

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/11/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36665-il-rilievo-della-tutela-cautelare-nella-prospettiva-costituzionale>

Autore: Francesca Saccaro

Il rilievo della tutela cautelare nella prospettiva costituzionale

Il rilievo della tutela cautelare nella prospettiva costituzionale

Nel 1985 il giurista A. PROTO PISANI pubblicava un articolo finalizzato a conferire rilevanza costituzionale al principio chiovendiano “secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione”¹, enunciato per la prima volta in Italia dall'analisi della ratio di istituti e norme eterogenei all'interno dei codici di diritto sostanziale e processuale civile.

Tale principio, da intendersi quale aspirazione di opportunità, è stato dapprima posto genericamente a fondamento della tutela cautelare considerata in senso ampio, in seguito trovando massima esplicazione, sotto il profilo della legislazione ordinaria, nell'articolo 700 cod.proc.civ.

In Costituzione non è previsto uno specifico modello di tutela giurisdizionale: disciplinare la materia sarebbe spettato al legislatore ordinario.

A causa però della assenza di indicazioni legislative, l'interprete ha assunto il compito di verificare se la misura cautelare adottata presenti le caratteristiche proprie della tutela giurisdizionale consentita dall'ordinamento e se queste siano tali da renderla ammissibile.

I principi costituzionali influiscono direttamente sulle scelte del legislatore: esemplificativamente, si considerino il diritto di agire in giudizio e la effettività della tutela giurisdizionale di diritti ed interessi (articolo 24 Cost.), quest'ultima connessa alla concezione unitaria dei rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale, per cui la tutela giurisdizionale risulta indispensabile nella attuazione del diritto sostanziale, a sua volta imprescindibile e ulteriore passaggio rispetto al semplice riconoscimento di una posizione soggettiva.

Nei confronti dei diritti fondamentali il nostro ordinamento non ha approntato una tutela differenziata, come invece nel sistema di altri Paesi; conseguentemente, è apparso decisivo, per assicurare una protezione giurisdizionale effettiva, rinviare alla tutela d'urgenza.

M. CAPPELLETTI ha tracciato una evoluzione per le norme costituzionali, nella percezione di quelli che risultano essere i valori protetti e la loro “graduazione”.

“La griglia dei principi fondamentali che troviamo nel testo della Costituzione è quindi irrinunciabile punto di riferimento per *orientare legislatore, giurisprudenza e dottrina nell'opera di costruzione, applicazione e interpretazione della disciplina del processo civile, un'opera che deve essere, nel suo insieme, costituzionalmente orientata per dare alle parti quello che viene chiamato ‘il dovuto processo legale’*”².

È stata la crisi della Giustizia ad attribuire rilevanza centrale al principio di effettività, ormai divenuto scopo da raggiungere e misura di confronto per valutare l'idoneità del sistema processuale a permettere un pieno esercizio, da parte di ogni cittadino, dei poteri costituzionalmente garantiti di agire e di difendersi in giudizio. Il suddetto principio di effettività è stato definito quale “super principio” con radici nella riflessione chiovendiana le cui caratteristiche fondamentali, grazie al testo costituzionale, hanno ricevuto un riconoscimento definitivo ed affermazione all'interno del sistema processuale civile.

La motivazione al recente diffondersi della tutela cautelare come correttivo del sistema è riscontrabile nella durata dei processi, che ha portato a forme alternative di composizione delle controversie.

La gravità di tale situazione è stata confermata dalla Corte di Strasburgo, che ha condannato l'Italia per violazione dell'articolo 6 par.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ove tale disposizione stabilisce il diritto di ogni persona “a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole”. Dopo che la Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 ha riscritto l'articolo 111 della Carta fondamentale, “costituzionalizzando” il diritto alla “ragionevole durata” del processo, è stata prevista

¹ A. PROTO PISANI, Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in Foro it., 1985, II, p. 1884.

² F. TOMMASEO, Il fondamento costituzionale della tutela cautelare, in STUDI IN ONORE DI CARMINE PUNZI, Torino, 2008, pp. 415-416.

un'equa riparazione per la violazione di tale diritto nell'ambito della legge 24 marzo 2001, n. 89 ("Legge Pinto").

L'attenzione verso i provvedimenti d'urgenza, in modo particolare, è scaturita dalla cultura dell'emergenza nata a fronte degli effetti negativi causati proprio dalla durata dei giudizi civili di cognizione e che ha permesso a tali misure di acquisire un ruolo di sempre maggior rilievo.

Nell'evoluzione di tale rinnovato interesse, il primo passaggio risale al periodo compreso tra gli Anni '70 e '80, in cui si sono potuti registrare, specialmente nel campo delle controversie con la Pubblica Amministrazione, un notevole incremento della domanda di giustizia, significativi sviluppi e interessanti aperture per una protezione più adeguata a favore del cittadino.

"Fatta eccezione per i provvedimenti interdittali e quasi-possessori, la tutela cautelare non era in origine al servizio dell'*urgenza a provvedere, bensì strumento di processi la cui durata era fisiologica*"³; nonostante ciò il requisito dell'urgenza è stato ritenuto essenziale per la concessione della tutela cautelare.

Solo in un secondo momento i provvedimenti speciali in esame hanno assunto forme anticipatorie di grande fortuna applicativa nella giurisprudenza pretorile degli Anni '60, con una relativa sistemazione e disciplina attraverso le recenti riforme per la tutela cautelare sulla possibilità o meno di instaurare il giudizio di merito dopo l'emanazione di un provvedimento d'urgenza o comunque di una misura anticipatoria degli effetti della sentenza di merito.

Sono state quindi poste le basi per un uso alternativo della tutela cautelare.

La Corte di Giustizia comunitaria ha ritenuto di poter annoverare, tra le misure cautelari in senso proprio, solo quelle dal carattere provvisorio emanate sulla base del presupposto dell'urgenza inteso come rischio, sempre provato dal ricorrente, di un imminente danno grave ed irreparabile.

Nell'esperienza giuridica comunitaria, con riferimento a tale ultima nozione di danno, un pericolo di pregiudizio assume la connotazione della irreparabilità qualora, verificandosi, non vi si possa rimediare tramite indennizzo a posteriori o quando, in mancanza del provvedimento cautelare, la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio potrebbe essere compromessa in modo irreversibile anche ad opera della decisione di merito.

Quanto appena esposto assume particolare rilievo nel caso in cui il ricorrente deduca, per mancata concessione della richiesta misura, il pericolo di subire un pregiudizio di natura esclusivamente pecuniaria, considerato che il denaro è un bene sostanzialmente fungibile: situazione piuttosto frequente dato che il danno pecuniario è oggetto tipico del processo comunitario, nel cui ambito spesso risulta allegato.

La tutela cautelare rientra in quel generale principio del processo in virtù del quale, al termine di quest'ultimo, la parte costretta a rivolgersi al Giudice debba essere posta, se ha avuto ragione, nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse dovuto ricorrere all'intervento giurisdizionale.

Lo stesso principio vale, ovviamente, anche per la parte nei cui confronti sia stata infondatamente attuata la tutela richiesta.

L'esatto soddisfacimento della prestazione dovuta è il fine precipuo della politica legislativa che governa il traffico giuridico, senza che la prestazione debba essere necessariamente coercibile.

L'ordinamento italiano impedisce al soggetto che abbia ragione di procedere unilateralmente alla propria tutela e offre invece la possibilità di domandare tutela giurisdizionale ai sensi dell'articolo 24 Cost.

Tassello indispensabile a tal fine appare proprio la tutela cautelare generalizzata e diverse norme sono state dichiarate incostituzionali poiché non prevedenti adeguate forme di tutela cautelare.

Con specifico riferimento all'articolo 700 del codice di rito civile, si deve ricordare l'ordinanza del Pretore di Genova del 18 novembre 1977, che ha sanzionato la suddetta disposizione laddove non prevedeva "la possibilità di tutelare in via d'urgenza *'diritti derivanti da norme costituzionali ed elisi da norme di legge ordinaria'* in violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art 24 Cost"⁴. Nonostante

³ F. TOMMASEO, Il fondamento costituzionale della tutela cautelare, in STUDI IN ONORE DI CARMINE PUNZI, Torino, 2008, p. 409.

⁴ M. MAGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto*, in (a cura di) P. COSTANZO, Percorsi attuali della giustizia costituzionale, Milano, 1995, p. 107; Pret. Genova, 18 novembre 1977, in Giur. cost., 1978, II, pp. 139 ss.

ciò, la Corte non ha inteso seguire l'impostazione dell'ordinanza accennata, giudicando irrilevante la questione di costituzionalità riferita all'articolo 700 cod.proc.civ.

L'applicazione delle misure d'urgenza per conferire effettività alla tutela giurisdizionale non è confliggente con la struttura e la funzione delle prime ma, anzi, data la mancata introduzione nel nostro ordinamento del controllo costituzionale "diffuso", si esalterebbe così il ruolo del Giudice dell'urgenza che deve individuare il criterio normativo per disciplinare il rapporto in pendenza del giudizio di merito.

La tutela cautelare è divenuta, quindi, componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale che, altrimenti, sarebbe lesa irrimediabilmente nella sua efficienza e si porrebbe in contrasto a quanto postulato in Costituzione.

Tale realtà, oggi indiscussa, non è stata immediatamente percepita se solo si pensa che la Corte Costituzionale, ancora all'inizio degli Anni Ottanta, aveva più volte affermato che la mancanza di potestà cautelare non rilevasse sul piano della legittimità costituzionale.

A tal proposito è possibile richiamare la sentenza, in ambito tributario, n. 63 del 1 aprile 1982, molto criticata in dottrina, connotata da aspetti di grande interesse quanto al fondamento costituzionale della tutela cautelare: la Consulta ha ivi negato che un potere di cautela potesse sussistere senza avere il proprio fondamento in un'espressa previsione di legge e che la potestà cautelare costituisse una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex articoli 24 e 113 Cost., in quanto parlare di "effettività della tutela" non significava "necessariamente" anticipazione delle conseguenze di una pronuncia (solo eventualmente) favorevole ma che, invece, la pretesa fatta valere in giudizio avrebbe dovuto, se fondata, trovare concreta soddisfazione.

Il giudizio cautelare è solo una fase eventuale causata dall'eccessiva durata del processo di merito che potrebbe ledere l'utilità effettiva della decisione. Non ricorrendo, invece, gli estremi del periculum in mora si attenderà il termine del processo di merito senza rischiare la pronuncia di una misura cautelare che comunque sarebbe lacunosa sul piano del diritto di difesa, come rilevava P. CALAMANDREI.

Le critiche nei confronti della sentenza suddetta erano state causate dalla sottovalutazione delle diverse forme in cui si sarebbe potuto presentare il periculum in mora ma anche per la ingiustificata sopravvalutazione delle effettive misure alternative a una tutela cautelare giurisdizionale nel sistema tributario.

Si è voluto ravvisare nell'uso del termine "necessariamente", all'interno del testo della sentenza, l'intenzione della Corte di sottolineare che, a volte, l'attuazione di una misura cautelare non è essenziale e che, di conseguenza, pur non sussistendo il relativo provvedimento provvisorio, il cittadino si considera comunque adeguatamente tutelato attraverso la pronuncia di merito.

E' soltanto con la storica sentenza costituzionale n. 190 del 1985 che si è registrata una radicale inversione di rotta nella giurisprudenza della Consulta e la tutela cautelare, proprio a partire da quel momento, ha assunto progressivamente un ruolo essenziale nella prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale, trovando fondamento in una norma non scritta del diritto processuale comune.

Di tale tutela l'articolo 700 cod.proc.civ. costituisce una specifica applicazione nell'ambito del processo civile, secondo le regole positive che il legislatore ha dettato.

In relazione al circoscritto ambito delle controversie su diritti soggettivi in regime di giurisdizione esclusiva, fu dichiarato illegittimo sul piano costituzionale l'originario testo dell'articolo 2 della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, laddove non consentiva al Giudice amministrativo di adottare provvedimenti innominati per concedere al ricorrente che ne avesse fatto richiesta forme di tutela interinale identiche, per funzione e contenuto, a quelle che avrebbe potuto ottenere dal Giudice civile: la sentenza n. 190/85 ha affermato che i provvedimenti d'urgenza fossero un istituto di portata generale applicabile anche in processi diversi da quello civile.

E' quindi evidente la solidità della copertura costituzionale prevista per la tutela cautelare atipica ma tale assunto si fonda non sulla concretizzazione dell'articolo 24, c.1 Cost. ma "sulla direttiva di razionalità

tutelata dall'art 3, c.2 Cost.”⁵, permettendo che il principio chiovendiano richiamato inizialmente, a favore della posizione dell'attore che abbia ragione, possa intendersi quale valore costituzionalmente protetto e principio generale desumibile dalla legislazione ordinaria sul processo civile e quindi immediatamente attivabile.

Nell'ambito della sentenza costituzionale del 1985 non è stata prevista anche la possibilità di una tutela cautelare ante causam, che poi tra l'altro fu discussa davanti alla Corte di Giustizia comunitaria per verificare se il sistema italiano fosse compatibile con l'articolo 2, c. 1, lett. a) della direttiva generale ricorsi 21 dicembre 1989, n. 665 CEE, che obbliga tutti gli Stati membri a garantire che l'autorità nazionale investita delle relative controversie possa adottare, in via d'urgenza, i provvedimenti provvisori per riparare un danno subito e impedire che siano causati altri danni agli interessi coinvolti.

La dottrina ha sostenuto tale decisione poichè da tempo era auspicata la introduzione di una tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo. Inoltre, grazie ad essa, nel 2006 fu emanato il D.lgs. n. 163, denominato “Codice degli appalti”, tramite cui il sistema italiano si è adeguato, almeno nel relativo settore degli appalti pubblici, a quanto statuito dalla Corte di Giustizia.

Si è già accennato al fatto che la sentenza n. 190 abbia escluso la tutela ante causam, poi inserita nel giudizio amministrativo, non ricorrendo invece l'argomento della Corte Costituzionale secondo cui la suddetta limitazione fosse legittimata dal carattere celere ed efficiente dell'accesso alla giurisdizione amministrativa, addirittura tale da impedire a priori una eventuale richiesta di tutela cautelare ante causam.

In Costituzione non esiste alcun riferimento, nemmeno indiretto, alla tutela cautelare ma è vero che tale testo non prescrive forme di tutela giurisdizionale specifiche e che raramente sono presenti al suo interno norme immediatamente precettive atte a costruire la disciplina del processo civile.

Il diritto di azione, che la Costituzione garantisce, ha la finalità di instaurare un processo connotato da una durata ragionevole e volto a tutelare in via effettiva la parte istante senza al contempo escludere l'eventualità di accedere alla tutela ordinaria cognitiva per poi approdare alla situazione di certezza propria del giudicato. Precedentemente alla riforma del 2005 il reclamo, ora consentito avverso l'ordinanza sia di accoglimento sia di rigetto della richiesta di provvedimento cautelare, non era previsto in quest'ultimo caso o nei confronti dei decreti inaudita altera parte.

Tuttavia la Corte Costituzionale, già nella sentenza n. 253 del 1994, aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'articolo 669 terdecies nella parte in cui non prevedeva tale forma di impugnazione anche contro il provvedimento di rigetto della domanda cautelare, basandosi sul principio di parità di posizioni tra le parti verso cui le stesse norme costituzionali orientano.

Il principio appena menzionato prospetta un temperamento tra l'attuazione della tutela cautelare, a favore del ricorrente, e la necessaria protezione nei confronti dell'intimato, che può essere soddisfatta attraverso uno strumento di riequilibrio quale la cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni.

Si dovranno pertanto temperare concessione nonchè attuazione della misura cautelare a favore del ricorrente e le esigenze di protezione nei confronti dell'intimato che, nonostante la richiesta avanzata dalla controparte, non dovrà a sua volta subire un danno irreparabile.

Da un lato, la concessione del reclamo avverso il provvedimento di accoglimento della richiesta di misura cautelare permetteva, in favore della parte interessata, il controllo di un Giudice diverso dal primo al riguardo mentre, dall'altro, l'aver limitato tale strumento a uno solo dei protagonisti del processo comportava “una amputazione” del diritto di difesa in danno della parte lesa dall'aver inutilmente chiesto il provvedimento cautelare.

Per tutelare il diritto di difesa è necessario rispettare il principio del contraddittorio, regola positiva immediatamente precettiva ai sensi dell'articolo 24 Cost., derogabile solo per valide ragioni giustificative.

Con sentenza n. 144 del 16 maggio 2008, la Corte Costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'articolo 669 quaterdecies nella parte in cui non prevedeva la reclamabilità del provvedimento di rigetto

⁵ A. PROTO PISANI, Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, (nota adesiva a Corte cost., sentenza 28 giugno 1985, n. 190), in Foro it., 1985, I, p. 1884.

dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova ex articoli 692 e 696 cod.proc.civ., assumendosi violati gli articoli 3, 24 e 111 Cost. (principio di uguaglianza, diritto di difesa e diritto ad un giusto processo). Attraverso le norme costituzionali, alla luce del principio di effettività, ricaviamo come gli strumenti di tutela con funzione cautelare siano necessari ma anche che la struttura formale del procedimento si debba adeguare ai principi del giusto processo di cui all'articolo 111 Cost.

Occorre una disciplina processuale dei provvedimenti cautelari per garantire i requisiti minimi previsti agli articoli 3 e 24 della Carta fondamentale su contraddittorio, obbligo di motivazione e posizione di parità tra le parti nell'esercizio dei diritti di cui sono titolari.

Nella motivazione della sentenza n. 253 del 1994 è stato precisato che la possibilità a disposizione degli interessati di utilizzare misure cautelari si riferisca al più volte menzionato principio per cui "la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione" e che all'interno di un processo civile il principio di uguaglianza ex articolo 3, c.1 Cost. comporti anche un piano di paralleli doveri e oneri processuali tra le parti coinvolte. La Corte ha inoltre affermato che tale equivalenza nell'attribuzione dei mezzi processuali sia necessariamente connessa al diritto di azione e di difesa di cui all'articolo 24 Cost., che sempre dovranno essere garantiti per evitare pregiudizi alle parti.

Come ancora rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 122 del 1970 "*l'articolo 700, proprio a causa della genericità dei poteri che conferisce al Giudice, incontra tutti i limiti desumibili da una sua interpretazione del sistema vigente e –come esattamente pone in rilievo la difesa dello Stato- non consente, quindi, che siano adottate misure che risultino vietate da altre norme dell'ordinamento: a maggior ragione se si tratti di norme di rango costituzionale*"⁶.

Il Giudice, cui spetta eventualmente l'emanazione di un provvedimento d'urgenza, dovrà rispettare limiti sia di natura processuale che sostanziale concretizzati nei principi della libertà della persona ex articolo 13, c.2, della libertà di domicilio ex articolo 14, della libertà di circolazione e di soggiorno ex articolo 16 e della libertà di stampa di cui all'articolo 21, c.2 Cost. e infine nel principio del contraddittorio, impedendo quindi che tali misure siano previste contro soggetti non partecipanti al procedimento sommario.

Le menzionate cautele saranno legittimate qualora il ricorrente intenda richiedere cautela per un diritto soggettivo e il comportamento illegittimo della sua controparte minacci in concreto un pregiudizio imminente e irreparabile.

Dott.ssa Francesca Saccaro

⁶ C.Cost. 9 luglio 1970, n. 122, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0122s-70.html>.