

# ORDINARIO DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

*LA TUTELA D'URGENZA E LE RECENTI RIFORME PROCESSUALI  
ITALIANE*

*Paolo Biavati*

*Professore ordinario Università degli Studi di Bologna*

SOMMARIO: Introduzione; 1 L'emergere nella prassi delle misure d'urgenza; 2 L'impegno della dottrina; 3 La riforma del 1990 e i suoi adeguamenti successivi; 4 La tutela d'urgenza nel processo amministrativo e in quello tributario; 5 Alcuni problemi aperti; 6 Le ragioni di una buona riforma.

## INTRODUZIONE

L'occasione che ci viene offerta da questo convegno è particolarmente preziosa. Il confronto fra la recentissima riforma brasiliana e le ripetute ed interminabili riforme italiane ci permette di verificare due diverse modalità di adeguamento del sistema processuale alle esigenze della società: da un lato, una nuova codificazione completa e, dall'altro lato, una serie di interventi, non di rado occasionali e in più di una volta rapidamente rinnegati dopo che la prassi concreta ne aveva decretato l'inadeguatezza.

Il tema che mi è stato assegnato – la tutela d'urgenza – si colloca, in questo quadro, in una luce particolare. Infatti, a differenza di quasi tutti gli altri settori della nostra materia, l'ambito normativo di cui sono chiamato ad occuparmi, dopo la riforma del 1990 e dopo alcuni utili aggiustamenti, è rimasto indenne dalla pioggia di misure modificative dell'ultimo lustro. In un incontro sul tema delle riforme, mi piace indagare sulle ragioni di questa eccezione.

In particolare, penso che si possa dire che la riforma del 1990 ha dato buona prova di sé e che è stata una buona riforma<sup>1</sup>. E' interessante capire perché.

### 1 L'EMERGERE NELLA PRASSI DELLE MISURE D'URGENZA

Al riguardo, occorre partire dal dato storico della crescita esponenziale del peso della tutela cautelare a partire dalla decade degli anni Settanta del secolo scorso. In specie, si tratta di riflettere sullo sviluppo pratico di una norma come l'art. 700 del codice di procedura civile italiano, introdotta nel codice del 1942 e rimasta invariata nel tempo<sup>2</sup>. Senza addentrarmi in analisi che non mi competono, è certo che erano anni di radicale trasformazione della società italiana, che entrava in modo tumultuoso nella fase della postmodernità. Emergevano nuovi

---

1 SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*. In: *I Colóquio Brasil-Itália de Direito processual civil*. Salvador, Bahia, 2016. p. 381 ss., spec. 393) concorda con questo giudizio, pur esprimendo perplessità sull'efficacia pratica della riforma.

2 A questo istituto di tutela atipica, il manuale di Francesco Carnelutti, nell'edizione del 1941, dedicava dieci righe (CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2. ed. Roma, 1941. p. 41); quello di Enrico Redenti nella ristampa della seconda edizione del 1957, saliva a quasi una pagina e mezzo (REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, 2. ed. rist., Milano, 1957. p. 94-96). Il maestro bolognese così si esprimeva: "L'impiego di questi provvedimenti atipici, di recente introduzione, resta tuttavia scarso e sporadico, il che sta a dimostrare come nei più dei casi bastassero ai reali bisogni della pratica i provvedimenti tipici tradizionali" (op. cit., p. 94).

diritti e nuove attese, che toccavano il mondo sindacale, la preoccupazione per l'ambiente, la parità fra i sessi, la partecipazione politica.

A poco a poco, i giudici civili si resero conto di avere nelle mani uno strumento duttile ed efficace per veicolare attese non adeguatamente protette dal rito ordinario: i provvedimenti di urgenza regolati dall'art. 700 c.p.c. Nello stesso tempo, norme come gli artt. 18 e 28 dello statuto dei lavoratori aprivano frontiere di intervento fino a quel momento sconosciute. Fu così che le misure cautelari, presenti nel codice ma oggettivamente marginali anche negli studi della dottrina, cominciarono ad assumere un rilievo straordinario.

Non voglio, con queste parole, dare l'impressione che quella fosse un'età dell'oro della giustizia italiana. Le forti connotazioni ideologiche alla base dell'impiego dei provvedimenti di urgenza ne facevano talvolta uno strumento più da temere che da applaudire e l'idea di una giustizia di parte (schierata, cioè, a fianco di una data parte politica) iniziò a farsi largo nella coscienza sociale, con conseguenze che, con modalità e toni diversi, durano tuttora. Anzi, la dottrina prese ad interrogarsi su quali forme di correzione fossero necessarie per rendere la tutela d'urgenza, affidata fino ad allora a norme piuttosto scarse, un metodo di giustizia meglio verificabile e quindi socialmente più accettato.

I punti chiave erano essenzialmente due. Il primo era la separazione fra il giudice dell'urgenza, che per l'art. 700 c.p.c. era il pretore, e il giudice del successivo giudizio di merito, che era normalmente il tribunale. Il secondo punto era dato dall'impossibilità di impugnare immediatamente il provvedimento d'urgenza, che rimaneva efficace fino alla sentenza di merito, che, all'epoca, doveva intendersi come sentenza di secondo grado. Proprio la forte discrezionalità con cui non di rado i pretori maneggiavano i provvedimenti d'urgenza rendeva indispensabile il contrappeso di una verifica da parte di un diverso magistrato.

E' interessante notare (e riprenderò questo aspetto più tardi) che gli operatori pratici, a quell'epoca, invocavano una riforma, lamentando i problemi che la lacunosa normazione esistente forse non provocava, ma certamente non impediva<sup>3</sup>.

Il legislatore non era sordo a queste esigenze. Il disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei ministri l'8 maggio 1981 si poneva l'obiettivo

---

3 Fra i molti, v. M. FINOCCHIARO, *Usi ed abusi dell'art. 700 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2117 ss.

di affrontare la questione, rilevando come “altro sintomo del crescente disagio avvertito dagli operatori pratici del processo civile è costituito dalla sempre maggiore diffusione dei procedimenti d’urgenza, procedimenti cautelari atipici, contemplati dall’art. 700 ss. c.p.c., che da strumenti eccezionali di tutela preventiva e provvisoria tendono a trasformarsi in procedimenti anticipatori della decisione definitiva, la quale, intervenendo dopo lungo lasso di tempo perde ogni efficacia soddisfattiva della situazione sostanziale”<sup>4</sup>. Va detto che la soluzione inizialmente immaginata era quella di affiancare un procedimento sommario a contraddittorio necessario ad un modello unitario di procedimento cautelare.

## 2 L’IMPEGNO DELLA DOTTRINA

La decade degli anni Ottanta fu particolarmente ricca di studi e di dibattiti su questi aspetti, dando luogo a importanti lavori monografici<sup>5</sup>.

Non si trattò – è bene rilevarlo – di un tema che attraeva l’interesse di singoli studiosi, seppure numerosi e qualificati: in realtà, si trattò di uno sforzo collettivo, che, in una polifonia di contributi diversi, manifestò a chiare lettere un bisogno di riforma.

Mi riferisco, ad esempio, al XV° convegno dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, che si svolse a Bari nei giorni 4 e 5 ottobre 1985. E’ sempre prezioso rileggere, a distanza di tempo, gli atti di questi convegni, che marcano la storia della nostra disciplina. Lo è particolarmente nel caso dell’incontro barese, perché i relatori di spicco che si alternarono al tavolo cercarono di apportare, *de iure condito*, soluzioni convincenti per risolvere le difficoltà che erano sotto gli occhi di tutti<sup>6</sup>. Ebbene, tutte quelle relazioni, pure lucide e di notevole spessore, finivano per cozzare contro un dato normativo che non consentiva di risolvere pienamente i due grandi problemi del collegamento fra il giudice dell’urgenza e quello del merito e dell’impugnabilità delle misure urgenti. Non restava che domandare a gran voce una modifica legislativa.

4 Si tratta del c.d. progetto Liebman, pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 645 ss. (il passo citato è riportato a p. 646).

5 Cito, fra gli altri, il volume collettaneo *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, in cui segnalo, fra i molti contributi di rilevante spessore, quelli di VERDE, *Considerazioni sul procedimento d’urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, ivi, p. 407 ss. e di LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza?*, ivi, p. 154 ss. Vanno poi ricordate le monografie di ARIETA, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1982 e di TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, 1983.

6 Le relazioni di Mandrioli, Carpi e Verde sono raccolte nel volume *La tutela d’urgenza. Atti del XV° convegno nazionale*, Rimini, 1986.

In effetti, l'Associazione incaricò Giovanni Fabbrini, Andrea Proto Pisani e Giovanni Verde di preparare un progetto di riforme urgenti, che, fra l'altro, toccavano il profilo della tutela cautelare. Il progetto fu presentato e discusso in un incontro di studio a Modena il 14 giugno 1986. Il testo, per ciò che riguarda il procedimento d'urgenza, ha avuto una decisiva influenza sulla riforma del 1990, che ne riproduce la struttura e in più punti il dettato normativo<sup>7</sup>.

La dottrina, però, non si limitò a riflettere in chiave nazionale, ma cercò di lavorare sul piano della comparazione e del confronto con le soluzioni degli ordinamenti a noi più vicini. Il 12 e il 13 ottobre 1984 Giuseppe Tarzia organizzò a Milano un incontro di studi, sul tema "Les mesures provisoires en procédure civile", chiamando a discutere alcuni fra i maggiori studiosi europei dell'epoca<sup>8</sup>. Fu chiaro che una molteplicità di forme di controllo, seppure diverse da Stato a Stato, rendeva più lineare la concessione delle misure urgenti, attraverso strumenti allora ignoti al sistema italiano. Era un modo serio di preparare le riforme e di studiarle in chiave europea.

Verso la fine della decade, fu proprio il diritto comunitario a dare forza a queste esigenze: la tutela cautelare e urgente era da considerarsi un elemento essenziale per l'effettività della tutela giurisdizionale, secondo la lezione della Corte di giustizia in casi come *Factortame*<sup>9</sup>.

### 3 LA RIFORMA DEL 1990 E I SUOI ADEGUAMENTI SUCCESSIVI

Si giunse, infine, all'attesa riforma, con la legge n. 353 del 26 novembre 1990<sup>10</sup>. Non è compito di queste brevi note riassumerne i contenuti: nell'ottica del colloquio con i colleghi brasiliani mi limito a ricordare che in forza di quella novella fu istituito il procedimento cautelare uniforme, il giudice dell'urgenza

7 Si veda il testo del progetto, insieme alle relazioni di Giorgio Costantino e Giovanni Fabbrini e al ricco dibattito, nel volume *Atti dell'incontro di studio su riforme urgenti del processo civile*, Milano, 1987.

8 Gli atti sono raccolti nell'omonimo volume, pubblicato a Milano nel 1985. Intervenero Perrot, Habscheid, Broniewicz, Matscher, Pessoa Vaz, Van Compennolle, Ramos Mendez, Kerameus e, per l'Italia, Luigi Montesano. Per meglio comprendere l'approccio di Tarzia, è opportuno rileggerne l'introduzione, dal titolo *La tutela cautelare*, ora in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, 5° ed., Assago, 2015, p. XXIII ss.

9 Sentenza 19 giugno 1990, in causa 213/89, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte di giustizia*, 1990, p. 2433 ss. Fra i molti commenti, v. CONSOLO, *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 261 ss.

L'attenzione al dato processuale comunitario era presente alla dottrina: v. ad esempio TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *I processi speciali*, cit., p. 399 ss.

10 Sulla fase finale dei lavori preparatori, v. CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1225 ss.; TARZIA, *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 737 ss.

fu tendenzialmente identificato con il giudice del merito e le misure urgenti furono rese assoggettabili a reclamo e sempre passibili di revoca o modifica<sup>11</sup>.

Mi interessa segnalare, piuttosto, che la riforma, dopo un quarto di secolo, ha richiesto solo alcuni parziali aggiustamenti<sup>12</sup>, ha manifestato capacità espansiva verso altri settori dell'ordinamento e si è sottratta alla pioggia di manipolazioni del codice degli anni più recenti. Mi soffermerò brevemente su ciascuno di questi profili.

Per quanto concerne gli adeguamenti normativi, si è trattato essenzialmente di due modifiche.

Il testo originario della novella (e per l'esattezza, l'art. 669-*terdecies* c.p.c.) ammetteva il reclamo soltanto contro i provvedimenti che avessero positivamente concesso una misura cautelare. La scelta era comprensibile, perché, come detto, il vuoto normativo si avvertiva soprattutto nei confronti di provvedimenti d'urgenza, in tesi concessi al di fuori dei presupposti di legge, contro i quali le parti e i terzi erano privi di reazione. Tuttavia, ben presto si avvertì che, nel caso di un provvedimento cautelare non concesso, non bastava la previsione dell'art. 669-*septies*, che ne permetteva la riproposizione sulla base di eventuali mutamenti delle circostanze ovvero di nuove (e cioè non preesistenti) ragioni di fatto e di diritto, ma si rendeva necessaria la tutela piena, offerta da un reclamo, che potesse correggere immediatamente l'eventuale errore, in fatto o in diritto, commesso dal primo giudice. Fu la Corte costituzionale, con la sentenza n. 253 del 23 giugno 1994 a sancire l'incostituzionalità della disparità di trattamento fra i cautelari positivi e quelli che invece rigettavano la domanda di tutela<sup>13</sup>; il legislatore completò il lavoro con la novella di cui alla l. 14 maggio 2005, n. 80.

Il secondo aspetto è in qualche misura più complesso e deve tenere conto di una tendenza emersa in modo netto nella prima decade del secolo in corso e poi, negli anni più recenti, in parte attenuata.

11 Sulla disciplina cautelare a seguito della riforma del 1990, v. fra i molti contributi, PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 57 ss.; VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, ivi, 1992, V, c. 432 ss.; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, ivi, 1993, V, c. 65 ss.; CONSOLO, *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. trim. dir.proc. civ.*, 1994, p. 309 ss.; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002.

12 E' interessante rileggere gli atti dell'incontro di studio dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile svoltosi a Roma il 27 maggio 1995, pubblicati nel volume *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Milano, 1996.

13 Sulla sentenza della Corte costituzionale, v. fra gli altri CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi" ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 409 ss.; TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corriere giuridico*, 1994, p. 498 ss.; VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 511 ss.

L'idea coltivata da parte significativa della dottrina muoveva dal presupposto, indubbiamente esatto, che la tutela d'urgenza, seppure meglio costruita dal legislatore del 1990, scontava comunque un limite: quello, cioè, di essere fruibile soltanto da alcuni diritti. Solo per i diritti a carattere personale e non per quelli a carattere patrimoniale (mi si conceda questa semplificazione eccessiva, per la brevità del discorso) era infatti possibile la tutela urgente governata dall'art. 700 c.p.c., perché solo per essi si poteva dare il presupposto della non riparabilità (e quindi della non piena risarcibilità patrimoniale) del diritto di cui era minacciata la lesione. Di qui, l'ipotesi di misure a carattere sommario, non idonee al giudicato, applicabili ad ogni diritto, con la facoltà per l'interessato di domandare un successivo accertamento pieno di merito<sup>14</sup>.

Il superamento del giudicato, in quanto spesso inutile per le parti, le cui esigenze venivano soddisfatte dall'immediata fruibilità del risultato, venne esteso, nell'ottica di questa impostazione, anche alla tutela urgente. Gli artt. 23 e 24 del d.l. gs. n. 5 del 2003, che introduceva il processo c.d. societario (poi, come è ben noto, abrogato in occasione della novella del 2009), costituirono il primo banco di prova per questa prospettiva, in quanto i provvedimenti d'urgenza nella materia oggetto della normazione speciale non perdevano la loro efficacia, se, una volta concessi, ad essi non seguiva l'instaurazione della causa di merito<sup>15</sup>.

La riforma del 2005<sup>16</sup> innovò, su questa medesima linea, il regime dell'efficacia delle misure cautelari anticipatorie<sup>17</sup>, permettendo a tali misure,

14 V. per questo impianto teorico E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss., il quale così si esprime a proposito dei nuovi provvedimenti anticipatori, commentati in sede di progetti di riforma: "L'idea di fondo, che sorregge il nuovo istituto, è molto semplice: se non è l'accertamento che si vuole, non vi è bisogno di quel processo di cognizione, che proprio in funzione dell'accertamento è stato pensato e costruito" (*ibidem*, p. 215). Si legga anche l'importante saggio di MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869 ss.

15 L'art. 23 del decreto legislativo n. 5 del 2003 così recitava: "Nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'art. 669-octies del codice di procedura civile ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata". Al riguardo, v., fra gli altri, SALETTI, *Del procedimento cautelare*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società – Il processo*, Torino, 2003, p. 221 ss.; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 381 ss.; TOMMASEO, *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005, p. 93 ss.; MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 1248 ss.; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1181 ss.; A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, *ivi*, 2004, p. 1173 ss.

16 Per l'esattezza, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. decreto sulla competitività), convertito in legge con rilevanti modifiche con l. 14 maggio 2005, n. 80.

17 V. in argomento GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 781 ss.; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 135 ss.; ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, Padova, 2005, spec. p. 991 ss.; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (l. 14 maggio 2005, n. 80)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

con la modifica dell'art. 669-*octies* c.p.c., di conservare i loro effetti anche senza l'instaurazione, peraltro sempre possibile, del giudizio di merito (e con esclusione espressa dell'efficacia di giudicato)<sup>18</sup>. Va detto che negli anni successivi, ampia parte della dottrina ha mostrato di non accogliere pienamente le potenzialità di questa riforma, offrendone una lettura, a mio avviso, troppo restrittiva<sup>19</sup>. Così pure, si deve segnalare che il legislatore ha cercato di costruire metodi di decisione più rapida, ma connotati dall'idoneità al giudicato e dalla fruibilità per la generalità dei diritti: in specie, va segnalata l'introduzione del rito a cognizione semplificata, che pare destinato a conoscere un futuro di sempre più ampia applicazione<sup>20</sup>.

Al di là di altre modificazioni di minore momento, il tessuto complessivo del procedimento cautelare uniforme, come impostato dal legislatore del 1990, ha mantenuto una forte solidità. Anzi, il modello processualciviltistico si è esteso anche ad aree in cui la tutela d'urgenza era originariamente esclusa: il processo amministrativo e quello tributario.

#### 4 LA TUTELA D'URGENZA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E IN QUELLO TRIBUTARIO

La ricerca di una tutela più effettiva aveva indotto a cercare rimedi che potessero assicurare protezione alle posizioni soggettive affidate alla giurisdizione amministrativa. La l. 6 dicembre 1971, n. 1034, offriva lo strumento della richiesta di sospensione dell'atto amministrativo impugnato: tuttavia, questo tipo di tutela, seppure largamente utilizzato, non riusciva a raggiungere quei casi, anch'essi numerosi, in cui non bastava paralizzare gli effetti di un provvedimento, in attesa della decisione di merito, ma occorreva anche conseguire un esito anticipatorio. La limitazione

18 Si veda l'ampia trattazione di QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

19 BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, p. 67 ss.; SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, cit., p. 283 ss.

20 Sul rito c.d. sommario, v. fra gli altri MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 1025 ss.; LUISSO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, ivi.; CAPONI, *Commento agli artt. 702-bis ss.*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 196 ss.; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582 ss.; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, ivi, 2010, p. 92 ss.; BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, ivi, 2010, p. 117 ss.; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 185 ss.; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011; TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013.



dell'art. 700 c.p.c. alla protezione d'urgenza dei diritti azionabili "in via ordinaria" era normalmente intesa come riferita ai soli diritti soggettivi tutelabili dinanzi al giudice civile e quindi la norma non poteva essere trasposta nel contesto del giudizio amministrativo.

Nel corso del tempo, lo strumento della sospensione aveva ricevuto in giurisprudenza una lettura progressivamente ampliata: ad esempio, poteva riferirsi anche a casi in cui l'atto amministrativo non solo era stato emesso, ma aveva anche ricevuto attuazione, con la conseguente paralisi anche degli effetti conseguiti.

Tuttavia, è solo con la l. 21 luglio 2000, n. 205<sup>21</sup> e con il c.d. codice del processo amministrativo (vale a dire, il d. lgs. n. 104 del 2010 e successive modifiche) che si attua una più piena realizzazione della tutela, secondo le linee già sperimentate in materia civile.

Così (e senza scendere qui in ulteriori dettagli), l'art. 55 del d. lgs. n. 104 ammette il ricorrente, che alleghi di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, a chiedere l'emanazione delle misure cautelari (compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria) che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della futura decisione. La domanda cautelare si propone al tribunale amministrativo competente per il merito (art. 55, comma 13°), anche anteriormente alla causa (art. 61); può essere riproposta, ovvero ne può essere chiesta la revoca o la modifica quando si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare (art. 56); in ogni caso, contro la misura cautelare può essere proposto appello nei trenta giorni successivi alla notificazione dell'ordinanza dinanzi al Consiglio di Stato (art. 62). Il giudice dell'urgenza, nel decidere, è tenuto anche a indicare i profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso (art. 55, comma 9°)<sup>22</sup>.

21 V. per tutti PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in SASSANI-VILLATA, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001. p. 19 ss.

22 V. l'ampia monografia di LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012. V. inoltre ALLENA-FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d. lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011. p. 191 ss; CAVALLO, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, ivi, 2010. p. 1165 ss.; GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, spec. p. 98 ss. e p. 185 ss.

Come si può notare, la tutela d'urgenza in sede amministrativa è stata costruita secondo le linee di fondo della riforma processuale del 1990: può avere carattere anticipatorio, è proposta al giudice del merito, ammette sia la possibilità di revoca o modificazione che quella di impugnazione del provvedimento cautelare dinanzi a un'istanza superiore.

Meno netta, ma ugualmente significativa, è l'evoluzione della normativa cautelare di fronte alle Commissioni tributarie. Qui, l'art. 47 del d. lgs. n. 546 del 1992 (testo sostanzialmente coevo alla riforma del codice di procedura civile, ma incisivamente modificato dal recente d. lgs. n. 156 del 24 settembre 2015) permette al ricorrente di chiedere alla competente commissione tributaria la sospensione dell'esecuzione dell'atto impositivo impugnato, qualora possa provare che gli possa derivare un danno grave ed irreparabile<sup>23</sup>. E' interessante notare che, come nel codice di procedura civile, è ammessa l'ipotesi di una sospensione *inaudita altera parte*, in caso di eccezionale urgenza e che il provvedimento cautelare positivo può essere successivamente modificato o revocato<sup>24</sup>.

## 5 ALCUNI PROBLEMI APERTI

Nessuna riforma, anche se positiva ed efficace, sfugge al confronto con le nuove esigenze, che progressivamente maturano. Vi sono quindi, indiscutibilmente, aspetti che richiedono un ripensamento e un'evoluzione. Ne segnalo alcuni.

---

<sup>23</sup> E' utile riportare il testo della norma modificata nel 2015. "1. Il ricorrente, se dall'atto impugnato può' derivargli un danno grave ed irreparabile, può' chiedere alla commissione provinciale competente la sospensione dell'esecuzione dell'atto stesso con istanza motivata proposta nel ricorso o con atto separato notificata alle altre parti e depositato in segreteria sempre che siano osservate le disposizioni di cui all'art. 22. 2. Il presidente fissa con decreto la trattazione della istanza di sospensione per la prima camera di consiglio utile disponendo che ne sia data comunicazione alle parti almeno dieci giorni liberi prima. 3. In caso di eccezionale urgenza il presidente, previa delibazione del merito, può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione dell'esecuzione fino alla pronuncia del collegio. 4. Il collegio, sentite le parti in camera di consiglio e deliberato il merito, provvede con ordinanza motivata non impugnabile. Il dispositivo dell'ordinanza deve essere immediatamente comunicato alle parti in udienza. 5. La sospensione può anche essere parziale e subordinata alla prestazione della garanzia di cui all'articolo 69, comma 2. 5-bis. L'istanza di sospensione è' decisa entro centottanta giorni dalla data di presentazione della stessa. 6. Nei casi di sospensione dell'atto impugnato la trattazione della controversia deve essere fissata non oltre novanta giorni dalla pronuncia. 7. Gli effetti della sospensione cessano dalla data di pubblicazione della sentenza di primo grado. 8. In caso di mutamento delle circostanze la commissione su istanza motivata di parte può' revocare o modificare il provvedimento cautelare prima della sentenza, osservate per quanto possibile le forme di cui ai commi 1, 2 e 4. 8-bis. Durante il periodo di sospensione cautelare si applicano gli interessi al tasso previsto per la sospensione.

<sup>24</sup> In argomento, con riferimento al testo anteriore alla recente modifica, v. fra gli altri TESAURO, *Manuale del processo tributario*, 2° ed. Torino, 2013, p. 119 ss.; SOCCI-SANDULLI, *Manuale del nuovo processo tributario*, Bologna, 1997, p. 253 ss.; GILARDI-LOI-SCUFFI, *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1997, p. 251 ss.

Il primo è quello del rapporto fra le misure d'urgenza e l'arbitrato. L'istituto arbitrale ha ormai acquisito una valenza di modalità di processo dichiarativo, alternativa al giudizio statale. Nei limiti di queste note, basti ricordare gli arresti della Corte costituzionale, che ha elaborato il concetto della fungibilità della tutela arbitrale con quella della giurisdizione pubblica<sup>25</sup>. In questo senso, fra le misure di ausilio giudiziario all'arbitrato, sussiste anche la possibilità di domandare la tutela cautelare al giudice dello Stato, quando il merito della controversia è compromesso in arbitri, non solo rituali, ma anche irrituali.

Tuttavia, per le parti che intendono ricorrere alla giustizia privata, il necessario passaggio dinanzi alle corti dello Stato appare come un elemento dissuasivo: e ciò tanto più per i *litigators* internazionali, abituati a controvertere di fronte ad arbitri dotati di poteri cautelari.

Qui, la normazione italiana resta ferma al divieto di misure cautelari imposto agli arbitri dall'art. 818 c.p.c., anche se nel settore specifico dell'arbitrato societario vi è una deroga espressa, offerta dall'art. 35 del d. lgs. n. 5 del 2003, che permette agli arbitri di sospendere le delibere assembleari impugnate e anche se una lettura estensiva dell'art. 832 c.p.c. consente alle parti, a mio avviso, di utilizzare le facoltà cautelari attribuite agli arbitri da taluni regolamenti di arbitrato amministrato<sup>26</sup>.

Un secondo aspetto che mi pare vada sottolineato è quello dell'attuazione delle misure urgenti, oggi affidato ad una norma di ampia portata, ma proprio per questo di non sempre agevole applicazione, come l'art. 669-*duodecies*. Rafforzare il profilo dell'esecuzione della disposizione cautelare è un elemento centrale nella tutela, tutte le volte che non si tratti di misure *self-executing*. Ad esempio, si ritiene che anche alla materia cautelare sia applicabile l'art. 614-bis c.p.c., ma è indubbio che un chiarimento legislativo potrebbe giovare<sup>27</sup>.

Un terzo punto (che in realtà un punto non è, ma piuttosto una galassia di problemi) riguarda le misure cautelari in materia di proprietà industriale e intellettuale. Se è vero che le norme non mancano, è altrettanto vero che la loro collocazione in testi diversi ed eterogenei e i non pochi

25 Mi riferisco alle sentenze della Corte costituzionale n. 376 del 2001 e n. 223 del 2013.

26 Ho analizzato il problema nel saggio *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 329 ss.

27 In questo senso CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010, p. 32.

disorientamenti giurisprudenziali potrebbero fare pensare all'utilità di un *restyling*, per ricondurre questo settore dell'ordinamento a sistema<sup>28</sup>.

## 7 LE RAGIONI DI UNA BUONA RIFORMA

La recente stagione delle riforme in Italia si è connotata per una pioggia di interventi, spesso disorganici e privi di reale efficacia in vista della risoluzione dei problemi di funzionamento della giustizia civile: problemi legati, come è a tutti noto (tranne che al legislatore) a carenze organizzative e strutturali della macchina amministrativa<sup>29</sup>. Questo scenario desta negli studiosi forti perplessità e fa correre il rischio, per chi mantenga un atteggiamento critico, di essere accusato di mero conservatorismo, quando si tratta non certo di contrastare le riforme corrette, ma di biasimare quelle apparenti ed inutili.

Orbene, una materia sembra essere finora sfuggita al mirino di chi ritiene di migliorare il processo civile rappazzando in modo casuale il codice: ed è esattamente la materia della tutela cautelare.

In questo momento, è all'esame del Parlamento italiano un disegno di legge delega, di (presunta) riforma organica del processo civile<sup>30</sup>. Molti sono i punti toccati, ma non il procedimento cautelare uniforme, né le disposizioni sui singoli provvedimenti cautelari. Insomma (e salvo smentita), sembra che il legislatore sia convinto che la tutela d'urgenza funziona bene, così come regolata attualmente.

*Rara avis*, dunque, la tutela urgente: e allora, mi sembra interessante domandarsi perché.

La risposta discende, credo, dalla storia della riforma del 1990 e ci consente di distinguere ciò che caratterizza una buona riforma, da ciò che invece connota le false riforme.

Gli elementi distintivi mi sembrano tre.

---

28 Per un apprezzabile sforzo in questo senso, v. GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, Bologna, 2015, p. 61 ss.

29 Mi permetto un richiamo ad alcune mie pagine pubblicate in BIAVATI-CAVALLINI-ORLANDI, *Aspetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2016, p. 117 ss.

30 Si tratta del disegno di legge delega n. 2953. Per chiarezza, va detto che in questo testo sono contenute innovazioni positive, come quella del principio di sinteticità degli atti processuali e del previsto coordinamento fra le norme del codice e le disposizioni sul processo civile telematico. Non sono poche, però, le previsioni inutili e talora decisamente deprecabili. V. in tema MENCHINI, *Il disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 335 ss.

Prima di tutto, la riforma della materia cautelare è stata preceduta da un intenso dibattito dottrinale, da un lungo confronto di posizioni, dalla maturata consapevolezza di quali erano i punti nevralgici su cui intervenire. Come ho avuto occasione di notare, gli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile trovano un diretto ed inequivocabile precedente nel progetto di Fabbrini, Proto Pisani e Verde: il legislatore, insomma, si trovò a lavorare su una base di alta qualità, vagliata da un'ampia discussione<sup>31</sup>. Certo, non è questo ciò che accade quando il codice viene novellato con decreti legge emessi all'inizio dell'estate e convertiti ad agosto, oppure con disegni di legge elaborati da commissioni in cui la presenza degli studiosi, seppure di valore, è fortemente minoritaria.

In secondo luogo, la riflessione sulla tutela d'urgenza si svolse con una speciale attenzione all'aspetto comparativo ed europeo. Le esperienze degli altri paesi servono per capire come si sono affrontati i problemi e, senza copiare ciò che vale in un determinato ordinamento, in presenza di condizioni che non si danno in Italia, cogliere il senso di quelle soluzioni e utilizzarlo come elemento di riflessione. E' fin troppo facile notare che il confronto con l'Europa, nonostante le molte parole, è del tutto carente e che i riferimenti a sistemi esteri, quando ci sono, risultano frutto di una frettolosa trasposizione, difficilmente idonea allo scopo che ci si era prefissi<sup>32</sup>.

E infine, *last but not least*, la domanda degli operatori. Ho ricordato come la riforma della tutela cautelare fosse oggetto di una richiesta dei pratici di regolare istituti, come il provvedimento d'urgenza, la cui rilevanza concreta era divenuta enorme e che pure risultavano privi di un corredo procedimentale adeguato. Il legislatore, dunque, rispose ad un'esigenza diffusa e la riforma trovò una positiva accoglienza. Oggi, di fronte al succedersi di ripetute innovazioni superflue, l'atteggiamento dei giudici e degli avvocati è prevalentemente quello opposto.

Agli amici brasiliani, auguro che la loro recentissima riforma abbia gli esiti sperati. Quanto agli amici italiani, ci aspetta il non facile compito di correggere in positivo, con un attento lavoro di interpretazione e coordinamento, le difficoltà provocate da un legislatore più pronto a leggere le classifiche del *doing* business che ad ascoltare la domanda di chi quotidianamente si confronta con i problemi della giustizia civile<sup>33</sup>.

31 Né si deve dimenticare il ruolo che svolse in quegli anni, nella sua qualità di relatore parlamentare, il prof. Modestino Acone.

32 E' il caso dei richiami al par. 520 ZPO, al momento dell'introduzione degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. con la l. 7 agosto 2012, n. 134. Si legga un'efficace e puntuale analisi di questo aspetto in VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 507 ss.

33 CAPONI, *Doing business come scopo del processo civile?*. In: *Foro it.*, V, 2015, p. 10 ss.

