

TECNICHE DI TUTELA, COSTITUZIONE DEL 1948 E PROCESSO CIVILE (a proposito di una prolusione non tenuta)¹

PROTECTION TECHNIQUES, 1948 CONSTITUCION AND CIVIL TRIAL (about a not held prolusion)

Andrea Proto Pisani²

RIASSUNTO: L'articolo evidenzia come il ribaltamento dei valori e dei diritti (lavoro, persona e sviluppo della sua personalità, solidarietà, uguaglianza sostanziale e libertà, rispetto alla proprietà e iniziativa economica privata) operato dalla Costituzione del 1948 avrebbe dovuto comportare la riforma dei processi speciali sommari tipici che la legislazione preesistente prevedeva e — salve poche eccezioni — continua a prevedere solo a favore dei proprietari e degli imprenditori.

PAROLE CHIAVE: Valori. Libertà. Uguaglianza sostanziale. Solidarietà. Proprietà e iniziativa economica privata.

ABSTRACT: The paper highlights how the reversal of values and rights (labor, person and development of personality, solidarity, substantial equality and freedom with respect to property and private economic initiative), operated by the 1948 Constitution, should have led to the reform of the special typical summary proceedings that the preexisting legislation provided and, with a few exceptions, keeps on providing only for owners and entrepreneurs.

KEYWORDS: Values. Freedom. Substantial equality. Solidarity. Property and private economic initiative.

Artigo recebido em 01/07/2019.

Artigo aprovado em 31/07/2019.

¹ Lo scritto è dedicato, a trenta anni dalla sua scomparsa, a Giovanni Fabbrini, collega e amico indimenticabile, con il quale ebbi a condividere per quasi dieci anni il periodo migliore del mio insegnamento universitario.

Il sottotitolo si richiama alla circostanza che, quando nel 1974 mi trasferii a Firenze, avevo pensato di svolgere come mia prolusione (che non si tenne mai) un discorso che trattasse più o meno gli stessi temi che esamino nel testo che pubblico oggi, giunto quasi a compimento dei miei studi.

Gli ultimi due paragrafi utilizzano in parte studi già pubblicati: il primo in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss., relativo ad un progetto di riforma del codice di procedura civile, il secondo, risalente al 1982, pubblicato nella voce (Provvedimenti d'urgenza) della *Enciclopedia giuridica Treccani*.

Molti dei miei studi che sono alla base del presente articolo sono stati da me raccolti in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi, Napoli, 2003; ad essi rinvio per approfondimenti e per indicazioni bibliografiche, ovviamente limitate all'anno della pubblicazione di ciascuno studio.

Non essendo un civilista ho evitato anche in questo articolo di analizzare le conseguenze che l'irrompere della persona a livello di valore fondamentale dovrebbe avere avuto sul IV libro del codice civile relativo alle obbligazioni e secondo cui (art. 1174) “la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica” (il che, rispetto ai diritti della persona e almeno di molti diritti di libertà, non è). Sul tema per me restano ancora attuali le pagine di Pietro Rescigno, *Obbligazioni (nozioni generali)*, voce del *l'Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXIX, spec. § 48 ss. Sull'emergenza della persona nel diritto privato, v., da ultimo, anche per ampie indicazioni bibliografiche, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017. È noto, poi, come, mentre in Francia e prima ancora in Germania è stata riscritta la parte corrispondente al IV libro del codice civile, tanto non è ancora avvenuto né, a quanto so, è preannunciato, in Italia.

² Professore Emerito dell'Università di Firenze, Italia. (già Prof. ord. di Diritto processuale civile).

Prima di abbandonare questa nota al titolo del mio scritto, vorrei rispondere ad una obiezione che qualche lettore potrebbe muovermi dopo averlo letto.

Perché occuparsi di fenomeni oggi del tutto residuali?

L'esigenza di munire di una tutela "urgente" i diritti della persona, del lavoratore, delle libertà (specie se sostanziali) — si potrebbe, non del tutto a torto, osservare — è un qualcosa che, nei settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, è assunta al livello di esigenza pratica solo in brevissimi periodi oramai del tutto superati: è esistita solo (si potrebbe ancora obiettare) tutt'al più nei sussulti degli anni settanta del secolo scorso. Poi ha sempre più ripreso vigore, anche a livello giuridico, l'esigenza di tutela (anche urgente) dei soli diritti degli imprenditori e dei proprietari. La stessa esigenza di tutela urgente dei lavoratori dipendenti è stata svuotata attraverso la soppressione legislativa delle due chiavi di volta dello statuto del 1970, con la piena legittimazione pressoché indiscriminata nata del lavoro a termine (divenuto un gigantesco periodo di prova a favore dell'imprenditore) e la quasi totale soppressione del diritto alla reintegra del lavoratore subordinato; così che, aiutata anche dalla crisi, la Costituzione è tornata fuori dalla fabbrica, come invece alcuni ingenui avevano pensato non potesse accadere dopo l'emanazione dello statuto del 1970.

Obiezioni di questa specie sono nella sostanza esatte.

Di esse ho avuto costante consapevolezza nel turbinoso evolvere degli eventi che vanno dal 1975 ad oggi (diffondersi della corruzione, anche personale, del sistema politico nel suo complesso, mancato incontro tra cattolici democratici e comunisti anche dopo il collasso dei regimi comunisti europei, progressiva accettazione spesso acritica di un liberismo economico con tutte le sue conseguenze anche giuridiche relative ai diritti fondamentali dei lavoratori e della persona umana, fino a giungere al populismo ignorante e razzista di questi giorni: agosto 2018).

Io, che non sono mai stato iscritto ad un partito politico, che non ho mai svolto attività politica in senso stretto, sin dalla prima giovinezza ho coltivato (e cerco ancora di coltivare), come valori fondamentali di riferimento, il rispetto, la promozione e la tutela della persona umana, la riflessione sull'importanza (dei diritti) dei doveri di solidarietà umana e sociale, il puntare sempre nel senso di diminuire le diseguaglianze sociali, e quindi la simpatia per l'ideale socialista, ecc.

Con la conoscenza e lo studio della Costituzione mi sono reso conto che nel loro nucleo essenziale i miei valori di riferimento coincidevano con quelli fondanti la nostra

Costituzione del 1948 (e in particolare con quelli espressi dai principî fondamentali e dalle disposizioni in tema di libertà).

Essendomi trovato (a seguito di una serie di vicende in gran parte casuali, riportate, se si vuole, in Note a margine di una vita universitaria, in corso di stampa negli studi dedicati a Roberto Pardolesi) a svolgere come attività lavorativa l'insegnamento e lo studio del diritto processuale civile, mi è sembrato doveroso, una volta superato il primo indispensabile periodo di formazione, impegnarmi nella verifica delle forme di tutela di quei diritti (e doveri) espressione dei valori che avevo coltivato a titolo di interesse personale sin dalla mia prima giovinezza.

Di qui l'articolo redatto in questa afosa estate, in cui mi ricollego a tanti studi precedenti. Di qui l'amarezza per la situazione politica attuale e per i veri e propri disvalori di cui mi sembra sia espressione.

1 - Il ribaltamento dei valori operato dalla Costituzione italiana del 1948. La Costituzione italiana del 1948 fu, come è noto, frutto di un compromesso fra cattolici e socialcomunisti, con la partecipazione, ma in posizione di minoranza, dei liberali e degli azionisti.

Essa consentirebbe, nel rispetto dei suoi principî fondamentali, sia uno Stato caratterizzato dal libero mercato corretto con ampie aperture al sociale (istruzione, sanità, ambiente, ecc.), sia uno Stato caratterizzato dalla sottrazione al privato delle imprese (e forse anche del commercio) di grandi dimensioni, e con una notevole apertura a quelli che oggi sono chiamati "beni comuni" come ottimizzazione del sociale.

Una cosa mi sembra comunque certa: i suoi principî fondamentali, i suoi valori fondanti non sono più — diversamente da quanto era invece avvenuto per lo Stato liberale prima e fascista poi — né il libero mercato: l'art. 41, dopo avere detto che "l'iniziativa economica privata è libera", immediatamente aggiunge e precisa che essa "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale" (utilità sociale che — mi si permetta questa intromissione — vediamo, almeno all'inizio del presente millennio, contraddetta da una crescita economica da cui risultano sempre vincitori gli imprenditori e sconfitto quel vasto ceto di nuovi poveri di cui fanno parte anche gli operai e gli impiegati di un tempo) o in modo da "recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" e comunque "può essere indirizzata e coordinata a fini sociali"; né la proprietà privata (gli art. 42 e 43 sono pressoché tutto un lungo elenco di

limitazioni che giungono fino alla espropriazione di questo diritto, che da oltre due millenni ha costituito il diritto fondamentale dell'organizzazione sociale).

Operando una vera e propria rivoluzione, la Costituzione italiana del 1948 ha, nei suoi principî fondamentali, posto invece:

a) la persona umana (lo sviluppo della sua personalità), “sia come singolo sia nelle formazioni sociali”, conferendo ad essa non solo diritti inviolabili, preesistenti rispetto alla stessa Costituzione, ma anche (art. 2) il compito di adempiere i (sempre preesistenti) doveri di solidarietà sociale, doveri che trovano la loro fonte anche nella stessa Costituzione: 1.° e 2.° comma dell'art. 3, art. 4 e molti articoli della parte prima (dedicata ai “diritti e doveri dei cittadini”: art. 13-54);

b) il lavoro, inteso come il primo dei preesistenti diritti inviolabili (da realizzare in un contesto di eguaglianza sostanziale: art. 3), considerato non solo un diritto ma anche un dovere, allo scopo “di concorrere al progetto materiale e spirituale della società” (art. 4).

Se la lettura — secondo cui si è alla presenza di una vera e propria rivoluzione nei diritti e nei doveri — è corretta (nella sua esposizione ha cercato di utilizzare le parole e il pensiero di Costantino Mortati, cioè di un costituzionalista vissuto negli anni a cavallo della seconda guerra mondiale), è evidente la volontà di mutare radicalmente il sistema preesistente; pertanto, il legislatore (aiutato dagli studiosi di diritto) aveva il delicato compito di “rimboccarsi le maniche” e procedere alle innovazioni necessarie allo scopo di dare una tutela (anche giurisdizionale) adeguata ai nuovi diritti emergenti del lavoro e della persona.

Chiarisco meglio quanto desidero dire: la rivoluzione determinatasi a livello di valori con riferimento alla proprietà e all'impresa non significava affatto — con riguardo al diritto dei rapporti tra privati e alle conseguenti forme di tutela previste dal diritto processuale civile — abrogare (previa la doverosa eccezione delle disposizioni di legge espressione tipica del regime fascista e razzista preesistente) il sistema tramandatosi e perfezionatosi in millenni di storia relativamente al diritto sostanziale di proprietà e al più recente diritto dell'impresa privata, e le loro forme di tutela giurisdizionale. Ciò non comportava affatto una abrogazione, ma, almeno a mio avviso (per quanto riguarda il settore del diritto processuale civile), solo l'effettuare un censimento delle tecniche di tutela (dei processi tipici previsti dalla legge) individuando quali fossero espressione di “privilegi” attribuiti ai proprietari e imprenditori, e in tal caso verificare se quelle tecniche di tutela (quali processi tipici) erano o no utilizzabili anche a favore dei diritti dei lavoratori e dei diritti c.d. della personalità, ed in tal caso utilizzare proprio quelle sperimentate tecniche di tutela (quei processi tipici) anche a tutela di

diritti strutturalmente analoghi dei lavoratori o dei diritti della personalità: eliminando in tal modo anche l'elemento spregiativo del privilegio. Verificare cioè se, ferma restando la struttura di tali processi, essi fossero o no utilizzabili (previa la loro preventiva tipicizzazione) in funzione della tutela di diritti (dei singoli o collettivi) della persona, delle libertà, e di almeno alcuni dei diritti in materia di lavoro.

Questa verifica sistematica non fu fatta e direi neanche tentata da parte dei processualciviliisti. Sia pure con disordini e ritardi cominciò ad essere fatta nel mondo del diritto del lavoro, perché, come è comprensibile: a) la soppressione del sistema corporativo, di concerto con l'abrogazione immediata delle norme che erano conseguenza diretta della legge Rocco del 1926, ridiede immediatamente vita allo scontro fisiologico tra associazioni dei lavoratori e degli imprenditori; b) il c.d. miracolo economico italiano, realizzatosi negli anni cinquanta e protrattosi quasi fino al termine del decennio successivo, determinò l'emanazione di importanti leggi nell'interesse dei lavoratori; con cospicue aperture sul terreno dei processi tipici in materia di lavoro (v. infra, § 7).

2. - Gli studi (soprattutto) dei processualciviliisti fiorentini e pavesi in tema di Costituzione e processo. Prima di continuare il discorso appena iniziato, desidero spiegare cosa significhi la grave affermazione fatta nel paragrafo precedente circa "l'inerzia" dei processualciviliisti in ordine all'attività di studio e di proposizione circa i problemi di tecnica processuale che poneva la realizzazione di una tutela giurisdizionale effettiva relativa alla scelta costituzionale di valorizzare, a livello di principî fondamentali dell'ordinamento, i diritti individuali (e collettivi) della persona e quindi, è da aggiungere sin d'ora, dei diritti di libertà (anche se non indicati fra i principî fondamentali).

Con questo, forse infelice, duro richiamo (a me stesso prima che ai miei colleghi più avanti negli anni) intendevo riferirmi alla circostanza che i processualisti, per così dire sensibili alle molte novità introdotte dalla Costituzione, concentrarono, almeno nei primi due decenni, la loro attenzione soprattutto su quelle disposizioni, pur sempre costituzionali, che disciplinavano e disciplinano (i soggetti, le forme e i termini) l'essenza del processo:

a) il giudice e la sua imparzialità: al riguardo gli art. 101-109 e 111-113, norme che ancora oggi altri paesi occidentali ci invidiano, perché prevedono la piena autonomia e indipendenza dei giudici con norme di rango costituzionale (relative all'inamovibilità, ai trasferimenti, alle promozioni, alla distinzione dei magistrati addetti allo stesso ufficio solo per le funzioni e non per la qualifica di eventuali incarichi direttivi), nonché prevedono l'istituzione di un organo di rilevanza costituzionale, il Consiglio superiore della magistratura,

volto ad assicurare “l'amministrazione della giurisdizione” e quindi ad assicurare a livello di effettività le singole garanzie di autonomia e indipendenza, o anche di soggezione soltanto alla legge;

b) il diritto di azione, cioè al potere di agire a tutela dei propri diritti, diritto di azione il cui esercizio non può essere subordinato a oneri (ad es. patrimoniali nell'interesse dell'erario) che non siano funzionali alla stessa giurisdizione;

c) il diritto di difesa, la realizzazione del principio *audiatur et altera pars*, cioè al principio del contraddittorio;

d) il diritto della prova;

e) il diritto all'impugnazione, ponendo di conseguenza il problema della sopravvivenza o no dell'efficacia del provvedimento impugnato;

f) la garanzia del ricorso per cassazione per violazione di legge contro tutte le sentenze;

g) l'ineffettività del sistema allora vigente di garanzia del diritto di azione e/o di difesa a soggetti non abbienti, e la necessità dell'introduzione anche in Italia di un sistema adeguato ad assicurare, a tentare di assicurare, l'eguaglianza sostanziale nelle parti del processo;

h) l'inizio del dibattito relativo alla possibilità o no che la sentenza resa tra le parti abbia efficacia contro terzi titolari di diritti in senso lato connessi.

Questi, e altri, costituirono il delicato oggetto di studio da parte dei maggiori processualcivili italiani: penso ad Andrioli, che dedicò proprio al tema “Costituzione e processo” la sua prolusione pisana del 1954, ma penso soprattutto ai molti studi (e alla spinta per i loro allievi ad approfondirli) di Mauro Cappelletti e Vittorio Denti: penso alle monografie di Vincenzo Vigoriti del 1969 e di Luigi Paolo Comoglio del 1970, allo studio relativo alle garanzie del processo comunitario di Valerio Grementieri del 1973, alla ricchissima rivisitazione in stretta comparazione con il diritto tedesco di Nicolò Trocker del 1974, al libro di Enzo Varano sulla organizzazione della giustizia in Inghilterra del 1973, libro che sostanzialmente si inserisce nello stesso contesto; penso infine al convegno internazionale tenutosi in Firenze nel 1971 sotto la spinta di Cappelletti e Denis Tallon con sedici rapporti nazionali, il tutto sotto gli auspici dell'Unesco e dell'Associazione internazionale di scienze giuridiche, i cui atti furono pubblicati nel 1973.

Quindi nessun disinteresse dei processualcivili italiani rispetto alle conseguenze che la Costituzione del 1948 esercitava sul codice di procedura civile del 1942, ma la loro concentrazione su temi interessantissimi ed attualissimi sì, ma che non concernevano (salvo

ovviamente singoli spunti) direttamente le conseguenze in tema di necessaria revisione della tecnica della tutela sommaria, ampiamente utilizzata nell'interesse dei proprietari e degli imprenditori, allo scopo di renderla adeguata alla tutela della persona, delle libertà e (almeno in suoi importanti diritti) del lavoro, diritti che invece primeggiavano fra i principî fondamentali della nostra Costituzione.

3 - I problemi tecnici posti dalla tutela giurisdizionale civile dei diritti della personalità: 1) i danni non patrimoniali; 2) il problema della mancata previsione di una disciplina specifica volta ad assicurare l'attuazione dei provvedimenti di condanna inibitori emanati a tutela dei diritti della personalità, dei diritti di libertà, ecc. Prima di riprendere il discorso interrotto alla fine del § 1, mi sembra opportuno premettere lo schema dei problemi che vorrei esaminare.

Già si è detto del come i diritti della persona rilevino nella nostra Costituzione.

Ciò pone non solo un problema di individuazione di quali siano questi diritti.

L'analisi di questo problema sfugge alle mie competenze e rientra soprattutto in quelle dei costituzionalisti (al riguardo mi piace richiamare il volume redatto recentemente da Maurizio Fioravanti sull'art. 2 Cost. per la collana di Carocci e di studi di Alessandro Pace sulla tutela giurisdizionale delle libertà) e dei privatisti, nonché in parte anche dei penalisti al fine del discorso inevitabile sulla sanzione; oltre che della giurisprudenza (che è andata sempre più moltiplicando i diritti, specie individuali della persona o della personalità: al diritto al nome e all'immagine, unici diritti della personalità previsti dal codice civile del 1942 agli art. 6 e 10, si sono andati via via aggiungendo, fra i tanti, il diritto all'immagine morale, comprensiva dell'identità spirituale, politica e ideale, il diritto alla riservatezza, il diritto all'oblio, il diritto all'identità personale, ecc.).

I problemi tecnici che tali diritti pongono, ove li si voglia tutelare attraverso il ricorso alla giurisdizione civile, sono soprattutto due.

1) Sul piano "strutturale" il godimento del bene (immateriale, certo non patrimoniale) che ne costituisce l'oggetto è assicurato attraverso il c.d. dovere generale di astensione da parte di tutti (gli omnes) i soggetti dell'ordinamento; ovvero, ove tale dovere non sia osservato, si determina la violazione di un originario obbligo di non fare e si domanderà pertanto al giudice di condannare l'autore al risarcimento dei danni non patrimoniali (nella misura in cui questi danni siano ammissibili ai sensi dell'art. 2059, cosa che oggi la giurisprudenza ritiene consentito ove il diritto violato, come accade per tutti i diritti di cui stiamo parlando, abbia rilievo costituzionale) per la parte in cui la violazione è stata già

“consumata”, nonché, e soprattutto, ad astenersi dal ripetere la violazione, continuare a non adempiere l'originario obbligo di non fare; unicamente tale ultima specie di condanna si indica con l'espressione di condanna inibitoria, o di cessazione del comportamento illegittimo.

Orbene le modalità con cui assicurare che l'obbligato adempia l'originario obbligo di non fare (o, è lo stesso, di ottemperanza alla condanna inibitoria) non poteva essere risolto che negativamente, poiché il sistema vigente nel 1948 (salvo poche eccezioni previste dalle leggi speciali in tema di brevetti, marchi e diritto d'autore) non prevedeva alcuna modalità idonea ad assicurare l'attuazione dei provvedimenti di condanna inibitoria, cioè all'adempimento dell'obbligo originario di non fare; ed almeno la maggioranza degli studiosi del processo civile non denunciava in modo alcuno la gravità di questo vuoto normativo.

2) Stante il carattere (normalmente) non patrimoniale proprio del bene oggetto di un diritto della persona o della personalità, siamo alla presenza di un diritto di grande importanza ma estremamente fragile, che, se violato, provoca danni alla persona, danni per definizione non suscettibili di essere soddisfatti adeguatamente nella forma dell'equivalente (che non sussiste) monetario neanche della specie “danni non patrimoniali” (che sono pur sempre somme di denaro calcolate in modo diverso). Di qui la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, la essenza del principio chiovendiano secondo cui il processo deve dare, nei limiti del possibile, a chi risulta titolare di un diritto tutto quello e proprio quello che è assicurato dal diritto sostanziale, impone al legislatore di prevedere (oltre alla possibilità, sempre consentita, del ricorso al processo ordinario di cognizione, processo che ha comunque la durata anche fisiologica di ottodiecimese) la possibilità di fare ricorso ad un processo sommario tipico (cioè senza che possano verificarsi questioni serie circa la sua ammissibilità), il quale, accertati superficialmente i fatti eventualmente controversi, oltre l'eventuale condanna ai danni, disponga immediatamente la cessazione della sua violazione, la c.d. inibitoria cioè l'adempimento dell'originario obbligo o di non fare.

Anche qui non si tratta di inventare nulla a livello di tecnica giuridica, si tratta solo di utilizzare con riferimento ai diritti della persona la tecnica della tutela possessoria dell'azione di spoglio e soprattutto di manutenzione, previste da sempre e oggi dagli art. 1168-1170 c.c., o, se si preferisce la tecnica delle denunce di cui agli art. 1171-1172 c.c.: cioè di utilizzare tecniche di tutela originariamente introdotte nella tutela del proprietario possessore, a garanzia anche di un diritto della persona che tutela un bene a contenuto non patrimoniale.

Per motivi di effettività della tutela, si vuole introdurre (così come effettuato dalle disposizioni in tema di tutela possessoria e di denunce) un processo tipico sommario che

contempli espressamente la sua applicabilità ai diritti della personalità, e non ci si accontenti solo della possibilità di ricorso agli atipici provvedimenti d'urgenza previsti dall'art. 700 c.p.c. (v. il successivo § 9).

4 - Riflessioni su due diversi esempi di obblighi infungibili: il primo di fare, il secondo di non fare.

4.1. - Per comprendere in modo piano, anche se il discorso sarà volutamente elementare, i problemi posti dalle modalità di attuazione dei provvedimenti di condanna all'adempimento di obblighi di non fare, le condanne c.d. inibitorie, mi sembra opportuno, a questo punto, soffermarmi su due esempi, anche se a prima vista banali.

Si può iniziare facendo l'esempio del “famoso” cantante d'opera lirica che annuncia di non voler cantare (e prima ancora partecipare alle prove) nei giorni pattuiti nel contratto di scrittura. In tal caso l'impresario lirico potrà tentare di risolvere l'incidente rivolgendosi al giudice ed ottenere, quasi ad horas, un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che ordini al cantante famoso di eseguire i suoi obblighi nei giorni stabiliti; ma, ottenuto il provvedimento del giudice della cognizione tale provvedimento, in quanto avente ad oggetto un obbligo di fare palesemente infungibile, non sarebbe stato eseguibile nelle forme previste dall'art. 612 c.p.c.

Riflettendo sull'esempio si potrebbe pensare alla almeno astratta possibilità di seguire altre strade. La prima che viene alla mente è quella di presentare una denuncia penale: la minaccia insita nella sanzione penale, se la pena è elevata, ha una forte funzione dissuasiva riguardo al persistere in un comportamento costituente reato; ma tale reato esiste? È previsto dal nostro codice penale? Direi proprio di no, e forse è un bene perché la previsione che un dato comportamento costituisce reato comporta inevitabilmente una compromissione del valore insito nel godimento della libertà personale, libertà personale che nel bilanciamento dei valori insiti nelle due scelte contrapposte nel caso di specie, mi sembra, giocare a favore della libertà.

L'esempio proposto è semplice, ma la risposta dell'uomo di legge non lo è, soprattutto perché è in gioco la libertà di un soggetto sia pur inadempiente all'esecuzione di un obbligo civile.

Ma proseguiamo nell'esame dell'esempio. Dal 2009 in poi (sia pure con grandissimo ritardo rispetto alla Francia e alla Germania) è stato introdotto l'art. 614 bis c.p.c., che ha come rubrica “misure di coercizione indiretta”, il quale, fra l'altro, prevede che il giudice, nel provvedimento con cui condanna all'adempimento di un obbligo infungibile, su richiesta di

parte, dispone che, in caso di inadempimento o di sua continuazione o ripetizione all'obbligato sarà applicata una pena pecuniaria civile cioè il pagamento di una somma di denaro (discrezionalmente determinata di un ammontare pari — direi — a quanto presumibilmente sufficiente a dissuadere l'obbligato dal continuare la violazione e a spingerlo invece all'adempimento spontaneo).

4.2. - Esaminiamo ora un altro esempio, relativo questa volta al diritto di proprietà e al diritto di servitù.

Come ho già accennato, le forme tipiche di tutela del diritto di proprietà (dei diritti reali di godimento), previste dai codici civile e di procedura civile del 1942, erano e sono ancora molto numerose perché, trattandosi di un diritto non solo dalla storia più che bimillenaria, ma anche di un diritto che, si può dire quasi fino a ieri, è stato il diritto fondamentale dell'ordinamento civile e politico (ancora è dato di leggere che la proprietà privata è indispensabile presidio dei diritti di libertà); il diritto di proprietà, dicevo, è stato particolarmente studiato dagli operatori giuridici, i quali hanno messo a sua disposizione, sul piano del processo, multiformi e assai sofisticate tecniche di tutela, che, oltre al tradizionale atipico processo ordinario di cognizione, si allargano di molto nel settore dei processi sommari: basti qui ricordare il provvedimento per convalida di sfratto e alla relativa ipotesi (art. 665) di condanna di immediato rilascio con riserva dell'esame delle eccezioni sollevate dal conduttore (ove esse non siano fondate su prove scritte) solo nel corso del successivo processo a cognizione piena, i processi di costituzione di servitù coattive (art. 1032), l'azione di regolamento di confini, e financo, di apposizione dei termini (art. 950 e 951), le disposizioni e relativi processi in tema di immissioni (art. 844), la storia che è dietro l'articolatissima disposizione relativa all'azione di rivendica (art. 948), l'azione negatoria (art. 949), la completa elencazione delle molte forme di tutela del diritto delle servitù (art. 1079: articolo su cui richiamavo sempre l'attenzione degli studenti, perché la sua attenta lettura costituisce un grosso aiuto per lo studio delle forme di tutela cognitiva dei diritti), il sequestro giudiziario (art. 670-687 c.p.c.) anche questo ricco di specificazioni dovute alla sua storia, le denunce di nuova opera (art. 1171) e di danno temuto (art. 1172), che prevede, quest'ultima, un'azione sommaria preventiva dei danni (che solo l'insipienza dei nostri legislatori non ha provveduto a generalizzare nei codici del 1942); si pensi, infine, alla tutela possessoria, che costituisce la forma «avanzata» di tutela della proprietà.

Come andavo ripetendo a lezione, la conoscenza di queste e altre disposizioni è indispensabile: essa infatti consente all'interprete (spesso de iure condito, talvolta de iure

condendo) di avere pressoché totale conoscenza dei possibili contenuti dei provvedimenti e delle tecniche della tutela sommaria tipica estensibili (in via interpretativa o spesso solo in via di riforma legislativa) a diritti che sono emersi dal secolo scorso in poi, ma che, in mancanza di processi sommari tipici che li prevedano, devono necessariamente fare ricorso ai provvedimenti previsti dall'atipico art. 700 c.p.c. (del quale, dopo aver apprezzato l'inestimabile funzione che ha assolto e assolve, almeno dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, allo scopo di assicurare la costituzionalità complessiva del nostro ordinamento processuale civile, vanno riconosciuti i limiti inevitabili, insiti nella sua atipicità, limiti che invece, ad esempio, non ha la tutela sommaria della proprietà; ma v. infra § 9).

Dopo questa ampia (ma, almeno spero, non inutile) digressione, ritorniamo ai due esempi indicati all'inizio di questo paragrafo. Il proprietario di un giardino, forte del suo diritto di godere del suo bene in modo esclusivo, si duole che il vicino — senza che possa vantare alcun diritto di servitù di passaggio né aspirare alla costituzione di una servitù coattiva di passo — frequentemente, per ragioni di comodità o altre, ha preso l'abitudine di passare per il giardino, nonostante le cortesi ma plurime rimostranze del proprietario. Questi ad un certo punto decide di far valere il suo diritto al godimento esclusivo della proprietà ed esercita l'azione negatoria allo scopo di ottenere una volta per tutte l'accertamento della inesistenza di qualsiasi diritto (reale o personale) del vicino di attraversare il suo giardino e, allo stesso tempo — per evitare che il passaggio continui o si ripeta —, ottenere la sua condanna alla cessazione della molestia, oltre che la condanna al risarcimento dei danni provocati ai suoi fiori a causa dei suoi frequenti attraversamenti. L'esempio è pressoché lo stesso se si ipotizza un vicino titolare di una servitù di passaggio sul fondo limitrofo, ove il suo proprietario, tramite la apposizione di sempre nuovi e ingegnosi ostacoli, impedisca il passaggio al vicino; e questi, adito il giudice, abbia ottenuto la condanna del titolare passivo della servitù al pagamento dei danni causatigli per il passato, nonché, per evitare che in futuro vengano apposti nuovi ostacoli, condanna alla cessazione (per il futuro) del comportamento illegittimo di apporre ostacoli all'esercizio del suo diritto di transitare legittimamente per il giardino (art. 1079).

È agevole notare che, nei due esempi svolti, la condanna richiesta ed ottenuta ha un duplice contenuto:

a) il primo, rivolto verso il passato e diretto ad eliminare gli effetti dannosi causati dalla violazione dell'originario obbligo (o dovere) di non fare; questa parte della condanna, se non adempiuta spontaneamente, sarà attuabile attraverso l'espropriazione forzata;

b) le cose stanno in modo molto diverso quanto alla seconda parte del provvedimento di condanna. Essa è rivolta verso il futuro e mira ad impedire che la turbativa del vicino (contraria alla proprietà nel primo esempio ed al diritto di servitù nel secondo) abbiano a ripetersi anche dopo il provvedimento di condanna all'adempimento per il futuro dell'obbligo o dovere di non fare: questa parte del provvedimento di condanna — c.d. inibitoria — diretta ad evitare la violazione dell'obbligo originario di non fare; esso fino al 2009 non trovava possibilità di attuazione: così che al titolare (volta a volta del diritto di proprietà o di servitù) non restava altro da fare che instaurare un nuovo processo ed ottenere una nuova condanna al risarcimento dei danni e per il futuro una nuova ma “impotente” condanna inibitoria a non fare. E, infatti, se la turbativa non fosse ad un certo punto cessata, al proprietario o titolare del diritto di servitù non restava che riproporre ancora una volta la stessa domanda, ottenere la stessa condanna inibitoria, condanna inibitoria che il vicino avrebbe potuto tranquillamente continuare a violare, cioè non adempiere al suo originario obbligo di non fare. E così via! Da diritto al bene (godimento esclusivo del giardino, passaggio sul giardino del vicino), il diritto si trasformava, *contra legem*, in diritto all'indennizzo: il che appare inammissibile, stante la strumentalità del processo (ed anche perché mancano i requisiti di «interesse generale» richiesti dall'art. 42 Cost. per l'espropriazione della proprietà).

Quanto ora detto è tanto vero che alcuni miei illustri colleghi arrivavano a negare la qualifica di condanna all'inibitoria e dicevano che per questo la sentenza era sentenza non di condanna ma di mero accertamento (*sic*); (sul carattere non esclusivamente terminologico di tale affermazione svolgerò un rapido cenno *infra*, § 6).

Per la verità nei due esempi che ho esposto prima si sarebbe potuto, se non risolvere, aggirare il problema osservando che il processo ordinario di cognizione in Italia ha tempi lunghissimi; così che l'avente diritto, ove avesse conosciuto il codice penale e non solo il codice civile, avrebbe potuto scegliere di agire in giudizio, anziché con l'azione petitoria ex art. 849 e 1079 c.c., esercitando la più duttile azione possessoria di manutenzione (art. 1171). In tal caso l'inosservanza (o comunque l'elusione) della condanna inibitoria molto probabilmente non vi sarebbe stata, perché l'art. 388, 2.° comma, c.p. sanziona gravemente “l'elusione”, cioè l'inottemperanza all'ordine inibitorio del giudice civile relativo al possesso. È inoltre da ricordare che l'art. 637 c.p. considera direttamente reato l'ingresso abusivo sul fondo altrui.

Prima di continuare, occorre svolgere due importantissime notazioni.

5.1. - Estensione di quanto esposto al § 3 alla tutela dei diritti di libertà. L'art. 2 Cost., là dove parla di diritti inviolabili delle persone e di sviluppo della loro personalità, automaticamente richiama le libertà previste dai successivi art. 13 ss. Il godimento della libertà è strumento indispensabile allo sviluppo della personalità. Il discorso cambia di molto ove si tratti di libertà “sostanziale”, il cui godimento sia assicurato dall'adempimento di obblighi spesso continuativi anche di fare, obblighi che, anche se fungibili (si pensi per tutti agli obblighi previsti dall'art. 2087 c.c.), e quindi in teoria tali da poter essere attuati nelle forme dell'esecuzione forzata ex art. 612 c.p.c., ciò nonostante, a causa degli ingenti costi che l'avente diritto sarebbe stato obbligato ad anticipare, di fatto diventano (o diventavano) non attuabili nelle forme previste dall'art. 612; è però da osservare che dal 2015 il legislatore ha affermato, anche riguardo a condanne di tale specie, la possibilità di applicazione delle misure coercitive previste dall'art. 614 bis c.p.c.: così che oggi non vi dovrebbero essere ostacoli — almeno in teoria — alla attuazione di tali obblighi di fare.

Sul piano strutturale i diritti di libertà presentano le stesse caratteristiche dei diritti della personalità; e lo stesso è da dire riguardo alle loro forme di tutela.

Ciò significa che quanto osservato nei paragrafi precedenti vale anche, quasi parola per parola, riguardo ai diritti di libertà.

5.2. - Tutela dei diritti della personalità e dei diritti di libertà superindividuali. La seconda notazione, rapidamente fatta già nel primo paragrafo, concerne la circostanza che i diritti inviolabili della persona e le libertà possono riguardare sia la persona singolarmente considerata, sia la persona (rectius: le persone) in quanto inserita in formazioni sociali (associazioni le più varie dai sindacati dei lavoratori, alle associazioni dei consumatori, alle associazioni umanitarie no profit che agiscono nel mediterraneo o sulla terra ferma).

Si tratta di un mondo tutto nuovo che la Costituzione ha espressamente tenuto presente nell'art. 2, e che sul piano tecnico apre la strada a quella tutela c.d. superindividuale o collettiva caratterizzata sul piano attivo della legittimazione attribuita (direi), oltre che ai singoli, anche e soprattutto (ai fini della capacità di sostenere i costi non solo economici e la difficoltà di processi contro parti spesso socialmente molto forti) agli organi rappresentativi delle singole organizzazioni collettive o formazioni sociali che dire si voglia. Si tratta di un settore del diritto che si è cominciato a studiare in Italia nella prima metà degli anni settanta del secolo scorso (ma le riflessioni di Pietro Rescigno sulle comunità intermedie, raccolte nel 1964, erano antecedenti), su cui si possono leggere oggi due belle monografie di Romolo Donzelli del 2008 e Angelo Danilo De Santis del 2013.

6 - Un tipico esempio di pregiudizio dommatico. Desidererei ora accennare, dedicandovi uno spazio molto ristretto, ad una vicenda che evidenzia la cultura o, se si vuole, i pregiudizi di taluni studiosi del processo civile degli anni settanta e ottanta del secolo scorso.

Nel maggio 1975, si tenne a Firenze un importante convegno, organizzato dall'allora preside della facoltà Paolo Grossi, su "Libertà fondamentali e formazioni sociali" (convegno i cui atti purtroppo non sono stati pubblicati). In quella occasione redassi una comunicazione dal titolo L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna (riportata poi in Riv. dir. proc., 1975, 620).

In questo, peraltro breve, scritto — fondandomi soprattutto sul pensiero di Chiovenda relativo alla strumentalità tra diritto sostanziale e processo e sulle ardite operazioni che il maestro di Premosello aveva tentato di effettuare all'inizio del secolo scorso (per evitare un'ulteriore eccessiva digressione, rinvio alla mia relazione su Chiovenda e la tutela cautelare del 1988), ma altresì sugli ampi studi sulla inibitoria svolti, anche in chiave comparatistica, da Aldo Frignani e sulla monografia di Giuliano Vassalli del 1938 sull'art. 388 c.p. — avevo osato affermare che l'inibitoria costituisse un vero e proprio provvedimento di condanna avente ad oggetto l'adempimento di obblighi di non fare. Sollecitato anche dall'esigenza di colmare un vuoto di tutela tutto e solo italiano (vuoto che, come si vedrà, era stato evidenziato dall'ultimo comma dell'art. 18, e dal 4.º comma dell'art. 28 l. 300/70), avevo accennato altresì alla possibile utilizzazione degli art. 388 e 650 c.p. allo scopo di garantire l'attuazione di condanne all'adempimento di obblighi infungibili.

La reazione dei processualisti (diciamo di alcuni autorevolissimi processualisti) fu, senza esagerare, durissima.

Sulla base del principio, a loro avviso indiscutibile della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata (intesa nell'unico senso della necessaria sostituzione di un terzo all'obbligato inadempiente), essi esclusero (anche oggi a me pare in modo assolutamente apodittico) che l'ordine giudiziale di non fare fosse qualificabile come "condanna"; questa esclusione non si accompagnava in modo alcuno alla denuncia contestuale del vuoto di tutela esistente nel nostro ordinamento ed al rilievo della contrarietà con quanto previsto da pressoché tutti gli ordinamenti processuali del mondo civilizzato. Ma vi è di più: questo atteggiamento si accompagnava anche all'apodittico rifiuto di aderire alla chiara opinione che Giuliano Vassalli aveva espresso con dovizia di argomenti sistematici nella sua monografia del 1938, opinione favorevole alla applicazione dell'art. 388 c.p. anche nelle ipotesi di provvedimenti relativi a ordini di non fare; ancora, questi studiosi si rifiutarono anche di

prendere in considerazione il dato testuale desumibile da numerose disposizioni di legge da me espressamente elencate e in particolare di quella chiarissima dell'art. 2818, che, con riferimento al titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, parla di “condanna al pagamento di una somma di denaro o all'adempimento di altra obbligazione”.

La polemica diede luogo ad affermazioni risibili — come quella già richiamata secondo cui la sentenza c.d. inibitoria era sentenza di mero accertamento — o ad attacchi da “sinistra”. L'unico collega che in più articoli (l'ultimo, direi, del 1986 pubblicato sulla Rivista critica di diritto privato) si mosse nella mia stessa direzione fu Michele Taruffo.

Ma abbandoniamo simili facezie (che oggi mi paiono un mero residuo storico di un periodo in cui si era abituati a prescindere da valori costituzionali quali, nella specie, l'effettività della tutela, e chiudersi in un sonno dommatico, quasi che questo non fosse anch'esso una opzione valutativa) e dopo avere ricordato che, in assenza nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive, la polemica aveva significato peraltro solo riguardo alla disapplicazione dell'art. 2818 (che di vera e propria disapplicazione si sarebbe trattato) ove i conservatori dei registri immobiliari avessero negato l'iscrizione di ipoteca giudiziale sulla base ad esempio di una sentenza inibitoria in tema di diritto d'autore (ma non si ha notizia che la questione sia mai sorta); e torniamo ad occuparci di cose (che almeno a me sembrano) più serie.

7 - Il valore del lavoro. Con quanto detto nei paragrafi da 3 a 5 penso di avere esaurito l'esame dei problemi tecnici posti dalla tutela dei diritti inviolabili della persona e della correlativa tutela delle libertà.

È ora quindi di affrontare, sia pure nei ristretti limiti consentiti da questo volutamente sintetico scritto, di trattare dell'altro pilastro fondamentale della nostra Costituzione, cioè del lavoro e della sua tutela giurisdizionale.

Occorre premettere che in materia di lavoro, posta la legittimità, costituzionalmente garantita, dell'autotutela nelle forme dello sciopero, pur con tutte le limitazioni introdotte dalla legge specie in materia di servizi pubblici essenziali, e le autolimitazioni poste all'azione sindacale dalla mancanza di forza adeguata nei periodi di crisi economica, ecc., il ricorso alla tutela giurisdizionale può costituire talvolta l'ultima scelta.

7.1. - Le leggi del 1960 e 1970. Prima di passare alla tutela giurisdizionale, è da dire che il periodo che va dall'inizio degli anni sessanta alla prima metà almeno degli anni settanta costituì un periodo di grossa forza della classe operaia, che da una parte, accettando una politica di bassi salari, ecc., aveva consentito la realizzazione del c.d. miracolo economico,

dall'altra negli anni sessanta e i primi anni settanta ottenne grosse conquiste sul piano legislativo (cioè, riforme, così sembrava allora, destinate a restare anche in periodi di perdita di forza della classe operaia).

Sono quindi da menzionare, sia pure solo per cenni rapidissimi: — in primo luogo la l.230/62, che pose rigidissimi limiti alla utilizzazione del contratto di lavoro (si sta parlando qui e oltre del solo lavoro) subordinato a termine, non consentito fuori di ipotesi eccezionali previste dalla legge e tassativamente elencate; — la l.604/66, limitativa dei licenziamenti individuali, consentiti al solo ricorrere di una giusta causa o un giustificato motivo: in assenza di un tale requisito, il lavoratore illegittimamente licenziato disponeva però (oltre al pagamento del periodo di preavviso non goduto) solo di una limitata tutela risarcitoria; — di grosso rilievo fu poi la l.300/70 (c.d. statuto dei diritti dei lavoratori), a seguito della quale fu detto che con le garanzie da essa previste i diritti previsti dalla Costituzione “erano finalmente entrati in fabbrica” (si pensi per tutti al sistema di discriminazione a danno di operai (persone) ideologicamente orientati verso i partiti di sinistra attuato negli anni cinquanta dalla Fiat, cioè dal più grosso gruppo industriale italiano).

Di quest'ultima legge, ai fini del nostro discorso, interessano soprattutto tre disposizioni.

a) L'art. 18, secondo cui, con riguardo a imprese che occupavano più di un certo numero (15) di dipendenti, il giudice con la sentenza che dichiarava la illegittimità del licenziamento (per qualsiasi motivo) contestualmente ordinava al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, con la esplicita previsione legislativa che altrimenti avrebbe egualmente dovuto corrispondere la retribuzione fino alla reintegra effettiva. Si introduceva quella che (impropriamente) fu chiamata tutela “reale” e non “obbligatoria” del lavoratore illegittimamente licenziato. Poiché la giurisprudenza (soprattutto della Corte di cassazione) fu fermissima nel sostenere che questa parte della sentenza di condanna non fosse suscettibile di essere attuata nelle forme della esecuzione forzata per obblighi di fare ex art. 612, neanche parzialmente ai fini di consentire al lavoratore di rientrare nel luogo di lavoro e potere così godere dei diritti conseguenti (oltre alla blasfema possibilità di ottenere addirittura la riassegnazione del posto di lavoro, neanche tramite la nomina di un esperto in sostituzione del datore di lavoro). Ne segue che, nonostante gli enormi passi avanti a tutela del lavoratore illegittimamente licenziato, a livello giuridico la tutela restava “obbligatoria” (cioè per equivalente monetario: la corresponsione della retribuzione) e non “reale”» (come nell'azione di rivendica vittoriosamente esperita dal proprietario). Ciò non

impediva, però, che l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere la retribuzione fino alla reintegra effettiva potesse agire di fatto come misura coercitiva volta a premere su di esso nel senso di adempiere spontaneamente la reintegra (o, come accadeva più spesso nella pratica, di stipulare una transazione vantaggiosa per il lavoratore, che però rinunciava alla reintegra e quindi al godimento di quella situazione che solo gli consentiva di considerare il luogo di lavoro non solo come luogo di “fatica”, ma anche come “formazione sociale” dove sviluppare la propria personalità). Il passo avanti era comunque notevole, anche se restava ancora strada da percorrere per attuare a pieno gli art. 1 e soprattutto 2 e 3, 2.º comma, Cost.

b) Lo stesso art. 18, negli ultimi due commi (rimasti invariati pur dopo il notevole ridimensionamento della tutela garantita dal testo originario dell'art. 18 ad opera sia della giurisprudenza, sia degli interventi legislativi approvati durante i governi Monti e Renzi), in caso di illegittimità del licenziamento di lavoratori che ricoprivano cariche sindacali all'interno dei luoghi di lavoro (cioè delle persone che consentivano alle associazioni sindacali di esser fisicamente presenti nei luoghi di lavoro), prevedeva e prevede che in caso di mancata reintegra il datore di lavoro, oltre a corrispondere la retribuzione al lavoratore, debba corrispondere — vera e propria misura coercitiva — una somma analoga (cioè in pratica una seconda retribuzione) ad un ente previdenziale, nella speranza che almeno in questa ipotesi l'onere economico costituito dall'obbligo di dover mensilmente corrispondere due retribuzioni, agisca nel senso di indurre il datore di lavoro ad adempiere, prima o poi, l'obbligo di reintegra.

c) L'art. 28, infine, prevedeva e continua a prevedere che, in caso di comportamento antisindacale, cioè di comportamento positivo o omissivo che violi la libertà sindacale prevista dall'art. 39 Cost. o il diritto di sciopero (art. 40), gli organismi locali dell'organizzazione sindacale nazionale possono rivolgersi al pretore (cioè al giudice monocratico più vicino al luogo dove si è verificata la violazione denunciata: oggi il tribunale) perché questi, nel contraddittorio dell'imprenditore, presa sommaria cognizione dei fatti, in tempi brevissimi (la lettera della legge parla addirittura di soli due giorni), ove ritenga esistente la violazione, ne ordini la cessazione immediata e la rimozione degli effetti. Il provvedimento è immediatamente esecutivo ed è suscettibile di opposizione (oggi) davanti al tribunale, opposizione che è trattata nelle forme del processo del lavoro di primo grado e si conclude con sentenza. In caso di mancata opposizione della parte soccombente il provvedimento sommario diviene immutabile. La mancata ottemperanza (anche, direi, ad uno solo dei due capi di condanna) al provvedimento sommario o della sentenza resa dal giudice

dell'opposizione dà luogo all'applicazione dell'art. 650 c.p. (relativo al reato contravvenzionale della "inosservanza dell'ordine di autorità", nonostante tutto il grosso dispiacere arrecato alla dottrina genericamente richiamata retro § 6).

Per quanto interessa il discorso che si sta svolgendo in queste pagine, i provvedimenti e i procedimenti passati in rassegna, ed in particolare il secondo e il terzo, interessano innanzi tutto perché prevedono l'applicazione di sanzioni miranti ad assicurare la cessazione di comportamenti illegittimi, volta a volta di mancata reintegra nel posto di lavoro di c.d. sindacalisti interni illegittimamente licenziati (in tal caso la sanzione consiste nella corresponsione nella sostanza di una seconda retribuzione, corresponsione da versare non al lavoratore bensì ad un soggetto pubblico, così che la pena pecuniaria minacciata mi sembra avere natura pubblica e non privata, pur rimanendo sempre nel genere delle misure coercitive pecuniarie). L'art. 28 prevede invece un provvedimento giurisdizionale di cessazione di un comportamento lesivo di obblighi di non fare e per tale tramite in illegittimo contrasto con la libertà sindacale e/o del diritto di sciopero; quanto poi alla rimozione degli effetti della violazione dell'obbligo di non fare, il relativo provvedimento potrà avere i più vari contenuti, dalla ricostruzione della bacheca nella quale inserire comunicazioni sindacali, alla riattivazione della produzione o della trattativa interrotta come risposta ad uno sciopero (o anche alla sola minaccia di sciopero) legittimamente indetto, alla riammissione al lavoro del lavoratore licenziato (o trasferito) per motivi nella sostanza antisindacali, allo stesso riconoscimento, almeno in via generica, dei danni provocati dal comportamento illegittimo.

7.2. - (segue). Come forse il lettore avrà già inteso, l'interesse tutto particolare dell'art. 28 è dato dal costituire la prima disposizione di legge volta a tutelare in modo adeguato (o tendenzialmente tale) una situazione di libertà, e inoltre dalla circostanza che le scelte tecniche operate dal legislatore appaiano come tutte tecnicamente corrette, tanto da auspicare che esse siano fatte proprie del legislatore allorché finalmente si deciderà a dettare una disciplina autonoma di tutela giurisdizionale dei diritti (anche collettivi) di libertà e dei diritti (individuali e collettivi) della persona o della personalità che dir si voglia.

Quanto alla disciplina da introdurre, si deve osservare:

a) il carattere esclusivamente (o comunque prevalentemente) non patrimoniale dei diritti della personalità e dei diritti di libertà, e conseguentemente della lesione non patrimoniale (o prevalentemente tale), lesione che pertanto non sarà mai suscettibile di tutela adeguata dal ricorso solo a misure patrimoniali;

b) tutto ciò dovrebbe indurre un legislatore ragionevole, e anche il soggetto nei cui confronti la violazione è effettuata (o anche solo minacciata), a ridurre i tempi della violazione (o addirittura ad impedirli del tutto); tutto ciò, ferma restando inalterata per la parte soccombente la possibilità di instaurare un processo a cognizione piena di primo grado con i suoi tempi, anche fisiologici, di almeno ottodieci mesi, è realizzabile tramite la previsione legislativa di un modello di processo sommario modellato (quasi tutto) sul prototipo dell'art. 28.

7.3. - Un cenno sulla riforma del processo del lavoro a cognizione piena del 1973. Prima di chiudere questo paragrafo dedicato al versante del lavoro, non si può non accennare alla riforma del rito speciale del lavoro, disposta dalla l. 11 agosto 1973 n. 533; al suo esame, anche riguardo ai suoi legami con i valori costituzionali, ho dedicato uno scritto (in corso di pubblicazione anche sulla Rivista di diritto civile). Pertanto, dopo avere ricordato le anche aspre battaglie che si svolsero nel corso dei lavori preparatori di questo nuovo rito speciale del lavoro e su molte delle sue scelte, rinvio il lettore a questo mio recente bilancio, dicendo solo che nei primi due anni della sua applicazione esso, grazie anche agli sforzi sinergici di magistrati, avvocati e processualcivili, tutti volti a dare anche ardite interpretazioni che garantissero però la parità tra le parti e l'equilibrio tra potere delle parti e del giudice, si formò un consenso diffuso sulla bontà del nuovo processo del lavoro così come applicato nella prassi da giudici e avvocati.

Ultima notazione di questo paragrafo: è singolare che durante tutti i lavori preparatori di questa legge, lavori che si svolsero proprio durante i primi anni di applicazione del procedimento di cui all'art. 28 l. 300/70, a quanto mi è dato ricordare, a nessuno venne in mente, almeno solo di programmare per gli anni immediatamente successivi la redazione di uno schema di processo sommario non cautelare, modellato sulle linee dell'art. 28, relativo soprattutto alla necessità e urgenza della tutela dei diritti della libertà e dei diritti della personalità.

8 - Schema di un modello di processo sommario non cautelare, a tutela dei diritti a contenuto e funzione non patrimoniale o prevalentemente non patrimoniale, a carattere atipico ma con individuazione per legge dei diritti a cui tutela esso è ammissibile indipendentemente da ogni valutazione del giudice sul contenuto e sulla funzione del diritto fatto valere.

Art. 1 - Ambito di applicazione - Tramite il processo sommario disciplinato dagli articoli che seguono, possono essere fatti valere tutti i diritti a contenuto e/o funzione esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale.

A tale categoria appartengono i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, i diritti della personalità, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto a non essere discriminato per ragioni di sesso, di razza, di etnia, di nazione, di disabilità, di opinioni politiche o sindacali, di religione, il diritto agli alimenti o al mantenimento, il diritto del lavoratore ad essere reintegrato nel posto di lavoro nel caso di licenziamento o trasferimento illegittimo, il diritto alla continuazione al rapporto di lavoro nel caso di illegittimità del termine apposto al contratto, il diritto dei singoli lavoratori e delle associazioni sindacali alla libertà ed attività sindacale nonché il diritto di sciopero, il diritto alla correttezza nella concorrenza, i diritti di esclusiva in materia di marchi, brevetti e diritto d'autore, il diritto alla attuazione di obblighi legali a contrarre, il diritto alla protezione contro gli abusi familiari.

L'elencazione di cui al comma precedente non ha carattere tassativo.

Art. 2 - Forma della domanda - La domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente. Il ricorso deve contenere i requisiti indicati nell'art. 414 c.p.c.

Art. 3 - Competenza anteriore alla instaurazione del processo a cognizione piena - La domanda si propone al giudice competente a conoscere la causa nelle forme della cognizione piena.

Se il giudice italiano non è competente a conoscere la causa a cognizione piena, la domanda si propone al giudice, che sarebbe competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento sommario.

A seguito della presentazione del ricorso il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta senza ritardo al presidente del tribunale, il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del processo.

Art. 4 - Competenza nel corso del processo a cognizione piena - Quando è pendente causa nelle forme della cognizione piena la domanda si propone al giudice della stessa ai sensi dell'art. 3.

Se il giudice non è stato ancora designato o il processo è sospeso o interrotto la domanda si propone al presidente, il quale provvede ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 3.

Se la causa pende davanti al giudice straniero e il giudice italiano non è competente a conoscerne nelle forme della cognizione piena, si applica il 2.° comma dell'art. 3.

Il 2.° comma dell'art. 3 si applica altresì nel caso in cui l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, salva l'applicazione del 2.° comma dell'art. 316 c.p.p.

Art. 5 - Competenza in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza di giudizio arbitrale - Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscerne nelle forme della cognizione piena.

Art. 6 - Procedimento - Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione all'urgenza al provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda.

Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare le finalità del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa con lo stesso decreto l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a dieci giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il giudice, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto.

Nel caso in cui la notificazione debba effettuarsi all'estero, i termini di cui al comma precedente sono triplicati.

Art. 7 - Provvedimento di rigetto - L'ordinanza di rigetto per motivi di rito o di merito non preclude la riproposizione della domanda in via di cognizione piena, o anche in via sommaria purché si sia svolto il giudizio di reclamo di cui all'art. 10.

Art. 8 - Provvedimento di accoglimento - L'ordinanza di accoglimento, anche se emessa nella fase di reclamo di cui al successivo art. 10, non preclude la proposizione della domanda o la prosecuzione del processo nelle forme della cognizione piena.

Nel processo a cognizione piena grava sulla parte che afferma l'esistenza del diritto l'onere di provarne i fatti costitutivi.

L'estinzione del processo a cognizione piena non determina l'inefficacia del provvedimento sommario.

Salvo quanto disposto dal successivo art. 11 il provvedimento sommario è privo di qualsiasi efficacia preclusiva.

Art. 9 - Inefficacia del provvedimento sommario - Il provvedimento sommario perde efficacia se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarata l'inesistenza del diritto accertato in via sommaria. In tal caso con la stessa sentenza si provvede sulla domanda di ripristino e di risarcimento del danno.

Art. 10 - Reclamo contro i provvedimenti - Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento sommario è ammesso reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla sua comunicazione o notificazione.

Il reclamo contro i provvedimenti del giudice di pace e del giudice singolo del tribunale si propone al collegio del tribunale di cui non può fare parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato.

Il reclamo contro i provvedimenti del presidente del tribunale o del tribunale collegiale si propone alla corte d'appello. Quando il provvedimento sommario è emanato dalla corte d'appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa corte o, in mancanza, alla corte d'appello più vicina.

Il reclamo si propone con ricorso e con esso può essere fatto valere qualsiasi vizio.

Il procedimento è disciplinato dal precedente art. 6. Il collegio si pronuncia con ordinanza con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento sommario.

Il reclamo non sospende l'esecutività o l'esecuzione del provvedimento contro cui è proposto.

Contro l'ordinanza emessa in sede di reclamo non è ammessa alcuna impugnazione.

Art. 11 - Revoca e modifica - Il giudice davanti al quale è stata proposta la domanda di provvedimento sommario, anche nel caso di concessione o di conferma del provvedimento in fase di reclamo, e il giudice del processo a cognizione piena eventualmente instaurato possono sempre modificare o revocare, su istanza di parte, il provvedimento sommario.

La revoca o la modifica è disposta solo nel caso in cui si alleghino fatti sopravvenuti o si deducano nuove prove.

Se si allegano fatti anteriori di cui si è venuti a conoscenza successivamente all'emanazione del provvedimento sommario, la parte istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuta a conoscenza.

Il procedimento di revoca o modifica è disciplinato dai precedenti art. 6 e 10.

Art. 12 - Esecuzione - Il provvedimento con cui è concesso un provvedimento sommario è sempre immediatamente esecutivo.

Si applicano le forme previste dal libro III; non è necessaria la preventiva notificazione del titolo esecutivo e del precetto.

Nel corso dell'opposizione all'esecuzione (per motivi di merito) può essere proposta istanza di revoca ai sensi del precedente art. 11 ma non di sospensione dell'esecuzione per motivi di merito.

Art. 13 - Cauzione - Con il provvedimento di accoglimento, di conferma o di modifica, il giudice, valutata ogni circostanza dedotta dalle parti, può subordinare l'esecutività del provvedimento sommario alla prestazione di una cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni.

La cauzione non può essere disposta ove l'istante provi che le sue condizioni economiche non gli consentirebbero di prestarla.

Art. 14 - Spese giudiziali - Con l'ordinanza di accoglimento o di rigetto il giudice liquida le spese giudiziali. Il provvedimento è immediatamente esecutivo.

Il provvedimento di condanna alle spese è reclamabile ai sensi dell'art. 10. Ogni altra ulteriore questione deve essere fatta valere nell'eventuale processo a cognizione piena.

9. - Conclusioni sull'importanza dell'art. 700 c.p.c., ma anche dei limiti fisiologici insiti nel suo essere norma di chiusura. Giunti a questo punto, ci si potrebbe domandare perché tutto questo sforzo di elaborare uno schema articolato di procedimento sommario urgente, quando già esiste l'atipico art. 700 relativo ai provvedimenti cautelari d'urgenza, e il relativo procedimento previsto dagli art. 669 bis ss., che nell'esperienza pratica ha dato buona prova?

La domanda (che avevo già avanzato alla fine del § 3) merita una risposta chiara, ancorché necessariamente articolata.

Il procedimento previsto dall'art. 700 c.p.c. ha assolto in questi anni una funzione inestimabile, in quanto molto spesso (ove si eccettuino le poche ipotesi cui si è fatto riferimento in questo scritto), esso è stato l'unico procedimento idoneo a munire di tutela giurisdizionale adeguata una vasta e variegata serie di diritti specie a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale. L'esperienza applicativa dell'art. 700, oltre a testimoniare l'indispensabilità di una norma di chiusura che, prevedendo un potere cautelare generale, consenta al giudice di emanare provvedimenti (conservativi o) anticipatori all'infuori dei mezzi cautelari tipici, costituisce un patrimonio prezioso anche de iure condendo in una prospettiva di riforma.

L'affermare l'indispensabilità di una norma della specie dell'art. 700 e la particolare importanza della funzione che l'art. 700 ha assolto in questi anni non toglie però che in una prospettiva legislativa sarebbe profondamente errato presumere di potere rispondere a tutti i nuovi bisogni di tutela emersi dalla Costituzione e dalla prassi applicativa dell'art. 700 attraverso una mera riformulazione di tale norma (eventualmente anche in chiave di procedimento sommario non cautelare).

L'inadeguatezza dell'art. 700 a risolvere i complessi problemi di tutela di cui si è fatto cenno in questo scritto è fondamentalmente data dal fatto che l'art. 700 è una tipica norma di chiusura. È questo un punto particolarmente importante, su cui è necessario soffermarsi con estrema attenzione.

Che cosa significa dire che l'art. 700 è una tipica norma di chiusura? Significa prendere consapevolezza che in un sistema di diritto scritto quale il nostro essa è stata dettata dal legislatore allo scopo di dare sbocco a quelle esigenze di tutela che il legislatore non era riuscito a prevedere allorché introduceva un sistema (tendenzialmente completo) di tutela giurisdizionale. E certamente il legislatore del 1942 non pensava che all'art. 700 si sarebbe ricorso per la tutela di tutte le situazioni per cui oggi di fatto vi si ricorre o si tenta di ricorrervi.

La funzione di una norma di chiusura ha questo di caratteristico: che in un sistema corretto essa dovrebbe consentire l'emersione a livello giurisdizionale di nuove esigenze di tutela, esigenze alle quali, poi, se a carattere non episodico o marginale, il legislatore dovrebbe rispondere attraverso la predisposizione di procedimenti tipici (soprattutto quanto ai requisiti di ammissibilità e contenuto del provvedimento) di tutela giurisdizionale. Una evoluzione fisiologica del nostro sistema di tutela giurisdizionale avrebbe dovuto indurre il legislatore ad utilizzare l'esperienza giurisprudenziale di applicazione dell'art. 700 c.p.c. a diritti introdotti dalla Costituzione del 1948 nel senso di prevedere — in caso ad es. del diritto alla conservazione del posto di lavoro, di diritti della persona, del diritto alla fruizione dei servizi pubblici essenziali, ecc. — l'introduzione di procedimenti sommari tipici, modellati sulla struttura dei singoli diritti bisognosi di tutela urgente, idonei a garantire loro una tutela giurisdizionale effettiva al riparo delle opzioni valutative del singolo giudice.

Questo il legislatore ordinario — salvo le poche eccezioni indicate nel corso di questo scritto — non ha fatto: in ciò è da denunciare a mio avviso una delle ragioni “qualitativamente” più gravi della crisi della giustizia civile, in quanto in tale situazione è ben possibile che il giudice B neghi l'utilizzazione del provvedimento ex art. 700 a tutela di una situazione identica, o ritenga illegittimo attribuire al provvedimento d'urgenza il contenuto datogli dal giudice A, o neghi l'utilizzabilità di una determinata modalità di attuazione.

Il carattere di norma di chiusura, proprio dell'art. 700, e la conseguente assoluta atipicità del procedimento ivi disciplinato significano pertanto che il sistema di giustizia che viene ad essere offerto dall'art. 700 è una giustizia ‘octroyée’ — stante la necessaria genericità della disposizione di legge — rimessa in ultima analisi alla discrezionalità (cioè alle opzioni

valutative) del singolo giudice. Ora non sarò certo io a negare che in quasi tutte le operazioni interpretative — non escluso quelle apparentemente più elementari — è presente un margine di discrezionalità derivante dalle opzioni valutative, dai giudizi di valore del singolo interprete; ma mi sembra che il subordinare l'unica forma di tutela giurisdizionale adeguata ad una serie molto vasta di situazioni di vantaggio, specie di particolare importanza anche a livello costituzionale, al passaggio attraverso un procedimento, quale necessariamente è quello disciplinato dall'art. 700 c.p.c. — il cui ambito di applicazione può essere individuato solo attraverso amplissime opzioni valutative del singolo magistrato, mi sembra — dicevo — non rifletta sul piano tecnico l'espressione di una volontà politica diretta ad assicurare sul piano della effettività una forma di tutela giurisdizionale adeguata.

Ed infatti proprio dall'analisi della storia della tutela sommaria mi sembra emerga che, quando il legislatore ha voluto predisporre forme di tutela urgente adeguata ai bisogni di tutela di situazioni di vantaggio nuove (per lo più dei proprietari prima e dei mercanti poi), non si è limitato a predisporre ipotesi di forme di procedimenti sommari atipici, ma ha sempre quanto meno risolto i “nodi” relativi ai limiti di ammissibilità del procedimento e al contenuto del provvedimento. Per soffermarsi su di un esempio significativo, quando il legislatore ha voluto predisporre a favore dell'imprenditore una forma di tutela giurisdizionale urgente adeguata, ad es. al diritto di brevetto per invenzioni industriali o per marchio d'impresa, non si è limitato a tacere ritenendo sufficiente l'esistenza del procedimento ex art. 700; ma ha avvertito invece l'opportunità di dire esplicitamente che l'imprenditore può chiedere, e il giudice ha il poterdovere di disporre, il sequestro degli oggetti prodotti in violazione di tali diritti e dei mezzi adibiti alla produzione dei medesimi; il legislatore cioè ha tipicizzato, sottraendo a qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice, il giudizio sia sull'ammissibilità del ricorso ad una forma di tutela sommaria urgente, sia sulla determinazione del contenuto del provvedimento del giudice; così che qualsiasi magistrato — quale che siano le sue personali opzioni valutative — dovrà concedere la tutela sommaria urgente di cui alle leggi in materia di brevetti per invenzione industriale e per marchio d'impresa, ove ad un accertamento sommario risulti la violazione di tali diritti. La stessa tecnica ha seguito il legislatore allorché ha voluto assicurare al proprietario una forma di tutela sommaria urgente attraverso i provvedimenti di denuncia di nuova opera o danno temuto. La stessa tecnica, per non moltiplicare inutilmente gli esempi, il legislatore ha infine adottato quando (come detto al par. 7) con la l. 20 maggio 1970 n. 300 ha voluto predisporre

— attraverso il processo di merito sommario previsto dall'art. 28 — una forma di tutela giurisdizionale adeguata alla libertà sindacale ed al diritto di sciopero.

Il non avere fatto altrettanto con riferimento ai molti diritti a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale, il cui bisogno di tutela sommaria urgente è emerso in modo non sporadico nella prassi applicativa dell'art. 700, non può non essere espressione dell'assenza di volontà politica di munire tali diritti di una tutela giurisdizionale effettiva, o del difetto di consapevolezza tecnica dei limiti entro cui è possibile e doveroso fare ricorso a tutela sommaria.

Per questi motivi, pur riconoscendo l'importanza inestimabile della azione assolta in questi anni dall'art. 700 e l'indispensabilità dell'esistenza in ogni ordinamento processuale di una norma di tale specie, ho avvertito l'esigenza di richiamare l'attenzione sui limiti intrinseci al carattere di chiusura proprio di tale disposizione e dell'indispensabilità, invece, di una tutela sommaria tipica per le ipotesi di diritti inerenti alla persona, alla libertà o al lavoro. Ora si può aggiungere che sarebbe solamente mistificante presumere che attraverso un procedimento atipico, quale l'art. 700 (eventualmente in versione migliorata), il nostro ordinamento processuale sia in grado di offrire sempre una tutela giurisdizionale adeguata a tutte quelle situazioni il cui valore è stato posto a fondamento della Costituzione del 1948.