a stabilizzarsi, salva la possibilità per ognuna delle parti di proporre una nuova domanda (ma avente ad oggetto il medesimo diritto del provvedimento d'urgenza), destinata a ridiscutere, revocare o modificare la decisione anticipatoria.

E' questo un «nodo irrisolto» del nuovo codice brasiliano, non essendo affatto chiaro cosa si intenda per «stabilizzazione» dei provvedimenti d'urgenza a contenuto anticipatorio e in che cosa quest'efficacia stabilizzante si distingua dal vero e proprio giudicato sostanziale. Perché delle due l'una: o tale stabilizzazione non si distingue in nulla dal giudicato vero e proprio, ma allora vi è una contraddizione con l'art. 502 che attribuisce il giudicato solo alla sentenza non più impugnabile; oppure essa va intesa in maniera diversa dal giudicato, e allora l'art. 304 avrebbe dovuto chiarire gli elementi che la caratterizzano.

5 - Un identico problema, del resto, è emerso anche da noi, dove l'attenuazione o l'allentamento della stretta concatenazione fra i provvedimenti cautelari ed il giudizio di merito, cui si è proceduto negli ultimi tempi (mediante la riformulazione dell'art. 669 *octies* c.p.c.) con riguardo ai provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., ai provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito ed a quelli emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto, ha portato a ritenere che questi provvedimenti sommari, pure cautelari, siano utilizzabili – sul modello francese del *référé* – come strumenti autonomi di tutela sommaria, alternativi sia al processo (ordinario o speciale) a cognizione piena, sia al giudicato sostanziale. E significativa - proprio per sottolineare la netta differenza fra il permanere degli effetti prodotti dal provvedimento cautelare e il giudicato vero è proprio - appare la formula utilizzata dall'ultimo comma dell'art. 669 *octies* c.p.c., laddove prevede espressamente che «l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo».

In realtà, essendo espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, i provvedimenti con funzione cautelare nascono, come noto, in conseguenza dell'esercizio dell'azione cautelare con la finalità di tutelare la situazione sostanziale in attesa del provvedimento definitivo (*provvisori* nello scopo o nel fine direbbe Calamandrei)⁶. Vale a dire che, a prescindere dalla durata temporale che essi avranno in concreto, tali effetti sono comunque destinati a cedere il passo all'accertamento ottenuto all'esito del giudizio a cognizione piena, che, se dichiara l'inesistenza della situazione soggettiva a cautela della quale la misura cautelare è stata concessa, rende inefficaci tali effetti e, in caso contrario, è destinato ad assorbirli. Infatti, «sorto per dar tempo al provvedimento principale di nascere attraverso la lunga gestazione del processo ordinario, e per tenere provvisoriamente le sue veci in quel limitato campo in cui il ritardo sarebbe stato pericoloso, il provvedimento cautelare vede, colla nascita del provvedimento principale, esaurita la sua funzione, compiuto il suo ciclo vitale»⁷.

Da ciò deriva anche che l'assenza di una funzione dichiarativa nei provvedimenti cautelari, e quindi la loro inidoneità a produrre un accertamento incontrovertibile, non è affatto una conseguenza della natura della cognizione che svolge il giudice al fine di pronunciare il provvedimento, ma piuttosto della loro *provvisorietà funzionale*. Come riconosceva Calamandrei, «il provvedimento cautelare ha effetti provvisori non perché (o non necessariamente perché) la cognizione su cui si basa sia meno piena di quella ordinaria e debba quindi essere bilanciata da una minore stabilità di effetti, ma perché il rapporto che il provvedimento cautelare costituisce è *per sua natura* destinato ad esaurirsi, in quanto il suo scopo sarà ormai raggiunto, al momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia»⁸.

Mentre la *provvisorietà* è intrinseca alla stessa funzione e struttura dei provvedimenti cautelari, che *nascono provvisori* e tali rimangono finché continuano ad esistere⁹, la durata più o meno limitata nel tempo dei loro effetti dipende dalle scelte operate in concreto: a) *dall'ordinamento processuale*, il quale può, in base a scelte di politica legislativa, imporre oppure no alla parte, la quale abbia ottenuto la misura cautelare, l'onere di instaurare entro un termine decadenziale il giudizio di merito sulla medesima controversia

6 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, 1936. p. 14 e p. 21.

7 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 82 s. Per ulteriori considerazioni in argomento rinvio ad A. Carratta, *Profili sistematici della tutela cautelare*, in *I procedimenti cautelari*, opera diretta da A. Carratta, Bologna, 2013. p. 1 ss.

8 CALAMANDREI, *ibidem*, p. 15.

9 Parafrasando le parole di P. Calamandrei, *Introduzione*, cit., p. 175 s.

o, se già instaurato, di proseguirlo fino alla decisione finale; b) *dalle parti*, le quali, conservando immutato il diritto di azione nel merito (non esaurito e neppure limitato dall'esercizio dell'azione cautelare, che – come abbiamo visto – ha contenuto e natura diversa ed autonoma da quella di merito), ne possono sempre usufruire, instaurando il giudizio di merito o, se già instaurato, proseguendolo fino alla decisione finale.

Di conseguenza, la connotazione in termini di provvisorietà – nel significato assunto – degli effetti cautelari prodotti è destinata a permanere anche laddove gli stessi, in concreto, dovessero non essere temporanei.

Va anche aggiunto, peraltro, che, intesa nei termini indicati, la provvisorietà come inidoneità del provvedimento a diventare definitivo è uno degli elementi sui quali è stata tradizionalmente impostata la differenza con i chiovendiani *accertamenti con prevalente funzione esecutiva* o meglio con i *provvedimenti sommari con funzione decisoria*. Anche questi, infatti, nascono provvisori e sono destinati a produrre effetti fino a quando non sopravvenga il provvedimento definitivo di merito a cognizione piena ed esauriente, che assorbe quello sommario¹⁰.

La differente natura provvisoria fra gli uni e gli altri si coglie, invece, per l'ipotesi in cui il provvedimento definitivo di merito a cognizione piena ed esauriente non dovesse sopravvenire: a differenza dei provvedimenti cautelari, che continuano a permanere nell'originario stato di provvisorietà, gli *accertamenti con prevalente funzione esecutiva* o i *provvedimenti sommari decisori* sono tradizionalmente considerati idonei a perdere la provvisorietà degli effetti prodotti e ad acquisire *una certa stabilità*, pienamente assimilabile a quella propria del giudicato sostanziale.

Ne deriva che prevedere – così come fa l'art. 304 del nuovo c.p.c. brasiliano – la «stabilizzazione» degli effetti prodotti dal provvedimento d'urgenza a contenuto anticipatorio significa non tenere in adeguata considerazione questa fondamentale distinzione tramandataci dai nostri Maestri e tuttora meritevole, a mio parere, di essere mantenuta.

6 - Né si risolve il problema attraverso l'*escamotage* del ricorso alla discussa nozione della c.d. preclusione *pro judicato*, come pure è stato fatto da parte della dottrina brasiliana.

10 CALAMANDREI, Introduzione, cit., p. 175 s., il quale osserva che negli «accertamenti con prevalente funzione esecutiva» il provvedimento «nasce nella speranza che un successivo provvedimento non sopraggiunga, impedendogli di diventare definitivo, mentre quello cautelare nasce già in attesa di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale è destinato a venir meno per mancanza di scopo».

E non lo si risolve, in primo luogo, perché continua a suscitare notevoli dubbi la «commistione fra il concetto di cosa giudicata e quello di preclusione»¹¹ e perché continua ad apparire inaccettabile – proprio alla luce dell’art. 502 del nuovo codice brasiliano – la configurabilità di due nozioni di giudicato, «quantitativamente» diverse.

In secondo luogo, perché non può non riconoscersi una vera e propria lesione del diritto costituzionale alla tutela «piena» del proprio diritto violato – oltre che una «petizione di principio»¹² – nella tesi che esclude l’efficacia di giudicato sostanziale per il provvedimento d’urgenza a contenuto anticipatorio non impugnato ed ammette, poi, «la pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione»¹³ del provvedimento stesso. Se fosse vero che la sommarietà della cognizione implica necessariamente – come sostengono i fautori della c.d. preclusione *pro judicato* – una restrizione della sfera «quantitativa» di efficacia del provvedimento sommario, in confronto a quella di una sentenza di condanna, dovrebbe a maggior ragione escludersi (non solo «*quoad iustitiam*»¹⁴, ma anche e soprattutto) *quoad Constitutionem* qualsiasi preclusione degli effetti della successiva azione di accertamento negativo del diritto di cui è stato riconosciuto titolare nel provvedimento d’urgenza un soggetto che tale è risultato non essere.

Di conseguenza, riproporre con riferimento alla «stabilizzazione» di cui parla l’art. 304 del nuovo c.p.c. brasiliano la discussa figura della

-
- 11 Così GARBAGNATI, E. *I procedimenti d’ingiunzione e per convalida di sfratto*. Milano, 1979. p. 15 e p. 22 ss.; Id., *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991. p. 6 ss.; Id., *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo*, in Riv. dir. proc., 1949. p. 302 ss.; ma nel senso che la tesi della c.d. preclusione pro iudicato non costituisca altro che una «personalissima, ingegnosa creazione, propria dell’opera redentiana» già E. Allorio, *Giudicato su domanda parziale*, in Giur. it., 1958, I, 1, c. 399 ss., testo e nota 1; v. anche Id., *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in Id., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957. p. 33 ss.; Id., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in Id., *Problemi di diritto*, II, cit., p. 64. Per altre indicazioni rinvio ad A. Carratta, *Profili sistematici*, cit., p. 532 ss.
- 12 Così GARBAGNATI, ibidem, p. 15.
- 13 Così, con riferimento alla ricostruzione della tesi della preclusione-presunzione pro iudicato, REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 2a ed., Milano, 1957. III, p. 26 ss.; v. anche Id., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938. p. 122 ss.
- 14 Così ancora E. Garbagnati, op. loc. ult. cit. In termini non dissimili. Allorio, Enrico. *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in *Problemi di diritto*, II, cit., p. 57 ss., spec. p. 79 ss., criticando la tesi di E. Minoli, *Contributo al giudizio divisorio*, Milano, 1950. p. 144 s., che applicava la teoria della c.d. preclusione pro iudicato al giudizio divisorio. Osserva, in particolare, Allorio che «in una disputa come questa, l’onere della prova di una tesi tanto eteroclitica, come quella che tende a sospendere in un particolare caso l’efficacia di un principio generalissimo, quale il principio della restituzione dell’indebito ... non può non incombere totalmente a chi ritiene di dover aderire a siffatta tesi», mentre «coloro che vi aderiscono ... si limitano alla enunciazione senza dimostrazione», e che piuttosto - «do stato reale dei diritti sostanziali non può non venir meno che per effetto del giudicato che lo disconosca».

preclusione *pro judicato* significa riproporre questi problemi, dalla cui soluzione la stessa dottrina brasiliana che ad essa ricorre non può sottrarsi.

La verità è che anche con riferimento all'art. 304 del nuovo codice brasiliano si profila con chiarezza l'alterazione della posizione sostanziale (di partenza) delle parti, in quanto si introduce a favore dell'attore una vera e propria inversione dell'onere di conseguire l'accertamento definitivo dei propri pretesi diritti violati al fine di poter consolidare i provvisori effetti esecutivi. E, di fronte ad una tale inversione delle posizioni sostanziali (di partenza), è lecito domandarsi perché il legislatore dovrebbe preoccuparsi soltanto della salvaguardia della parte che chiede tutela, offrendole la possibilità di consolidare gli effetti prodotti dal provvedimento d'urgenza, e trascurare (o comunque, far passare in secondo piano) quella della parte contro cui tale tutela viene avanzata.

