

**ISSN 1127-8579**

**Publicato dal 31/05/2016**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38292-la-tutela-cautelare-nell-unione-europea-evoluzione-giurisprudenziale-e-nuovo-regolamento-ue-n-1215-2012>**

**Autore: Laddomada Marco**

## **La tutela cautelare nell'Unione Europea: Evoluzione giurisprudenziale e nuovo regolamento (ue) n. 1215/2012**

## La tutela cautelare nell'Unione Europea: Evoluzione giurisprudenziale e nuovo regolamento (ue) n. 1215/2012

### 1. Introduzione<sup>1</sup>

Il diritto processuale civile europeo trova la sua principale fonte legislativa nel nuovo Regolamento UE n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I-bis, in vigore dal 10 gennaio 2015) concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Tale complesso regolamentare sostituisce il precedente Regolamento CE n. 44/2001, che già a sua volta aveva preso il posto dell'originaria Convenzione di Bruxelles del 1968. In questo scenario, la tutela cautelare occupa da sempre un posto tutto particolare. Dapprima prevista dall'art. 24 della Convenzione di Bruxelles, poi trasfusa nell'art. 31 del Regolamento n. 44/2001, è ora disciplinata dall'art. 35 del nuovo Regolamento. Si prevede che *“i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti all'autorità giurisdizionale di detto Stato membro anche se la competenza a conoscere del merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro”*. Tale disposizione, nella sua essenzialità, fornisce ben pochi punti fermi e, al

---

<sup>1</sup> **Bibliografia essenziale:** AA.VV., *Manuale di diritto processuale civile europeo*, (a cura di) TARUFFO e VARANO, Torino, 2011, 77 ss.; ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, XI vol., Padova; ID., *I provvedimenti d'urgenza ex art.700 c.p.c.*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1985; BESSO, *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è - secondo la Corte europea di giustizia - un procedimento provvisorio o cautelare*, in *Int'l Lis*, 2006, 2, 76, (nota a sentenza Corte giust. C-104/04, *St. Paul Dairy*); ID., *La prova prima del processo*, Torino 2004; BIAGIONI, *Interferenze tra provvedimenti provvisori o cautelari e decisioni di merito nella Convenzione di Bruxelles*, in *Riv.dir.int.* 2002, 711 ss.; CAPONI, *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in *Foro it.* 1998, parte V, 26; SERGIO M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 2000, 157 ss.; CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la “circolazione” comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, 593 ss.; ID., *Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele*, in *Int'l Lis*, 2002, 1, 30 (nota a sentenze Corte giust., *Van Uden e Mietz*); ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol.I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 267 ss.; CONSOLO e MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, 2002, 3-4, 110 (nota a Corte giust. *Italian Leather*); DI BLASE, *Provvedimenti cautelari e Convenzione di Bruxelles*, in *Riv.dir.int.*, 1987, 55 ss.; DI FAZZIO, *Istanza di istruzione preventiva (“esplorativa”) olandese e foro competente europeo*, in *Riv.dir.proc.* 2006, 776 ss. (nota a sentenza Corte giust. C-104/03, *St.Paul Dairy Industries*); GAUDEMET TALLON, in *Rev.arb.* 1999, 152 ss.; GOTHOT – HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Competence judiciaire ed effets des jugements dans CEE*, Paris, 1985, 115; HONORATI, *Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: a missed opportunity for a Better Ruling*, in *Riv. dir.int.priv.proc.*, 2012, 525 ss.; JENARD, *Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, Sub art.24 Conv., in *Gaz.z.nff.com.eur.*, serie C 59 del 05.03.1979; LADDOMADA, *La tutela cautelare nel diritto processuale civile*, in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica pubblicata su Internet* 16/05/2016; LOPES PEGNA, *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (“Bruxelles I-bis”)*, in *Riv.dir.int.*, 2013, 1206 ss.; LUPOI, *L'attuazione negli altri Stati membri dei provvedimenti provvisori e cautelari nel regolamento UE n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis)*, in CAPPONI ET AL. (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amico rum Romano Vaccarella*, Torino, Utet, 2014, 1521; MARI, *Autorizzazione e riconoscimento di provvedimenti cautelari in base alla convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Dir.com.scamb.int.* 1981, 237 ss.; MARMISSE-WILDERSPIN, *Note*, in *Rev. crit.dr.int.pr.* 1999, 669 ss.; MERKT, *Les mesures provisoires en droit International privé*, Zurigo 1994, spec.60 ss.; MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 759 ss.; MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol.I, Utet, 2012, 93 ss.; NISI, *I provvedimenti provvisori e cautelari nel nuovo Regolamento Bruxelles I-bis*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, vol. 7, n.1, 128; NORMAND, *Note*, in *Rev.crit.dr.int.pr.* 1999, 353 ss.; O'MALLEY – LAYTON, *European Civil Practice*, Londra, 1989, 649 ss.; QUERZOLA, *Tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 805 ss.; ID., *Colpo d'ariete della Corte di giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 353 ss.; ID., *Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel Reg. UE n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1479; SALERNO, *La convenzione di Bruxelles e la sua revisione*, Padova, 2000, spec. 112 ss.; SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione dei giudizi esteri*, Milano, 2012, 281 ss.; ID., *Coordination of Substantive and Interim Proceedings*, in POCAR ET AL., *Recasting Brussels I*, Padova, Ceda, 2012, 273 ss.; SILVESTRI, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea*, Maggioli, 2011, 133 ss.; ID., *Il sistema francese dei «référé»*, in *Foro it.* 1998, V, 9; ID., *Recasting Brussels I: il nuovo regolamento 1215 del 2012*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2013, 677; TROCKER, *Provisional Remedies in Transnational Litigation: The Issue of Jurisdiction. A comparative outline. The approach of the civil law countries and of the Brussels Convention and Regulation*, in *Int'l Lis* 2009, vol.2, 93 ss.; ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011.

**Riferimenti giurisprudenziali:** Corte giust. 27-03-1979, 143/78, caso *De Cavel I*, in *www.curia.eu.*; Corte giust. 06-03-1980, 120/79, caso *De Cavel II*, in *www.curia.eu.*; Corte giust. 21-05-1980, 125/79, *B.Denilauler c. Couchet frères*, in *Racc.*, 1980, 1553; Conclusioni Avv.gen. *Mayras* 26.03.1980, caso *Denilauler*, in *Racc.* 1980, 1572 ss.; Corte giust. 04-02-1988, 145/86, *Hoffman c. Krieg*, in *Racc.*, 645, punto 22; Corte giust. 26-03-1992, C-261/90, *M.Reichert c. Dresdner Bank AG*, in *Racc.* 1992, I, 2149; Conclusioni Avv. Gen. *Gulmann* 20.02.1992, caso *Reichert*, in *Racc.* 1992, I, 2160; Corte giust. 02-06-1994, C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, in *Racc.*, 1994, I, 2237, punto 20; Corte giust. 17-11-1998, C-391/95, *Van Uden Maritime c. Kommanditgesellschaft in Firma Decoline e.a.*, in *Racc.* 1998, I, 7091; Conclusioni Avv.Gen. *Léger* 10.06.1997, caso *Van Uden*, in *Racc.* 1998, I, 7093 ss.; Corte giust. 27-04-1999, C-99/96, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, in *Racc.*, 1999, I, 2277; Conclusioni Avv.Gen. *Léger*, caso *Mietz*, in *Racc.* 1999, I, 2280 ss.; Corte giust. 28-04-2005, C-104/03, *St.Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA*, in *Racc.*, 2005, I, 3481; Conclusioni Avv.gen. *Colomer* 09.09.2004, caso *St. Paul Dairy*, in *Racc.* 2005, I, 3483 ss.; Corte giust. 06-06-2001, C-80/00, *Italian Leather s.p.a. c. Weco Polstermobel Gmb*, in *Racc.* 2002, I, 4995; Conclusioni Avv.gen. *Léger* 21.02.2001, caso *Italian Leather*, in *Racc.* 2002, I, 4997 ss.

contempo, lascia aperti una serie di rilevanti questioni interpretative. Senza dubbio, in materia cautelare, può rilevarsi la presenza di un “doppio binario” in forza del quale: 1) i giudici competenti nel merito in ragione dei criteri uniformi possiedono altresì la competenza in ordine all’adozione di provvedimenti provvisori e cautelari; 2) oltre ai criteri uniformi, l’art. 35 Regolamento UE n. 1215/2012 (e così il vecchio art. 31 Reg. CE n. 44/2001 e prima l’art. 24 Conv. Br.) individua dei fori speciali e aggiuntivi, consentendo anche al giudice di uno Stato membro non competente nel merito di adottare le misure cautelari, rinviando alla *lex fori* del medesimo Stato e ai tipi di provvedimenti ivi previsti<sup>2</sup>. Purché, ovviamente, si rientri nell’ambito di applicazione *rationae materiae* del Regolamento.

Per il resto, le certezze sfumano. Da sempre, infatti, la disciplina della tutela cautelare nello spazio giudiziario europeo ha creato delicati problemi interpretativi, solo parzialmente risolti dall’evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia. Peraltro, il nuovo Regolamento Bruxelles I-bis, pur lasciando immutata la norma, ha apportato rilevanti novità in materia cautelare, specie in tema di circolazione dei provvedimenti.

Nel presente lavoro si analizzerà in primo luogo l’evoluzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia nel sistema anteriore al nuovo Regolamento Bruxelles I-bis. Dopodiché, si esamineranno le novità che il medesimo Reg. n. 1215/2012 ha introdotto in relazione alla tutela cautelare.

## 2. Evoluzione giurisprudenziale nel sistema anteriore al Regolamento (UE) n. 1215/2012

I problemi che la Corte di giustizia si è trovata a fronteggiare in materia cautelare, possono essere così riassunti:

1) *Competenza e circolazione*. Si tratta di individuare i criteri sulla *competenza* individuati dalla norma in oggetto. A tal proposito, da sempre ci si chiede se davvero vi sia soltanto un mero rinvio alla normativa nazionale, anche in deroga al divieto dei c.d. fori esorbitanti, oppure se siano necessarie ulteriori condizioni cui subordinare la competenza. Con un rinvio incondizionato, infatti, si correrebbe il rischio del c.d. *forum-shopping/remedy-shopping*.

Inoltre, si discuteva sulla *circolabilità* di queste misure. Infatti, secondo una certa interpretazione, solo le misure provvisorie o cautelari emesse dal giudice di merito sarebbero state idonee a circolare, cioè ad essere riconosciute ed eseguite, mentre quelle emesse ai sensi di quello che era l’art. 31 Reg. CE n. 44/2001 (art. 24 Conv. Br.) da un giudice non competente a conoscere del merito non avrebbero potuto comportare effetti extraterritoriali. Il dibattito può essere riproposto anche allo stato attuale; tuttavia, in tema di circolazione, il nuovo Regolamento n. 1215/2012 ha apportato rilevanti novità.

2) *Nozione di “provvedimenti provvisori o cautelari”*. Un’altra questione su cui da tempo si dibatte è quello della nozione di “provvedimento provvisorio o cautelare”. Particolari problemi nascono in relazione alle misure capaci di anticipare anche totalmente la decisione di merito (si pensi ad una condanna pecuniaria), come il *kort-geding* olandese o il *référé-provision* francese (quest’ultimo, a differenza del primo, non richiede neanche il requisito dell’urgenza). Inoltre, se si aggiunge il fatto che la norma, anche con riferimento alla tipologia delle misure cautelari, rinvia alle leggi dei singoli ordinamenti, ecco che ancora una volta si corre il pericolo di elusione del sistema e in particolare vi è il rischio del c.d. *remedy-shopping*.

3) *Effetto preclusivo di tali provvedimenti*. Da tempo, inoltre, si discute riguardo l’*efficacia* delle misure cautelari emesse nello spazio giudiziario europeo, posto che la *provvisorietà* di tali misure starebbe a significare, in primo luogo, inidoneità a divenire cosa giudicata. Però, se si pensa che i giudici in grado di pronunciare un provvedimento provvisorio o cautelare possono essere più di uno (ad esempio, quello competente per il merito da un lato e, dall’altro, quello del luogo di esecuzione)

---

<sup>2</sup> Per una rapida panoramica sulla tutela cautelare nel nostro ordinamento, mi permetto di rinviare a LADDOMADA, *La tutela cautelare nel diritto processuale civile*, cit., all’indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38219-la-tutela-cautelare-nel-diritto-processuale-civile? page=2>

si potrebbe attivare più di un giudice per chiedere lo stesso provvedimento ed allora gli scenari possono essere i più svariati e complicati. Ci potrebbero essere, ad esempio, un provvedimento di rigetto ed un provvedimento, sulla stessa domanda, di accoglimento; oppure si pensi al caso di due provvedimenti dal contenuto contrastante (un'inibitoria e un sequestro); infine si pensi all'ipotesi di diversi provvedimenti di accoglimento (e allora l'istante sceglierà il più favorevole). Che rapporto dunque tra questi provvedimenti?

Vediamo allora le pronunce di maggior rilievo con le quali la Corte di Giustizia ha tentato di risolvere le questioni anzidette. Ricordando che il presente paragrafo si riferisce al sistema anteriore al nuovo Regolamento Bruxelles I-bis. Vedremo, al paragrafo 3, le innovazioni che il nuovo Regolamento ha comportato in materia di tutela cautelare.

**2.1 Il caso Denilauler come punto di partenza.** Il grande precedente in ambito di "provvedimenti provvisori o cautelari" è senza dubbio la sentenza *Denilauler*<sup>3</sup>.

A) In quel caso, si chiedeva alla Corte se la necessaria notifica e il rispetto del contraddittorio ai fini del riconoscimento ed esecuzione valessero anche nei confronti di provvedimenti cautelari pronunciati *inaudita altera parte*<sup>4</sup>.

La Corte, nel bilanciare la tensione tra effetto sorpresa dei provvedimenti cautelari e diritto di difesa, affermò che (punti 16 e 17) "il giudice del luogo, o in ogni caso dello Stato contraente, in cui sono situati i beni oggetto dei provvedimenti richiesti, è certamente il più qualificato per valutare le circostanze che possono condurre alla concessione od al rifiuto dei provvedimenti richiesti od alle prescrizioni delle modalità e delle condizioni che l'istante dovrà rispettare per garantire il carattere provvisorio e cautelare dei provvedimenti autorizzati". Ecco perché la Convenzione "ha tenuto conto di queste necessità prevedendo l'art. 24 Conv., [il quale] non esclude che provvedimenti provvisori o cautelari disposti nello Stato d'origine in esito ad un procedimento di natura contraddittoria (...) possano divenire oggetto di riconoscimento e di autorizzazione all'esecuzione". Conclusione: "*le decisioni giurisdizionali contenenti autorizzazione di provvedimenti provvisori o cautelari, rese senza che la parte contro cui si rivolgono sia stata citata a comparire e destinate ad essere eseguite senza essere state prima notificate, non fruiscono del regime di riconoscimento e di esecuzione di cui al titolo I della Convenzione*".

B) Con tale pronuncia, in sintesi, si affermava che:

- Il giudice competente per il merito in base ai criteri uniformi sulla competenza giurisdizionale è competente ad ordinare una misura provvisoria e cautelare e, se emessa nel rispetto del contraddittorio, potrà circolare.
- Per i provvedimenti provvisori o cautelari adottati ex art. 24 Conv. vige un regime speciale.
- Il giudice del luogo in cui sono situati i beni oggetto dei provvedimenti richiesti è il più qualificato per concedere o rifiutare i provvedimenti cautelari richiesti.
- Non possono circolare i provvedimenti *senza contraddittorio*. A tal proposito si noti che nel caso *Denilauler* la circolazione del provvedimento è negata in considerazione del mancato rispetto del contraddittorio, cioè in applicazione dell'art. 27 n. 2 Conv. (poi art. 34 n. 2 Reg. 44/2001) perciò "da

---

<sup>3</sup> Corte giust. 21-05-1980, 125/79, *B. Denilauler c. Couchet frères*, in *Racc.*, 1980, 1553.

<sup>4</sup> Nello specifico, la ditta francese Couchet frères, avendo compiuto i trasporti di merci per conto della ditta tedesca Denilauler senza ottenere il pagamento delle relative fatture, otteneva in corso di causa un sequestro conservativo sul conto bancario del debitore presso un istituto di credito tedesco. Tale provvedimento era stato pronunciato ai sensi dell'allora art. 48 c.p.c. francese, *inaudita altera parte* e, sempre nel rispetto della normativa francese, si autorizzava l'esecuzione senza notifica alla controparte. Dopodiché, il giudice tedesco apponeva la formula esecutiva e veniva eseguito il sequestro senza che, neanche in questa occasione, fosse sentita la controparte, in quanto l'ordinanza veniva notificata a sequestro già avvenuto. Impugnata l'ordinanza davanti al giudice tedesco, vennero posti una serie di quesiti alla Corte di giustizia e in particolare con la prima questione si chiedeva se gli art. 27 n.2 Conv. e art. 46 n.2 Conv. (che richiedevano notifica e contraddittorio ai fini del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni rese in altri Stati contraenti) si riferissero anche "ai procedimenti per l'adozione di provvedimenti provvisori e cautelari, senza audizione della parte nei cui confronti questi vengono adottati".

tale disposizione, e non dall'art. 24, consegue che non possono circolare le misure provvisorie o cautelari emesse *inaudita altera parte*, come non può circolare qualunque altra decisione, anche di merito, che abbia violato il contraddittorio"<sup>5</sup>.

- Se si vuole recuperare l'effetto sorpresa, l'art. 24 consente di chiedere il provvedimento al giudice dell'esecuzione (che, come detto, è il più qualificato in questione) e chiedere una misura cautelare *inaudita altera parte* (se la *lex fori* lo consente) che però potrà esplicitare i suoi effetti *solo all'interno* di quello Stato e non potrà circolare.

C) Restavano tuttavia dei nodi problematici, vale a dire: 1) Nel caso di specie era stata negata la circolazione per via del mancato rispetto del contraddittorio. Tuttavia, le parole della Corte lasciavano intendere che in presenza del contraddittorio tali provvedimenti emessi sarebbero stati idonei a circolare. Ci si chiedeva allora se una misura cautelare emessa dal giudice (non competente per il merito) potesse circolare ed essere eseguita in altri Stati. 2) Inoltre, ci si chiedeva se giudice competente ai sensi dell'art. 24 dovesse considerarsi quello dell'esecuzione, a causa di quel richiamo della Corte, che lo aveva definito "il più qualificato".

**2.2 L'individuazione del giudice competente ai sensi dell'art. 31 Reg. n. 44/2001 (art. 24 Conv.) e la circolazione dei provvedimenti. In particolare, i casi *Van Uden* e *Mietz*.** Come detto, il caso *Denilauler* aveva lasciato una serie di problematiche aperte, specie in tema di competenza e circolazione. Un passo in avanti venne compiuto dapprima con la sentenza *Van Uden*<sup>6</sup> e subito dopo con il caso *Mietz*,<sup>7</sup> anche se tali decisioni non furono in grado di dettare soluzioni univoche.

A) Nel caso *Van Uden* ci si chiedeva se il giudice competente per il merito fosse senz'altro competente per il provvisorio o fosse necessario che il provvedimento cautelare potesse essere produttivo di effetti nello Stato in cui i giudici sono chiamati a decidere e se, ad ogni modo, il *kort geding* olandese potesse rientrare nel concetto di "misure provvisorie o cautelari" dell'art. 24 Conv. Il tutto aggravato dal fatto che nel caso di specie era presente una clausola compromissoria potenzialmente capace di togliere la competenza sul merito al giudice statale. La Corte, ritenuto applicabile l'art. 24 della Convenzione, dopo aver affermato che "[è] certamente il giudice del luogo o in ogni caso dello Stato contraente in cui sono ubicati i beni che costituiranno oggetto dei provvedimenti richiesti il più qualificato per valutare le circostanze che possono condurre alla concessione ed al rifiuto del provvedimento" e considerato che (punto 40) "la concessione di provvedimenti provvisori o cautelari in forza dell'art. 24 è subordinata, in particolare, alla condizione dell'esistenza di un effettivo nesso di collegamento fra l'oggetto dei provvedimenti richiesti e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito"; e che (punto 41) "è del pari compito del giudice che dispone i provvedimenti in base all'art. 24 prendere in considerazione la necessità di imporre condizioni e modalità dirette a garantire la provvisorietà o il carattere cautelare

---

<sup>5</sup> SILVESTRI, *La tutela del credito*, cit., 149.

<sup>6</sup> Corte giust. 17-11-1998, C-391/95, *Van Uden Maritime c. Kommanditgesellschaft in Firma Decoline e.a.*, in *Racc* 1998, I, 7091. Nel caso *Van Uden* (cronologicamente anteriore rispetto a *Mietz*), le parti stipulavano un contratto in forza del quale la Van Uden, società con sede nei Paesi Bassi, si impegnavano a mettere a disposizione per la Deco-Line, società tedesca, un'area per il carico di navi e in questo contratto era inserita una clausola compromissoria in forza della quale le eventuali controversie sarebbero state conosciute da arbitri. La Deco-Line lasciava inesatte alcune fatture. Controparte dava corso in Olanda al procedimento arbitrale. La Deco-Line, peraltro, non possedeva in questo Paese beni patrimoniali assoggettabili ad esecuzione. La Van Uden, richiamandosi al fatto che la Deco-Line indugiava nella nomina degli arbitri e che il ritardo nel pagamento delle sue fatture comportava notevoli problemi quanto alla sua liquidità, promuoveva il procedimento sommario, innanzi al Rechtbank di Rotterdam, che accoglieva l'istanza e ordinava alla controparte di versare alla ricorrente una determinata somma. Si concedeva così il *kort geding* (misura anticipatoria che può coincidere anche con l'integralità del credito vantato). Nel procedimento di prime cure, il giudice olandese respingeva l'eccezione di incompetenza promossa dalla Deco-Line in quanto, a parere dell'organo giudicante, un procedimento sommario come quello in questione si doveva considerare un provvedimento provvisorio ai sensi dell'art.24 Conv. Br. e dunque lo stesso organo risultava competente secondo la propria legge nazionale<sup>6</sup>. Il giudice d'Appello tuttavia annullava l'ordinanza sostenendo che il provvedimento doveva potere essere eseguito in Olanda. Infine lo *Hooge Raad*, innanzi al quale veniva impugnata la decisione del giudice d'appello, proponeva alla Corte di giustizia, tra le altre cose, la questione della competenza, oltre a quella della nozione.

<sup>7</sup> Corte giust. 27-04-1999, C-99/96, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, in *Racc.*, 1999, I, 2277

dei provvedimenti medesimi”, giunse alla seguente conclusione: “l’art.24 della Convenzione deve essere interpretato nel senso che la sua applicazione è subordinata, in particolare, alla condizione dell’esistenza di un effettivo nesso di collegamento fra l’oggetto del provvedimento richiesto e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito”<sup>8</sup>.

B) In *Van Uden* era altresì presente il problema della nozione di “provvedimenti provvisori o cautelari”. Si trattava cioè di capire se un provvedimento anticipatorio della condanna alla prestazione pecuniaria anche totalmente anticipatorio potesse rientrare in questo concetto. La Corte, con l’evidente scopo di evitare pratiche di *forum shopping* e *remedy shopping*, precisò che “se fosse riconosciuto al ricorrente il diritto di ottenere il pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale dinanzi all’organo giurisdizionale del proprio domicilio, il quale non è competente a conoscere del merito (...) si potrebbero eludere in tal caso le norme di competenza stabilite dalla Convenzione” (punto 46). Giungendo così all’ulteriore conclusione: “il pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale non costituisce un provvedimento provvisorio ai sensi di detta disposizione, a meno che, da un lato, il rimborso al convenuto della somma versata sia garantito nell’ipotesi in cui il ricorrente non vinca la causa nel merito e, dall’altro, il provvedimento richiesto riguardi solo determinati beni del convenuto che si situano, o che si devono situare, nella sfera di competenza territoriale del giudice adito”<sup>9</sup>.

C) I nodi interpretativi, rispetto al caso *Denilauler*, sembravano essersi ulteriormente complicati. In primo luogo restava aperto il problema dell’individuazione del giudice competente diverso da quello del merito, ai sensi della norma in questione. Altra questione aperta era quella della *circolabilità* dei provvedimenti resi dal giudice ai sensi dell’art. 24 Conv. (art.31 Reg. 44).

A niente servì la successiva pronuncia della Corte, in una fattispecie del tutto analoga. Anche la sentenza *Mietz* infatti, sebbene “dichiaratamente volta a trarre corollari”<sup>10</sup>, lasciò aperte le questioni dibattute<sup>11</sup>.

**2.3 La nozione di provvedimenti provvisori o cautelari: dal caso Reichert a St.Paul Dairy.** “Per quanto riguarda il carattere dei provvedimenti che potranno essere presi, bisognerà riferirsi alla legislazione interna del paese interessato”<sup>12</sup>. Così la Relazione *Jenard* evocava il problema della ‘nozione’ rinviando alle leggi di ciascun Paese interessato. Con le conseguenti difficoltà di costruire una definizione autonoma-comunitaria, ad oggi non presente<sup>13</sup>. Tuttavia, la Corte di giustizia nel corso del tempo ha offerto una serie di indicazioni nell’intento di delineare i contorni di questo concetto.

A) La prima grande pronuncia al riguardo è la sentenza *Reichert*<sup>14</sup>. La Corte giunse a dare la sua definizione, ritenendo che “per ‘provvedimenti provvisori o cautelari’, ai sensi dell’art. 24 devono

---

<sup>8</sup> Corte giust., *Van Uden*, cit., 7138.

<sup>9</sup> Ivi, 7140.

<sup>10</sup> CONSOLO, op.ult.cit., par.II.

<sup>11</sup> In quella vicenda, del tutto analoga alla precedente, si ribadì che non è necessario che “il giudice cui è stata rivolta una domanda di concessione di provvedimenti provvisori o cautelari ricorra all’art.24 della Convenzione allorché egli sia comunque competente a conoscere del merito di una causa sulla base degli artt.2 nonché 5-18 della Convenzione stessa” e a questo proposito “il giudice competente a conoscere del merito di una causa in forza di uno dei criteri previsti dalla Convenzione rimane del pari competente ad ordinare provvedimenti provvisori o cautelari, senza che quest’ultima competenza sia subordinata ad altri presupposti” (punti 40 e 41).Concludendo che il *kort geding* pronunciato sulla base dell’art.24 non costituisce provvedimento provvisorio ai sensi di detta norma a meno che, da un lato non vi sia una *contro-cautela* e dall’altro il provvedimento riguardi “determinati beni del convenuto che si situano, o che si devono situare, nella sfera di competenza territoriale del giudice adito” (punto 42).

<sup>12</sup> JENARD, *Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, Sub art.24 Conv., in *Gazz.uff.com.eur.*, serie C 59 del 05.03.1979.

<sup>13</sup> In questo senso si vd., tra gli altri, CONSOLO, *Van Uden e Mietz*, cit., par.IV; MERLIN, op.cit., 760 ss; SILVESTRI, op.ult.cit., 152 ss. Diversamente, si vd. QUERZOLA, op.ult.cit., 805 ss. e SALERNO, *La convenzione di Bruxelles e la sua revisione*, Padova, 2000, 112 ss..

<sup>14</sup> Corte giust. 26-03-1992, C-261/90, *M.Reichert c. Dresdner Bank AG*, in *Racc.* 1992, I, 2149. In quel caso i coniugi Reichert, residenti in Germania e proprietari di immobili situati in Francia, avevano donato la nuda proprietà di questi al figlio, ma tale donazione veniva impugnata dalla società Dresdner Bank, creditrice dei coniugi, sperando la c.d. azione *pauliana*, ai sensi

*pertanto intendersi i provvedimenti volti, nelle materie oggetto della Convenzione, alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice del merito accertare l'esistenza"* (punto 34), optando, nel caso di specie, per l'esclusione dall'art. 24 Conv. dell'azione *pauliana*, non avendo "il fine di preservare una situazione di fatto o di diritto in attesa della decisione", essendo invece "volta (...) a far modificare dal giudice la situazione giuridica del patrimonio del debitore e di quello del terzo beneficiario disponendo la revoca, nei riguardi del creditore, dell'atto dispositivo lesivo dei diritti di quest'ultimo" (punto 35).

B) Nei già citati casi *Van Uden* e *Mietz* si chiese, tra le altre cose, se un provvedimento provvisorio anche completamente anticipatorio di una controprestazione contrattuale (*kort geding*) potesse rientrare tra i provvedimenti provvisori previsti dall'art. 24 Conv. Allora, lo ricordiamo, la Corte concluse che *"una sentenza che disponga il pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale (...) non è un provvedimento provvisorio tale da potersi concedere nell'ambito dell'art.24 della Conv., a meno che, da un lato, il rimborso al convenuto della somma versata sia garantito nell'ipotesi in cui il ricorrente non vinca la causa nel merito e, dall'altro lato, il provvedimento richiesto riguardi solo determinati beni del convenuto che si situano, o che si devono situare, nella sfera di competenza territoriale del giudice adito"*<sup>15</sup>.

C) Con una nota pronuncia del 2005, la Corte è stata di nuovo chiamata ad interrogarsi sull'individuazione del tipo di provvedimenti rientranti nell'art. 24 Conv.: si tratta del caso *St.Paul Dairy*<sup>16</sup>. In quella occasione, si chiedeva se una domanda diretta ad ordinare l'audizione di un teste prima dell'avvio di un procedimento nel merito, allo scopo di permettere all'attore di valutare l'opportunità di un'eventuale azione, rientrasse nel campo di applicazione della Convenzione in quanto provvedimento provvisorio o cautelare ai sensi dell'art. 24 di quest'ultima<sup>17</sup>. La Corte rispose che l'art. 24 Conv. Br. prevede un'eccezione al regime di competenza istituito dalla Convenzione la quale "deve dunque essere interpretata in maniera restrittiva" in quanto "la competenza derogatoria (...) mira ad evitare alle parti un pregiudizio derivante dalle lungaggini inerenti a tutti i procedimenti internazionali" (punto 12). Quindi, dopo aver ricordato che, nel caso in questione, l'audizione del teste aveva lo scopo di "accertare fatti da quali potrebbe dipendere la soluzione di una controversia futura per la quale un organo giurisdizionale di un altro Stato contraente sarebbe competente" (punto 15), concluse che, *in assenza di una diversa giustificazione*, "il provvedimento richiesto (...) non risponde alla finalità perseguita dall'art. 24 Conv." Per rafforzare la propria conclusione, la Corte richiamò il Reg. n. 1206/2001 'relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli stati membri nel settore dell'assunzione della prova in materia civile o commerciale', notando che concedere l'audizione di un teste in circostanze come quelle del caso di specie poteva portare all'elusione del medesimo Regolamento n. 1206 (punto 23). La conclusione della Corte fu dettata in negativo: *"non rientra nella nozione di 'provvedimenti provvisori o cautelari' un provvedimento che ordina l'audizione di un teste allo scopo di permettere all'attore di valutare l'opportunità di un'eventuale azione, di determinare il fondamento di una tale azione e di calcolare la pertinenza dei motivi che potrebbero essere fatti valere in tale ambito"*.

---

dell'art.1167 del codice civile francese. Giunti in Corte d'appello venne proposta, tra le altre, la questione "se un'azione basata sull'art.1167 del codice civile francese, con cui un creditore miri ad ottenere la revoca nei suoi confronti di un atto traslativo di diritti reali immobiliari compiuto dal suo debitore in modo che egli ritiene in frode ai suoi diritti, rientri nella sfera di applicazione (...) [dell'art.] 24 della (...) Convenzione internazionale" (pag.2178 punto 7).

<sup>15</sup> Così Corte giust., caso *Mietz*, cit., 2321; ma nello stesso senso Corte giust., caso *Van Uden*, cit., 7140.

<sup>16</sup> Corte giust. 28-04-2005, C-104/03, *St.Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA*, in *Racc.*, 2005, I, 3481.

<sup>17</sup> In particolare, un'azienda belga, la Unibel Exter BVBA, aveva chiesto e ottenuto dal giudice olandese istanza preventiva delle dichiarazioni di un testimone, residente in Olanda, nei confronti della *St.Paul Industries SV*, azienda anche essa belga, ai sensi degli art.186 ss. del codice di rito olandese. Così la *St.Paul Dairy* impugnava l'ordinanza eccependo l'incompetenza del giudice olandese ed il giudice di secondo grado proponeva alla Corte due questioni, con le quali in sostanza si chiedeva – appunto - se una misura del genere (audizione di un teste prima dell'avvio di un procedimento nel merito per valutare l'opportunità di un'eventuale azione) rientrava nella nozione di provvedimento provvisorio o cautelare.

**2.4 Effetto preclusivo dei “provvedimenti provvisori o cautelari”:** il caso *Italian Leather*. La misura cautelare, per sua natura, è inidonea a offrire una soluzione definitiva della controversia. Eppure, con la sentenza *Italian Leather*<sup>18</sup>, nonostante l’inidoneità a qualunque accertamento definitivo, la Corte di Giustizia ha riconosciuto ai provvedimenti provvisori o cautelari un effetto che in prima battuta potremmo definire “preclusivo”.

A) In quel caso, il problema era dato da un potenziale contrasto tra due diversi provvedimenti<sup>19</sup>. Nello specifico, si chiedeva alla Corte di Giustizia (punto 33) “se, ai sensi dell’art. 27, punto 3, della Convenzione di Bruxelles, possono considerarsi in contrasto quelle decisioni che divergono solo in relazione agli specifici presupposti, in presenza dei quali può essere adottato un determinato provvedimento di natura provvisoria o cautelare”; e se, a seguito dell’eventuale esistenza di questo contrasto, il giudice dello Stato richiesto sia obbligato a rifiutare il riconoscimento o debba farlo solo se ritenga che l’ordine sociale dello Stato richiesto sarebbe effettivamente e sufficientemente perturbato dalla coesistenza delle due decisioni contraddittorie.

La Corte, rispose che “l’art. 27 n. 3 della Convenzione di Bruxelles va interpretato nel senso che una decisione straniera, pronunciata al termine di un procedimento sommario, che imponga al debitore di astenersi dal compiere determinati atti è in contrasto con una decisione che nega tale provvedimento pronunciata al termine di un procedimento sommario tra le stesse parti da un giudice dello Stato richiesto” (punto 47). Con la precisazione, richiamandosi alla relazione *Jenard*<sup>20</sup> della Convenzione (al punto 48), che è “incontestabile che l’ordine sociale di uno Stato sarebbe turbato se la parte potesse giovare di due sentenze contraddittorie” e inoltre sarebbe contrario alla certezza del diritto conferire al giudice la facoltà di riconoscere provvedimenti in contrasto con altre decisioni.

B) Conclusione: *“una decisione straniera pronunciata al termine di un procedimento sommario, con cui un giudice emana un provvedimento che imponga ad un debitore di astenersi dal compiere determinati atti, è in contrasto con una decisione pronunciata al termine di un procedimento sommario tra le stesse parti da un giudice dello Stato richiesto che neghi tale provvedimento”* perciò nell’ipotesi di *“contrasto tra una decisione di un giudice di un altro Stato contraente e una decisione pronunciata tra le stesse parti da un giudice dello Stato richiesto, il giudice di quest’ultimo Stato è tenuto a negare il riconoscimento della decisione straniera”*.

### **3. Le innovazioni introdotte dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 in ambito di tutela cautelare**

Il nuovo Regolamento UE n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I bis, in vigore dal 10 gennaio 2015) ha parzialmente mutato il predetto scenario. La norma - ora art. 35 - è rimasta immutata nella sostanza. Tuttavia, l’introduzione di una serie di innovazioni e modifiche è intervenuta sulla disciplina della tutela cautelare.

---

<sup>18</sup> Corte giust. 06-06-2001, C-80/00, *Italian Leather s.p.a. c. Weco Polstermobel GmbH*, in *Racc.* 2002, I, 4995 (in *Int’l Lis* con nota di CONSOLO e MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari*, cit.).

<sup>19</sup> La controversia ruotava intorno alle modalità di utilizzazione di un marchio nell’ambito di un contratto di distribuzione esclusiva di mobili rivestiti in pelle. In particolare la *Italian Leather s.p.a.*, società italiana, lamentava contro la convenuta tedesca, la *WECO Polstermobel gmbH*, la violazione di un contratto di concessione in esclusiva della distribuzione commerciale dei propri prodotti (i mobili rivestiti in pelle, contrassegnati dal marchio “longlife”). A parere dell’attrice, la controparte tedesca, in violazione di una clausola contrattuale, aveva cominciato a commercializzare con quel marchio, senza autorizzazione, anche prodotti non forniti dalla ditta italiana. Così la *Italian Leather* chiedeva al giudice tedesco un provvedimento cautelare con cui si inibisse all’azienda tedesca l’illegittima attività di commercializzazione. Ma l’istanza veniva respinta, mancando i presupposti per concedere, ai sensi della legge tedesca, questa misura (cioè il pericolo di danno irreparabile o della perdita definitiva del diritto, ai sensi del §935 ZPO). Quasi simultaneamente, tuttavia, l’attrice aveva presentato al giudice di Bari (competente in virtù di una clausola di proroga ex art.16 Convenzione) la medesima istanza ex art.700 c.p.c. che, pronunciandosi *successivamente* rispetto al giudice tedesco, accoglieva l’istanza, in quanto a parere del tribunale (come è dato leggere al punto 21 della sentenza) “il periculum in mora (l’urgenza) è insito nella decadenza economica del soggetto istante e nella sua, possibile, conseguente ‘morte’ giuridica che resterebbe priva di qualsivoglia ristoro risarcitorio”. Così, si vietava alla *WECO* di utilizzare il termine “Longlife” per la distribuzione dei suoi prodotti per l’arredamento in pelle in taluni stati membri, e segnatamente in Germania. L’attrice chiedeva allora l’*exequatur* al giudice tedesco, che in sede di appello lo rigettava, per il motivo di diniego dell’art.27 n.3 Conv., vale a dire per la ritenuta sussistenza di un *contrasto con la decisione tedesca di rigetto dell’istanza cautelare*.

<sup>20</sup> Relazione *Jenard*, cit., 45.



A) La novità più evidente riguarda innanzitutto il tema della circolazione dei provvedimenti provvisori e cautelari. All'art. 2 si legge che per "decisione" deve intendersi "a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresi un decreto, un'ordinanza, una decisione o un mandato di esecuzione, nonché una decisione relativa alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere". Con la precisazione che, ai fini del capo III sul riconoscimento e l'esecuzione "la 'decisione' comprende anche i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del presente regolamento. Essa non comprende i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da tale autorità giurisdizionale senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione".

Analogamente, il considerando n. 33 prevede che "quando sono adottati provvedimenti provvisori, compresi i provvedimenti cautelari, da parte di un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito, dovrebbe esserne assicurata la libera circolazione a norma del presente regolamento. Tuttavia i provvedimenti provvisori, compresi i provvedimenti cautelari, disposti da un'autorità giurisdizionale senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, non dovrebbero essere riconosciuti ed eseguiti a norma del presente regolamento a meno che la decisione comprendente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione. Ciò non osta a che i provvedimenti siano riconosciuti ed eseguiti a norma della legislazione nazionale. Quando invece i provvedimenti provvisori, tra cui anche quelli cautelari, sono disposti da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che non è competente a conoscere nel merito, la loro efficacia a norma del presente regolamento dovrebbe limitarsi al territorio dello Stato membro interessato".

In altre parole, si stabilisce che soltanto i provvedimenti adottati dal giudice competente per il merito potranno circolare alla stregua di qualsiasi altra decisione; diversamente, quelli emessi ai sensi dell'art. 35 in ragione del rinvio operato dalla norma agli ordinamenti nazionali non potranno avere efficacia transfrontaliera, producendo i loro effetti soltanto all'interno dello Stato membro d'origine

B) Quanto all'esecuzione/attuazione in concreto dei provvedimenti capaci di circolare poiché emessi dal giudice competente per il merito, il regolamento n. 1215 prevede il riconoscimento automatico e il superamento della necessità di ottenere l'*exequatur* nello Stato di esecuzione (artt. 36 e 39). In pratica, ai fini dell'esecuzione in uno Stato membro, si dovrà presentare un attestato (modulo di cui all'allegato I del Regolamento) che contenga la descrizione del provvedimento e che certifichi che l'autorità giurisdizionale è competente a conoscere del merito e che la decisione è esecutiva nello Stato d'origine.

C) Sulla circolazione dei provvedimenti emessi *inaudita altera parte*, il summenzionato art. 2 prevede che ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione non potranno rientrare quelle misure cautelari emesse dal giudice competente per il merito senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, salvo che la decisione sia stata notificata o comunicata prima dell'esecuzione. Nel medesimo senso anche il considerando n. 33, il quale tuttavia specifica che il riconoscimento o l'esecuzione di tali provvedimenti potrebbe essere possibile ai sensi della normativa locale più favorevole eventualmente applicabile. Nella pratica, il richiedente dovrà fornire prova della comunicazione e della notificazione (art. 42 par. 2 lett. c ). Con la precisazione che, ai sensi dell'art. 40 "una decisione esecutiva implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari previsti dalla legge dello Stato membro richiesto".

Dal combinato disposto degli artt. 42 e 40, può allora desumersi che il ricorrente che ha ottenuto un provvedimento cautelare *inaudita altera parte* potrà richiedere, prima di notificare la decisione, la concessione di un provvedimento cautelare – ipoteticamente identico a quello del provvedimento a sua volta cautelare che già dispone – anche *inaudita altera parte* e, in questo caso, immediatamente esecutivo. Tutto ciò a condizione che ciò sia ammissibile dalla *lex fori* dello Stato richiesto e purché siano soddisfatti i presupposti richiesti dalla medesima legge.

D) Quanto alla nozione di provvedimenti provvisori e cautelari, già si è detto che la norma è rimasta invariata. Tuttavia, il considerando 25 specifica che *“la nozione di provvedimenti provvisori e cautelari dovrebbe includere, ad esempio, ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni o a conservare le prove di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Dovrebbero invece essere esclusi i provvedimenti che non hanno natura cautelare, come quelli che ordinano l’audizione di un teste. Dovrebbe essere fatta salva l’applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell’assunzione delle prove in materia civile o commerciale”*

#### 4. Riflessioni alla luce del nuovo Regolamento

Sulla base di quanto detto, possono svolgersi alcune considerazioni.

A) Quanto alla *competenza* ex art. 35, il giudice del luogo di esecuzione senza dubbio soddisfa le condizioni richieste dalla Corte (casi *Denilauler* e *VanUden/Mietz*), cioè un *effettivo nesso di collegamento*. Resta tuttavia aperta l’ipotesi che possano profilarsi criteri di collegamento idonei a soddisfare il requisito del “nesso effettivo” diversi da quello del luogo di esecuzione. Sul punto, il dibattito è ancora acceso<sup>21</sup>. Sembra comunque potersi abbracciare una soluzione intermedia, secondo la quale la ricerca del collegamento è condizionata dal contenuto del provvedimento<sup>22</sup>. Così, per le misure *in rem*, quali ad esempio i sequestri, il criterio di collegamento senza dubbio è soddisfatto dal *forum loci executionis*. Diversamente, per le misure *in personam* (si pensi, nel nostro ordinamento, alle inibitorie cautelari; oppure, nei sistemi di common law, alle *worldwide freezing injunctions*), si dovrebbe cercare il legame “territoriale” con la persona, “di modo che il giudice sia in grado di far eseguire il provvedimento sanzionando il destinatario della misura in caso di mancata ottemperanza”<sup>23</sup>. In questo senso, si rispetterebbero il principio di “territorialità” sancito dalla Corte, seppur con una interpretazione estensiva volta a garantire l’effettività della tutela.

B) Sulla *circolazione* dei provvedimenti, come detto, il legislatore europeo ha stabilito che quelli adottati ai sensi dell’art. 35 producono effetti solo nello stato membro d’origine. Si superano così alcune delle questioni che si erano poste in precedenza. Questa scelta, tuttavia, non è andata esente da critiche, poiché sembra in contrasto – quantomeno – col principio di libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo. Infatti, nell’ipotesi in cui il ricorrente non attivi il giudice competente per il merito, dovrà fare istanza in ogni stato membro in cui vuole eseguire il provvedimento. A ciò si aggiunga l’ulteriore problema dato dalle ipotesi di misure *in personam*, a fronte delle quali la limitazione territoriale dell’efficacia potrebbe tradursi in una perdita di tutela effettiva<sup>24</sup>.

C) Quanto alla *nozione*, abbiamo in precedenza rilevato che soltanto pochi chiarimenti sono stati forniti. Né in modo sistematico attraverso una definizione in positivo; né attraverso una norma regolamentare. Semplicemente, è stato inserito il considerando n. 25 il quale esemplifica alcuni provvedimenti che dovrebbero o meno rientrare all’interno della definizione. In particolare, quel considerando 25, nella parte in cui esclude dalla nozione i provvedimenti che non hanno natura cautelare, come l’audizione di un teste, pare aver recepito in pieno la sentenza *St. Paul Dairy*.

---

<sup>21</sup> Tale dibattito si è sviluppato intorno ai casi *Denilauler* e *Van Uden/Mietz*. Si vd. CONSOLO, *Van Uden e Mietz*, cit., par.II ss.; MERLIN, op. cit., 781 ss.; MARI, op.cit. 726 ss.; QUERZOLA, *La tutela cautelare e la Convenzione*, cit., 839 ss.; SILVESTRI, op. ult. cit., 137 ss.; SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione dei giudizi esteri*, Milano, 2012, 324 ss.. NORMAND, *Note*, in *Rev.crit.dr.int.pr.* 1999, 353 ss (spec.361); MARMISSE-WILDERSPIN, *Note*, in *Rev. crit.dr.int.pr.* 1999, 669 ss.; GAUDEMET TALLON, in *Rev.arb.* 1999, 152 ss..

<sup>22</sup> Così NISI, op. cit., 134; v. anche SALERNO, *Giurisprudenza*, cit., 289.

<sup>23</sup> NISI, op. loc. cit

<sup>24</sup> NISI, op. cit., 137.

Qualche precisazione è tuttavia necessaria. In primo luogo, a voler guardare al nostro ordinamento, merita notare che i principali provvedimenti di istruzione preventiva hanno natura cautelare perché ancorati all'urgenza e comunque ad un *periculum in mora*, in quanto mirano a conservare una prova che altrimenti andrebbe persa. In particolare, gli art. 692 e ss. c.p.c. disciplinano i tre tradizionali modelli di prova anticipata, vale dire la c.d. testimonianza a futura memoria, l'accertamento tecnico preventivo e l'ispezione preventiva di luoghi o cose. Tuttavia, si è notato che "negli ultimi trent'anni, gli istituti di istruzione anticipata sono stati oggetto di profonde innovazioni che hanno portato, in numerosi ordinamenti, al superamento della correlazione tra assunzione anticipata e rischio di perdita della prova"<sup>25</sup>. Così, da noi, la legge n. 80/2005, nata col chiaro intento di deflazionare il carico giudiziario, ha introdotto la c.d. *consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, con l'inserimento del nuovo art. 696-bis c.p.c.: questa consulenza tecnica "non solo può essere concessa a prescindere dalla ricorrenza del *periculum in mora*, ma è esplicitamente finalizzata a favorire la conciliazione tra le parti"<sup>26</sup> e si noti che "il ripensamento della funzione dell'istruzione preventiva si collega ad esigenze di carattere più generale, quali quelle della riduzione del contenzioso e dei tempi del processo, ispiratrici di gran parte delle recenti riforme processuali, e che il riconoscimento di una funzione anche conciliativa alle misure di assunzione anticipata della prova avvicina la disciplina italiana a quella di altri ordinamenti"<sup>27</sup>.

In effetti, anche nel resto d'Europa spesso i procedimenti di assunzione preventiva della prova sono sganciati dal *periculum* e non assumono carattere né funzione cautelare: si pensi al *référé probatorie* francese (art. 145 c.p.c.) che può essere concesso in presenza di un mero "*motif légitimè*" oppure al *Selbständiges Beweisverfahren* tedesco che è possibile anche in presenza di accordo con la parte o nel caso in cui sussista un "*rechtliches Interesse*" ad evitare l'instaurazione della causa<sup>28</sup>.

In questo scenario, può dunque ritenersi che l'audizione di un teste potrà considerarsi rientrante nella nozione di provvedimento provvisorio o cautelare soltanto *in assenza di una giustificazione diversa* (vale a dire una ragione che attribuisca natura cautelare all'eventuale provvedimento) da quella rappresentata dal ricorrente nel valutare la convenienza di un futuro giudizio di merito. Con la conseguenza che ove una giustificazione diversa venga allegata e dimostrata, come il rischio che la prova determinante vada persa, il giudice potrà applicare l'art. 35 e disporre l'istruzione preventiva<sup>29</sup>.

C-bis) Sempre in relazione alla *nozione*, il nuovo considerando 25 fa salva l'applicazione del Regolamento n. 1206/2001 sulla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale. Ciò lascia perplessi, in primo luogo perché, come è stato notato, "si sarebbe potuta fare salva l'applicazione di uno qualunque e/o di tutti i regolamenti europei, influenzando essi su ambiti di lite differenti"<sup>30</sup>. Inoltre, restano aperte le questioni che erano state poste dalla dottrina in ordine al rapporto tra l'art. 24 Conv./art.31 Reg. 44 (oggi art. 35 Reg. 1215) e il Regolamento 1206/2001<sup>31</sup>. Dato che i due regolamenti possono convivere, pare preferibile la soluzione secondo la quale la richiesta di istruzione anticipata possa essere rivolta al giudice dello Stato in cui si trova la prova in base all'art. 35 Reg. n. 1215/2012 qualora, in ipotesi di rischio di perdita della prova, tale istanza risponda alla definizione di misura "provvisoria o cautelare" così come elaborata dalla Corte di Giustizia e (in piccola parte) dal nuovo Regolamento.

Anche il richiamo a titolo esemplificativo delle ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni o a conservare le prove di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva n. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (considerando 25) convince poco. Sia perché la tecnica legislativa che opera tramite esemplificazioni è da sconsigliarsi in un sistema sovranazionale che mira all'uniformità; sia

---

<sup>25</sup> BESSO, op. cit., par.4.

<sup>26</sup> DI FAZZIO, op. cit., 789.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Si vd. a tal proposito, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BESSO, *La prova prima del processo*, Torino 2004.

<sup>29</sup> In questo senso BESSO, *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora*, cit., par.7; si v. anche LUPOI, op. cit., par. 5.

<sup>30</sup> QUERZOLA, *Il nuovo sistema*, cit., par. 3

<sup>31</sup> Si vd., *ex multis*, BESSO, op. cit.; DI FAZZIO, op. cit.

perché la specificazione non è chiara. Può presumersi che essa serva a specificare “che il regolamento 1215 è applicabile anche rispetto ai provvedimenti cautelari in ambito istruttorio, fatta comunque salva l’applicazione del regolamento n. 1206 del 2001”<sup>32</sup>.

D) Anche in relazione al *contenuto* e alla *natura* dei provvedimenti in esame sono presenti dubbi interpretativi.

In primo luogo, ci si chiede quale sia il *rapporto tra la misura cautelare e il giudizio di merito*, vale a dire in che termini debba atteggiarsi il rapporto di strumentalità. Nel caso *Reichert* si notò che il riferimento al giudizio di merito contenuto nella decisione poteva aprire un qualche versante di incertezza sul rapporto intercorrente tra il processo ordinario e le misure considerate. Ciononostante, la Corte richiamava una funzionalità tra provvisorio-cautelare e merito che “non pare[va] destinata a concretizzarsi sul piano processuale, in un vincolo di strumentalità”<sup>33</sup>.

Nel caso *Van Uden*, sempre in relazione alla strumentalità, la Corte sembra abbracciare le conclusioni di Léger, secondo il quale “l’esigere in tale situazione che sia già pendente la procedura nel merito non è di alcuna utilità. Basta a tal proposito che esista la possibilità di decidere la causa nel merito”<sup>34</sup>. Niente a che vedere dunque con quello stretto rapporto di strumentalità strutturale che in Italia, fino al 2005, legava tutte le misure cautelari col giudizio di merito, obbligando l’istante alla rapida instaurazione del secondo, pena la perdita di efficacia delle prime<sup>35</sup>.

Guardando globalmente la giurisprudenza della Corte, non sembra richiesta la presenza di un collegamento tra misura provvisoria e procedimento di merito pendente o da instaurare<sup>36</sup>. Il giudizio di merito sarà da considerarsi, insomma, soltanto eventuale<sup>37</sup>.

Quanto al problema del *contenuto* di tali provvedimenti, si tratta di capire se possa concedersi una misura anticipatoria della (eventuale) decisione di merito.

In effetti, a seguito del caso *Reichert*, si notò un chiaro riferimento, in forza del termine “conservare”, alle misure conservative, con la conseguente esclusione delle misure anticipatorie<sup>38</sup>. Eppure, in lingua originale, si dice che i provvedimenti in questione “ont pour objet de maintenir une situation de fait ou de droit dans l’attente d’une décision de justice sur le fond” (punto 34) ed allora quel “maintenir” che potrebbe corrispondere anche al “mantenere” piuttosto che al “conservare”, assume certamente una valenza più neutra, così allargando il concetto. Tali dubbi, furono poco dopo fugati nel caso *Van Uden*, dove la Corte aprì le porte ai provvedimenti anticipatori, in quel caso consistenti nel pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale. Seppur con i limiti e le precisazioni in precedenza evidenziate (par. 2). In particolare, per potersi considerare “provvisorio”, un tale provvedimento deve essere garantito nel caso in cui il ricorrente non vinca la causa nel merito.

Cosicché, il problema maggiore sembra costituito dal tema della *provvisorietà/reversibilità* delle misure in oggetto. Già nel caso *Denilauer* era possibile riscontrare una certa tendenza della Corte volta ad evitare l’irreversibilità degli effetti<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> LUPOI, op.cit., par. 5

<sup>33</sup> SILVESTRI, op.ult.cit., 156.

<sup>34</sup> Conclusioni di LÉGER, caso *Van Uden*, cit., punto 128.

<sup>35</sup> Diversamente per CONSOLO, *Van Uden e Mietz*, cit., par.VII, che scrive quando ancora nel nostro ordinamento non era prevista la disciplina della c.d. strumentalità allentata “si tratta piuttosto di un’inautonomia strutturale-economica, che si sostanzia nella necessità di instaurare il successivo giudizio di merito (...) per la necessità di pervenire ad una corretta determinazione anche quantitativa degli interessi in gioco, determinazione condotta in via del tutto approssimativa e parziale nel corso del procedimento cautelare”.

<sup>36</sup> LUPOI, op.cit., par. 1

<sup>37</sup> QUERZOLA, *Il nuovo sistema*, cit., 1487; NISI, op.cit. 139.

<sup>38</sup> In tal senso si vd. per esempio QUERZOLA, *Tutela cautelare e Convenzione*, cit., 826.

<sup>39</sup> Al punto 16 si affermò che il giudice del luogo è il più qualificato a valutare quelle circostanze che “possono condurre (...) alla prescrizione delle modalità e delle condizioni che l’istante dovrà rispettare per garantire il carattere provvisorio e cautelari dei provvedimenti autorizzati; si v. anche il punto 15 in cui la Corte faceva riferimento alla possibilità di adottare le cautele opportune “secondo i casi e in particolare secondo gli usi commerciali”.

Questa attenzione alla *reversibilità degli effetti* è al centro dei casi *Van Uden* e *Mietz*, dove si stabilì il principio di “garanzia al rimborso”, imponendo una sorta di cauzione obbligatoria. Così, si è cominciato a discutere sul ruolo della *contro-cautela* nei provvedimenti provvisori o cautelari europei<sup>40</sup>.

Tuttavia, sulla “garanzia al rimborso” stabilita nei casi *Van Uden* e *Mietz*, può affermarsi che i giudici europei “hanno voluto indicare che un ordine provvisorio di pagamento deve potere essere revocato se, all’esito del procedimento di merito, si accerti l’infondatezza della pretesa del creditore, con il conseguente diritto al rimborso in capo al soggetto che abbia pagato somme di denaro in forza di tale provvedimento”<sup>41</sup>. Le parole della Corte non possono invece essere interpretate come un obbligo al versamento della cauzione, poiché “un intervento di questo tipo, in effetti, andrebbe ben oltre i limiti del potere interpretativo della Corte di giustizia, con un’integrazione degli ordinamenti processuali interni non prevista né imposta dalla normativa comune e con notevoli dubbi anche di rango costituzionale (ad esempio, sul piano dell’eguaglianza sostanziale di cui al nostro art. 3 Cost.)”<sup>42</sup>. Fermo restando che, in base alle regole del nuovo Regolamento, in sede di attuazione si potrà, eventualmente, imporre una cauzione (cfr. art. 44).

Ma il problema maggiore sembra essere quello della *reversibilità*. La Corte ha infatti enunciato il principio della garanzia al rimborso solo con riferimento ad un provvedimento che imponeva il pagamento a titolo provvisorio di una somma dovuta contrattualmente. Non pare aver generalizzato il principio della reversibilità degli effetti in relazione alla tutela cautelare europea. Resta allora da capire se il principio della “reversibilità” debba intendersi in maniera generalizzata. Nel raccordo col nostro ordinamento, tali rilievi non sono di poco conto, posto che, in ambito interno, frequentemente si concedono misure cautelari anticipatorie ad effetti irreversibili (si vd., *ex multis*, Cass. n. 4082/2005), “la cui attuazione soddisfa l’interesse della parte richiedente e rispetto alle quali il destinatario dell’ordine del giudice può eventualmente ottenere solo una tutela di carattere risarcitorio”<sup>43</sup>.

E) Quanto ai provvedimenti emessi *inaudita altera parte*, già abbiamo rilevato che la giurisprudenza *Denilauler* stabiliva che tali misure possono circolare solo se sono state oggetto, o avrebbero potuto essere oggetto, nello stato d’origine, di una fase in contraddittorio. Abbiamo anche rilevato che il nuovo Regolamento n. 1215/2012 codifica tale giurisprudenza, compiendo un passo ulteriore. In forza dei nuovi artt. 2 e 42, sarà sempre necessaria la notifica o comunicazione al convenuto prima dell’esecuzione. In questo senso, è stato notato che la nuova disciplina, da un lato, riduce il livello di protezione del convenuto, non essendo più richiesta la preventiva fase del contraddittorio (almeno potenziale); dall’altro, l’obbligatorietà della notifica-comunicazione esclude l’effetto sorpresa per il ricorrente<sup>44</sup>.

Merita ricordare che, a norma del considerando 33, tali provvedimenti emessi *inaudita altera parte* possono essere riconosciuti ed eseguiti a norma della legislazione nazionale. A tal proposito, sembra preferibile la tesi secondo la quale tale possibilità non può essere oggetto di applicazione generalizzata, ma si riferisce solo ai provvedimenti emessi *inaudita altera parte*. Diversamente, sarebbe facile eludere le norme sulla giurisdizione<sup>45</sup>, incoraggiando pratiche di “procedure

---

<sup>40</sup> In particolare l’imposizione di cauzione svolge la funzione di “meccanismo compulsorio dell’inizio della causa di merito presso i fori ordinari della convenzione” tutte le volte in cui, in difetto della pronuncia di merito i rapporti rimarrebbero “in una sorta di sospensione e di incompiutezza quale risultato delle due forze contrapposte costituite dalla cautela e dalla contro cautela” (mi riferisco in particolare a SILVESTRI, op.ult.cit., 159 ss; ma si vd. anche CONSOLO, *Van Uden e Mietz*, cit., par.VII e MARI, op.cit., 715 ss.) Inoltre si è detto che una contro-cautela obbligatoria, porterebbe al rischio che “le parti, rispettivamente cautelata e contro cautelata, tornino a trovarsi, per effetto di tali contrapposte forze, in una situazione analoga a quella iniziale, con ciò vanificando l’effetto della misura cautelare che sarebbe dovuta intervenire per colmare il disequilibrio tra le stesse esistente”( SILVESTRI, op.ult.cit., 162.). Senza contare poi il fatto che ci sono casi in cui l’istante non è in grado di prestare la cauzione (magari poi proprio a causa di quella situazione d’urgenza che il provvedimento cautelare dovrebbe fronteggiare).

<sup>41</sup> LUPOI, op.ult. cit., par. 1

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> NISI, op.cit., 138.

<sup>45</sup> NISI, op.cit., 136; LOPES PEGNA, *Il regime di circolazione*, cit., 1208

shopping”<sup>46</sup>. Come è stato correttamente notato, peraltro, nel nostro ordinamento questa sorta di clausola di salvezza non trova applicazione “considerato che, in forza della normativa interna sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni ( art. 64 ss. l. n.218 del1995), di norma, solo i provvedimenti passati in giudicato possono trovare ingresso nel nostro Paese”<sup>47</sup>.

A ciò si aggiunga anche quanto detto in ordine all’art. 40, vale a dire la possibilità di ottenere, nei casi in questione, nell’attesa della notificazione, un provvedimento a sua volta cautelare e a sua volta *emesso inaudita altera parte* a tutela della misura cautelare originaria.

Facendo dunque leva sul considerando 33 e/o sull’art. 40, “il creditore potrebbe ugualmente ottenere nello Stato membro richiesto un provvedimento analogo previsto dal diritto interno, senza che ricorrano i limiti fissati dagli artt. 2 e 42 del regolamento”<sup>48</sup>.

F) Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis tace sul tema dei *provvedimenti ante causam e sulla competenza a conoscere nel merito*. Innanzitutto, si può ricordare che non è necessaria la previa pendenza del procedimento di merito, né l’instaurazione di esso entro un dato periodo di tempo (cfr. sub D). In altre parole, potranno aversi provvedimenti cautelari *ante causam* e il procedimento di merito sarà solo eventuale, secondo un meccanismo che, nel nostro ordinamento, chiamiamo di *strumentalità allentata*.

Come è stato notato, il problema principale è dato dal fatto che, nei casi di richieste *ante causam*, non si attivano ancora le norme europee su litispendenza e connessione, cosicché sarebbe astrattamente possibile riscontrare ulteriori istanze cautelari (o addirittura la domanda di merito) in Stati membri diversi da quello adito con la prima azione cautelare<sup>49</sup>. Similmente, potrebbe aversi il caso di un provvedimento emesso *ante causam* da un giudice potenzialmente competente per il merito ma, successivamente, un giudice di altro Stato membro potrebbe essere effettivamente adito per il merito della controversia ed essere – appunto – competente per il merito.

Nonostante queste problematiche, non risulta coerente con una lettura sistematica del Regolamento la tesi secondo la quale si dovrebbe presumere che i provvedimenti cautelari, se emessi prima della causa di merito, sarebbero da ritenersi pronunciati sempre *ex art. 35* con impossibilità di circolazione<sup>50</sup>. Invero, la normativa europea, consentendo la tutela *ante causam* e la possibilità di provvedimenti cautelari a strumentalità allentata, porta a ritenere che “sarebbe irragionevole pensare che la parte che voglia ottenere una misura cautelare con effetti extraterritoriali sia costretta a dare corso ad un procedimento di merito che, in base alla normativa applicabile, potrebbe restare meramente eventuale”<sup>51</sup>. Così, anche più giudici potranno essere aditi *ante causam* e ritenersi competenti e i provvedimenti emessi potranno circolare. Il concorso tra provvedimenti a effetti extraterritoriali potrà eventualmente dar luogo ad un contrasto di decisioni (a tal proposito si veda il successivo punto G). In questo senso, un giudice potenzialmente competente per il merito potrebbe pronunciare una misura cautelare ad effetti territoriali anche se, dopo l’instaurazione del procedimento *ante causam*, venga instaurato il giudizio di merito presso un giudice, altrettanto competente, di un diverso Stato membro.

Una soluzione più drastica potrebbe essere la previsione di una sorta di effetto “prenotativo” sulla causa di merito<sup>52</sup>. Tuttavia, ciò forse incoraggerebbe pratiche di *forum running*.

G) Sull’*efficacia* di tali provvedimenti, già abbiamo rilevato che il grande precedente è il caso *Italian Leather*. Peraltro, tale sentenza va oggi letta alla luce del nuovo regime di circolazione dei

---

<sup>46</sup> LUPOI, op.cit., par. 7

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> NISI, op.cit., 139.

<sup>49</sup> LUPOI, op.cit., par. 6

<sup>50</sup> Sulle due diverse posizioni, anche per richiami bibliografici, si vd., da un lato, LUPOI, op. cit., par. 6; dall’altro, NISI, op. cit., 134 ss.

<sup>51</sup> LUPOI, loc.op.ult.cit.

<sup>52</sup> Con riferimento a questi ultimi interrogativi si vd. SILVESTRI, op.ult cit., 168.

provvedimenti cautelari e dei problemi anzidetti in relazione alle misure *ante causam* e ai loro eventuali effetti extraterritoriali.

In sintesi, la questione è data dal concorso di provvedimenti provvisori o cautelari e dal contrasto dei relativi effetti. Nel caso *Italian Leather* si riconobbe una sorta di effetto preclusivo della misura cautelare in contrasto con altro provvedimento successivamente pronunciato.

La pronuncia non è stata esente da critiche. Si è detto in primo luogo, criticando la sentenza già in punto di motivazione prima ancora che negli esiti, che la differenziazione tra le discipline nazionali in tema di tutela provvisoria creerebbe una diversità di pretese processuali<sup>53</sup>. Cioè, i presupposti per concedere una misura cautelare possono divergere a seconda dello Stato (per esempio in punto di *periculum* o di cognizione del giudice), così si avrebbe la conseguenza che la cognizione del giudice “a fronte di identità della pretesa sostanziale fatta valere nel giudizio di merito, assume ad oggetto differenziate pretese processuali, sì che il contrasto sfuma”<sup>54</sup>. Ma anche a volere pensare che le condizioni previste dalle leggi processuali di uno Stato in tema di concessione di provvedimenti cautelari siano coincidenti con quelle di un altro (come poteva sembrare nel caso di specie, visto che comunque si richiede “l’irreparabilità” del danno, anche se in realtà non è così, perché in Germania tendenzialmente non si concedono misure cautelari anticipatorie come un’inibitoria) l’unica coordinata alla base del ragionamento della Corte è stato quel precedente *Hoffman*<sup>55</sup> in cui si disse che si ha contrasto laddove “le decisioni controverse producano effetti giuridici che si escludono reciprocamente”.

Così, partendo dal caso di specie in cui si ha un provvedimento di accoglimento ed uno di rigetto (perché la situazione potrebbe essere anche più complicata: si pensi a due inibitorie cautelari con contenuti contrastanti) si tratta di capire a cosa si riferisca quella coordinata e se vale con riferimento ai provvedimenti cautelari<sup>56</sup>. Si è in primo luogo preso in considerazione un’interpretazione più restrittiva, considerando il c.d. *conflitto diretto*, cioè l’ipotesi di collisione diretta tra gli effetti di accertamento di due decisioni e si è notato che in realtà in questo caso si parla di pronunce “atte all’efficacia di cosa giudicata” e dunque si escluderebbero i provvedimenti in questione. Al massimo si potrebbe avere una collisione tra effetti *esecutivi* (si pensi al caso di due provvedimenti cautelari con contenuto contrastante) od anche tra effetti *preclusivi*. In questo senso si pensi al nostro art. 669 septies c.p.c., in cui si prevede una preclusione da dedotto - e non da deducibile - per cui si potrà riproporre l’istanza cautelare solo in presenza di “nuove ragioni di fatto o di diritto”. A tal proposito si è notato che “ciò basti a radicare un’ipotesi di conflitto (...) è comunque da escludere [perché] l’effetto preclusivo delle decisioni cautelari di rigetto è effetto che proprio perché meramente negativo, può operare solo ai fini della decisione sulla ricevibilità-decidibilità di una ulteriore istanza cautelare (...) ma non si lascia concepire come effetto di accertamento (dell’insussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* o del *periculum in mora*) che possa entrare in collisione con quelli di un contrapposto provvedimento positivo”<sup>57</sup>. Niente inoltre si risolverebbe abbracciando un’interpretazione più estensiva, considerando il *conflitto indiretto* tra decisioni (si pensi ad una domanda di nullità del contratto e dall’altro lato una domanda di esecuzione dello stesso). In tali ipotesi infatti “non è in gioco la coesistenza degli effetti dichiarativi delle due decisioni, (...) quanto l’offensività (o almeno la distonia) dell’una rispetto al bene della vita assicurato dall’altra”<sup>58</sup>. La decisione di rigetto di una istanza cautelare “non assicura infatti alcun bene della vita sostanziale (bensì al più assicura il beneficio processuale di non vedersi esposti alla riproposizione della medesima istanza sulla base di invariate deduzioni), né la sua contraddizione ad opera di una

---

<sup>53</sup> CONSOLO e MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int’l Lix*, 2002, 3-4, 110 ss, spec. par.4.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Corte giust. 04-02-1988, 145/86, *Hoffman c. Krieg*, in *Racc.*, 645, punto 22.

<sup>56</sup> Per le ricostruzioni seguenti, mi riferisco in modo particolare a CONSOLO e MERLIN, op. cit., parr. 5 e 6, cui rinvio in generale.

<sup>57</sup> Ivi, par.5.

<sup>58</sup> Ivi., par.6.

successiva decisione di accoglimento della medesima istanza può porsi come fattore di disarticolazione della relazione sostanziale tra le parti<sup>59</sup>.

Certo è che la sentenza, a voler usare le parole di Consolo e della Merlin, ha *segnato una forzatura*, ma il caso in questione dovrebbe portare a riflettere sui problemi che l'interprete potrebbe essere chiamato a risolvere. E' stato detto che, al fine di evitare comportamenti abusivi, da un lato si potrebbe applicare una regola analoga alla litispendenza anche con riferimento ai provvedimenti cautelari, dall'altro si potrebbe subordinare "la riproponibilità della domanda del cautelare o del provvisorio alla presenza di elementi di novità che la Corte stessa dovrebbe enucleare nell'ottica di un'interpretazione autonoma ed armonizzatrice delle norme interne degli Stati"<sup>60</sup>.

Eppure, se letta da un'altra prospettiva, la pronuncia in questione è ricca di spunti interessanti. In particolare, la Corte tende a raggiungere il fine di "evitare eventuali abusi, costituiti dalla proposizione di più istanze cautelari dinanzi a tutti i giudici potenzialmente competenti"<sup>61</sup>, visto che – come detto - i provvedimenti cautelari sono sottratti all'applicazione delle regole sulla litispendenza (ed anche connessione)<sup>62</sup>. Se così è, la pronuncia *Italian Leather* sembra una solida base per risolvere i problemi evidenziati sub E), in relazione all'ipotesi di più provvedimenti *ante causam* ad effetti extraterritoriali e in contrasto tra loro, emessi da giudici potenzialmente competenti per il merito. E' altresì in grado di risolvere, in forza del nuovo regime di circolazione delle misure cautelari dettato dal Regolamento 1215/2012, l'ipotesi del contrasto tra provvedimento cautelare *ante causam* di cui si chiede l'esecuzione in un certo Stato membro (diverso da quello d'origine) pronunciato da un giudice potenzialmente competente per il merito e il provvedimento - sempre *ante causam* - ex art. 35 da eseguirsi nel medesimo Stato membro.

## 5. Quadro di sintesi

Sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia e dal nuovo Regolamento Bruxelles I-bis, si può comunque tentare di ricapitolare i punti fermi in tema di provvedimenti provvisori e cautelari.

1. In primo luogo, è ormai pacifico che il giudice competente a conoscere nel merito della causa è altresì competente all'emissione di provvedimenti provvisori o cautelari. In tal caso non entra neanche in gioco l'art. 35, in quanto si applicano le regole generali in materia di competenza previste dal medesimo Regolamento n. 1215/2012. Questi provvedimenti, rientrando nella nozione di "decisione" ai sensi dell'art. 2, ben potranno circolare ed essere eseguiti negli altri Stati membri, nel rispetto delle regole in ordine all'esecuzione e al riconoscimento (in particolare artt. 42 e 53). Se emessi *inaudita altera parte*, sarà necessaria la previa comunicazione o notificazione, salvo il fatto che, in questi ultimi casi, il riconoscimento-esecuzione dei provvedimenti potrebbe essere possibile ai sensi della normativa locale più favorevole eventualmente applicabile (considerando n. 33); in ogni caso una decisione esecutiva implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari previsti dalla legge dello Stato membro richiesto (art. 40).

2. In secondo luogo vi è l'art. 35 che prevede un criterio *aggiuntivo*, derogatorio rispetto agli stessi fissati dal regolamento, in materia di provvedimenti provvisori o cautelari. Questi provvedimenti – emessi da un giudice non competente per il merito - non potranno circolare e avranno efficacia solo nello Stato d'origine.

3. Quanto in generale al presupposto di applicabilità del regolamento, cioè l'inerenza alla materia civile e commerciale, esso andrà valutato in piena *autonomia*, nel senso che "decisiva non è (...) l'appartenenza alla materia civile e commerciale della causa di merito in vista della quale viene emessa la misura provvisoria, bensì l'appartenenza a tale ambito della pretesa, specificatamente ed isolatamente considerata, che è oggetto del provvedimento provvisorio"<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> SILVESTRI, op.ult.cit., 168.

<sup>61</sup> SILVESTRI, loc.op.ult.cit..

<sup>62</sup> In questo senso si vd. altresì BIAGIONI, op.cit., 720; SALERNO, *La convenzione di Bruxelles e la sua applicazione*, cit. 115.

<sup>63</sup> MERLIN, op. ult. cit., 761, che richiama i casi *Van Uden*, cit. e *De Cavel II*, Corte giust. 06-03-1988, 120/79, in *Racc.*, 1980, 731. Ciò valeva per il Reg. CE 44/2001 e vale senza dubbio anche per il nuovo Reg. Bruxelles I bis



4. La norma, nell'individuare questi fori facoltativi ed anche i tipi di misure che possono essere concessi, rinvia alle regole previste dalle leggi nazionali, ma dovrà esserci un *collegamento effettivo* con la controversia. In tal senso il giudice *più qualificato* è certamente quello del *luogo di esecuzione* del provvedimento (v. casi *Denilaueler* e *Van Uden/Mietz*).

5. Sicuramente potranno considerarsi "provvedimenti provvisori o cautelari" quelli che mirano al *mantenimento* di una situazione di fatto o di diritto per preservare il diritto che dovrà essere accertato dal giudice di merito (caso *Reichert*).

6. Un'azione come quella *pauliana*, non essendo tesa al mantenimento di una situazione di fatto o di diritto in attesa della pronuncia di merito, non rientra nel concetto di "provvedimento provvisorio o cautelare" dell'art. 35 Reg. (caso *Reichert*);

7. Né rientra in tale nozione l'audizione preventiva di un teste al solo scopo di permettere all'attore di valutare l'opportunità dell'azione, né in generale i provvedimenti che non hanno natura cautelare (considerando 25 e caso *St. Paul Dairy*);

8. Un provvedimento che sia capace di anticipare anche totalmente una sentenza di condanna al pagamento di una controprestazione contrattuale, rientra nella nozione dell'art. 35 se 1) il rimborso al convenuto della somma versata è garantito nell'ipotesi in cui il ricorrente non vinca la causa nel merito e 2) il provvedimento richiesto riguarda solo determinati beni che si situano, o che si devono situare, nella sfera di competenza territoriale del giudice adito (casi *Van Uden* e *Mietz*);

9. Una decisione straniera pronunciata al termine di un procedimento sommario, con cui un giudice emana un provvedimento che imponga al debitore di astenersi dal compiere determinati atti è in *contrasto* con una decisione pronunciata al termine di un procedimento sommario tra le stesse parti da un giudice dello Stato richiesto che neghi tale provvedimento e pertanto il giudice dello Stato richiesto è tenuto a negare il riconoscimento della decisione straniera (caso *Italian Leather*). Ovviamente, questo ultimo punto va oggi letto in relazione al nuovo regime di circolazione dei provvedimenti provvisori e cautelari, di cui già si è detto.

## 6. Rilievi conclusivi

Il nuovo Regolamento, in relazione ai provvedimenti provvisori e cautelari, lascia perplessi. Non sembra infatti aver risolto i dubbi che da tempo occupano dottrina e giurisprudenza. In particolare, la novità relativa al regime di circolazione, secondo la quale soltanto i provvedimenti emessi dal giudice competente per il merito possono circolare, sembra collidere con alcuni principi di fondo. In questo senso, si sarebbe sacrificato la libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo. Ma si pensi anche ai provvedimenti emessi *inaudita altera parte* per i quali si è previsto un regime che priva il ricorrente del c.d. effetto sorpresa. Né l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia aiuta a ricomporre questo quadro piuttosto frammentato. A tal proposito, è stato detto che nelle sentenze della Corte "il creditore è forse guardato quasi con sfavore; il debitore, che la pratica insegna spesso in mala fede, potrebbe apparire a volte ingiustificatamente protetto da un'eccessiva tutela del diritto di difesa e dalle eventuali conseguenze negative di un provvedimento eseguito che si riveli a posteriori privo di effettive basi giuridiche, arrivando così a fare quello che argutamente è stato definito un diritto della beneficenza"<sup>64</sup>.

In realtà, l'obiettivo è quello di distribuire la giurisdizione tra i diversi Stati membri in base a criteri uniformi, che non creino la moltiplicazione dei fori e quindi l'incertezza del diritto. Inoltre, sembra che il legislatore europeo abbia tenuto in considerazione la "pericolosità" di una tutela cautelare usata in modo abusivo. Infatti, se si considera che possono chiedersi provvedimenti anche totalmente anticipatori della decisione di merito e che non è richiesta la necessaria instaurazione di un giudizio di merito, allora sembra essere stato ritenuto opportuno concedere l'efficacia transfrontaliera soltanto a quei provvedimenti emessi da un giudice che sarebbe competente per il merito. Così, mi sembrano trovare conferma le parole di coloro che, con riferimento alla tutela cautelare italiana, da tempo sottolineano la "pericolosità intrinseca della tutela cautelare"<sup>65</sup> e

---

<sup>64</sup> QUERZOLA, op. ult. cit., 843.

<sup>65</sup> Si vd. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2010, 607 ss..

propongono una particolare attenzione a “graduare la valutazione del *fumus boni iuris*”<sup>66</sup> e a concedere provvedimenti cautelari, nei limiti del possibile, ad effetti reversibili<sup>67</sup>.

La nuova disciplina del Regolamento Bruxelles I-bis, insomma, nell’ottica di evitare pratiche abusive di *forum/remedy shopping*, ha dato vita ad un sistema cautelare restrittivo e, al contempo, garantista. L’effetto è quello di uno spostamento del baricentro verso il convenuto-debitore, il quale risulta favorito, almeno da un punto di vista processuale.

Merita allora svolgere un’ultima considerazione. La tutela cautelare si fonda sul principio dell’effettività della tutela, nel senso che “il processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione”. Eppure, allo stato attuale, pare emergere un ulteriore principio secondo il quale “il processo non deve andare a danno del convenuto, abbia esso torto o ragione”. L’importante è che, in questo scenario, resti pur sempre garantita l’effettività della tutela giurisdizionale. Staremo a vedere.

Firenze, 25 Maggio 2016

Marco Laddomada

---

<sup>66</sup> Si vd. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol.I, *Le tutele*, Torino, 2010, 272; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol.IV: *I processi speciali*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, 275.

<sup>67</sup> Si vd. ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza ex art.700 c.p.c.*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1985, 141 ss..