

Mauro Bove

Lineamenti di diritto processuale civile

SETTIMA EDIZIONE



Giappichelli

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE ALLO STUDIO
DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

SOMMARIO: 1. Diritto sostanziale e giurisdizione civile. – 2. Crisi del diritto sostanziale e forme della giurisdizione civile. – 3. Concetto generale di “processo”. – 4. Le tutele.

1. *Diritto sostanziale e giurisdizione civile*

Nel corso degli studi giuridici effettuati fino a questo momento lo studente ha analizzato l'esperienza giuridica su un piano statico, ossia egli essenzialmente ha studiato le norme comunemente denominate *sostanziali*, vale a dire l'insieme delle regole che un certo ordinamento detta al fine di disciplinare le relazioni tra i soggetti, regole che impongono determinati comportamenti, positivi o negativi, in funzione di protezione di interessi ritenuti meritevoli. Invero, ogni ordinamento giuridico, e così pure quello dello Stato italiano che rappresenta l'oggetto principale, o quanto meno l'oggetto di partenza, dei nostri studi, si presenta innanzitutto come un insieme di regole di comportamento doverose, ciò in tutti i suoi settori ed a prescindere dalla costruzione di situazioni giuridiche individuali.

Ora, mantenendoci su un piano generale, comprendente ogni branca dell'ordinamento (civile, amministrativo, penale, ecc.), è intuitivo che il suddetto insieme di regole sostanziali possa entrare in crisi, cioè può verificarsi il caso che un soggetto non si adegui, non rispetti una delle prescrizioni comportamentali che, al contrario, egli avrebbe dovuto rispettare. In altri termini, è possibile che un soggetto non faccia qualcosa che invece avrebbe dovuto fare oppure faccia qualcosa che egli non avrebbe dovuto fare. Ove ciò accada, si verifica un *illecito* in senso lato: se un soggetto tiene in concreto un comportamento contrario a quello che in astratto una norma gli imponeva, si ha una violazione di tale norma, si entra in un ambito patologico di non-attuazione dell'ordinamento. È a questo punto che interviene (*rectius*: può intervenire) l'*attività giurisdizionale*,

la quale, in termini generali, ha lo scopo di ripristinare l'ordine violato, di attuare, quindi, il diritto oggettivo, in ultima analisi di sanzionare l'illecito inteso, in senso lato, come violazione di una norma.

Ma, dovendo ora studiare solo il diritto processuale civile, noi abbiamo bisogno di specificare i concetti generali a questo pertinenti, ossia dobbiamo individuare il concetto di illecito civile, che è più specifico rispetto a quello generale di illecito appena richiamato, e il concetto di giurisdizione civile, che è solo una parte della giurisdizione più ampiamente intesa. Tale percorso conoscitivo va intrapreso partendo dal presupposto teorico imprescindibile per cui l'attività giurisdizionale, essendo innanzitutto attuazione del diritto oggettivo, deve conformarsi secondo il modo di essere, appunto, del tipo di diritto oggettivo che essa è chiamata ad applicare ed attuare. Di conseguenza, per afferrare il concetto di base del diritto processuale civile, dobbiamo partire da alcuni rilievi che riguardano il diritto civile.

Ciò che emerge da una sia pur superficiale osservazione dell'area da noi denominata diritto civile è che nel suo ambito quando un soggetto viola una norma sostanziale, nel senso che egli tiene un comportamento che gli era proibito o, al contrario, non pone in essere un comportamento che, invece, avrebbe dovuto porre in essere, con ciò egli finisce sempre per ledere una situazione giuridica protetta (di vantaggio) imputabile ad altro soggetto denominata *diritto soggettivo*. Questo accade perché le norme sostanziali civili si occupano essenzialmente della ripartizione dei beni tra i consociati, per cui ad ogni previsione di comportamento doveroso corrisponde la necessità di realizzare o, comunque, tutelare un interesse (che non è altro che una tensione verso un bene della vita) prevalente che l'ordinamento riconosce e garantisce appunto attraverso la figura del diritto soggettivo. Insomma, la norma civilistica intanto impone un comportamento ad un soggetto in quanto ciò serve per realizzare o garantire un interesse essenzialmente individuale (considerato) meritevole di tutela, il quale, appunto perché meritevole di tutela, è dall'ordinamento fatto assurgere al rango di diritto soggettivo.

Ciò che è stato appena detto risulta evidente se solo si fa qualche esempio.

In riferimento ai diritti di credito è essenziale la figura del rapporto obbligatorio, nel quale dal lato passivo si pone il debitore che deve tenere un certo comportamento al fine di realizzare il diritto di credito. Tenendo il comportamento dovuto l'obbligato adempie la prestazione e quindi realizza il diritto di credito. Peraltro, qui il diritto soggettivo si presenta come una situazione strumentale, ossia una situazione-ponte, fisiologicamente destinata ad estinguersi, in quanto l'avente diritto realizza il suo interesse proprio a causa della prestazione dell'obbligato, che, adempiendo, appunto estingue il diritto. Se, invece, il debitore non adempie, il mancato comportamento dovuto comporta, non solo

inattuazione del diritto oggettivo (= violazione della norma), ma anche lesione del diritto soggettivo in funzione del quale quel dovere era stato imposto.

Mutando ciò che c'è da mutare, rilievi analoghi vanno fatti anche in riferimento ai diritti assoluti, siano essi diritti reali o diritti della personalità, diritti anche detti finali in quanto nella loro fisiologia non sta l'estinzione, bensì la loro durata, realizzandosi l'interesse sottostante proprio nella misura in cui il diritto continua a vivere in capo al suo titolare. Infatti anche a fronte di tali situazioni si possono costruire obblighi, ancorché non specifici, in quanto a fronte di ogni diritto assoluto vi è il dovere di tutti i consociati di astenersi dal fare ciò che altrimenti turberebbe il godimento del bene oggetto del diritto assoluto. Insomma, anche qui si riscontrano doveri (negativi) di comportamento, la cui violazione comporta inevitabilmente pure la lesione del diritto in funzione del quale quei doveri sono costruiti.

In conclusione, nel campo dei nostri studi il concetto di illecito si specifica nel senso che il mancato rispetto di una norma di relazione comporta sempre anche la lesione di un diritto soggettivo al cui presidio quella norma era dettata, per cui l'illecito civile è, non solo, violazione del diritto oggettivo, ma anche *lesione del diritto soggettivo*.

A fronte di un illecito civile deve essere possibile un'attività che, per un verso, ristabilisca oggettivamente l'ordine violato e, per altro verso, tuteli soggettivamente il diritto soggettivo leso. Tale attività negli ordinamenti moderni non può consistere, almeno di regola, in forme di autotutela, ma essa consiste nella *giurisdizione civile*. Quindi l'attività giurisdizionale civile, a prescindere da ogni ulteriore specificazione sulle forme nelle quali essa si manifesta e sui soggetti che possono porla in essere, è sempre caratterizzata dallo *scopo* di *tutelare il diritto soggettivo violato* o, se si vuole, di realizzare e/o garantire l'interesse che è "giuridicizzato" dalla figura del diritto soggettivo, interesse che può non aver trovato la sua fisiologica realizzazione (come dovrebbe accadere nei diritti di credito attraverso l'adempimento) o può essere stato turbato, per così dire, nella sua persistenza (come si verifica nella lesione di un diritto assoluto).

L'anello di congiunzione tra il diritto sostanziale violato, o se si vuole il diritto soggettivo leso, e l'attività giurisdizionale che serve a ripristinare il diritto oggettivo e, quindi, a tutelare il diritto soggettivo entrato in crisi è il *diritto di azione*. Questo si annovera tra le situazioni giuridiche processuali ed è il corrispettivo che gli Stati moderni hanno conferito a ciascuno in cambio della rinuncia all'autotutela: esso ha come contenuto essenzialmente il diritto di agire in giudizio per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive sostanziali.

Fermo restando che su di esso torneremo quando studieremo l'art. 24, 1° comma, Cost., fin da ora si tenga presente che tale diritto spetta ad ogni soggetto, non nei confronti di altri soggetti, bensì nei confronti dello Stato. Col suo

esercizio (subito dalla controparte, ma rivolto allo Stato¹) il soggetto passa dalla statica alla dinamica dell'esperienza giuridica e, assumendo la (compiuta) lesione di un suo diritto, egli chiede agli organi deputati dello Stato appunto la tutela di esso, ovviamente in base al modo di essere del diritto sostanziale così come emerge a seguito della lesione. Il diritto di azione è una categoria processuale e presuppone un diritto soggettivo la cui esistenza (presunta) e conformazione deriva dalla legge e dalla situazione verificatasi. Così, ad esempio, danneggiata la proprietà altrui, ne deriva un diritto risarcitorio, che a seconda delle situazioni può anche essere in forma specifica (art. 2058 c.c.). Ora, se questo diritto risarcitorio è fisiologicamente realizzato, non vi sono problemi. Ma, se così non è, l'interessato eserciterà un'azione di condanna affermando quel credito, che non rappresenta il contenuto del diritto di azione, bensì ciò che questo presuppone.

Insomma, il diritto d'azione non è altro che il *diritto alla tutela giurisdizionale*.

Di conseguenza, nello svolgimento di ogni attività giurisdizionale si agiteranno sempre due ordini di questioni: quelle attinenti all'azione, ossia alle condizioni della sua esistenza nonché alle forme del suo esercizio, e quelle attinenti al diritto sostanziale per il quale si chiede tutela, così come in ipotesi conformato prima del processo.

In altri termini, l'azione ha come contenuto il tipo di provvedimento che si vuole ottenere dal giudice, il tipo di tutela giurisdizionale. Restando all'esempio appena sopra fatto, nonostante contrari usi linguistici diffusi nel foro, non esiste l'azione risarcitoria, ma esiste il diritto sostanziale al risarcimento, rispetto al quale può essere esercitata l'azione di condanna, se la vicenda umana lo rende necessario.

Azione e diritto sostanziale hanno diversi presupposti e possono esistere disgiuntamente.

Invero è possibile che sussistano in concreto i presupposti per una misura giurisdizionale richiesta, siano cioè realizzate le condizioni previste dal diritto processuale civile, e allo stesso tempo non sussistano i presupposti del diritto sostanziale per il quale si pretenda una certa tutela. Come, al contrario, è possibile che non vi siano i dovuti presupposti processuali, ancorché sussistano le condizioni di esistenza della situazione giuridica sostanziale. Tale duplicità di piani si pone in ogni tipo di attività giurisdizionale, ma meglio e più appropfon-

¹ Insomma potremmo anche dire che dall'esercizio del diritto d'azione emergono due aspetti: per un verso, si determina una modificazione giuridica nella sfera della controparte, che si trova assoggetta alla situazione processuale, e, per altro verso, si concretizza una pretesa verso lo Stato alla pronuncia di un dato provvedimento giurisdizionale.

ditamente noi la analizzeremo nell'ambito dell'attività c.d. dichiarativa, nel cui seno si distingueranno le questioni c.d. di rito dalle questioni c.d. di merito.

2. Crisi del diritto sostanziale e forme della giurisdizione civile

La crisi del diritto soggettivo può verificarsi in diversi modi e, di conseguenza, diverse possono essere le esigenze di tutela del titolare del diritto soggettivo. Ma, se la giurisdizione civile è rivolta alla tutela del diritto soggettivo², evidentemente essa deve adeguarsi ai diversi modi in cui può entrare in crisi il diritto soggettivo, quindi alle diverse esigenze di tutela, approntando le adeguate *forme*.

Innanzitutto può sorgere il bisogno di *accertare* il diritto soggettivo, perché quanto meno è messa in discussione la sua esistenza e/o il suo modo di essere. Oppure è possibile che il bisogno stia nella sua *realizzazione*. Od anche può essere che sorga il bisogno di approntare *cautele* affinché il tempo necessario per svolgere una certa attività giurisdizionale non vada a danno del titolare del diritto.

A queste diverse esigenze di tutela corrispondono diverse forme di attività giurisdizionale. Essenzialmente ci troviamo di fronte a tre tipi di attività, ognuno dei quali ha specifiche caratteristiche funzionali e strutturali, nel senso che ogni tipo è previsto in funzione di un certo bisogno di tutela e per ognuno di essi l'ordinamento appronta anche uno strumento, il processo, per giungere allo scopo.

Mantenendo l'ordine già scelto, nel campo dei nostri studi distinguiamo:

1. la tutela dichiarativa, che si realizza attraverso il processo dichiarativo;
2. la tutela esecutiva, che si realizza attraverso il processo esecutivo;
3. la tutela cautelare, che si realizza attraverso il processo cautelare.

In ciascuno di questi ambiti si riscontra sempre lo scopo generale della giurisdizione civile, che sta nella tutela del diritto soggettivo leso. Ma, poi, a seconda delle diverse forme di crisi del diritto soggettivo e, quindi, a fronte dei diversi suoi bisogni di tutela, quel comune, ed identico, scopo si atteggia in modi diversi.

Ed ancora l'attività da compiere in funzione dei detti scopi si struttura in modi diversi, per rendere adeguata la struttura al suo obiettivo, ma sempre, in ognuna di quelle forme, noi possiamo dire che lo strumento utilizzato è comun-

² Peralto, in seguito vedremo come, per un verso, la tutela di un diritto soggettivo possa aversi anche nell'ambito di altre giurisdizioni (si pensi a quella del giudice amministrativo) e, per altro verso, la giurisdizione civile possa a volte risolvere controversie che non hanno ad oggetto un diritto soggettivo (si pensi ad esempio all'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c.).

que un *processo*, ossia un'attività che mantiene in ogni caso alcune imprescindibili caratteristiche strutturali.

In questa fase introduttiva il nostro compito sarà allora duplice: innanzitutto è necessario delineare gli elementi essenziali e generali del concetto di "processo", quindi, in un secondo tempo, sarà nostra cura specificare meglio gli scopi che la giurisdizione civile assume nelle sue tre forme appena accennate.

3. Concetto generale di "processo"

Il processo è la via che il giudice e le parti in conflitto devono percorrere insieme per giungere alla meta della tutela del diritto soggettivo (che si assume) violato. In termini giuridicamente sintetici possiamo dire che esso è un *procedimento* caratterizzato dall'operatività al suo interno di alcuni *principi essenziali*, che possiamo dire essere tutti attuazione nel processo del principio fondamentale di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.:

- a) il principio di terzietà del soggetto che pone capo alla misura giurisdizionale (il giudice);
- b) il principio del contraddittorio;
- c) il principio della domanda.

Il procedimento non è altro che un'attività normativamente organizzata, ossia preordinata da norme, ancorché, come vedremo, nei diversi moduli processuali il tasso di preordinazione può essere (legittimamente) più o meno alto. Tale attività consta di una pluralità di atti, l'uno consequenziale all'altro, nel senso che essa si sviluppa secondo un'ordinata progressione, la quale pone capo ad un atto finale, l'unico (normalmente) destinato ad avere efficacia nel mondo sostanziale. Gli atti del procedimento, avendo di solito solo lo scopo di far avanzare la progressione verso l'atto finale, non hanno effetti nel mondo sostanziale, essendo a ciò deputato solo l'atto finale della serie. Ma, a volte, è possibile che vi siano atti procedurali a doppia rilevanza: così, ad esempio, la domanda, che, per un verso, instaura il procedimento, ponendo le basi per gli atti procedurali successivi, e, per altro verso, è fattispecie sostanzialmente rilevante a vari fini, tra i quali basti citare l'effetto dell'interruzione-sospensione della prescrizione del diritto fatto valere (argomenta dagli artt. 2943, 1° e 2° comma, e 2945, 2° comma, c.c.). Peraltro, discende sempre dalla logica interna al procedimento che l'atto finale sia in ogni caso atto qualificabile da una duplice serie di norme: quelle che lo riguardano direttamente, perché presiedono propriamente alla sua formazione, e quelle che qualificano gli atti anteriori, per cui la loro

violazione, generando vizi degli atti a monte, produce, per ripercussione, vizi anche nell'atto finale.

Questi concetti di base saranno ripresi quando studieremo le nullità processuali³. Per il momento si tenga presente che la struttura procedimentale è tipica di varie attività di pubblico potere (anche se vi sono attività proceduralizzate pure nel diritto privato: si pensi alle attività delle persone giuridiche). Ma, come si è accennato, quando ci si trova di fronte a quel tipo di attività di pubblico potere che chiamiamo attività giurisdizionale⁴, il procedimento si colora della necessaria vigenza al suo interno di alcuni principi, che fanno di esso un processo. Quindi il processo è una *species* del *genus* procedimento.

Sui singoli principi si tenga, per il momento, presente quanto segue.

☑ *Principio di terzietà del giudice*

Con esso si esprime l'esigenza dell'equidistanza di colui che giudica dagli interessi in gioco. Il principio è oggi garantito da un complesso di norme costituzionali, sulle quali torneremo, e trova la sua attuazione anche in istituti disciplinati a livello di legge ordinaria (la ricusazione e l'astensione di cui agli artt. 51 e ss. c.p.c.)⁵.

☑ *Principio del contraddittorio*

Con esso si esprime l'esigenza di garantire a coloro che sono interessati alla misura giurisdizionale (l'atto finale) la partecipazione al processo della sua formazione, partecipazione da costruire su un piano di parità tra di essi e tra gli interessati ed il giudice. In altre parole il principio del contraddittorio si risolve nell'esigenza di garantire il diritto degli interessati ad essere ascoltati, ad influenzare quello che sarà il contenuto della misura giurisdizionale. Anche tale principio trova riconoscimento in norme di rango costituzionale, sulle quali torneremo, e in norme di legge ordinaria, tra le quali si ricordi in particolare, oltre agli artt. 171*bis*, 1° comma e 384, 3° comma, c.p.c., l'art. 101 c.p.c., che

³ Vedi *infra* il paragrafo 12 nel quarto capitolo.

⁴ Quella giurisdizionale è attività di pubblico potere quando è svolta dai giudici dello Stato. Ma, come meglio vedremo (si rinvia ai paragrafi 1 e 2 del terzo capitolo), l'attività giurisdizionale può anche essere svolta da privati e in tal caso essa non sarà, ovviamente, un'attività di pubblico potere.

⁵ Vedi anche l'art. 186*bis* disp. att. c.p.c. introdotto dalla legge n. 69/2009, che, al fine di ovviare alla c.d. forza della prevenzione, ossia alla naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso in altri momenti decisionali, impedisce che l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. sia trattata dallo stesso magistrato che ha posto in essere gli atti esecutivi avverso i quali il rimedio è stato speso.

contiene l'enunciazione del principio generale e che oggi, dopo una riforma del 2009 ed una del 2022, così recita: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa./ Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

☑ *Principio della domanda*

Con esso si esprime l'esigenza per cui vi deve essere una distinzione tra il soggetto che mette in moto l'attività giurisdizionale e ne individua l'oggetto e il soggetto chiamato a porre in essere la misura giurisdizionale (previsione generale nell'art. 2907 c.c.).

Sono sottese a tale principio due ragioni.

Innanzitutto esso è un corollario del principio di terzietà del giudice, perché, se questi deve essere equidistante dagli interessi in conflitto, è opportuno che si tenga sempre distinta la figura del giudice da quella del soggetto che attiva la giurisdizione e ne individua l'oggetto. In tal senso il principio della domanda trova copertura costituzionale e dovrebbe essere rispettato anche nelle ipotesi in cui sono in gioco diritti indisponibili o, comunque, interessi pubblici, ipotesi nelle quali l'ordinamento, più che affidarsi ad azioni d'ufficio, come pur ammette in linea di principio il 1° comma dell'art. 2907 c.c., dovrebbe affidarsi all'esercizio dell'azione da parte del Pubblico Ministero. Peraltro si tenga presente come il caso più importante che la legge prevedeva d'iniziativa d'ufficio sia stato eliminato quando nell'art. 6 della legge fallimentare si escluse che la dichiarazione di fallimento potesse essere adottata senza la domanda, se non dello stesso debitore o di uno dei creditori, almeno del Pubblico Ministero⁶.

⁶Peraltro, quello a cui si accenna è un mondo del tutto cambiato con l'approvazione del c.d. Codice della crisi d'impresa, punto di arrivo di un travagliatissimo lavoro legislativo, a partire dal D.Lgs. n. 14/2019. Oggi si deve guardare all'art. 37 di tale testo e poi, visti gli artt. 121 ss., è cambiata anche la terminologia, per cui il fallimento ha lasciato spazio alla c.d. liquidazione giudiziale. Piuttosto va citato come importante caso che fa eccezione alla regola quello tratto dall'art. 96, 3° comma, c.p.c., in virtù del quale il giudice può, anche d'ufficio, condannare la parte soccombente a pagare alla controparte una somma a titolo di abuso del processo, norma che dà al giudice un amplissimo potere discrezionale, che scade quasi nell'arbitrio. Peraltro, il D.Lgs. n. 149/2022 ha qui aggiunto un ulteriore 4° comma, a norma del quale il giudice potrà aggiungere, a

Inoltre, il principio della domanda è anche una naturale conseguenza del modo di essere del diritto soggettivo, quando si ha a che fare con diritti disponibili. Invero, il diritto soggettivo (se disponibile) è comunque una situazione di libertà e non di necessità, per cui il suo titolare deve pur sempre mantenere, oltre al potere di agire per la tutela dell'interesse sotteso al diritto soggettivo, anche la libertà di non perseguire la sua realizzazione.

Gli enunciati principi sono, nell'attuale momento storico, ritenuti elementi costitutivi essenziali del c.d. "giusto processo", ossia è oggi opinione della comunità che l'attività giurisdizionale svolta nel rispetto di essi possa garantire l'attendibilità del suo risultato. Tale opinione è cristallizzata e resa norma fondamentale nei precetti costituzionali che analizzeremo nel prossimo capitolo.

Ovviamente, poi, i valori indicati troveranno una loro peculiare (e diversificata) attuazione nei diversi processi che sono disciplinati nell'ambito del diritto processuale civile, tenendo presente quanto si è già rilevato sulla necessaria adeguatezza dello strumento allo scopo per cui esso è utilizzato. In altri termini, se la giurisdizione civile serve in genere alla tutela del diritto soggettivo e se ogni processo è un procedimento caratterizzato dalla vigenza dei principi sopra individuati, è anche vero che, poi, quello scopo generale si specializza in diverse forme e, quindi, in diverse forme dovrà specializzarsi anche lo strumento per la sua realizzazione.

Lo studio dei diversi processi che operano nell'ambito della giurisdizione civile implicherebbe lo studio di tutto il diritto processuale civile, compito che in questa sede sarebbe troppo ampio. Invero, l'approfondimento di questo libro riguarderà solo il processo dichiarativo ed anche in esso ci limiteremo essenzialmente ad analizzare i principi e gli istituti fondamentali.

Maggiore riflessione va dedicata, invece, all'individuazione degli scopi dei vari tipi di tutela già sopra indicati.

4. *Le tutele*

Abbiamo già detto come la giurisdizione civile non sia altro, in fondo, che la cura di una malattia, il rimedio che l'ordinamento appronta a fronte della crisi del diritto soggettivo. Insomma essa deve rispondere con le adeguate tutele in base ai diversi bisogni del diritto soggettivo in crisi. Da qui nasce la distinzione tra tutela dichiarativa, tutela esecutiva e tutela cautelare.

quanto già previsto nello stesso articolo, la condanna della parte al pagamento, a favore della cassa delle ammende, di una somma non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5000.

Nell'ambito della tutela dichiarativa si presuppone che il diritto soggettivo entri in crisi quanto meno perché esso è messo in discussione nella sua esistenza e/o nel suo modo di essere e/o nella sua attribuzione. Ed allora l'ordinamento deve approntare una via che porti almeno ad accertare, con forza vincolante, appunto la sua esistenza e/o il suo modo di essere e/o la sua attribuzione. Peraltro, vedremo in seguito che quello dell'*accertamento* è scopo *minimo e costante* nell'ambito della tutela dichiarativa, attraverso la quale, però, si può perseguire anche un obiettivo ulteriore proprio in base ai diversi bisogni di tutela del diritto soggettivo. Cioè vedremo che, poi, la tutela dichiarativa al suo interno si ripartisce in:

- tutela di mero accertamento;
- tutela di condanna;
- tutela costitutiva.

Insomma, se è vero che il processo dichiarativo punta sempre e comunque *almeno* all'accertamento di qual è il diritto nel caso concreto, è anche vero che esso, a seconda delle situazioni, punterà anche a qualche risultato ulteriore: così nella sentenza di condanna si avrà, oltre, si ripete, all'accertamento, anche un ordine di prestazione e nella sentenza costitutiva si avrà addirittura una modificazione di diritto sostanziale.

Ma, se possiamo per il momento evitare ulteriori precisazioni sulla tutela dichiarativa, in quanto lo studio di essa sarà al centro del corso di lezioni che seguiranno, qualche riflessione in più dobbiamo, invece, compiere ora sulla tutela esecutiva e sulla tutela cautelare, perché su di esse non torneremo nel prosieguo.

La *tutela esecutiva*, che si avvale del modulo del processo esecutivo, ha lo scopo di realizzare il diritto ad una prestazione. Qui abbiamo sempre a che fare con un diritto di credito insoddisfatto, con un rapporto obbligatorio inattuato, restando sullo sfondo, ed in tale sede del tutto irrilevante, il fatto che un simile rapporto obbligatorio sia, per così dire, originario oppure nasca dal verificarsi di un illecito. Si pensi, per fare un esempio del primo tipo, al rapporto obbligatorio che nasce da un contratto. Si pensi, invece, per fare un esempio del secondo tipo, al caso in cui venga leso un diritto di proprietà o, più in generale, al caso in cui un soggetto violi il dovere di astenersi dall'intromissione nella sfera giuridica del titolare di un diritto assoluto, sia questo un diritto reale o un diritto della personalità. Nel primo caso il contratto obbligherà originariamente un soggetto a porre in essere una certa prestazione in favore di altro soggetto, sempre che l'inadempimento mantenga vivo l'originario rapporto obbligatorio⁷.

⁷ Vedi anche poi nel terzo capitolo il paragrafo 4, ove si tratterà della tutela di condanna.

Nel secondo caso è dall'illecito, cioè dall'aver fatto ciò che non si doveva fare, che nasce il rapporto obbligatorio, il quale avrà come contenuto una prestazione rivolta a controbilanciare ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo di non fare: così, ad esempio, se Tizio ha sottratto il bene di proprietà di Caio, nascerà il diritto di Caio verso Tizio alla consegna, alla restituzione del bene.

Il rapporto obbligatorio, ossia la relazione tra un diritto ad una prestazione (situazione di vantaggio passiva) ed un obbligo di prestazione (situazione di svantaggio attiva), a prescindere, si ripete, dalla sua origine, si attua con l'adempimento. Il diritto di credito, il diritto alla prestazione, si realizza fisiologicamente nel momento in cui l'obbligato pone in essere la prestazione alla quale era appunto obbligato. Ma, è possibile che tale realizzazione fisiologica non si verifichi, è possibile che il debitore non adempia: ecco, allora, che (ovviamente a certe condizioni) interviene, o meglio può intervenire (su iniziativa dell'interessato), il processo e quindi la tutela esecutiva.

Il processo esecutivo ha lo *scopo di far conseguire all'avente diritto ciò che questi avrebbe dovuto conseguire sul piano del diritto sostanziale facendo a meno della prestazione dell'obbligato*. Esso mira, insomma, a realizzare il diritto di credito nonostante l'inerzia del debitore. L'interesse sotteso ai diritti di credito (situazioni strumentali) si realizza fisiologicamente con l'adempimento o patologicamente con l'esecuzione forzata. Entrambe le vie, quindi, possono giungere allo stesso risultato, alla realizzazione di quell'interesse e quindi all'estinzione del diritto di credito la cui permanenza in vita si giustificava solo fino a tale realizzazione.

È allora evidente come quella esecutiva sia *un'attività sostitutiva*. Se Tizio è debitore di Caio di una certa somma di denaro, il credito di Caio si realizza fisiologicamente (e così si estingue) nel momento in cui Tizio paga quella certa somma di denaro (adempimento). Ma, se questo non accade, sussistendo le dovute condizioni processuali, Caio potrà ottenere lo stesso risultato attraverso l'esecuzione forzata. In tal caso un organo dello Stato porrà in essere una attività attraverso la quale farà conseguire al creditore procedente quella stessa somma di denaro che questi avrebbe dovuto ottenere sul piano del diritto sostanziale.

Da ciò consegue la naturale necessità che l'esecuzione forzata si strutturi in moduli differenti, affinché l'attività dell'organo esecutivo sia adeguata al tipo di comportamento da sostituire, quel comportamento che un soggetto (l'obbligato) avrebbe dovuto porre in essere ed, invece, non ha posto in essere. Ancora una volta la giurisdizione, se così possiamo dire, non inventa nulla, ma deve adeguarsi al modo di essere delle situazioni giuridiche soggettive e alle loro patologie, deve rispondere alla loro crisi. Così il legislatore distingue tra l'esecuzione per espropriazione (artt. 483 e ss. c.p.c.), l'esecuzione per consegna o ri-

lascio (artt. 605 e ss. c.p.c.) e l'esecuzione per obblighi di fare e non fare (artt. 612 e ss. c.p.c.). La distinzione tra questi moduli deriva solo dal diverso comportamento da sostituire, quindi dal diverso atteggiarsi della prestazione, dal diverso contenuto dell'obbligo col quale si ha a che fare. Nel primo caso trattasi dell'obbligo di pagare una somma di denaro, nel secondo caso dell'obbligo di consegnare una cosa mobile o rilasciare un bene immobile e nel terzo dell'obbligo di fare o non fare qualcosa di diverso dai tipi di comportamento finora immaginati.

Per comprendere l'essenziale sostitutività dell'attività esecutiva si faccia l'esempio dell'esecuzione per espropriazione, che, del resto, rappresenta anche il modulo più complesso tra quelli disciplinati nel codice di procedura civile.

Qui il credito insoddisfatto di fronte al quale ci si trova ha contenuto pecuniario, ossia l'obligato doveva pagare una somma di denaro. Se tale pagamento non è avvenuto, la procedura esecutiva si svolgerà in una serie di attività, che ovviamente incideranno nella sfera giuridica del debitore, alla fine delle quali al creditore perverrà quella certa somma di denaro che egli avrebbe dovuto ottenere attraverso l'adempimento, che, invece, non c'è stato. L'organo esecutivo individuerà e assoggetterà all'aggressione esecutiva alcuni beni del debitore (pignoramento), quindi li venderà e, poi, ottenuta la necessaria liquidità, consegnerà la somma dovuta al creditore. Insomma l'organo esecutivo farà ciò che "naturalmente" dovrebbe fare ciascuno di noi per pagare i propri debiti, sempre che ovviamente non vi sia nel patrimonio di riferimento sufficiente liquidità⁸.

La stessa logica si ritrova nell'esecuzione per consegna o rilascio e nell'esecuzione per obblighi di fare o non fare: anche qui l'organo esecutivo non farà altro che sostituire il comportamento che l'obligato avrebbe dovuto tenere e non ha tenuto, ossia consegnare una cosa, rilasciare un immobile, fare o disfare qualcosa⁹.

⁸ Peraltro, in questo contesto è necessario farsi carico anche di attuare il principio della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), per cui è possibile che nel processo esecutivo per espropriazione intervengano altri creditori. Ma il rinnovato art. 499 c.p.c. (a seguito della legge n. 80/2005 e della legge n. 263/2005) oggi limita l'intervento ai creditori muniti di titolo esecutivo, nonché a coloro che, prima del pignoramento, avevano eseguito un sequestro (conservativo) sui beni pignorati ovvero avevano un diritto di prelazione risultante da pubblici registri o un diritto di pegno ovvero erano titolari di un credito di somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.

⁹ Questi moduli vanno sotto la formula di "esecuzione in forma specifica", espressione il cui significato non deve trarre in inganno. In realtà, l'esecuzione forzata, se va a buon fine, fa sempre ottenere al creditore proprio ciò che, sul piano del diritto sostanziale, egli avrebbe dovuto ricevere dall'obligato. Ma, mentre nell'esecuzione per espropriazione il bene oggetto dell'aggressione è diverso da quello dovuto ed esso è individuato nello stesso processo esecutivo (pignoramento), nella c.d. esecuzione in forma specifica, invece, il bene oggetto dell'aggressione

Peraltro, se l'esecuzione forzata si risolve solo nella realizzazione del credito facendo a meno dell'adempimento da parte dell'obbligato, si deve aggiungere che essa, per un verso, presuppone, puramente e semplicemente, l'esistenza del credito della cui realizzazione si tratta e, per altro verso, ha dei limiti di operatività fisiologici, in quanto non può arrivare oltre gli ambiti in cui può operare il detto principio di sostitutività.

Dal primo punto di vista, riprendendo quanto si è detto sul diritto di azione, qui è netta la distinzione tra l'azione esecutiva e il credito da realizzare, nel senso che ben può esistere la prima e non il secondo e viceversa. L'azione esecutiva, quale diritto ad ottenere dagli organi giurisdizionali dello Stato una aggressione esecutiva nei confronti di un certo soggetto, sussiste nella misura in cui sussistono i suoi presupposti. In particolare essa deriva dai c.d. *titoli esecutivi*, fattispecie tipiche che troviamo elencate nell'art. 474 c.p.c.

Se Tizio ha un credito nei confronti di Caio, il quale non intende adempiere, non per questo Tizio può procedere ad esecuzione forzata, ossia semplicemente affermando di essere titolare di un credito insoddisfatto, ma ciò può fare solo se egli ha un titolo esecutivo, ossia: una sentenza di condanna, un provvedimento giudiziale (decreto o ordinanza) o altro atto al quale la legge esplicitamente attribuisce efficacia esecutiva, un titolo di credito oppure un atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato o ancora una scrittura privata autenticata¹⁰. Anzi, egli, se può presentare un titolo esecutivo, già solo per questo otterrà la misura esecutiva richiesta, anche se per avventura non dovesse affatto essere creditore oppure, essendolo stato in precedenza, non lo sia più al momento dell'instaurazione del processo esecutivo per il verificarsi di un qualche fatto estintivo del credito.

Insomma, è vero che l'esecuzione forzata serve a realizzare il credito, ma è anche vero che nel processo esecutivo non ci si interroga sull'esistenza del diritto di credito che con esso si intende realizzare, ma, sussistendo i necessari presupposti processuali (in particolare il titolo esecutivo), si procede solo alla sua realizzazione.

Il sistema non è assurdo ed in esso vi sono ovviamente meccanismi di riequilibrio tra la realtà sostanziale e l'attività processuale.

Non è certo il titolo esecutivo che può rappresentare il punto di equilibrio esclusivo. Invero, perfino quando il processo esecutivo è instaurato sulla base di una sentenza di condanna, non vi può essere alcuna definitiva certezza sul-

coincide col bene dovuto, per cui esso è "specificamente" individuato già prima del processo esecutivo nell'atto costituente il titolo esecutivo.

¹⁰ Non è qui il caso di soffermarsi sulle diverse potenzialità di questi titoli esecutivi, alla luce dell'art. 474 c.p.c.

l'esistenza del credito che si vuole realizzare, perché, se è vero che nella sentenza è accertata l'esistenza del credito, è anche vero che tale accertamento si riferisce al momento in cui è pronunciata la sentenza¹¹ e non si può certo escludere che in un momento successivo vi sia stato l'adempimento. Per cui non è escluso che la parte condannata, se era debitrice al momento della condanna, non lo sia più al momento dell'instaurazione del processo esecutivo. In un caso del genere l'attività esecutiva resta processualmente possibile e legittima, sussistendo il titolo esecutivo, ma allo stesso tempo essa è sostanzialmente ingiusta, o meglio essa, ove arrivasse al suo esito finale, fornirebbe un prodotto ingiusto sul piano del diritto sostanziale. Consapevole di questo problema il legislatore fornisce due rimedi, due strumenti di riequilibrio: in via preventiva l'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c. e in via successiva, ove non sia stato utilizzato il primo, l'azione di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c.

Insomma, il processo esecutivo è un'attività di aggressione che si esplica nella sfera patrimoniale dell'obbligato in funzione della realizzazione di un credito, attività che l'organo esecutivo, stimolato dall'interessato, comincia e fa progredire fino al perseguimento del suo obiettivo solo in presenza delle necessarie condizioni processuali, senza nulla chiedersi intorno all'esistenza del credito. Starà, eventualmente, a colui che subisce l'aggressione contestare l'esistenza del credito, ma per far ciò egli deve porsi su un piano diverso da quello esecutivo, egli deve instaurare un processo dichiarativo (in via preventiva o successiva), perché solo questo può rispondere al suo bisogno di tutela, in quanto solo questo ha lo scopo di accertare il modo di essere degli assetti sostanziali.

Per quanto riguarda, invece, il limite fisiologico di operatività dell'esecuzione forzata è ovvio che, se essa si risolve in un'attività per mezzo della quale far ottenere al creditore ciò che egli deve ottenere sul piano del diritto sostanziale facendo a meno dell'adempimento del debitore, evidentemente la tutela esecutiva è naturalmente possibile solo in riferimento a rapporti obbligatori in cui il comportamento dovuto è *fungibile*. In altri termini, l'esecuzione forzata è concepibile quando l'interesse sotteso al credito è realizzabile, non solo attraverso la prestazione dell'obbligato, ma anche attraverso l'attività di un terzo, qui appunto l'organo esecutivo, mentre essa non è concepibile quando, invece, la prestazione è infungibile, ossia non è possibile fare a meno della cooperazione dell'obbligato ed il diritto si può realizzare solo attraverso tale cooperazione.

¹¹ Sull'individuazione del preciso momento a cui si riferiscono i limiti cronologici del giudicato vedi in seguito il paragrafo 7 nel quinto capitolo.

Naturalmente non vi sono problemi quando la prestazione consiste nel pagamento di una somma di denaro, nella consegna di una cosa mobile¹² o nel rilascio di un bene immobile. Ma, diverso è il discorso quando si tratta di obblighi di fare. È in questo ambito che si potranno avere rapporti obbligatori irrealizzabili in via esecutiva, quando appunto il “fare” è infungibile, ossia il “fare” dell’obbligato non è surrogabile da un ipotetico “fare” dell’organo esecutivo. Così si pensi all’obbligo a carattere negativo, cioè all’obbligo di non fare proiettato nel futuro¹³. Queste non sono situazioni nelle quali la tutela esecutiva possa intervenire ed anzi in concreto l’interessato, il creditore insoddisfatto, avrà il più delle volte come unica via utile da percorrere quella di esperire l’azione risarcitoria.

Ma, in astratto, è configurabile un modo per garantire maggiormente la tutela di situazioni di questo tipo: ci riferiamo alle c.d. *misure coercitive* o, se si vuole, alla c.d. esecuzione indiretta¹⁴.

La tecnica dell’esecuzione indiretta è diversa da quella dell’esecuzione forzata perché diversa è l’aspettativa dell’ordinamento rispetto al comportamento dell’obbligato. Nell’esecuzione forzata si punta a realizzare il credito facendo a meno del comportamento dell’obbligato, per cui in essa si presuppone proprio un’inerzia, una totale mancanza di cooperazione da parte dell’obbligato. Nell’esecuzione indiretta, invece, non si fa a meno del comportamento dell’obbligato, ma anzi l’ordinamento continua ad ancorarsi ad esso per la realizzazione del credito: approntando una misura coercitiva la legge non fa altro che prevedere una conseguenza negativa, di natura civile o penale, per l’obbligato che non adempie. Insomma in questo secondo caso la cooperazione dell’obbligato è ulteriormente cercata dal sistema e, se così si può dire, stimolata dalla minaccia di un male per il caso della sua mancanza.

È ovvio che una simile tecnica è utile soprattutto quando ci si trova di fronte

¹² Almeno sul piano sostanziale, perché al creditore poco importa chi gli fa avere il bene. Ma potrebbe emergere un’infungibilità processuale, ossia un’impossibilità pratica di portare a buon fine l’esecuzione: si pensi all’eventualità che il debitore tenga ben nascosta la cosa!

¹³ Questo obbligo va distinto da quello che sorge dalla sua violazione che consisterà in un obbligo di disfare ciò che è stato fatto in violazione dell’obbligo di non fare. L’obbligo di disfare normalmente è fungibile.

¹⁴ Anche riprendendo quanto accennato alla nota 12, l’esecuzione indiretta, se è certamente utile a fronte di prestazioni sostanzialmente infungibili, lo è anche a fronte di prestazioni che, sia pur sostanzialmente fungibili, ossia in astratto sostituibili dall’opera dell’organo esecutivo, sarebbe assai difficile se non impossibile sostituire in concreto. Qui emerge un concetto di infungibilità processuale. Si pensi all’obbligo di consegna di una cosa facilmente occultabile oppure a certi obblighi di fare non sostituibili con l’opera di un ufficiale giudiziario, come ad esempio può essere quello di allacciare una linea telefonica.

ad obblighi infungibili¹⁵, quindi a situazioni per le quali la tradizionale esecuzione forzata si rivela un'arma spuntata. Per questo motivo vi sono ordinamenti, come ad esempio quello francese, che prevedono da lungo tempo un sistema generale di esecuzione indiretta, che rappresenta un opportuno completamento dei mezzi di tutela dei diritti. Nell'ordinamento italiano si ritrovano varie disposizioni di carattere particolare che prevedono misure coercitive. Si pensi, per fare degli esempi: alla misura coercitiva di carattere penale prevista nell'art. 28, 4° comma, del c.d. Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) in funzione dell'ottemperanza da parte del datore di lavoro del provvedimento col quale il giudice ordina la cessazione della condotta antisindacale; alla misura prevista dall'art. 124, 2° comma, D.Lgs. n. 30/2005 che, in materia di proprietà industriale, dispone che in collegamento all'inibitoria ivi prevista il giudice possa "fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento" ed infine alla misura disciplinata nell'art. 140, 7° comma, del D.Lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo), che, in collegamento all'azione inibitoria esercitata dalle legittimate associazioni dei consumatori, prevede che il giudice possa, dopo aver fissato un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti¹⁶, disporre il pagamento in caso d'inadempimento di una somma di denaro da 516 euro a 1032 euro per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto.

Ma, oltre alle misure specifiche che emergono dagli esempi appena fatti, nel nostro sistema è stata inserita anche una misura coercitiva di più ampia applicabilità.

Ciò è avvenuto innanzitutto con la legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto nel codice di procedura civile una disposizione generale, l'art. 614*bis*, che, originariamente rubricata "Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare", oggi, dopo una riforma nel 2015 e il più recente D.Lgs. n. 149/2022, è rubricata "Misure di coercizione indiretta" e così recita: «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, determinandone la decorrenza. Il giudice può fissare un termine di durata della misura, tenendo conto delle finalità della stessa e di ogni circostanza utile./ Se non è stata richiesta nel processo di cognizione, ovvero il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna, la somma di denaro dovuta dall'obli-

¹⁵ Anche se è possibile che essa sia prevista per così dire in aggiunta pure in riferimento ad obbligazioni fungibili.

¹⁶ Peraltro qui possono aversi anche ordini di fare in positivo, per disfare ciò che è stato precedentemente fatto illecitamente.

gato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 612./ Il giudice determina l'ammontare della somma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione dovuta, del vantaggio per l'obbligato derivante dall'inadempimento, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile./ Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione, inosservanza o ritardo./ Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409».

Così anche in Italia è stata introdotta una misura coercitiva di carattere generale, per mezzo della quale far fronte all'attuazione sia dei rapporti obbligatori aventi come contenuto una prestazione infungibile sia di rapporti che abbiano come contenuto una prestazione fungibile, con la sola esclusione degli obblighi relativi a somme di denaro¹⁷. Trattasi della minaccia di dover pagare una somma di denaro, che, si immagina, anche se la norma non lo dice, debba andare a favore dell'avente diritto.

L'art. 614^{bis} c.p.c. sembra, ad un primo sguardo, derivare dalla *astreinte* francese, ma in realtà se ne discosta in misura non irrilevante. Innanzitutto strutturalmente, perché la misura italiana: 1) non è utilizzabile d'ufficio, 2) subisce delle limitazioni sia specifiche sia tramite una generale clausola di equità, 3) nasce definitiva e non sono valutati elementi soggettivi nella sua quantificazione. Ma anche funzionalmente perché, mentre l'*astreinte*, ponendosi come una minaccia compulsoria, che poi in via definitiva diventa una pena, tutela così sia un interesse privato sia un interesse pubblico, la misura italiana è solo un mezzo esecutivo, ossia di realizzazione del credito.

Questa funzione esecutiva spiega la ragione per cui la detta misura, se non concessa dal giudice del processo dichiarativo, possa bene essere richiesta al giudice dell'esecuzione. Si pensi non solo alle ipotesi in cui essa non sia stata chiesta al giudice di fronte al quale pur era stata esercitata l'azione di condanna, ma anche ai casi in cui la lite sia risolta al di fuori del processo, come ad esempio accade in sede di mediazione o negoziazione assistita dagli avvocati¹⁸.

¹⁷ Ovviamente, se nel primo ambito di applicazione la misura coercitiva rappresenta l'unica via per ottenere l'attuazione del diritto, in riferimento alle obbligazioni fungibili essa, invece, si aggiunge alla via dell'esecuzione forzata (diretta).

¹⁸ Un dubbio resta in riferimento al lodo arbitrale, discutendosi se gli arbitri possano o meno provvedere in tal senso. Comunque, ammesso che sia possibile la risposta positiva, resta il fatto che la misura esecutiva può sempre essere richiesta al giudice statale dell'esecuzione ove essa non sia stata richiesta al giudice privato.

La generale clausola equitativa è la vera chiave di volta per applicare un istituto che rischia di attribuire al giudice un potere illimitato, a parte le specifiche esclusioni. Quella chiave servirà al giudice di volta in volta per decidere sull'*an* e sul *quantum*, quindi sul concorso tra misura coercitiva ed esecuzione forzata nonché sull'ammontare della misura stessa, dovendo contemperare l'esigenza di realizzare il credito con l'esigenza di non provocare una situazione di eccessiva onerosità a carico del debitore. A questo fine la legge gli dà, fra l'altro, anche il potere di stabilire sia la decorrenza della misura sia la sua durata.

A quest'ultimo proposito riprendendo ampi spunti dalla Relazione di accompagnamento alla riforma, sembra evidente come la fissazione di una durata abbia senso quando si ha di fronte un obbligo di prestazione in positivo e non anche quando sia in gioco un obbligo di astensione. In tale ultimo caso, poiché la sanzione compulsoria diviene operativa solo quando sia tenuto un comportamento contrario all'obbligo di astensione, non vi è necessità di evitare che l'entità della somma da corrispondere divenga esorbitante. Esemplicando: se ad un soggetto è fatto divieto, sotto comminatoria della misura in questione, di chiudere a chiave un cancello o di suonare uno strumento dopo le ore 23, non ha senso prevedere un termine massimo di durata della misura esecutiva.

In caso, invece, di obblighi positivi, può essere opportuno porre un limite massimo di durata della misura e così un limite massimo all'incremento della somma che risulti dovuta. Non è, infatti, possibile che essa divenga, se così possiamo dire, perpetua. Esemplicando: se ad un soggetto è ordinato, sotto comminatoria di una sanzione pecuniaria pari ad X per ogni giorno (o settimana) di ritardo, di consegnare un certo bene, non è concepibile che la somma raggiunga entità del tutto irragionevoli.

Ci resta da dire della *tutela cautelare*.

Già in precedenza abbiamo rilevato che quella cautelare non si presenta come una forma di tutela autonoma, bensì essa serve a cautelare il diritto soggettivo rispetto ad un eventuale pregiudizio (*periculum in mora*) verificabile durante il tempo necessario allo svolgimento di altra attività giurisdizionale, precisamente lo svolgimento della tutela dichiarativa. Quindi la caratteristica essenziale di tale tipo di tutela è la *strumentalità* (e la connessa *provvisorietà*), caratteristica che qui va meglio compresa.

La tutela cautelare rappresenta una delle tante misure attraverso le quali l'ordinamento cerca di attuare quel principio di civiltà, elaborato tra i primi da Giuseppe Chiovenda¹⁹, per cui *il tempo necessario per celebrare un processo non*

¹⁹ L'autore citato nel testo scriveva all'inizio del XX secolo ed è considerato il padre della attuale scienza processualciviltistica italiana.

deve andare a danno della parte che ha ragione. Se un soggetto è costretto ad agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto e, quindi, è costretto ad impiegare del tempo (spesso molto tempo!) per vedersi riconosciuto e attribuito quel bene della vita che ha diritto di conseguire, egli deve essere messo nella condizione di ottenere un provvedimento, in ipotesi favorevole, che gli dia una tutela effettiva. Chi propone la domanda in un processo dichiarativo (attore) ovviamente non può sapere, al momento della sua proposizione, se otterrà una sentenza favorevole (di accoglimento della domanda) o sfavorevole (di rigetto della domanda), ma la legge deve approntare delle misure che consentano all'attore, per l'ipotesi in cui sia riconosciuta la sua ragione, di vedersela riconosciuta con la stessa utilità che si avrebbe ove quella ragione gli fosse riconosciuta il giorno stesso in cui egli aveva proposto la domanda.

Per comprendere più concretamente questo strumento, e, quindi, anche il tipo di bisogno di tutela del diritto soggettivo ad esso collegato, teniamo presente la distinzione tra provvedimenti cautelari di tipo *conservativo* e provvedimenti cautelari di tipo *anticipatorio*, distinzione di cui fino a pochi anni addietro non vi era traccia nel codice di procedura civile, ma che è sempre stata comunemente utilizzata sia in dottrina sia in giurisprudenza. Invero, mentre strutturalmente la tutela cautelare si esplica attraverso un modulo unitario, il processo cautelare disciplinato dagli artt. 669*bis* e ss. del codice di procedura civile, la legge prevede, invece, diverse misure cautelari a seconda del diverso *periculum in mora*, ovvero del diverso rischio a cui bisogna, in ipotesi, far fronte durante il tempo necessario allo svolgimento di un processo dichiarativo.

La tutela cautelare conservativa serve a neutralizzare il c.d. *rischio da infruttuosità*. Per capirne il senso basta porre attenzione alla logica sottesa al sequestro conservativo (art. 671 c.p.c.), che rappresenta il tipico esempio di tutela conservativa. Qui si immagina che un soggetto agisca in giudizio per chiedere il riconoscimento del suo diritto al pagamento di una data somma di denaro con conseguente domanda di condanna del debitore inadempiente. Il creditore vuole realizzare il credito, ma, non potendo vantare un titolo esecutivo e, quindi, non potendo direttamente procedere ad esecuzione forzata, egli passa prima dalla via del processo dichiarativo, nella specie chiedendo una tutela di condanna. In una vicenda di questo tipo il creditore può correre il rischio, pur vincendo la causa e, quindi, vedendo pronunciata la richiesta sentenza di condanna, di ottenere una vittoria praticamente inutile, se, poi, cercando, sulla base di essa, la realizzazione esecutiva del credito, non dovesse trovare alcun bene nel patrimonio del debitore da poter far liquidare. Insomma, è possibile che il creditore ottenga il riconoscimento della sua ragione, ma che un tale riconoscimento arrivi troppo tardi, al punto da finire con l'essere un riconoscimento puramente astratto: egli ottiene la tutela (dichiarativa), ma in termini del tutto non effettivi.