

PIERO CALAMANDREI E LA TUTELA CAUTELARE¹

Remo Caponi

Professore Ordinario dell'Università di Firenze, Italia.

Sommario: 1. Un classico. – 2. Un colpo d'ala prodigioso. – 3. Il pericolo da tardività. – 4. Il pensiero di Calamandrei in Europa. – Il pensiero di Calamandrei e la dimensione collettiva, sociale della giustizia civile. – 6. La tutela cautelare dinanzi alla Corte costituzionale. – 7. Piero Calamandrei e Alessandro Pekelis.

1. – Ho tra le mani un'edizione originale della *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* di Piero Calamandrei². Il libro mi aveva affascinato mentre studiavo per la tesi di laurea. Nel 1986 decisi di investire la prima rata della borsa di dottorato in acquisti di libri. In cima alla lista dei desideri c'era la raccolta delle *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei, curata dal 1965 al 1984 da Mauro Cappelletti presso l'editore Morano di Napoli. La trovai. Ma ebbi anche la fortuna di trovare, presso la libreria antiquaria Gozzini di Firenze, una copia del libro del 1936.

Normalmente ci vogliono anni affinché un'opera giuridica possa essere qualificata come classica, potendosi apprezzare la sua capacità di influenzare gli studi successivi e di segnare così un punto di svolta nella trattazione di un tema solo in un lungo arco temporale. Poche opere nascono classiche, sono classiche nel momento stesso in cui escono dalla tipografia, perché quella svolta si percepisce d'un colpo, con un solo rapido confronto tra il loro contenuto e la letteratura anteriore. L'*Introduzione* rientra tra queste. Quando Piero Calamandrei la scrive è al colmo della carriera. Appena l'anno prima aveva pubblicato *Elogio dei giudici scritto*

¹ Artigo publicado originalmente na *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM. ano LXVII (Seconda Serie), N. 5, Setembro-outubro 2012, pp. 1250-1257.

² P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Pado-va 1936.

da un avvocato³: un'altra opera destinata a dargli larga fama, con il trascorrere del tempo e delle traduzioni in lingue straniere. Soprattutto, sedici anni prima egli aveva pubblicato *La cassazione civile*. Quest'opera monumentale, che rimane una delle migliori della letteratura italiana di diritto processuale civile, gli aveva procurato vasta notorietà e notevoli apprezzamenti anche in Germania⁴.

2. – Nella *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* vi è innanzitutto una lezione di metodo. Come scrive Calamandrei nell'avvertenza iniziale, il volume contiene la parte introduttiva «di un corso sui provvedimenti cautelari, tenuto (...) agli studenti del secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina⁵. Già in questa concretizzazione del modello humboldtiano di Università, che coniuga al livello più alto la ricerca e l'insegnamento, si può cogliere oggi qualcosa di raro.

Vi è anche una lezione di sintesi. Compresi gli indici, 162 pagine. Capacità di cogliere l'essenziale senza dilungarsi in dettagli inutili. Un'altra qualità che oggi scarseggia.

Il contributo di Piero Calamandrei non viene alla luce nell'ora zero della riflessione sulla tutela cautelare. Vi era stato il saggio di Agostino Diana del 1909⁶. Vi erano state, importanti, le pagine che Chiovenda aveva dedicato al tema, prima nei *Principi di*

³ P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze 1935.

⁴ Cfr. E. Schwinge, *Grundlagen des Revisionsrechts. Rechtsdogmatisch rechtsvergleichend rechtspolitisch*, Bonn 1935.

⁵ Piero Calamandrei ricorderà poi che «nel decennio tra il 1924 e il 1934, la Facoltà giuridica fiorentina, valendosi di quella certa elasticità di ordinamenti didattici che era allora consentita alle Università dalla riforma Gentile, aveva distinto il quadriennio degli studi di giurisprudenza in due bienni, rispettivamente dedicati il primo all'insegnamento generale di tutte le materie fondamentali, impartito in forma di corsi istituzionali a carattere informativo; il secondo all'insegnamento approfondito di singoli capitoli delle stesse materie, o di discipline speciali in esse comprese, impartito in forma di corsi monografici integrati da esercitazioni, a carattere prevalentemente formativo [...]. Da uno di questi corsi monografici, creati giorno per giorno nella scuola attraverso le discussioni coi migliori studenti, è derivato, ad esempio, il mio volume sulla *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*»: così, P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, avvertenza alla prima edizione, Padova 1941.

⁶ A. Diana, *Le misure conservative interinali*, in *Studi Senesi*, Torino 1909, 210 ss.

*diritto processuale civile*⁷ e poi nelle *Istituzioni di diritto processuale civile*⁸, collegando le misure cautelari al principio che «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» e giungendo ad ammettere «l'azione assicurativa» come figura generale, pur in un sistema che non conosceva una disposizione di contenuto analogo all'attuale art. 700 c.p.c. Con ciò il pensiero di Chiovenda rivelava – se così si può dire – il suo principale «difetto», cioè che «la dinamicità del suo sistema richiedeva da parte degli operatori pratici e teorici una capacità di comprensione forse inesigibile nei primi decenni del secolo»⁹.

L'«assillo della legalità»¹⁰, che è implicitamente un elogio borghese della legge, impedirà a Calamandrei di seguire Chiovenda nelle costruzioni più ardite di quest'ultimo, come appunto l'azione assicurativa generale come istituto di diritto vigente (nonché, fuori dal campo della tutela cautelare, l'azione «nascente da contratto preliminare»). Certo è però che il libro del giurista fiorentino si solleva con un colpo d'ala prodigioso dalle costrizioni di un'analisi incentrata sulle singole misure cautelari, per attingere ad una visione di teoria generale che, come tutte le concezioni autentiche e meditate di questa natura, è insieme sistemazione del presente, individuazione degli sviluppi futuri, nonché inizio di concretizzazione di queste linee di tendenza. Basta leggere le ultime due pagine del libro, che costituiscono una specie di programma legislativo, poi effettivamente realizzato nei suoi aspetti essenziali, come l'introduzione di un «potere cautelare generale», nonché di un «tipo uniforme di procedimento sommario cautelare»¹¹.

3. – Il respiro sistematico del pensiero di Calamandrei orienta anche al giorno d'oggi, nell'interpretazione della maggiore novità legislativa degli ultimi venti anni in materia di tutela cautelare: quella introdotta dalla l. n. 80/2005 che, raccogliendo

⁷ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, ristampa anastatica della terza edizione, con prefazione di V. Andrioli, Napoli 1980.

⁸ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933.

⁹ Così, A. Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 16 ss., spec. 34.

¹⁰ Così, P. Grossi, *Stile fiorentino*, Milano 1986, 142 ss., spec. 150.

¹¹ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 147.

proposte da tempo avanzate in dottrina ed anticipate nel processo societario, ha reciso il nesso strutturale tra provvedimento cautelare e causa di merito in relazione al rilascio di uno dei provvedimenti cautelari elencati dall'art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c. (in breve: provvedimenti cautelari «anticipatori»), lasciando intatto questo nesso in relazione al rilascio di misure cautelari di contenuto puramente «conservativo».

Aiuta infatti a risolvere il problema di distinguere tra di loro le due categorie di misure una rilettura, filtrata attraverso uno sguardo all'esperienza europea, delle pagine di Piero Calamandrei, che hanno contribuito in modo determinante in Italia alla elaborazione della distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi ed anticipatori¹².

Infatti, quanto ai tipi di contenuto dei provvedimenti provvisori, oltre ai provvedimenti di istruzione preventiva, l'esperienza europea ne esprime fondamentalmente tre: i provvedimenti che conservano la situazione di fatto e di diritto al fine di assicurare la futura esecuzione forzata; i provvedimenti di regolamentazione di una situazione provvisoria; i provvedimenti che anticipano il contenuto del provvedimento definitivo e soddisfano immediatamente, in modo parziale o totale, l'interesse protetto dal diritto dedotto in giudizio¹³.

Calamandrei distingue provvedimenti istruttori anticipati, provvedimenti volti ad assicurare la esecuzione forzata, provvedimenti volti ad anticipare i provvedimenti decisori, cauzioni processuali¹⁴. A parte le cauzioni processuali, che sono una *species* dei provvedimenti volti ad assicurare l'esecuzione forzata (della condanna al risarcimento dei danni prodotti dall'esecuzione di un provvedimento cautelare rivelatosi infondato), ed i provvedimenti di istruzione preventiva, fondamentale è la bipartizione tra provvedimenti conservativi (della fruttuosità pratica

¹² Per un discorso piu'ampio sul punto, v. R. Caponi, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.* 2006, V, c. 69.

¹³ Cfr. R. Stürner, *Einstweiliger Rechtsschutz, General Bericht* presentato al colloquio tenutosi a Bruxelles nei giorni 26 e 27 ottobre 2001 per iniziativa dell'Associazione internazionale di diritto processuale e del Centro interuniversitario belga di diritto processuale, ora in M. Storme (a cura di), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn 2003, 143 ss.

¹⁴ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 31 ss.

dell'esecuzione forzata) e provvedimenti anticipatori (di provvedimenti decisori).

Nel pensiero di Calamandrei, la categoria dei provvedimenti anticipatori riunisce in sé i provvedimenti provvisori appartenenti al secondo ed al terzo tipo dell'attuale esperienza europea (cioè i provvedimenti di disciplina di una situazione provvisoria ed i provvedimenti anticipatori del contenuto del provvedimento definitivo). Questa impostazione si spiega agevolmente se si riflette che, al tempo in cui il giurista fiorentino scrive il suo libro sulla tutela cautelare, i provvedimenti del terzo tipo non avevano ancora ricevuto una marcata elaborazione concettuale, ma rientravano nella categoria dei provvedimenti di disciplina di una situazione provvisoria, particolarmente nel profilo che questi ultimi conoscono nell'ordinamento tedesco attraverso il § 940 *Zpo*.

Scrivono Calamandrei: «rientrano in questo [...] gruppo quei provvedimenti con cui si decide interinalmente, in attesa che attraverso il processo ordinario si perfezioni la decisione definitiva, un rapporto controverso, dalla indecisione del quale, se questa perdurasse fino all'emanazione del provvedimento definitivo, potrebbero derivare a una delle parti irreparabili danni»¹⁵. Fra i casi tipici di questa categoria egli comprende le denunce di nuova opera e di danno temuto, i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole nel processo di separazione personale, l'assegno provvisorio di alimenti, il sequestro delle cose che un debitore offre per la sua liberazione. In questo gruppo «il provvedimento cautelare consiste proprio in una decisione anticipata e provvisoria del merito, destinata a durare fino a che a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso non si sovrapporrà il regolamento stabilmente conseguibile attraverso il più lento processo ordinario»¹⁶.

Calamandrei individua un tratto funzionale comune ai provvedimenti compresi in questo gruppo, cioè il fatto che essi sono diretti a neutralizzare un pericolo di tardività

¹⁵ Così, P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 38.

¹⁶ Così, P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 38 s.

della sentenza definitiva¹⁷, distinto ma parimenti meritevole di essere neutralizzato rispetto al pericolo di infruttuosità pratica (commisurato piuttosto all'esecuzione forzata). Così egli promuove un notevole avanzamento della teoria dei provvedimenti cautelari nell'esperienza italiana rispetto all'esperienza tedesca, allora ancora prigioniera di una visione della tutela cautelare come essenzialmentestrumentale alla fruttuosità pratica dell'esecuzione forzata¹⁸. Quel passo in avanti consiste nel liberarsi dall'idea che il contenuto anticipatorio del provvedimento sia un tratto eccezionale della tutela cautelare: un'acquisizione faticosa per la dottrina tedesca, che ad essa si dischiude solo verso la fine degli anni sessanta del secolo XX, a cominciare dagli studi, pur diversamente orientati, di Fritz Baur¹⁹ e di Dieter Leipold²⁰.

Così il pensiero di Calamandrei consente efficacemente di sostenere la conclusione che, a parte i sequestri, tutti gli altri provvedimenti cautelari ricadono nella categoria dei provvedimenti anticipatori, e così nella regola della strumentalità attenuata.

4. – Il pensiero di Piero Calamandrei si fa largo anche in Europa in un caso risolto dalla Corte di Giustizia tra i più spettacolari «per i protagonisti coinvolti e per l'istituto messo in discussione: l'allora massimo organo giudiziario inglese, la *House of Lords*, si interroga se il principio, profondamente radicato nel diritto co-stituzionale, prima ancora che nel diritto processuale britannico, per cui al giudice non è consentito di indirizzare *interlocutory injunctions* con finalità cautelare nei confronti del governo»²¹ (a rigore, nei confronti della Corona: *the King cando no wrong*), possa resistere al diritto comunitario. La Corte statuisce che «la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice, chiamato a dirimere una

¹⁷ Così, P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 56 s.

¹⁸ Ricordiamo che nell'ordinamento tedesco la disciplina dei provvedimenti cautelari è tuttora contenuta nella quinta sezione dell'ottavo libro della *Zivilprozessordnung*, dedicato all'esecuzione forzata.

¹⁹ F. Baur, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz* Tübingen 1967.

²⁰ D. Leipold, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, München 1971.

²¹ N. Trocker, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Europa e diritto privato* 2010, 361 ss., spec. 388 s.

controversia disciplinata dal diritto comunitario, di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario». «In una situazione del genere, il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori»²². Questa prospettiva è dischiusa dalle conclusioni, affidate all'Avvocato Generale, Giuseppe Tesauo, che illustrano in modo esemplare il nesso tra effettività della tutela giurisdizionale e misure cautelari con un richiamo alla dottrina classica italiana, al paragrafo 12 delle *Istituzioni di diritto processuale civile* di Giuseppe Chiovenda ed alla *Introduzione* di Piero Calamandrei. Ma ancora prima l'Avvocato Generale – questo è un piccolo aneddoto – va in «avanscoperta»: porta dall'Italia il volume di Piero Calamandrei e ne affida la traduzione in inglese di ampi tratti al servizio di traduzione e interpretariato della Corte di Giustizia e ne fa distribuire la traduzione tra i giudici²³. L'«arte magica della scrittura» di Piero Calamandrei, messa in luce da Franco Cipriani²⁴ (ma si tratta di una dote comune ai due) è riuscita così a proiettare il suo pensiero in Europa.

5. – In una pagina impegnativa Piero Calamandrei sostiene che i provvedimenti cautelari sono diretti, «più che a difendere i diritti soggettivi, a garantire la efficacia e per così dire la *serietà* della funzione giurisdizionale [...]. Le misure cautelari sono predisposte, più che nell'interesse dei singoli, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento ed anche, si potrebbe dire, il buon nome. Se la espressione 'polizia giudiziaria' non avesse già nel nostro ordinamento un preciso significato, essa potrebbe apparire singolarmente adatta per designar la tutela cautelare»²⁵. La pagina non è sfuggita alla critica di Franco Cipriani²⁶. Non si può evitare di ricordare questa pagina, se non altro per ascriverla eventualmente ad una stagione ormai superata, quella di un esasperato

²² Cfr. C. Giust. CE 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*.

²³ Debbo il racconto di questo episodio alla cortesia del prof. Giuseppe Tesauo.

²⁴ Cfr. F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile 2 a* ed. riveduta e ampliata, Napoli 2009, 11.

²⁵ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 143 s.

²⁶ F. Cipriani in nota alla ripubblicazione della recensione di V. Andrioli, *Sull'«Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari» di Piero Calamandrei*, in *Foro it.* 2009, V, 205.

orientamento pubblicistico della scienza del processo. Sarebbe però l'interpretazione più semplice.

Questo passo illustra che il pensiero di Calamandrei è sempre pronto a cogliere la dimensione collettiva, sociale dei problemi della giustizia civile, anche nella trattazione di istituti più tecnici. Sotto questo profilo, l'approccio di Calamandrei non è affatto superato, bensì è all'avanguardia, poiché è atto a percepire l'opportunità di conformare la disciplina del processo civile in funzione di importanti obiettivi di politica pubblica, ulteriori rispetto alla tutela giurisdizionale dei diritti individuali dedotti in giudizio. Altrimenti non si potrebbero comprendere gli sviluppi del diritto dell'Unione europea, da quando la disciplina del processo civile è stata esplicitamente collegata alla realizzazione del mercato interno²⁷, nonché, più recentemente (con il Trattato di Amsterdam del 1997), alla creazione graduale di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Altrimenti non si potrebbero capire gli orientamenti che, se si mette da parte la storia della giustizia del lavoro, emergono con evidenza nell'ordinamento italiano soprattutto a partire dalla l. n. 80/2005, inserendo le riforme della giustizia civile nei piani di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale del paese.

6. – È superfluo accennare alle tappe del percorso di successo che la tutela cautelare, sulla scorta dello studio di Piero Calamandrei, ha conosciuto nell'ordinamento italiano. Conviene ricordare piuttosto la frontiera che attende ancora di essere varcata: l'emissione di misure cautelari da parte della Corte Costituzionale. Nell'ordinamento tedesco alcuni fra i più importanti procedimenti dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* hanno conosciuto una pronuncia su un'istanza cautelare, in particolare di sospensione della legge della cui costituzionalità si dubita. Riconoscere che l'accoglimento dell'istanza è eccezionale, come accade nell'ordinamento tedesco, è un conto. Negare che ciò sia compatibile con il ruolo della Corte Costituzionale nel sistema, come si tende a sostenere nell'ordinamento italiano,

²⁷ L'impulso fondamentale verso questo storico collegamento deriva dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare da C. Giust. CE 10 febbraio 1994, C-398/92, *Mund & Feste*.

è un altro conto. Ciò maschera la scarsa dimestichezza con questo strumento ed è frutto di insufficiente forza argomentativa²⁸. Specialmente ove si tratti di leggi che richiedono notevoli investimenti o sforzi organizzativi, è inevitabile che il peso dei fatti compiuti che si verificano prima della pronuncia della Corte e non possono essere rimossi (ovvero possono essere rimossi con molta difficoltà) entri nel bilanciamento costituzionale e giochi in favore di argomenti per salvare la legge della cui costituzionalità si dubita. O si accetta questa situazione inaccettabile o si valuta seriamente l'alternativa della sospensione *erga omnes* in via cautelare dell'efficacia della legge. *Tertium non datur*. Si pensi per esempio al giudizio di costituzionalità della recente legge che ha introdotto il tentativo obbligatorio di mediazione per una serie notevole di controversie (d.lgs. n. 28/2010).

7. – Prima di chiudere il testo di questo intervento, la mia attenzione è caduta sulle ultime righe della avvertenza iniziale della *Introduzione*: «[...] che questa mia speranza non andrà delusa, sarà dimostrato in questa stessa *Collezione* dal volume, già annunciato, sulla teoria dei provvedimenti cautelari, dovuto al vivace ingegno di Alessandro Pekelis»²⁹. Quel libro non è stato mai scritto: di lì a due anni saranno approvate in Italia le infami leggi razziali e Alessandro Pekelis, ebreo o russo di Odessa approdato in Italia all'inizio degli anni venti, sarà costretto a riparare negli Stati Uniti con la sua famiglia. Mi sono messo sulle tracce documentali, come avrebbe fatto forse Franco Cipriani, alla ricerca di ulteriori contatti tra Piero Calamandrei e Alessandro Pekelis in questo periodo travagliato. La mia ricerca è stata premiata. In una pagina del libro di memorie di Carla Pekelis⁽²⁹⁾, moglie di Alessandro, si racconta che sul finire del 1941 la famiglia Pekelis si trova a Lisbona, in attesa di ottenere i visti per emigrare negli Stati Uniti. Le autorità statunitensi sono titubanti: attendono una prova della identità politica di Alessandro Pekelis e questa prova arriva attraverso l'aiuto di Piero Calamandrei: «quando telegrafammo a Piero Calamandrei, professore di Legge all'Università di Firenze e amico assai stimato, chiedendogli un ritaglio dell'articolo» (di un giornale fascista con cui si attaccava sul piano

²⁸ In tema, v. A. Gragnani, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l'esperienza del tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.* 2005, 157 ss.

²⁹ P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., VIII.(29) C. Pekelis, *La mia versione dei fatti*, Palermo 1996, 167 s.

personale Alessandro Pekelis) «lo facemmo con una certa perplessità. La richiesta poteva procurargli dei guai? (...). Il ritaglio dell'articolo arrivò a giro di posta (...). Dio ti benedica, Calamandrei! L'articolo servì allo scopo. Il 20 novembre, dopo una cerimonia che durò cinque ore, ci furono concessi ufficialmente i visti americani».