

“L'evoluzione della tecnica anticipatoria e della tutela preventiva in Brasile”*

Luiz Guilherme Marinoni
Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile dell'Università Federale del
Paraná - Brasile

SOMMARIO: 1. La tutela cautelare nel processo civile del diritto liberale. - 2. La distorsione dell'uso dell'azione cautelare innominata. - 3. La introduzione della tecnica anticipatoria nell c.p.c brasiliano. - 4. La tutela anticipata basata sull' “abuso di diritto di difesa”. - 5. La “tutela specifica” del diritto sostanziale. - 6. La tutela civile contro l'atto contrario al diritto. Sua indispensabilità per l'attuazione delle norme di protezione dei diritti fondamentali. - 7. Il progetto del nuovo c.p.c. brasiliano: la tentativa di inserire delle regole che evidenzino che l'azione inibitoria esigono solo la dimostrazione dell'atto contrario al diritto. - 8. *Segue*: la necessità di distinguere tutela anticipatoria e tutela cautelare. - 9. *Segue*: la necessità di delineare le situazioni che aprono l'opportunità alla distribuzione dell'onere del tempo del processo. - 10. Conclusione

1.- L'idea di fondo secondo la quale l'attività giurisdizionale deve concernere essenzialmente i diritti patrimoniali, suscettibili di essere liquidati in denaro - unita alla necessità di garantire libertà fondamentali a fronte dell'esercizio del potere giudiziale – ha storicamente configurato un processo civile nel quale al giudice spetterebbero solamente la tutela riparatoria di danni, ovvero la pronuncia di provvedimenti di natura costitutiva o dichiarativa.

In questo quadro, il giudice non avrebbe il potere di forzare il convenuto a rispettare un diritto altrui. Ciò, per un verso, in quanto non necessario ove la tutela possa essere garantita mediante un risarcimento di tipo economico¹. Per altro verso, ciò anche in ragione del necessario rispetto di principi liberali di

* Testo base per le conferenze presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, Genova, Firenze e Brescia nel maggio 2013. Ringrazio ai professori Michele Taruffo, Angelo Dondi, Remo Caponi, Giuseppe Finocchiaro e Luca Passanante per l'invito.

¹Salvatore Mazzamuto. L'attuazione degli obblighi di fare. Napoli: Jovene, 1978, p. 37 e ss.

autonomia della volontà e di tutela delle libertà². Non a caso, il modello del processo civile liberale si sostanzia essenzialmente nella tutela dichiarativa, concernente l'accertamento di rapporti giuridici fra privati, quale espressione appunto dell'autonomia privata³.

In altri termini, se il bene giuridico da tutelare è una "cosa" economicamente valutabile - e i poteri del giudice sono limitati dall'autonomia privata - il processo non ha bisogno, né può fornire, tutela preventiva ai diritti. Pertanto, in questo quadro, il processo - inteso come essenzialmente processo di cognizione, finalizzato all'accertamento del diritto e alla conseguente esecuzione forzata - è inidoneo a fornire adeguata tutela a diritti non patrimoniali o a "nuovi diritti".

Pur non estranea a questa dimensione del processo civile, la tutela cautelare è stata concepita essenzialmente come strumento per evitare che la violazione del diritto, che sarà accertata dalla sentenza resa appunto alla fine del processo di cognizione, possa condurre a conseguenze pregiudizievoli non

²Adolfo Di Majo. La tutela civile dei diritti. Milano: Giuffrè, 1993, p. 156.

³La relazione tra sentenza dichiarativa e tutela preventiva, che è stata posta in luce della dottrina chiovendiana, è decorsa, in primo luogo, da una esigenza di costruzione sistematica. Non importava, di fatto, se la sentenza dichiarativa esercitava una funzione realmente preventiva, ma che la sentenza dichiarativa, nell'essere pensata in contrapposizione alla sentenza di condanna, dimostrava il principio di autonomia dell'azione, il quale si legava alla forma nitidamente pubblicista che Chiovenda ha impresso alla giurisdizione. Non è possibile dimenticare che la scuola sistematica si è formata sotto l'influenza di un modello di Stato di Diritto di matrice liberale, il che significa che la dottrina chiovendiana in un certo senso era ancora sotto l'influenza dell'orientamento che ha ispirato i giuristi del XIX secolo. Questo modello istituzionale di Stato, caratterizzato da una accentuazione dei valori di libertà individuale in relazione ai poteri di intervento statale, si riflette sulla concezione della sentenza dichiarativa, in quanto sentenza che regola solo formalmente una relazione giuridica già determinata nel suo contenuto dall'autonomia privata (V. Vittorio Denti, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale. L'informazione e i diritti della persona*. Napoli: Jovene, 1983, p. 267; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Milano: Giuffrè, 1987, p. 67). Non sembra sbagliato affermare, così, che la contrapposizione sentenza dichiarativa-tutela inibitoria esprime diverse necessità e valori, essendo la prima caratterizzata dal desiderio di non permettere l'intervento dello Stato nelle relazioni dei privati e la seconda per un'esigenza praticamente opposta, ossia, per una reale necessità di impedire la violazione di diritti considerati fondamentali all'interno di un contesto di Stato che, lasciando da parte la necessità di preservare solamente la libertà del cittadino, passa a scommettere non solo sulla consacrazione formale, ma soprattutto sulla tutela effettiva e concreta di diritti imprescindibili per un'organizzazione sociale più giusta ed equanime. Conf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 242.

riparabili⁴. Del resto, in questo quadro, sarebbe stato del tutto contraddittorio ammettere forme di tutela che, idealmente strumentali, potessero avere una “portata” più ampia rispetto alla tutela tradizionalmente riconosciuta come propria del processo.

In Brasile, l'attuale c.p.c. (del 1973) possiede, accanto ai libri che trattano dei processi di cognizione e di esecuzione, un libro per regolare il processo cautelare⁵. Il Libro III del Codice brasiliano, dedicato interamente al processo cautelare, contiene i procedimenti cautelari speciali e la previsione dell'azione cautelare innominata⁶. L'art. 806⁷ del Codice afferma espressamente la relazione di strumentalità dell'azione cautelare con un'azione detta principale, mettendo in chiaro che l'azione cautelare non può essere vista come un'azione autonoma, ma piuttosto come uno strumento dei processi di cognizione e di esecuzione.

2.- Tuttavia, a fronte dell'evoluzione dei rapporti economici e sociali e alla nascita di nuovi diritti, la prassi giudiziaria si è trovata a dover ammettere forme di “distorsione” della tradizionale tutela cautelare, per permettere l'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti. È inoltre anche intervenuta, a questo riguardo, l'elaborazione dottrinale del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale adeguata⁸. E ciò oltre a vaste pressioni sociali nel senso di una tutela

⁴V., in tal senso, Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 144.

⁵Il Codice brasiliano è formato da libri destinati ai processi di cognizione, di esecuzione e cautelare, oltre ad un libro destinato ai procedimenti speciali.

⁶CPC, Art. 798. “Oltre ai procedimenti cautelari specifici, che questo Codice regola nel Il Capitolo di questo Libro, potrà il giudice definire le misure provvisorie che giudica adeguate, quando si avrà fondato timore che una parte, prima del giudizio della lite, causi al diritto dell'altra una lesione grave e di difficile risoluzione” (in originale: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”).

⁷CPC, Art. 806. “Spetta alla parte proporre l'azione, nel termine di 30 (trenta) giorni, a decorrere dalla data di efficacia della misura cautelare, quando questa verrà concessa in un procedimento preparatorio” (in originale: “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”).

⁸Andrea Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. Riv. dir. proc., 1979, p. 575 e ss.; Andrea Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*. Foro It., 1983, p. 128 e ss.; Michele Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*. Riv. crit. dir. priv., 1986, p. 635 e ss.; Luigi Paolo Comoglio, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca. Bologna-Roma, Zanichelli-Foro

giurisdizionale effettiva e tempestiva. Il tutto ha complessivamente consentito all'avvocatura di richiedere, mediante azione cautelare, provvedimenti di tutela che, in linea di principio, avrebbero potuto essere ottenuti solo tramite il completo svolgimento di un processo ordinario di cognizione⁹.

Ciò è accaduto fondamentalmente per due ragioni. Anzitutto, a causa delle lungaggini tipiche del processo di cognizione e, inoltre, per via della mancata possibilità di ottenere idonee forme di tutela preventiva per tramite di questo processo. A fronte di questo stato di cose, l'azione cautelare è passata a funzionare come tecnica di sommarizzazione del processo di cognizione e per sopperire alla sua inattitudine nell'ottenere la tutela preventiva dei diritti. E questa trasformazione gli ha per così dire fatto perdere il suo intimo carattere strumentale.

A fronte della necessità di impedire lesioni ai diritti della personalità, l'azione cautelare innominata è stata utilizzata come una sorta di antecedente dell'azione dichiarativa. Di qui l'esigenza di strumenti che, nell'ambito del processo di cognizione, consentissero l'ottenimento di una tutela inibitoria in forma anticipata¹⁰. Si è in tal modo manifestata la necessità di una azione

italiano, 1981, p. 1 e ss.; Ferruccio Tommaseo, Appunti di diritto processuale civile. Torino: Giappichelli, 1995, p. 169 e ss.

⁹Luiz Guilherme Marinoni, Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, *passim*; Luiz Guilherme Marinoni, Antecipação da Tutela. 12^a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

¹⁰Loriana Zanuttigh, scrivendo sull'uso della tutela cautelare atipica nella protezione dei diritti della persona, afferma che *grazie* alla progressiva alterazione della struttura e della funzione della tutela cautelare innominata, si è creato un modello di protezione più avanzato ed efficace, “con risultati di incisa vicinanza alla specificità dei diritti della persona” (Loriana Zanuttigh, La tutela cautelare atipica. L'informazione e i diritti della persona. Napoli: Jovene, 1983, p. 281). Vittorio Denti, dopo aver ricordato che l'art. 700 del CPC italiano ha permesso che i tribunali sopperissero all'assenza della tutela giurisdizionale adeguata, avverte che è emersa anche la necessità di una “tutela d'urgenza con funzione non cautelare, ossia, non vincolata strumentalmente con la tutela che l'art. 700 definisce ordinaria” (Vittorio Denti, Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale. L'informazione e i diritti della persona, Napoli: Jovene, 1983, p. 263). Denti ammette che il punto di partenza di questa evoluzione dell'utilizzazione dell'art. 700 è stato indubbiamente la riconosciuta fattibilità di un possibile effetto anticipatorio della tutela cautelare in relazione alla sentenza di merito, caratteristica questa che – secondo lui – avrebbe indotto Calamandrei, nel suo studio classico sulle misure cautelari (Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936) “a trattare di queste misure di urgenza congiuntamente con le dichiarazioni con predominante funzione esecutiva”. La necessità di una tutela effettiva dei diritti non patrimoniali ha portato Proto Pisani (La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. Foro It., 1990, p. 17 e ss) ad insistere

inibitoria autonoma, tecnicamente idonea a costringere il convenuto ad un non fare.

In Brasile, in varie situazioni si è fatto ricorso all'azione cautelare per ottenere immediata tutela del diritto sostanziale, di fatto consentendo ai giudici di esentare l'Attore dall'onere di proporre successivamente un'azione di cognizione piena.

L'idea secondo la quale l'azione cautelare, in tali situazioni, era sufficiente al fine dell'ottenimento dell'unica tutela pretesa dalla parte, ha dato l'avvio a un dibattito - anche piuttosto sterile - circa l'autonomia e la "satisfattività" dell'azione cautelare. E dico sterile perché quel tipo di azione, anche se chiamata cautelare, in realtà costituiva un'azione di cognizione esauriente dove era possibile ottenere l'anticipazione della tutela finale.

3. - Pertanto, le necessità di tutelare adeguatamente le situazioni di diritto sostanziale hanno evidenziato l'indispensabilità di istituire, nel procedimento comune di cognizione, una tecnica di anticipazione della tutela. Non solo perché solo il procedimento cautelare ammetteva un provvedimento preliminare e dipendeva sempre da un'azione di cognizione, ma anche perché i tribunali si rifiutavano di ammettere la tutela anticipata del diritto sostanziale a partire dal *petitum* della tutela cautelare.

E in effetti, nel 1994, nell'ambito di una riforma fondamentale del Codice di Procedura Civile brasiliano, si è pervenuti all'introduzione della cosiddetta tutela anticipatoria¹¹. Ciò corrisponde alla possibilità per il giudice, mediante un

sull'opportunità di un procedimento sommario non cautelare, che, secondo Denti, supererebbe "l'equivoco che vizia l'attuale applicazione dell'art. 700, sottomesso alle esigenze di tutela che non ha la caratteristica della strumentalità, propria delle misure cautelari". Così, si riconosce non solo che la tutela inibitoria sommaria non è contrassegnata dalla strumentalità, ma anche che l'ammissione di questa forma di tutela con base nell'art. 700 del CPC deriva dalla necessità di una "tutela d'urgenza con funzione non cautelare", il che supporta la tesi secondo cui la tutela inibitoria deve essere differenziata dalla tutela cautelare e, ancora, evidenzia che la categoria della "decisione anticipata e provvisoria del merito", elaborata da Calamandrei, si avvicina più alle dichiarazioni con predominante funzione esecutiva rispetto che alla tutela cautelare. Si veda, sull'importanza dell'opera di Calamandrei per lo sviluppo della teoria della tutela cautelare, Remo Caponi, Piero Calamandrei e la tutela cautelare, *Riv. dir. proc.*, settembre-ottobre 2012, p. 1250 e ss.

¹¹Difesa, nel 1990, la tesi che ha dato origine all'intuizione della tutela anticipatoria in Brasile. Il libro, frutto della tesi sostenuta nella Pontificia Università Cattolica di São Paulo, è stato pubblicato nel 1992 sotto il titolo di "Tutela Cautelar e Tutela

provvedimento preliminare, di anticipare la tutela finale del procedimento ordinario di cognizione in due casi: i) davanti al fondato timore di un danno irreparabile o di difficile riparazione e ii) nel caso di “abuso di difesa o manifesto proposito di procrastinare del convenuto” (ossia, in altri termini, manifesta volontà dilatoria a opera del convenuto)¹².

Il cittadino è stato particolarmente beneficiato dalla possibilità data al giudice di anticipare la tutela fondata sul timore del danno¹³. Già a partire dal 1994 la prassi giudiziale ha assimilato la novità e oggi è impossibile pensare alla giustizia civile brasiliana senza tale strumento di tutela dei diritti. Si tratta, senza alcun dubbio, non solo di una tecnica processuale che ha delineato un delicato e creativo compito dogmatico, ma di un meccanismo che ha portato un grande contributo per un miglior rendimento della giustizia civile e per la realizzazione delle necessità di tutela dei diritti.

Questo nuovo strumento è stato anche utilizzato per ottenere il pagamento anticipato di una somma di denaro, ammettendone la relativa

Antecipatória” dalla Editora Revista dos Tribunais. Il libro è stato oggetto di recensioni in Italia dal Professor Angelo Dondi (questa rivista, 1996) e in Argentina dal Prof. Roberto Berizonce (Revista del Colegio de Abogados de La Plata, ano XXXVI, n. 57, 1996).

¹²Ecco il testo dell'art. 273, nella versione del 1994: “Art. 273 - Il giudice potrà, su richiesta della parte, anticipare, totalmente o parzialmente, gli effetti della tutela pretesa nel petitum iniziale, purché, esistendo prova inequivoca, ci si convinca della verosimiglianza dell'allegazione e:

I – abbia il fondato timore di un danno irreparabile o di difficile riparazione; o

II - sia caratterizzato dall'abuso del diritto di difesa o dal manifesto proposito procrastinatorio del convenuto.

§ 1° Nella decisione che anticipa la tutela, il giudice indicherà, in modo chiaro e preciso, le ragioni del suo convincimento.

§ 2° Non si concederà l'anticipazione della tutela quando ci sarà il pericolo di irreversibilità del provvedimento anticipato.

§ 3° L'esecuzione della tutela anticipata osserverà, come applicabile, il disposto negli incisi II e III dell'art. 588.

§ 4° La tutela anticipata potrà essere revocata o modificata in qualsiasi momento, con decisione motivata.

§ 5° Concessa o non l'anticipazione della tutela, proseguirà il processo fino alla sentenza definitiva”.

¹³Sul tema della tutela anticipatoria, nel diritto brasiliano, si veda Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*, 12ª. ed., cit; Luiz Guilherme Marinoni, *Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*, 2ª. ed., cit., Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 3, 3a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000; Ovídio Baptista da Silva, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; Daniel Mitidiero, *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

esecuzione mediante pignoramento di denaro *on line* e sanzione coercitiva di natura pecuniaria. Si è peraltro ritenuto che l'esecuzione di provvedimenti anticipatori di pagamento di somme non possa essere sottoposta alle forme di esecuzione tipiche della sentenza ordinaria di condanna. E ciò non solo perché l'urgenza che ne legittima la concessione è incompatibile con i tempi propri delle procedure di esecuzione forzata. Ma anche perché non vi è nessun motivo che impedisca la coercizione della volontà del debitore - solvibile - per la soddisfazione di un credito pecuniario; specialmente quando ciò risulti indispensabile per la tutela di un diritto non patrimoniale o di una "necessità primaria"¹⁴.

4.- Quanto al secondo presupposto, quello dell'abuso di difesa, bisogna tuttavia sottolineare una circostanza rilevante. L'avvocatura brasiliana non sembra aver ancora appreso l'uso della tutela anticipata basata appunto sull'"abuso di diritto di difesa". Una circostanza, questa, che non ha consentito ai giudici di collaborare allo sviluppo di questa indispensabile tecnica di distribuzione dell'onere del tempo del processo.

Invero, la tutela anticipata fondata sull'abuso di diritto di difesa può essere compresa solo da chi abbia la sensibilità per intuire che il tempo del processo è un onere. Un onere che non può essere "caricato" sulle spalle dell'attore, come se egli fosse il responsabile del ritardo inerente all'accertamento dei fatti e alla formazione del giudicato (quasi come sedimentazione del giudizio decisorio)¹⁵.

Questa forma di tutela anticipata si spiega soprattutto quando una parte del *petitum*, o di uno dei *petita* cumulati, viene accertata nel corso del procedimento, che però prosegue per la definizione del resto della domanda¹⁶. E ciò pure nella situazione in cui l'unica questione controversa del processo sia

¹⁴Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*. 12^a. ed., cit., p. 219 e ss.

¹⁵Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, *passim*; Luiz Guilherme Marinoni, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2^a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

¹⁶Per chiarire tale possibilità, la Legge n. 10.444/2002 ha inserito nell'art. 273 del CPC il seguente dispositivo: "§ 6º La tutela anticipata potrà essere concessa anche quando uno o più dei *petitum* cumulati, o parte di essi, si mostrano incontrovertibili".

la “difesa di merito indiretta”¹⁷. In questo caso, si tratta di considerare l’onere della prova nel suo aspetto dinamico, vale a dire utilizzando tale criterio per l’allocazione-distribuzione dei tempi di assunzione della prova¹⁸.

E' possibile anche pensare all'abuso di difesa quando si dà la giusta rilevanza ai precedenti delle Corti Supreme. Se esse intervengono per attribuire significato al diritto¹⁹, definendolo con le “migliori ragioni”²⁰, la difesa che non dimostra che il caso sottoposto a giudizio non si inquadra nella cornice di un precedente o non trae rilevanti e specifiche ragioni per evidenziare la necessità di una sua revoca, non può ritardare la parte di diritto che, per questo motivo, si mostra evidente nel corso del processo, ma che, in virtù della regola della “unità e unicità della decisione”, in linea di principio dovrebbe attendere la chiusura dell’istruzione probatoria in merito ai fatti controversi relativi ad un'altra porzione della domanda.

5.- In Brasile, la stessa riforma che ha istituito la tutela anticipatoria ha anche introdotto nel Codice di rito tecniche processuali destinate a consentire ciò che è stato definito “tutela specifica”, ivi comprese le tutele che garantiscono l’integrità del diritto sostanziale; il che è avvenuto sia evitando la sua violazione sia auspicando la reintegrazione del diritto violato o il risarcimento in forma specifica²¹. In questi casi, l'articolo 461 del Codice di rito brasiliano²², oltre a

¹⁷Secondo Proto Pisani, “la tecnica che può soddisfare l'esigenza *di evitare l'abuso del diritto di difesa* è quella di condanna con riserva di eccezioni. Con base in essa, il giudice, riconoscendo solo i fatti costitutivi del diritto, emette un provvedimento giurisdizionale sul merito, lasciando ad una fase processuale successiva la cognizione delle eccezioni del convenuto” (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 627).

¹⁸Giuliano Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè, 1989, p. 560-561.

¹⁹La funzione di garante dell’interpretazione adeguata della legge, come osserva Elisabetta Silvestri, può esser vista come appartenente al “patrimonio genetico” delle Corti Supreme in generale – di cassazione, di revisione etc -, una volta che la sua collocazione all’apice della piramide giudiziaria necessariamente comporta l’esercizio di poteri di controllo sull’attività interpretativa realizzata dai giudici inferiori (Elisabetta Silvestri. *Corti Supreme Europee: Accesso, filtri e selezione*. In *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 110).

²⁰V. Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 16; Jerzy Wróblewski, *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. *Rechtstheorie*, v. 5, parte 1, Berlin: Duncker & Humblot, p. 40 e ss.

²¹Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Específica*. 2^a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, *passim*; Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, *passim*.

²²Ecco il testo dell’art. 461, nella sua versione attuale: “Art. 461. Nell’azione che ha per

ribadire la possibilità della tutela anticipatoria di fronte al *periculum in mora*, prevede la possibilità per il giudice di utilizzare il mezzo esecutivo che reputa necessario per l'effettività della tutela specifica²³. Si conferisce al giudice il potere di ordinare sotto pena di sanzione pecuniaria, nel valore che ritiene sufficiente per costringere il convenuto a non fare e a fare, così come utilizzare un mezzo esecutivo non richiesto dall'Attore, purché adeguato alla tutela del diritto in considerazione e alle regole del “mezzo idoneo” e della “minore restrizione possibile”²⁴.

oggetto l'adempimento dell'obbligazione di fare o non fare, il giudice concederà la tutela specifica dell'obbligazione o, se procedente il petitum, determinerà le misure volte a garantire il risultato equivalente dell'adempimento.

§ 1° L'obbligazione si convertirà in perdite e danni solo se l'attore lo richiede o se è impossibile la tutela specifica o l'ottenimento del risultato pratico corrispondente.

§ 2° L'indennizzo per perdite e danni verrà concesso senza pregiudizio della sanzione (art. 287).

§ 3° Essendo rilevante il fondamento della domanda e avendo giustificato timore dell'inefficacia del provvedimento finale, è lecito al giudice concedere la tutela preliminarmente o mediante previa giustificazione, citando il convenuto. La misura preliminare potrà essere revocata o modificata, in qualunque momento, con decisione motivata.

§ 4° Il giudice potrà, nell'ipotesi del paragrafo precedente o nella sentenza, imporre una sanzione giornaliera al convenuto, indipendentemente dalla richiesta dell'attore, se fosse sufficiente o compatibile con l'obbligazione, fissando un termine ragionevole per il compimento del precetto.

§ 5° Per l'attuazione della tutela specifica o l'ottenimento del risultato pratico equivalente, potrà il giudice, d'ufficio o su ricorso, determinare le misure necessarie, tali come l'imposizione di una multa per il tempo di ritardo, perquisizione (“*busca e apreensão*”) e sequestro, rimozione di persone e cose, disfacimento di opere e impedimento di attività nociva, se necessario con sequestro della forza di polizia.

§ 6° Il giudice potrà, d'ufficio, modificare il valore o la periodicità della sanzione, nel caso costati che è diventata insufficiente o eccessiva”.

²³ Sul tema, nella esperienza statunitense, Angelo Dondi, *Tecniche di esecuzione nell'esperienza statunitense*. In: Salvatore Mazzamuto. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989.

²⁴ Si è infranta la regola della tipicità dei mezzi esecutivi, data la necessità di concedere maggior potere di esecuzione al giudice. Il controllo del potere esecutivo, tuttavia, è passato ad essere realizzato mediante le regole del mezzo idoneo e della minor restrizione possibile, sotto-regole della regola della proporzionalità. È evidente che il mezzo esecutivo deve essere adeguato e idoneo per la tutela del diritto. Il problema consiste nello scegliere il “mezzo più soave”, cioè, quello che, oltre che adeguato e idoneo alla tutela giurisdizionale, sia il meno pregiudizievole per il convenuto. Soltanto le circostanze del caso concreto possono indicare la misura esecutiva necessaria o più dolce, vale a dire, quella che, essendo buona per l'attore, è anche la migliore per il reo. Ma, le regole del mezzo idoneo e della minore restrizione non avrebbero importanza se non fosse per la necessità del giudice di giustificare la sua decisione. L'equivoco, rivelato dalla giustificazione, evidenzierà l'illegittimità della modalità esecutiva. Senza la razionalità della giustificazione, la legittimità dell'esercizio del potere di esecuzione

6.- L'istituzione di questa nuova modalità di esecuzione ha aperto l'opportunità per la generalizzazione dell'esecuzione indiretta per tutte le azioni non aventi ad oggetto una tutela pecuniaria. Ciò, di conseguenza, ha condotto all'elaborazione teorica di un modello adeguato alla tutela contro ogni violazione del diritto. Soprattutto, però, si è dimostrata la necessità di superare il vecchio connubio, di origine romana, fra illecito e danno, o meglio, fra tutela contro l'illecito e responsabilità civile. Come noto, la confusione fra illecito e danno è il risultato dell'idea secondo cui il bene giuridico ad essere tutelato è la *res* dotata di valore di scambio, per la quale sarebbe sufficiente la tutela risarcitoria per equivalente²⁵.

La distinzione fra illecito e danno o la dimostrazione che il fatto dannoso è una conseguenza non necessaria dell'atto contrario al diritto²⁶ è sorta a lato della percezione secondo cui la tutela civile contro l'atto contrario al diritto era diventata indispensabile per l'attuazione delle norme di protezione dei diritti

sarebbe compromessa e non sarebbe possibile concretizzare il diritto costituzionale delle parti a partecipare adeguatamente al processo. Per comprendere la razionalità del controllo del nuovo potere esecutivo del giudice, conviene analizzare la dottrina di Karl Larenz: "Tra i principi con forma di proposizione giuridica si possono contare anche i principi del 'mezzo più idoneo' e della 'minor restrizione possibile' che, come abbiamo visto, servono molte volte ai tribunali come programma di 'ponderazione di beni'. Sono 'in forma di proposizione giuridica', affinché esista un mezzo 'più idoneo', solo una restrizione 'minore possibile' – tale da proteggere adeguatamente il bene preferito – del bene postergato, che non richiedono, quindi, una ulteriore concretizzazione del programma" (Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 585).

²⁵V. Michele Mòcciola, *Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza*. Riv. crit. dir. priv., 1984, p. 367 e ss; Cesare Salvi, *Legittimità e 'razionalità' dell'art. 844 Codice Civile*. Giuri. It., 1975, p. 591; Michele Giorgianni, *Tutela del creditore e tutela "reale"*. Riv. trim. dir. proc. civ., 1975, p. 853 e ss; Renato Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*. Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 201 e ss.

²⁶Si è immaginato che la legge, per obbligare colui che commette un danno ad indennizzare, considerasse il danno come elemento essenziale e necessario della

fattispecie costitutiva dell'illecito. Tuttavia, il danno non è una conseguenza necessaria dell'atto illecito, ma il requisito per la nascita dell'obbligazione risarcitoria. Se il danno non è elemento costitutivo dell'illecito, potendo quest'ultimo esistere indipendentemente dal primo, non c'è ragione per non ammettere una tutela che prenda in considerazione solo l'illecito, lasciando da parte il danno. Allo stesso modo se si può chiedere la cessazione di un illecito senza alludere al danno, è possibile domandare che un illecito non venga esercitato senza la dimostrazione di un danno futuro. Conf. Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória*, 5^a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 92 e ss. V. Aldo Frignani, *Azione in cessazione*. *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 655; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit.

fondamentali²⁷. E' emerso chiaramente che la realizzazione del contenuto di queste norme dipenderebbe dalle tutele capaci di inibire la violazione della norma e di ristabilire la situazione precedente all'ipotesi di violazione della norma.

Invero, l'applicazione di tali forme di tutela non dipende dalla nozione di danno o dalla sua causalità, in quanto esse mirano a impedire la realizzazione dell'atto contrario al diritto, o a farne cessare gli effetti concreti. Così, per esempio, l'azione inibitoria, per la tutela di diritti diffusi, può essere esercitata al fine di impedire la violazione di norme a tutela del diritto fondamentale all'ambiente. Mentre, può anche essere proposta al fine di ritirare dal mercato un prodotto con contenuto nocivo per la salute o, comunque, in caso di contrasto con le norme a tutela del consumatore.

La percezione teorica della rilevanza della distinzione fra atto contrario al diritto e fatto dannoso ha messo in luce l'improponibilità dell'azione cautelare per la tutela delle situazioni descritte. Questa azione non sfugge al vecchio presupposto del timore del danno, delineato in tutte le leggi e opere dottrinarie che trattano della tutela cautelare. Essa, di conseguenza, consente all'avvocato di inserire la questione del danno nell'ambito della cognizione giudiziale del

²⁷Quando lo Stato assume nuove preoccupazioni sociali, e così assume importanza la protezione dell'ambiente, della salute, dell'educazione e della posizione del consumatore nel mercato, oltre ad un fulcro di diritti della personalità alla luce dell'evoluzione delle tecniche di comunicazione, sorgono norme che, finalizzate realmente a tutelare queste situazioni di diritto sostanziale, passano ad imporre doveri, scienti del fatto che la loro osservanza è fondamentale per la consacrazione di questi "nuovi diritti". Ciò è ottenuto non solo attraverso norme che sanciscono un non fare, ma anche attraverso norme che determinano un'azione positiva. Tali norme partono dalla premessa che determinati atti devono essere proibiti o necessariamente praticati, poco importando gli effetti concreti della loro violazione, se dannosi o no. In realtà, si parte dal presupposto che la violazione della norma è causa di pregiudizio. Ossia, la preoccupazione è relativa alla semplice osservanza della norma e non all'effetto concreto della sua violazione, non importando più l'idea che associava l'illecito alla responsabilità civile. Nei casi in cui la tutela dei diritti fondamentali, auspicata dalla legge, esige la proposta di un'azione giudiziale, ci sarà la tutela giurisdizionale che realizza la condotta imposta dalla legge. In tal senso, l'azione inibitoria rivela preoccupazione per le norme che stabiliscono comportamenti fondamentali per l'adeguato sviluppo della vita sociale. La possibilità di ricorrere ad una tutela indipendentemente dall'esistenza del danno si lega allo stesso concetto di norma giuridica, una volta che, se l'unica sanzione contro l'illecito fosse l'obbligo di risarcire in virtù del danno, la stessa ragione di essere della norma sarebbe compromessa. Conf. Luiz Guilherme Marinoni. Tutela Inibitória, 5^a. ed., cit., p. 54-55.

procedimento che -indispensabile per permettere la tutela della norma a protezione del diritto fondamentale- deve in realtà accertare solo l'illecito.

7.- Nel momento attuale, mentre in Brasile è in discussione un progetto di Codice di Procedura Civile, si stanno elaborando regole che consentano di evidenziare come l'azione inibitoria presupponga solo la dimostrazione dell'atto contrario al diritto, escludendo la discussione sull'evento dannoso. Bisogna dire che, tuttavia, la Camera dei Deputati brasiliana - probabilmente influenzata da *lobby* e interessi privati - ha finora respinto la proposta di inserire l'azione inibitoria nello stesso Codice. Una circostanza che sembra anche dimostrare una sorta di inadeguatezza tanto dei processualisti che dei parlamentari, che preferiscono girare intorno a discussioni irrilevanti su istituti processuali secolari, talvolta per non fuggire dalla logica secondo cui l'alterazione della legislazione è il miglior modo per conservare lo *status quo*.

8.- Va ricordato, inoltre, che dopo l'introduzione nel 1994 della tutela anticipatoria nel Codice di procedura civile brasiliano, la tutela cautelare *incidentale* è rimasta ancorata ai medesimi presupposti dell'*azione* cautelare. In ragione di ciò, essendo di fatto più facile ottenere la tutela cautelare nel processo di cognizione, non ci si è preoccupati di distinguere fra tutela anticipatoria e tutela cautelare. Ciò è accaduto in particolare per le azioni dichiarative e costitutive, data l'impossibilità tecnico-giuridica di dichiarare o costituire in forma sommaria o provvisoria.

Solo nel 2002, nel contesto di un'ulteriore riforma del Codice di rito, si è stabilita la possibilità di ricorrere, senza azione autonoma, anche alla tutela cautelare nel processo di cognizione. Questa modifica, tuttavia, non ha definito il significato di tutela anticipatoria rispetto alla tutela cautelare; cosa evidentemente necessaria per evitare l'uso improprio di queste forme di tutela, che esigono giustificazioni dotate di razionalità completamente diverse.

La storia del processo civile dimostra che la tutela cautelare non è mai stata pensata per tutelare il diritto sostanziale né, tanto meno, per inibire la violazione del diritto o rimuovere i suoi effetti concreti²⁸. Ammettere la tutela del

²⁸La distinzione tra tutela cautelare e tutela anticipatoria è evidente. Come ha segnalato Giovanni Verde, "sarebbe segnale di scarsa onestà intellettuale, o di ingenuità non scusabile, pensare che il pagamento che soddisfa un credito alimentare, sebbene

diritto sostanziale mediante cognizione sommaria equivarrebbe infatti ad ammettere l'esecuzione prima dell'accertamento e dell'espletamento più completo dei diritti di difesa; il che quantomeno risulterebbe incompatibile con il principio di *nulla executio sine titulo*. D'altra parte, la comprensione della storia delle dottrine mette in evidenza anche che la tutela cautelare non potrebbe, quando delineata, proteggere contro un atto contrario al diritto non solo perché si suppone che questo potrebbe minare la libertà, ma anche perché le categorie dell'illecito e della responsabilità civile sono state tradizionalmente strettamente connesse. D'altra parte, la comprensione della storia delle dottrine mette in evidenza anche che la tutela cautelare non potrebbe, quando delineata, proteggere contro un atto contrario al diritto non solo perché si suppone che questo potrebbe minare la libertà, ma anche perché le categorie dell'illecito e della responsabilità civile erano associate.

Quindi, per non sfuggire al compromesso con la teoria del processo civile e, soprattutto, per non insidiare il concetto di base della teoria del diritto, in cui un istituto non deve essere *sfigurato* per mantenere una certa nomenclatura o in cui un *nuovo istituto* non deve essere designato con un nome che è sempre servito e serve ad altro, la dottrina avrebbe dovuto avvertire il legislatore del nuovo Codice sull'importanza di chiarire che una tutela soddisfa il diritto e l'altra solo assicura il risultato utile del provvedimento finale.

fondato su un provvedimento cautelare, non implichi la soddisfazione del diritto di credito, ma serva meramente a cautelarlo". (Giovanni Verde, L'attuazione della tutela d'urgenza. La tutela d'urgenza. Rimini: Maggioli, 1985, p. 92). "Nel tirare le somme, avviandomi a concludere, mi accorgo di avere tenuto un discorso confuso, disarticolato e in qualche parte incoerente. Ma la verità è che sono stato travolto dalla stessa maniera disorganica con la quale l'istituto del provvedimento d'urgenza si è venuto modificando e adattando alle concrete esigenze. E mi pare che le indicazioni fornite, dalle quali si sono volutamente tralasciate le ricchissime serie di provvedimenti a tutela dei diritti della personalità (in senso tradizionale) e della concorrenza, che rappresentano il campo naturale di applicazione dei provvedimenti in esame, abbiano confermato che non ci sia stata vicenda di qualche rilievo (...) che non sia passata per tale forma di giustizia. Ne è venuta fuori una tipologia assai varia e che forse meriterebbe di essere organizzata secondo criteri sistematici, che non sono stato in grado di elaborare. Si potrebbero, così, isolare accertamenti sommari con prevalente funzione cognitiva, accertamenti sommari con prevalente funzione esecutiva, ingiunzione, inibizione oltre che meri provvedimenti cautelari" (Giovanni Verde, Considerazioni sul procedimento d'urgenza – come è e come si vorrebbe che fosse. I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. Napoli: Jovene, 1979, p. 458 e ss.).

Si impone qui in ogni caso l'esigenza di rispettare principi basilari di teoria generale del processo civile e, soprattutto, di non mettere in discussione la nozione secondo cui un istituto non deve essere stravolto al mero fine di conservare una definizione (ovvero, che un *nuovo istituto* non deve essere definito in modo tradizionalmente utilizzato per indicare qualcosa di diverso)²⁹. Su questa base, la dottrina avrebbe dovuto avvertire il legislatore del nuovo Codice dell'importanza di chiarire che, mentre la tutela ordinaria mira a soddisfare il diritto, quella cautelare si limita ad assicurare l'utilità del provvedimento finale³⁰.

²⁹Una stessa parola non può portare significati diversi quando si pretende un reale sviluppo della scienza. Non riuscendo ad elaborare una distinzione tra tutela cautelare e tutela anticipatoria non è possibile l'identificazione delle diverse realtà. O peggio: si permette che esse siano confuse. V. Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 98.

³⁰Edoardo Ricci, nel lavoro in cui ha analizzato specificamente la tutela anticipatoria brasiliana, ha così osservato: "Nell'espone le mie riflessioni sul tema vorrei privilegiare, nella comparazione, l'esperienza italiana. Ciò, soprattutto perché il diritto italiano è quello del mio paese e, pertanto, lo conosco meglio. Ma il confronto tra il diritto brasiliano e il diritto italiano ha anche un'altra giustificazione: la comunanza di linguaggio, di problemi e di idee che le rispettive dottrine affrontano da un punto di vista scientifico. E' da molto tempo che la dottrina brasiliana e la dottrina italiana sono sorelle: alle volte si ha l'impressione che si tratta di una stessa dottrina, pur essendo diversi gli ordinamenti studiati dall'una e dall'altra. Così è impossibile per italiani e brasiliani tentare una visione congiunta, che oltrepassi i limiti dello stesso ordinamento giuridico, se il primo passo non viene rivolto alla dottrina vicina; e nel considerare la nuova tutela anticipatoria brasiliana, soprattutto in relazione all'esperienza del mio paese, quasi da non sentirmi un vero e proprio straniero. Mi sento piuttosto in una posizione intermedia tra quella dei giuristi brasiliani e quella dei giuristi stranieri. (...) La nuova tutela anticipatoria brasiliana, per me, ha un merito fondamentale: offrire la migliore soluzione al problema de iure condendo, nel senso che la tutela anticipata è organicamente inserita in seno al procedimento ordinario, o strutturata come una forma di tutela autonoma, distaccata dal processo ordinario sotto il punto di vista formale. (...) Il legislatore brasiliano ha seguito la strada migliore attraverso il nuovo art. 273 del CPC. Con questa norma, il diritto brasiliano, sotto l'aspetto strutturale, si impone al mondo come un esempio di migliore soluzione. I fondamenti, in base ai quali deve essere concessa o negata la tutela anticipata, sono gli stessi che dovranno essere considerati dalla sentenza. Questi fondamenti e argomenti sono raccolti sotto le garanzie tipiche del processo civile ordinario: ed è di questa tutela anticipatoria che bisogna aver fiducia. Per me, visto che mi sono sempre battuto per una soluzione strutturale simile, constatare che il legislatore brasiliano ha scelto questa direzione costituisce motivo di particolare soddisfazione. (...) Il problema nel sapere se la tutela anticipatoria integra o non integra la più vasta categoria della tutela cautelare è dibattuta in Brasile e suscita un cenno di discussione anche in Italia. E non manca per il sorgere del problema una specifica giustificazione. Quando nasce un nuovo istituto è praticamente inevitabile domandarsi se può o non essere sistematizzato nell'ambito delle categorie già conosciute; e l'istituto nuovo della tutela anticipatoria pare vicino alla già nota categoria della tutela cautelare, data una sua caratteristica molto peculiare: la

La cosa più curiosa - e assurda - è che alcuni sostengono che non vi sia più ragione per distinguere la tutela anticipatoria da quella cautelare argomentando che entrambe sono basate sul “timore del danno”. Si dimentica infatti che la tutela cautelare ha come presupposto il timore del danno mentre, nel diritto contemporaneo, la più importante forma di tutela anticipata è quella che ha lo scopo di inibire l'atto contrario al diritto o a rimuoverne gli effetti concreti; e ciò senza preoccuparsi del fatto dannoso. D'altra parte, la tutela anticipata è destinata anche a per così dire “distribuire il tempo del processo”. Ed essa, in questa dimensione, non ha alcuna relazione con il *periculum in mora*. Permane, inoltre, un'evidente distinzione fra la tutela che soddisfa un diritto mediante cognizione sommaria e quella che assicura l'utilità del provvedimento finale.

Va poi detto che l'idea di assimilare le tutele a partire dal requisito dell'urgenza contraddice la storia della prassi giudiziaria, oltre che dello stesso ordinamento brasiliano. Ciò almeno da quando, in tale ordinamento, la tutela anticipata è stata introdotta nel Codice di rito a fronte di forti pressioni sociali ispirate all'ottenimento di una tutela giurisdizionale adeguata (e, soprattutto, idonea a superare la resistenza dei giudici a concedere tutele anticipatorie nel contesto di procedimenti cautelari). Pertanto, pretendere di “tornare indietro” costituisce qualcosa privo di qualsivoglia razionalità.

provvisoriamente. Tutto dipende dai limiti più o meno ampi che si pretende attribuire al concetto di tutela cautelare; le divisioni relative all'idoneità della tutela cautelare nel racchiudere nel suo stesso ambito la tutela anticipatoria emergono soprattutto da un dato tipico della tutela cautelare, consistente nella strumentalità in relazione alla tutela di merito. Questa strumentalità può variare nel suo aspetto positivo. Ma offre sicuramente un aspetto negativo: può essere strumentale solamente in relazione alla tutela di merito una tutela che non coincida con questa. La tendenza della tutela anticipatoria a trovare sistematizzazione in una categoria propria e autonoma, non riconducibile alla categoria della tutela cautelare, dipende esattamente dal suo carattere anticipatorio: tra la tutela anticipatoria e la tutela di merito, a rigor di logica, non dovrebbe esserci differenza. (...) In sostanza e per concludere: l'autonomia della tutela anticipatoria in relazione alla tutela cautelare deve anche essere conquistata e sostenuta con determinate opzioni di diritto positivo. Si tratta delle stesse scelte di diritto positivo per le quali la tutela anticipatoria può godere di tutta l'utilità di cui è capace: opzioni che, oltre ad indicare passi di un cammino che tende all'effettività della tutela giurisdizionale, hanno ancora un valore teorico e concettuale degno di nota. È questo uno dei temi in cui l'aspirazione alla migliore disciplina possibile e il raffinamento delle categorie scientifiche devono procedere insieme. (Edoardo Ricci, A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano, Revista de Direito Processual Civil, Genesis Editora, v. 6, p. 222 e ss).

9. - Oltre a ciò, è impossibile non ricordare che, in qualche processo civile, c'è una disputa su un bene della vita, in relazione alla quale il tempo incide in modo inverso, conforme alla posizione della parte. Il tempo del processo pregiudica l'attore nella misura esatta in cui ne beneficia il convenuto e, perciò, non può cessare di essere visto come un onere³¹. Come le ipotesi di tutela anticipatoria in nome della distribuzione del tempo processuale costituiscono elaborazioni dogmatiche create a partire dal concetto di "abuso di diritto di difesa", è necessario che il nuovo Codice brasiliano non perda l'opportunità di delineare le situazioni che aprono l'opportunità alla distribuzione dell'onere del tempo. Ciò fornirà i criteri per individuare i casi in cui il tempo non deve essere a carico dell'attore e faciliterà il controllo della razionalità delle decisioni giudiziali, evidenziando che la tecnica anticipatoria è indispensabile per tutelare l'uguaglianza nel processo mediante la distribuzione dell'onere del tempo processuale.

10.- In sintesi: il processo civile brasiliano è partito dalla tutela cautelare per arrivare alla tecnica anticipatoria e alla tutela contro l'atto contrario al diritto. Con la nascita di nuovi diritti, e davanti all'esigenza di far fronte ai ritardi della giustizia civile, l'azione cautelare è progressivamente stata utilizzata come strumento di sommarizzazione del processo di cognizione, consentendo il raggiungimento immediato, mediante cognizione sommaria, della tutela dello stesso diritto sostanziale. E' questa la ragione alla base dell'introduzione nel Codice di rito della tutela anticipatoria, i cui risultati per la giustizia brasiliana sono stati straordinari. Con questa riforma si è in particolare prevista una tutela anticipatoria contro l'abuso del diritto di difesa. E ciò, anche grazie a una vivace elaborazione dottrinale, si è trasformato in una tecnica di distribuzione dell'onere del tempo del processo. Nel contesto di una vasta introduzione nel processo civile di nuove tecniche processuali (e ancora grazie a una creativa elaborazione teorica) si è manifestata l'indispensabilità di ammettere la tutela civile contro l'atto contrario al diritto. In tal modo si è pervenuti a chiarire definitivamente la non confondibilità dell'azione cautelare con l'azione

³¹ Italo Andolina, "Cognizione" ed "esecuzione forzata" nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 15 e ss.

preventiva, posto che la prima ha come presupposto la probabilità del danno e la seconda la probabilità del atto contrario al diritto. Il tutto senza omettere che l'azione preventiva conferisce tutela al diritto sostanziale e manca pertanto del carattere strumentale tipico della tutela cautelare.